

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 126.—1958.

## 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 III



JULIO-SEPTIEMBRE  
MCMLIX

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

---

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

### II

#### EL ARTICULO 811 COMO NORMA A INTEGRAR

(Continuación)

##### § 3.º ANÁLISIS DE LA RESERVA PENDIENTE

Nos hemos referido a los dos momentos de la reserva: El de pendencia, que empieza al heredar el reservista y concluye a su fallecimiento, y el de consumación, iniciado en ese último momento a partir del cual los reservatarios pueden reclamar los bienes reservables.

Ahora vamos a analizar el primer momento, atendidas las disposiciones legales, interpretadas conforme el fin perseguido por el 811 y mediante la integración de este precepto en los términos anteriormente estudiados. Para ello, examinaremos las respectivas posiciones del reservista y los presuntos reservatarios, durante la situación de pendencia.

#### A) Posición del reservista.

##### 18. La sujeción del reservista.

El art. 811 sólo expresa la situación del reservista al decir que «*se halla obligado a reservar*» con referencia a los bienes que el mismo precepto define como reservables.

¿Cuál es el sentido que debe atribuirse a esa expresión?

¿*Obligación personal*? Así lo entendió Gayoso Arias (317), que explicó la ineficacia respecto de los reservatarios de las enajenaciones verificadas por el reservista en virtud del precepto del art. 4.º del Código civil. A su juicio, «no hay una acción verdaderamente real, sino real *en cierto modo*, en cuanto puede darse contra terceros, como las antiguas acciones de *in rem scriptae* (de retracto, Pauliana, *quo metus causa*, etc.), que eran en nuestro concepto acciones virtualmente múltiples o combinaciones de varias acciones.»

---

(317) GAYOSO ARIAS: *Loc. cit.*, «R. D. P.», pág. 259, nota 2. Ver también *Nociones de Derecho hipotecario cit.*, vol. I, pág. 230 donde dice que el derecho de los reservatarios «es personal, con acreedores de cosas determinadas, en virtud de la ley que manda reservárselas».

¿Limitación de su titularidad *por un derecho real* de los reservatarios? Eso apreció la Sentencia de 1 de abril de 1914 con una evidente inconsecuencia ya subrayada (318).

¿Afección a una *sustitución fideicomisaria*? o ¿a una *condición resolutoria*? Hemos examinado anteriormente estas hipótesis, que hemos rechazado (319).

¿Equivalencia a una *prohibición de disponer*? Se ha estimado así a veces, pero sin coincidir en apreciar cuál es su ámbito y el sentido de su eficacia, estimados con muy distintos matices. La Sentencia de 16 de junio de 1862 había considerado que «a la obligación de reservar va íntimamente unida la prohibición de enajenar, deducción necesaria, a no suponerse el absurdo de que las leyes constitutivas de esa obligación quisieran dar al mismo tiempo a aquél o a quienes la imponen medios de eludirla». Según Capo Bonnafous (320) en la reserva viudal hay «una limitación, que actúa sobre los bienes, y que afecta a una de las más importantes facultades del dominio cual es la disposición». Jerónimo González (321) opinó que las reservas se regulan «sobre esta base: Obligaciones y prohibiciones de enajenar, y se incurre, además, en error de estimar que la prohibición de enajenar afecta a la capacidad, cuando verdaderamente, a lo que afectan todas las prohibiciones es a la facultad de disponer; por eso no dan lugar a actos nulos, sino a actos que pueden tener consecuencias jurídicas válidas, y así sucede en las reservas, que no obstante su existencia, puede haber una serie de enajenaciones válidas, si bien afectadas por ella». L. Ceres (322) clasifica como prohibiciones de disponer las reservas de los artículos 811 y 968 del Código civil; a su juicio: «La regla general es la nulidad de dichas disposiciones hechas en contra de la prohibición de la ley; esos actos dispositivos son nulos, inexistentes para la ley, carentes de efectos jurídicos. Lo excepcional es la validez de ellos para aquellos casos en que la misma ley ordena su validez, así, por ejemplo, en materia de reservas, aunque la ley impone la obligación de reservar—la prohibición de disponer—, vienen los artículos 974 y siguientes del Código a reconocer en ciertos casos la validez de las enajenaciones hechas por el reservista.»

(318) Por TORRES MURCIANO: *Loc. cit.*, pág. 274: De «que frente a la obligación de reservar impuesta al búbuo, haya de surgir un *derecho correlativo* del reservatario o reservatarios, no puede sin más deducirse que tal derecho correlativo haya de ser precisamente real. Por el contrario, ni es, ni puede serlo».

(319) Ver § 2.º, núms. 11 y 12.

(320) CAPÓ: *Op. cit.*, pág. 451.

(321) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ en su intervención en la discusión del caso propuesto por OSSORIO y GALLARDO en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, ver «Rev. Gral. de Leg y Jur.», 148, pág. 455.

(322) L. CERES: *Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, en «Rev. Der. Priv.», XXX (marzo 1946), pág. 180.

¿Sujeción en sentido técnico? Recordemos que Carlenutti (323) separa entre las figuras de *deber* el concepto específico de *sujeción*, que define «como *impotencia de obrar*, o sea la impotencia de *determinar por uno mismo* la propia conducta; de ese modo la *sujeción* se resuelve en la *necessitas*, rectamente entendida como negación de libertad». Rubino (324) examina dos subhipótesis de *sujeción*: a) imposibilidad de impedir la producción de un efecto jurídico por otra persona, y b) imposibilidad de producir en la propia esfera una determinada modificación (*lato sensu*) por medio de determinado negocio jurídico. «La modificación imposibilitada puede ser la creación, la modificación en sentido estricto o la extinción de una relación, o en general de un efecto jurídico». En las reservas, la *sujeción* impedirá disponer de los bienes reservados en perjuicio de los reservatarios (no impide totalmente su disposición sino que la hace ineficaz con respecto a los reservatarios que lleguen a consumir su derecho) y determinará la responsabilidad (inevitable) del caudal relicto por el reservista con respecto a las consecuencias de la obligación de reservar en cuanto no vaya inmediatamente referida a bienes inmuebles determinados con lo que quede satisfecha.

Para precisar esta cuestión conviene acudir a las normas del Código civil que regulan el funcionamiento de la figura clásica de la reserva. Los artículos 975 y 976 del Código civil deben integrar, según anteriormente vimos (325), al artículo 811. Aquellos determinan el contenido esencial de lo que éste expresa al imponer para su supuesto específico la obligación de reservar.

La cuestión tiene reflejos *inter vivos* y *mortis causa*.

#### a) *Inter vivos*

Según el 976: «Las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes o después de contraer segundo matrimonio serán válidas, salva siempre la obligación de indemnizar.»

Conforme el 975: «La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o viuda después de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero; sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.»

(*Mutatis mutandi* deben aplicarse estas normas a la hipótesis del 811, sustituyendo «el viudo o viuda después de contraer se-

(323) CARLENUTTI: *Teoría general...*, cit., núm. 70, págs. 261 y sigs.

(324) RUBINO: Op. cit., cap. III, 3, págs. 260 y sigs., especialmente 263, 268 y 269.

(325) II, § 1.º, núm. 4, en AN. DER. CIVIL, XI-III, págs. 665 y sigs. No obstante, MANRESA, al responder a una consulta en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.» (178, primer semestre 1891, pág. 365), estimó no aplicables a la reserva del 811 los artículos 974, 975 y 976 C. c. y los números 3.º y 4.º del 978. Empero sus Comentarios al Código civil rectifican, como vimos en la nota 11.

*gundo matrimonio» por «el ascendiente reservista», e «hijos ni descendientes legítimos del primero» por «parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden»).*

La Ley Hipotecaria, para la eficacia de la reserva respecto de tercero, exige que ésta conste expresamente en el Registro de la Propiedad. Dicha ley introdujo en esta materia un importante cambio legislativo paralelo al de la transformación en expresas y específicas de las antiguas hipotecas legales generales y tácitas. Para que la reserva afecte bienes inmuebles inscritos, bien sea sujetándolos a su restitución (los inmuebles reservables) o en garantía de la restitución de los muebles no enajenados, abono de los deterioros ocasionados por culpa o negligencia, devolución del precio de los muebles enajenados, del valor de los muebles donados y del valor de los inmuebles válidamente enajenados (326), tanto la hipoteca legal, que garantice esas restituciones, como la vinculación de los inmuebles respecto a terceros a la reserva, deben constar expresamente en el Registro de la Propiedad. En otro caso, no hay hipoteca ni sujeción contra terceros adquirentes.

Como dice el § 2.º del artículo 158: *«Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para garantía de su derecho.»*

El Reglamento Hipotecario en el § 2.º del artículo 265 remacha que: *«En tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos; y a efectos registrales no serán suficientes, para reputarlos reservables, los datos o indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones.»*

### β) *Mortis causa.*

La llamada *obligación de reservar* tiene también un reflejo *mortis causa*. El artículo 811 tampoco lo precisa. Sí, en cambio, para la reserva clásica, los artículos 972 y 973. De estos artículos resulta que el finubo está sujeto a no poder disponer válidamente fuera del ámbito de sus descendientes habidos de su anterior matrimonio con el premuerto. ¿Ocurre lo mismo en el artículo 811 o se le impide al reservista toda disposición, que la ley verifica

---

(326) Así declaró en la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria: *La comisión ha establecido reglas análogas a las que deja expuestas para garantizar los derechos de la mujer casada. Estas son hacer constar la calidad de bienes reservables en las inscripciones respectivas del dominio para que, apercibidos los adquirentes, sepan la reserva a que están afectos los inmuebles a constituir una hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos a reserva sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre o madre que ofrezcan en garantía.*

por su propio ministerio? Hemos expresado repetidamente nuestra opinión en el primer sentido y rechazado sin vacilación el segundo (327). Ni la esencia institucional ni la mecánica funcional de las reservas, ni la finalidad perseguida por el precepto ni la redacción del 811 abonan la tesis de la directa atribución legal rígidamente preestablecida de los bienes reservables, sino la sujeción del reservista a no disponer fuera del ámbito determinado en la norma y del modo que sea necesario para el cumplimiento de su específica *ratio*.

#### 19. *Sus obligaciones complementarias.*

Para la reserva viudal, los artículos 977 y 978 del Código civil las determinan en estos términos:

977. «El viudo o la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y tasar los muebles.»

978. «Estará además obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca:»

«1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvierén al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales o procedieran de dote inestimada; o de su valor, si procediesen de dote estimada.»

«2.º El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.»

«3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.»

«4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.»

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de restitución recayentes sobre la herencia del reservista se exige a éste el cumplimiento de determinadas medidas de seguridad, reguladas en la Ley y el Reglamento Hipotecario en la sección de las hipotecas legales.

El artículo 184 de la Ley Hipotecaria dispone para una y otra reserva: «El viudo o la viuda que por repetir matrimonio esté obligado a reservar determinados bienes deberá, con intervención judicial, hacer inventario de todos ellos, inscribirlos, si ya no lo estuvieren, y en todo caso hacer constar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles, tasar los muebles y asegurar con hipoteca especial suficiente las restituciones exigidas por el artículo 978 del Código civil. Iguales obligaciones tendrán

(327) Ver especialmente I, § 1.º núm. 6, págs. 23 y sig. (AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs.) y II, § 2.º, núm. 16, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 755 y sigs.

*el cónyuge viudo en el caso del artículo 980 del Código civil y el reservista en el artículo 811 del mismo cuerpo legal, en cuanto les sean aplicables.»*

Los artículos siguientes regulan la forma de dar cumplimiento a esta obligación. Y el § 2.º del artículo 198 prevé que: «*Si el reservista no tuviere bienes que hipotecar se instruirá también el expediente prevenido en el artículo 186 con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía.»*

El Reglamento Hipotecario, en su artículo 259 dice que: «*El viudo o viuda que, por repetir matrimonio o por tener en estado de viudez un hijo natural reconocido o declarado judicialmente como tal hijo y el ascendiente que estén obligados a reservar determinados bienes, inscribirán éstos a su nombre, si no lo estuvieren. Si a los documentos necesarios para la inscripción se acompañase la escritura a que se refiere el artículo 185 de la Ley, la calidad de reservables de los bienes se expresará en dicha inscripción. Si los bienes estuvieren inscritos, tal calidad se hará constar por nota al margen de la correspondiente inscripción.»* Y, en el § 1.º del artículo 265, admite que: «*Siempre que sin haberse procedido en la forma determinada en los artículos 185 a 187 de la Ley, los obligados a reservar hicieran constar expresamente en las escrituras de adjudicación de bienes, particiones hereditarias o en cualquier otro documento auténtico el carácter reservable de los bienes, se consignará en el fondo de la inscripción correspondiente dicha circunstancia y todas las demás que contribuyan a determinar los respectivos derechos.»* Antes hemos visto que su § 2.º ordena al Registrador que en otro caso se abstenga de hacer constar nada acerca del carácter reservable de los bienes aunque lo deduzca a través de datos o indicaciones de los documentos presentados. Y el § 3.º concluye que: «*Con posterioridad a la inscripción, la calidad de reservable de los bienes, cuando proceda, se hará constar por nota marginal.»*

Al tratar de la integración del 811 con las reglas de la reserva clásica y concretamente de la aplicación a aquél de las medidas de los artículos 977 y 978 del Código civil (328) hemos visto que:

1.º Si el ascendiente sujeto a la reserva del 811 contrae segundas nupcias resulta evidente la plena aplicación de los artículos 977 y 978, como entendieron las Sentencias de 8 de noviembre de 1894 y de 30 de diciembre de 1897.

2.º Si el reservista del 811 carece de descendencia común al otro ascendiente también deben ser de aplicación las medidas de garantía previstas en dichos artículos, según entendieron la Sentencia de 6 de julio de 1916 y la Res. de 23 de julio de 1910.

3.º En caso de que el ascendiente, presunto reservista del artículo 811, tenga descendencia común al otro ascendiente, mientras aquél no contraiga nuevas nupcias no podrán dichos des-



cendientes exigir el cumplimiento de las medidas previstas en los artículos 977 y 978 del Código civil, según falló la Sentencia de 3 de noviembre de 1931. Las normas que abonan este criterio ya las referimos. Es más discutible si, en este supuesto, los parientes de grado más remoto, comprendido dentro del tercero, de la línea de procedencia, pueden exigir dichas medidas de seguridad. La Sentencia de 19 de enero de 1935 admitió que pudiera exigir las un medio hermano del descendiente, hijo de un matrimonio anterior del otro ascendiente y, por lo tanto, hijastro del reservista.

La Sentencia de 6 de julio de 1916 contempló un supuesto en el cual se reclamaba al ascendiente reservista la constitución de hipoteca en garantía de la devolución de valores reservables y, en defecto de bienes inmuebles que hipotecar, el depósito en el Banco de España u otro establecimiento oficial de los expresados valores. El Tribunal Supremo rechazó el recurso entablado contra la sentencia de la Audiencia de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de La Latina, denegatoria de la exigencia del depósito. Después de reconocer en su primer considerando que los artículos 977 y 978 son aplicables al 811, niega la posibilidad de exigir tal depósito, aunque falten inmuebles para garantizar con hipoteca la devolución de los valores reservables. Apoya su negativa el Tribunal Supremo en que: no hay identidad entre la sujeción a la reserva y la disgregación (329) de usufructo y nuda propiedad (tercer considerando); en que no resulta infringido el artículo 1.121 del Código civil, «porque ni puede ostentar tal carácter de acreedor, quien como el reservatario tiene un derecho no sólo condicionado, sino eventual, sino expectante por lo inseguro e incierto; ni puede acudir a preceptos de carácter general cuando, como aquí ocurre, existan los antes mencionados [artículos 974, 975 y 976 del Código civil], que de manera especial y concreta resuelven lo procedente»... (cuarto considerando); y que «no puede atribuirse a imprevisión u olvido del Código el que no se establecen más reglas de garantía con relación a los muebles reservables que las antes anotadas, aun en el caso de que el reservista carezca de bienes propios para constituir hipoteca, porque ya se cuida para suplir esa carencia de adoptar precauciones análogas a las que el recurrente señala, como lo evidencian sus artículos 1.355 y 1.388, pero es cuando se trata de asegurar derechos definidos y ciertos desde el momento en que se adquieren, como son los que tiene la mujer en sus bienes dotales y el marido en sus parafernales», y si no lo hace en las reservas es: porque «obedece con reflexivo propósito de una parte, a razones de orden social, limitando en lo posible los perjuicios que produciría la amortización

---

(329) MANRESA, en su respuesta a la citada consulta publicada en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 78 (pág. 365), para el caso de que el reservista careciera de inmuebles que hipotecar, había propuesto la aplicación analógica de lo prevenido para el usufructo en el artículo 494 C. c.

del capital mueble como uno de los efectos de la reserva, y de otra la necesidad de armonizar, atendiendo a su esencia jurídica, derechos tan contrapuestos como son los del reservista y del reservatario porque no se puede privar a aquél de que use y disfrute conforme a su naturaleza las cosas que tiene en reserva.»

La Sentencia de 8 de octubre de 1923 admitió que había habido tácita renuncia a exigir la constitución de hipoteca en garantía del precio de inmuebles vendidos y de los muebles reservables, por el hecho apreciado en la sentencia recurrida de no haber ejercitado el presunto reservatario demandante su derecho a exigir las en los veintiséis años transcurridos.

La Sentencia de 10 de noviembre de 1953, que rechazó los recursos de las dos partes demandante y demandada, contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona, contempló la reclamación de aquella parte fundada en que se había desestimado su petición de que se decretara la nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad de la escritura de venta otorgada por el ascendiente y se ordenase su total cancelación y la extensión de otras nuevas en las que se hiciere constar la condición resolutoria a que la venta se hallaba afecta por la calidad de reservables de las fincas o, en otro caso, la anotación marginal en los correspondientes asientos registrales. El Tribunal Supremo entendió que la cita hecha por la parte actora al articular su recurso, de los preceptos que estimaba infringidos, carecía de la precisión y claridad necesarias y que se omitía en absoluto la expresión del concepto en que lo hubiesen sido, lo cual consideró falta de requisito esencial de forma, y por ello desestimó el recurso sin penetrar en la cuestión de fondo.

#### 20. *Disposiciones inter vivos de bienes reservables por el reservista.*

La clave para determinar la exacta posición jurídica del reservista y hallar la medida de su sujeción y, por lo tanto, para calificar *a posteriori* la naturaleza jurídica de su derecho, la tendremos en la mano si precisamos el ámbito de sus facultades dispositivas *inter vivos* y *mortis causa*. Ahora intentaremos ocuparnos de las primeras, es decir, de la facultad del reservista de disponer entre vivos de los bienes reservables, refiriéndonos separadamente, por este orden, a las relativas a bienes muebles y a los inmuebles. ¿Cuál es su eficacia, cuáles sus límites, cuál su ineficacia?, es lo que trataremos de aclarar.

#### 1.º *Facultades dispositivas del ascendiente reservista respecto bienes muebles reservables.*

Hemos visto que el artículo 976 declara la validez de las enajenaciones de bienes muebles por el bñnubo, hechas antes o después de contraer segundas nupcias, salvando siempre su obligación de indemnizar. Doctrina que, al integrar el 811 con la mecánica funcional que la reserva clásica tiene en el Código civil, debe aplicarse en la reserva lineal a todas las enajenaciones de bienes muebles realizadas por el ascendiente reservista.

No han faltado autores—Barrachina (330), Angel Sanz (331), Hernández Gil (332)—que han estimado el 976 del Código civil como una aplicación del artículo 464 del mismo, según la concepción germánica de esta norma por ellos defendida. Quien de buena fe adquiriese bienes muebles al reservista—según esta tesis—obtendría *a non domino* su titularidad por aplicación del principio germánico *Hand wahare Hand*, en su versión consuetudinaria francesa *en fait de meubles possession vaut titre*. Pero, aparte de que no creemos admisible esa interpretación del artículo 464 (333), estimamos que el artículo 976 reconoce sin limitación la plenitud de facultades dispositivas al reservista respecto de los bienes muebles, a salvo su obligación de indemnizar (334). Y así lo han aceptado incluso autores partidarios de la interpretación germanista del artículo 464, como Jordano Barea (335), Ladaria Caldentey (336) y Carlos Melón Infante (337).

La facultad de disponer libremente de los bienes muebles (sin perjuicio de dar lugar al morir el bñnubo a la devolución de su precio a los descendientes comunes) ya correspondía al reservista

(330) FEDERICO BARRACHINA Y PASTOR: *Derecho hipotecario notarial*, tomo II (Castellón, 1911), cap. XII, pág. 331.

(331) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *La prenda sin desplazamiento*, en «An. de la Acad. Matr. del Not.», vol. II, pág. 153.

(332) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, en «Rev. Der. Prix.», XIX (julio-agosto 1945).

(333) Ver especialmente *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil* (Madrid, 1956) y en ANUARIO DERECHO CIVIL, IX-II, págs. 361 y sigs., donde defendimos que ese precepto de nuestro Código no se ocupa de la *adquisitio a non domino* ni de una mera presunción de título a efectos de la usucapión de muebles, sino de la reivindicación de bienes muebles que sólo es posible, dada la dificultad de demostrar el título adquisitivo, si el actor prueba haber sido privado ilegalmente de la posesión.

(334) Lo sustuvimos así, objetando a SANZ y HERNÁNDEZ GIL, en *La buena fe, la inscripción y la posesión en el juego de la fe pública*, en «Rev. Der. Priv.», XXXI (diciembre 1947), nota 13, pág. 976.

(335) JUAN B. JORDANO BAREA: *La teoría del heredero aparente y la protección de terceros*, en AN. DER. CIV., III-III (julio-septiembre 1950), págs. 701 y sig.

(336) LADARIA CALDENTAY: *Legitimación y apariencia jurídica* (Barcelona, 1952), págs. 47 y 153.

(337) CARLOS MELÓN INFANTE: *La posesión de los bienes muebles. Adquirida de buena fe, equivale al título* (Barcelona, 1957), pág. 38, donde dice: «En el artículo 464 el tercero adquiere de un *non dominus*; en el 976 adquiere de manos de un *tradens* a quien la Ley concede de una manera expresa la facultad de disponer.»

en Derecho romano (Código V-IX, 6, § 1.º, vers. *Mobilium vero rerum*) desde la creación de las reservas, es decir, muchísimo antes de ser recibido el principio *Hand wahare Hand*.

Y, además, en el actual régimen está claro que los reservistas pueden disponer intervivos de los bienes muebles, no sólo a título oneroso, sino también gratuitamente, como resulta del artículo 978 n.º 3 del Código civil, que concreta cuál es la obligación de indemnizar impuesta en el artículo 976 al reservista, al precisar su obligación de asegurar con hipoteca: «3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega de valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.» La eficacia de estas disposiciones gratuitas quedaría sin explicación si el artículo 976 sólo convalidara adquisiciones *a non domino*.

Estas dos razones, que por lo demás apoyan el texto literal del 976, nos parecen definitivas.

## 2.º La facultad del reservista de disponer de los inmuebles reservables.

Recordemos que antes de la Ley Hipotecaria, en la reserva clásica las enajenaciones de inmuebles reservables hechas por el reservista no eran nulas *ipso iure*: Se convalidaban totalmente si le premorían todos los descendientes del anterior matrimonio (Nov. II, cap. II, pr. y Nov. XXII, cap. XVI). Y en vida de aquel carecían éstos de acción para impugnar sus disposiciones; de modo que sólo después de su muerte podían reivindicar los inmuebles enajenados (Nov. XXII, cap. XXIV) (338).

Los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 examinaron este sistema con la misma preocupación con que miraron las antiguas hipotecas legales generales y tácitas (339). Se quiso evitar la incertidumbre, advertir a los adquirentes y proteger a los reservata-

(338) Ver II, § 2.º b, 7, 3.º, en AN DER. CIV., XI-III, págs. 681 y siguientes.

(339) «Aunque es generalmente conocida por todos la poca expresión de nuestras leyes en lo que concierne a los bienes reservables, no se nota, sin embargo, en ellas la omisión de consignar que los hijos del primer matrimonio tienen una hipoteca tácita para su restitución en los bienes del consorte que sobrevivió y pasó a segundas nupcias. Pero como la hipoteca es general sobre todos los bienes del cónyuge obligado a restituir, puede conocerse su frecuente ineficacia y la necesidad de armonizarla con los principios que dominan en todo el proyecto. Hay en este caso una razón más: no definido de una manera terminante en la Ley el derecho que después del segundo matrimonio tiene el cónyuge superviviente en los bienes reservables, pareciendo por una parte dueño de ellos y por otra un mero usufructuario, se ha suscitado la duda de si las enajenaciones que hace deben considerarse y declararse, en su caso, nulas desde luego, o si ha de esperarse a su fallecimiento para que la declaración de nulidad pueda tener efecto. Esta última opinión es generalmente la seguida, porque no obliga a anular la enajenación cuando aún no puede saberse si ha de llegar el caso de la restitución, puesto que es incierto si los hijos del primer matrimonio han de sobrevivir a su padre o madre.»

rios. Todo a la vez, quiso salvarse con esta medida, que copiamos de su Exposición de Motivos: «hacer constar la cualidad de bienes reservables en las adquisiciones respectivas de dominio, para que, apercebidos los adquirentes, sepan la reserva a que están afectos los inmuebles».

Como hemos visto, el Código civil, respecto la enajenación de inmuebles reservables por el viudo, dice en su artículo 975 que *subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*.

Disposición que obliga al sucesivo examen: a) de los grados de eficacia y de ineficacia de las disposiciones de inmuebles reservables hechas por el reservista cuando la Ley Hipotecaria no entre en juego: y b) del reflejo registral de la reserva lineal y las consecuencias de su no constatación expresa si se trata de inmuebles inscritos.

a) *Grado de eficacia de la disposición de inmuebles reservables verificada por el reservista cuando se trata de bienes no inscritos en el Registro de la Propiedad o bien de bienes inscritos si en la inscripción de éstos de forma expresa se ha hecho constar su condición de reservable del modo previsto en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento.*

La posibilidad admitida por el artículo 975 C. c., de que dicha disposición sea plenamente eficaz, ha sido diversamente explicada por los autores.

¿Qué situación se da en el período de pendencia? La cuestión es de interés práctico: Si se tratase de una situación rescindible al consumarse la reserva, no podría ejercitarse la acción rescisoria sin hacer previa excusión de los bienes del reservista (art. 1.294 Código civil) y caducaría a los cuatro años del fallecimiento de éste (art. 1.288). De tratarse de una anulabilidad se daría el mismo plazo de caducidad (art. 1.301 C. c.).

a) Valverde Maruri (340) entendió que se trata de una *acción rescisoria* que, como subsidiaria que es, solamente cabe utilizarla en defecto de otra acción para reparar su perjuicio (art. 1.295 C. c.) y no alcanza los bienes si del primer adquirente han pasado a otro de buena fe (art. 1.295, § 2.º), aunque se trate de inmuebles no inscritos.

β) Falcón (341) la estimó como  *nulidad relativa*. «El cónyuge viudo—dice—puede volver a enviudar sin tener sucesión de su segundo matrimonio: el cónyuge viudo puede morir, cuando ya habían muerto sus hijos del matrimonio anterior. En ambos casos, la

(340) VALVERDE MARURI: *Op. cit.* (cita de MUCIUS SCABVOLA: *Op. cit.*, vol. XVII, pág. 288). Esta tesis fué defendida por el Derecho anterior del Código civil por DOMINGO DE MORATÓ (*Op. y vols. cit.* núm. 1.485, página 251).

(341) MODESTO FALCÓN: *Op. y vol. cit.*, pág. 407.

reserva carece de objeto alguno, y las enajenaciones hechas convalencen. No existe en nadie derecho ni acción para reclamar la nulidad.» Ese criterio de apreciar una *nulidad relativa y convalidable* lo vemos en Mucius Scaevola (342), Gayoso Arias (343), Castán (344), De Buen (345), Vicente Jaén (346). Este último autor vacila entre calificar estos actos de *nulos* o *anulables*. Mucius Scaevola se había inclinado por la nulidad: «El artículo 975—dice—parece que no deja duda sobre la nulidad de las enajenaciones a que se refiere y la consecuencia primera de esta nulidad sería la posible reivindicación de las cosas enajenadas.» E igualmente Gayoso, apoyándose en el artículo 4.º Código civil.

γ) L. Ceres (347) cree que *la nulidad es absoluta*; que los actos dispositivos del reservista jurídicamente son inexistentes salvo en los casos en que los artículos 974 y siguientes reconocen expresamente la validez de dichas enajenaciones.

δ) López R. Gómez (348), Manresa (349), Morell y Terry (350), Ureña (351), Sánchez Román (352), Barrachina (353), Valverde Valverde (354), Roca Sastre (355), De Motta (356), Royo

(342) MUCIUS SCAEVOLA: Op. cit., vol. XVII, art. 976 B, págs. 287 y sigs.

(343) GAYOSO ARIAS: *Nociones de Legislación hipotecaria*, vol. cit., lección 49, pág. 230, y en «Rev. Der. Priv.», II, pág. 259, nota 2, donde estima aplicables el artículo 4.º del C. c. y el principio *quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus*.

(344) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, vol. cit., Lec. LXXV, págs. 477: «Del texto del artículo 975 parece, no obstante, desprenderse que la acción a ejercitar será más bien la de *nulidad*, pues al disponer que las enajenaciones subsistirán si no sobreviven los descendientes, da a entender que el principio general es el de nulidad del acto o contrato de enajenación, el cual, por excepción, puede convalidarse en virtud de la prelación de los reservatarios.»

(345) DE BUEN: *Notas...*, vol. cit., pág. 392.

(346) VICENTE JAÉN: *Op. cit.*, pág. 28. Dice que «esta clase de actos o contratos son siempre *nulos* o *anulables*, no *rescindibles*, aunque sean susceptibles de convalidación».

(347) L. CERES: *Loc. y pág. cit.*

(348) NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ: Op. y vol. cit., cap. VIII, núm. 10, pág. 241.

(349) MANRESA: *Comentarios...*, vol. IV, art. 814, IV, B, págs. 306 y sigs. A su juicio, el reservista, al enajenar bienes reservables, transmite el usufructo puramente y la nuda propiedad condicionalmente.

(350) MORELL: *Bienes reservables*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82 (primer semestre 1893), págs. 133 y sigs.; en *Estudios...*, págs. 269 y sigs.

(351) RAFAEL DE UREÑA: *Loc. cit.*, págs. 102 y 106.

(352) SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, VI-II, n. 153, pág. 1031.

(353) BARRACHINA: *Derecho hipotecario...*, t. I, cap. XIV-II, pág. 274 y t. III, cap. XII, págs. 330 y sigs.

(354) CALIXTO VALVERDE VALVERDE: Op. y vol. cit., pág. 476.

(355) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, vol. IV, tema LXXIV, página 68, y tema LXI, págs. 247 y sigs.

(356) CARMELO DE MOTTA MONREAL: Op. cit., págs. 123 y sigs.

Martínez (357), Borrell y Soler (358), estiman sometidas a condición resolutoria las enajenaciones hechas por el reservista, en virtud de la cual serán revocables en el caso de que los reservatarios sobrevivan a aquél. También Capó Bonnafous (359), a pesar de negar que la propiedad del reservista se halle sometida a condición resolutoria, admite—respecto la reserva viudal—que el único efecto «de verdadera condición resolutoria que el supuesto estimado tal produce, es el que consigna el artículo 975, respecto a los bienes inmuebles enajenados con posterioridad al segundo matrimonio».

e) Marín Monroy (360) ha afirmado que se produce una *reducción temporal del dominio adquirido al reservista, que queda limitado a la vida de éste*. A su juicio, «la venta por el reservista es válida en principio, no ya del derecho de usufructo, sino del dominio pleno, no siendo posible sostener que la enajenación es nula en sí»; pero el adquirente del reservista sufre «que la transmisión por la ley del dominio al reservatario sobreviviente le afecta, convirtiendo su dominio en temporal, especie de dominio vitalicio dependiente de la vida del reservista».

La sentencia de 30 de noviembre de 1953 acepta la cuarta posición al estimar, en su segundo considerando, que la venta de bienes reservables otorgada por el reservatario se hallaba sujeta a condición resolutoria. Igualmente la Sentencia de 9 de febrero de 1924 dice que el reservista tiene derecho a disponer como nudo propietario condicional. El mismo criterio, de entender sometidas a condición resolutoria la venta de inmuebles reservables verificada por el reservista, preside las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 1892, 10 de junio de 1924 y 29 de diciembre de 1931; así como, con relación a la hipoteca de bienes sujetos a reserva viudal, la Resolución de 25 de febrero de 1862.

Casi todas estas posiciones ofrecen algún aspecto que inclina a seguir las: La de Marín Monroy expresa el resultado fáctico producido por la imposición de la reserva a la enajenación que el reservista había otorgado. La tesis de la resolución refleja el efecto óptico que, a primera vista, produce esa incertidumbre inicial y el resultado final que consume o desvanece la eficacia definitiva de la enajenación. La opinión que defiende la anulabilidad convalidable y relativa, exigible únicamente por los reservatarios sobrevivientes y tan sólo después de fallecer el reservista, contempla la cuestión, enfocando preferentemente, para su sanción y corrección, el hecho de incumplirse la obligación legal de reservar.

(357) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ: Op. cit., pág. 233.

(358) BORRELL Y SOLER: *Derecho civil español*, vol. cit., 349, páginas 327 y sigs.

(359) CAPÓ BONNAFOUS: Loc. cit., págs. 448 y sigs.

(360) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «Rev. Cr. de Der. Inm.», VI, pág. 778.

El criterio de la rescisión mira fundamentalmente la subsanación del perjuicio sufrido por el interés legalmente protegido de los reservatarios.

Pero ninguna de ellas resulta plenamente satisfactoria.

La simple explicación de la limitación temporal—al premorir el reservista—del dominio transmitido, expresa un resultado pero no soluciona *cómo* ni *por qué* ha sido logrado.

La técnica de la resolución no expresa más que una imagen aproximada, pero no rigurosamente exacta del fenómeno ocurrido, pues la no subsistencia de la enajenación depende de la sujeción que sufre el sujeto disponente. La enajenación no subsiste porque se lo impide la sujeción que limita el poder dispositivo del sujeto, es decir, un elemento intrínseco y no meramente marginal del acto dispositivo, y depende sólo mediatamente—y no inmediatamente, como en la condición—del hecho ulterior de premorir el reservista. Además, tampoco los efectos corresponden a los de la resolución: fundamentalmente porque la enajenación del reservista no se deshace (resuelve) sino que termina su eficacia (*no subsiste*)—sin perjuicio de las acciones que al adquirente, perjudicado por la no subsistencia le correspondan en cada caso contra los herederos del reservista transferente—, lo cual da lugar a efectos diferentes a los de la resolución, v. gr., en cuanto al abono de expensas que no se debe regir por el artículo 1.122, núm. 6, según luego veremos.

La nulidad ni la anulabilidad, aunque se califiquen de relativas—es decir, sólo reclamables por los reservatarios—y de convalidables—esto es, susceptibles de subsanarse—tampoco reflejan con exactitud el resultado, que no consiste en anular la enajenación sino en impedir su subsistencia, esto es, en hacer cesar su eficacia al consumarse la reserva. El resultado previsto en el artículo 1.303 no es aplicable (361), ya que no hay que devolver los frutos anteriores a la muerte del reservista, ni base legal para exigirlos puesto que los reservatarios no tienen derecho a ellos. Ciertamente que esto quieren explicarlo algunos autores rompiendo la unidad de la venta, entendiéndolo que sólo se anula la venta de la nuda propiedad, mientras la del usufructo se consuma y extingue por finalizar su término, ligado a la vida del reservista transmitente. Pero entonces no se explicaría el derecho a las expensas, que con mayor razón—como luego veremos—que al heredero gravado de fideicomiso (art. 783, 2.º) o al comprador con pacto de retro (art. 1.518, número 2), debe corresponder al reservista, y por ende también a quien sea derechohabiente suyo.

La rescisión parece una protección algo débil para el interés de los reservatarios, en especial, porque no les permitiría ni aun

(361) Tampoco hay devolución del precio y sus intereses en virtud del artículo 1.303, sino, en su caso, evicción, de acuerdo con el artículo 1.478, si el comprador no hubiese renunciado a ella, conforme al artículo 1.477, y no se hubiese vendido asumiendo el comprador el riesgo de la reserva.



en caso de constatación registral de la reserva, la recuperación *in natura* de los bienes lineales, si se les pudiera indemnizar en dinero—dada la subsidiariedad de la acción rescisoria con arreglo al artículo 1.294 C. c.—, indemnización que habría de estimarse posible mientras no se hiciera exclusión de la herencia no reservada del reservista. De ese modo esa constatación registral sólo significaría una afección subsidiaria y cuasi-hipotecaria de los inmuebles reservables. Ninguno de estos resultados conjuga con el texto de los artículos 975—palabras *subsistirá únicamente*—y 978 número 4 —*El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados*, expresión que se ha de relacionar con el texto del artículo 974 y con los incisos *subsistirá únicamente...* y *sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*, que nos indican que hay disposiciones que no subsisten, que no resultan válidas, porque la reserva se consuma—civilmente o hipotecariamente—sin que en sus textos se salve su subsistencia por la circunstancia de que sea posible indemnizar en dinero a los reservatarios.

Morell (362) observó: que «las palabras del Código civil no declaran las enajenaciones de inmuebles hechas por el bñnubo, ni nulas, ni rescindibles; pero sí expresan que esas enajenaciones sólo subsistirán si no quedan hijos. Subsistir es continuar existiendo, permanecer, quedar estable, conservarse; lo que subsiste es que existía antes, y viceversa, lo que existía y deja de existir lo que existiendo no permanece ni se conserva, es lo que no subsiste. Si, pues, las enajenaciones subsisten cuando no sobreviven al bñnubo hijos del primer matrimonio, es que ya antes se reconocía su existencia, luego ya antes eran válidas. Podrá decirse que no es lo mismo existir que tener validez; pero claro es que la Ley no se refiere en la palabra subsistir a la realidad material del hecho de la enajenación, sino a su existencia y realidad legal, y siendo esto así, como lo que es nulo en su origen no puede llegar a ser válido por el transcurso del tiempo, si el Código considerase nulas esas enajenaciones, no las consideraría después subsistentes por el hecho incierto y casual de que no quedasen hijos. Viceversa, cuando quedan hijos y no subsisten, no es que se reconozca su nulidad, lo cual sería una consecuencia, sino que actos válidos dejan de producir sus naturales efectos mediante la circunstancia de quedar hijos y contando con la voluntad de éstos». (Concluye Morell «que estos actos se rescinden»; pero en esa conclusión ya no estamos de acuerdo por razones que hemos anticipado, aparte de no ser lógicamente correcta, pues *no ser nula y no subsistir* no equivale a ser rescindible.)

Al intentar pasar de la crítica a la elaboración, podemos estimar como datos ciertos los siguientes:

(362) *Bienes reservables*, en «Estudios...», pág. 270, y en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, pág. 134.

I) Las enajenaciones de inmuebles por el reservista (a salvo la cuestión hipotecaria) *no pueden perjudicar a los reservatarios al consumarse la reserva*. Por ello en ese caso *no subsistirán* (artículo 975 C. c.).

II) *Los reservatarios no podrán accionar contra esas enajenaciones en vida del reservista* y sólo podrán reclamar los bienes al consumarse la reserva. Se trata de un simple corolario de la conclusión anterior, al cual ya llegaba también la doctrina antes del Código civil (363), circunstancia que avala su exactitud.

III) *Sólo los reservatarios, que consumen su derecho, podrán reclamar los bienes inmuebles enajenados*. Conclusión que resulta claramente del carácter, que los reservatarios monopolizan, de beneficiarios exclusivos de la norma que impone la sujeción al reservista, como resulta de los arts. 970 op. 1.º y 972.

IV) *La adquisición de los bienes por los reservatarios no supone retroacción de la enajenación, sino únicamente su ineficacia a partir de la muerte del reservista*, en cuanto sea reclamada por los reservatarios (364). Ese resultado basta para satisfacer el interés legalmente protegido de éstos y se halla de acuerdo con la expresión literal —«subsistirá únicamente» [la enajenación del reservista]— del artículo 975.

Con realismo jurídico, *esos datos llevan a la conclusión de que la enajenación de inmuebles por el reservista puede ser relativamente ineficaz*. Relatividad triple. En cuanto al supuesto: *si la reserva se consume*; en cuanto a las personas respecto las cuales será ineficaz la disposición: *los reservatarios que consoliden su derecho*; y en cuanto al tiempo: *desde la muerte del reservista*. Se trata de un efecto de la sujeción del reservista, que limita su facultad de disponer eficazmente impidiéndole traspasar los límites de la reserva. Por eso: *si ésta no tiene lugar, la sujeción se desvanece y la disposición es plenamente eficaz*. Y *si la reserva se consume, la enajenación sólo es ineficaz en el mismo ámbito de la sujeción, es decir, relativamente, en cuanto afecte al derecho de los reservatarios y desde que éste nace al fallecer el reservista*.

Nos quedan varios problemas a resolver, previos a la total delimitación de esa ineficacia relativa. Son: su repercusión en la liquidación de expensas, mejoras y deterioros, de la que nos ocuparemos seguidamente (en el núm. 21); la determinación del plazo de prescripción de la acción de los reservatarios dirigida a la

(363) Ver II, § 2.º, A, b, núm. 7, 3.º, en AN. DER. CIV.

(364) Cuestión dudosa es la relativa a si el adquirente a quien el reservista enajenó como libres inmuebles reservables y que resulte afectado por la reserva impositiva de la subsistencia de su adquisición, podrá pedir su anulación por dolo del reservista. MORELL (Op. últ. cit., en «Estudios...»), pág. 274, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, pág. 138) admitió esa posibilidad que con arreglo al artículo 1.302 sólo el adquirente puede utilizar, pero no el reservista ni los reservatarios.

reclamación de los bienes y la vieja cuestión relativa a la posibilidad de que el adquirente ponga al reservatario reclamante la circunstancia de ser éste heredero del reservista, si lo es y ha aceptado su herencia, de las que tendremos que ocuparnos más adelante (en los núms. 41 y 44, respectivamente).

b) *Disposición por el reservista de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad.*

La coletilla final del artículo 975 del Código civil *sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria* necesita ser explicada. Tal vez no tanto como le pareció a López R. Gómez (365) al hacer la serie de consideraciones a que le movió su apreciación de que: «Esta referencia tan genérica por la forma en que es expresada aumenta mucho más la confusión...» Pero, quizá, algo más de lo que se ha creído en general por la doctrina.

Hay autores que refieren los efectos hipotecarios de modo general a lo previsto en los que hoy son artículos 32, 34 y 37 del vigente texto. Así Manresa (366), que los refirió a los antiguos artículos 23, 34, 36 y 37 (hoy 32, 34 y 37); Barrachina (367), que aludió a los antiguos 34, 36 y 37 (hoy 34 y 37); Marín Monroy (368), Roca Sastre (369), De Motta (370), que han invocado los artículos 34 y 37. También, al parecer, Sánchez Román (371), pues alude al artículo 34 y *demás concordantes de aplicación*.

Otros, como López Mazón (372), Díaz Cobeña (373), de Diego (374), Castán (375), Casso (376), Borrell (377), Royo Martínez (378), Ladaria Caldentey (379), Espín Cánovas (380), sólo se apoyan en el artículo 34.

- 
- (365) N. LÓPEZ R. GÓMEZ: Op. vol. y cap. últ. cit., págs. 241 y sigs.  
 (366) MANRESA: *Código civil...*, vol. VI, art. 811, IV, B, 2.º pág. 307, y vol. VII, arts. 968 a 980, III, II, C, f. págs. 298 y sigs.  
 (367) BARRACHINA: Loc. últ. cit., págs. 272 y sigs.  
 (368) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», VI, págs. 779 y 820.  
 (369) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, vol. IV, tema LXXIV, página 683.  
 (370) CARMELO DE MOTTA: Loc. cit., pág. 123.  
 (371) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios...*, VI, 3.º, cap. XXVII, art. II, § 3.º, C, núm. 27, pág. 1910.  
 (372) LÓPEZ MAZÓN: Informe emitido en el Congreso de Registradores de Santiago (citado por MORELL y TERRY en el texto que después nos referiremos).  
 (373) DÍAZ COBEÑA: Op. cit., Dict. XV, D, pág. 242.  
 (374) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 390.  
 (375) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, vol. cit., loc. LXXV, pág. 477.  
 (376) IGNACIO DE CASSO: Op. y vol. cit., pág. 614.  
 (377) ANTONIO M. BORRELL Y SALAS: *Miscelánea jurídica*, en «Rev. Jur. de Cataluña», XXXII (julio-agosto 1926), pág. 312.  
 (378) ROYO MARTÍNEZ: Op. cit., pág. 233.  
 (379) LADARIA CALDENTEY: Op. cit., pág. 47.  
 (380) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: Op. y vol. cit., pág. 86.

En fin, Morell (381), Mucius Scaevola (382), Bonel (383), De Buen (384), Jaén (385) y La Rica (386), invocan los antiguos artículos 36, 37 y 38 o el actual artículo 37.

No obstante, más que el precepto citado nos interesa examinar una importante dualidad que se observa en las razones que los autores alegan para fundamentar su cita y explicar la llamada que el artículo 975 hace a la Ley Hipotecaria.

α) Unos autores—todos los que invocan el art. 34 de la Ley Hipotecaria, unido o no a otros preceptos de esa Ley—explican la salvedad final del artículo 975 del Código civil por el *juego de la fe pública registral*. Así Roca Sastre (387) dice que: «Si no consta registrada la [reserva], entonces habrá que distinguir según que el adquirente, en la enajenación o gravamen, sea *tercero protegido por la fe pública registral* o no, pues en el primer caso, su adquisición es firme y no puede ser perjudicado por los efectos resolutorios de la reserva; en cambio, si no reúne los requisitos de la protección registral, al surtir efectos la reserva perderá su adquisición o derecho real, como en el caso en que los inmuebles reservables no figuren inscritos.» Y Manresa (388) explicó que, «cuando no consta ni por nota, ni por la inscripción de enajenación que los bienes enajenados son reservables, el tercero que inscriba, inscribe bien y perjudica a los hijos, y esto aunque el acto inscrito se considere nulo por mediar engaño al ocultar la verdadera naturaleza de los bienes o por transmitir el dominio absoluto el que no es dueño, siempre que la adquisición hubiese sido motivada por un título oneroso; pues si bien la inscripción no convalida los actos nulos con arreglo a derecho, ese tercero adquirirá de quien según el Registro tenía derecho a ello, y su título no puede invalidarse, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque después se anulase o resolviese el derecho del enajenante, por causas que no resultaban claramente del mismo Registro».

β) Pero en contra se ha afirmado que la referencia del artículo 975 apunta a la ineficacia en perjuicio de tercero de las acciones rescisorias o resolutorias que deban su origen a una causa que no consten explícitamente en el Registro. Morell (389), con este

(381) MORELL: *Reservas*, en «Estudios...» págs. 272 y sigs., y «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, págs. 135 y sigs.

(382) MUCIUS SCARVOLA: Op. cit., XVII, arts. 974, 975 y 976, III, B, pág. 288 (si bien no cita el precepto; su doctrina es deducible del art. 37 Ley Hipotecaria).

(383) BONEL Y SÁNCHEZ: Op. y vpl. cit., art. 975, pág. 634.

(384) DE BUEN: Notas citadas, vol. cit., págs. 388 y sigs.

(385) VICENTE JAÉN: Op. cit., pág. 827.

(386) RAMÓN DE LA RICA: *Comentarios ad Nuevo Reglamento Hipotecario*, vol. II (Madrid, 1949), pág. 296.

(387) ROCA SASTRE: Op. y vol. últ. cit., pág. 686.

(388) MANRESA: *Código...*, VII, arts. 968 a 980, III, II, C, f, pág. 299

(389) MORELL: Op. y locs. últ. cit., *Estudios...*, págs. 272, in fine, y 273 y «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 82, págs. 136 y sigs.

criterio, entendió que si la reserva no consta de modo alguno en el Registro, «el que adquiere inscribe puramente, y su título perjudica a tercero según el artículo 23 [hoy 32]; por lo que la enajenación subsiste, y no puede entablarse contra él la acción resolutoria, según terminantemente preceptúa el artículo 36 [hoy 37]. A este caso parecen referirse principalmente las palabras «sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» porque es la verdadera excepción de la regla general». Y Mucius Scaevola (390) precisa que: «Si, pues, el comprador del inmueble enajenado, no estando el mismo anotado marginalmente como reservable, inscribió oportunamente su derecho, en nada podría perjudicarle la facultad de anulación que se establece en el artículo 975 del Código, a excepción de los dos casos que menciona la mentada ley: el haberse rescindido la enajenación como hecha en fraude de acreedores, habiéndolo sido a título gratuito, y el haber sido cómplice del fraude el tercero contra quien se ejercite la acción.» Es decir, que *no basta el conocimiento por el tercero—como en el supuesto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria—sino que hace falta su complicidad en el fraude*, para que le afecte la reserva que no consta en el Registro.

γ) Navarro Amandi (391) había afirmado—al comentar los artículos 975 y 976 del Código civil—que el derecho de los reservatarios «no es real sino bajo cierto aspecto, haciéndose propiamente real mediante la hipoteca» y que el reservista «es en todo tiempo dueño absoluto de los bienes reservables». Esta opinión nos acompaña a una tercera posibilidad—avalada por el texto de la Exposición de Motivos y por la sistemática de la Ley—, planteada así: en la propiedad inscrita la reserva no es eficaz respecto a tercero—conozca o no las causas de su existencia—si no se halla constatada expresamente, como ocurre con la mayor parte de las hipotecas legales que han sustituido a las antiguas generales y tácitas.

Concretamente, la clave de la cuestión que examinamos radica en precisar si la referencia final del artículo 975 del Código civil alude: a) a la específica protección al tercero hipotecario; b) o bien, diversamente, al especial régimen de las reservas en la propiedad inscrita, consistente en la ineficacia de éstas respecto los adquirentes, fuera del caso que el reservista, los reservatarios o quienes legalmente ostentan la defensa de los intereses de éstos reclamen y obtengan su expresa constatación en debida forma, y bien entendido que su no exigencia significa la renuncia tácita a toda acción contra tercero a título no gratuito que no sea cómplice de una transmisión fraudulenta.

Para aclararlo es conveniente examinar con algún deteni-

(390) MUCIUS SCAEVOLA: Op., vol. y pág. últ. cit.

(391) MARIO NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código civil*, vol. cit., artículos 974, 975 y 976, pág. 420.

miento la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

De las sentencias del Tribunal Supremo interesan al objetivo que perseguimos (392) las de 20 de diciembre de 1904 y 8 de octubre de 1923, relativas a la reserva lineal, y la de 8 de octubre de 1910, referente a la clásica.

La de 20 de diciembre de 1904, en supuesto de reclamación a un comprador, estimó que «si por omisión o negligencia no se hace constar en el Registro la cualidad de reservable, al tercero que los adquirió no se le puede imponer responsabilidad por la sola consideración de que la procedencia más o menos conocida de aquéllos permite sospechar o deducir la cualidad que les afecta» y que «tal omisión permite suponer también que el interesado en la reserva no quiere hacer uso de su derecho, por cualquier causa o razón que para ello tenga».

En la de 8 de octubre de 1923 se rechazó un recurso derivado de una reclamación formulada inicialmente a la vez contra el comprador y contra la reservista vendedora de unos inmuebles, que ésta previamente había inscrito por expediente de dominio sin hacer constar su condición de reservable (es de notar que en dicho expediente había sido oído un presunto reservatario, el padre del reclamante, premuerto en la fecha de la reclamación). En el recurso solamente se reclamó la constitución de hipoteca en ga-

(392) No interesa, en cambio, la Sentencia de 21 de noviembre de 1902, porque se ocupó de un caso de reclamación dirigida contra un heredero del reservista. Por ello no se refería al supuesto que nos preocupa, cuando consideró que el 811 «produce en cierto modo una acción real persecutoria de los propios bienes, debe obtenerlos [la reservataria] sin que a ello obste que se hallen materialmente en poder de persona no obligada a reservarlos, puesto que así lo dispone aquel artículo, que no puede interpretarse de manera que se dé lugar a que se haga imposible por medio de cualquier transferencia la efectividad de sus preceptos». Ello, aun sin profundizar en las juiciosas observaciones de MORELL (*Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 107, segundo semestre 1905, págs. 143 y sigs.) que al comentar esta sentencia escribió: «¿Sobre qué podía recaer en ese caso la acción real que se concedió? No era sobre los bienes en que consistió la dote, como sería lógico en tales acciones que han de recaer en cosas *determinadas*, ni era sobre el crédito dotal, porque ni esos bienes ni ese crédito los tenía la demandada.»

Tampoco nos interesa el segundo considerando de la Sentencia de 10 de noviembre de 1953, antes referido, porque la venta del inmueble que se declaró reservable había sido hecha a un hijo del reservista en quien podía concurrir la condición de heredero de ésta y la de ser uno de los posibles reservatarios. Aunque, como vimos en la primera parte de este trabajo (I, § 4.º núms. 31 a 34, págs. 112 y sigs., AN. DER. CIV., X-III, págs. 736 y sigs.) no estamos de acuerdo con ese considerando por creer que no se daba la reserva y que por la venta definitiva a un descendiente común no quedaba infringido el 811, debemos reconocer que la compradora nunca pudo considerarse como tercero, ni siquiera civilmente, en la relación de reserva. Por eso esta sentencia no interesa para la investigación que ahora realizamos.

ranía del precio de la venta. El Tribunal Supremo confirmó el criterio de la Audiencia de apreciar renuncia tácita del reservista a exigir garantías no reclamadas en el transcurso de los veintiséis años discurridos hasta la interposición de la demanda.

La Sentencia de 8 de octubre de 1910 se refirió a un caso en que el bñuvo inscribió por información posesoria (y, como en estos casos de inmatriculación, con la fórmula «sin perjuicio de tercero de mejor derecho») una finca que, hipotecada por el mismo, fué ejecutada en pública subasta. El Tribunal Supremo desestimó la reclamación contra los adquirentes, considerando que habían adquirido por título oneroso e inscrito su derecho en el Registro, en el que nada constaba respecto las causas que pudieran invalidar la inscripción de su causante (el bñuvo).

La doctrina del Tribunal Supremo, dimanante de estas sentencias, cabe explicarla desde los tres puntos de vista anteriormente definidos. Así:

Con el criterio de que es el principio de la fe pública registral el determinante de la ineficacia de la reserva respecto los adquirentes que sean terceros hipotecarios, se explica esta doctrina, según Roca Sastre (393), porque «no basta para hacer perder la situación de buena fe, el que el adquirente se halle en presencia de presunciones o vagos indicios que, a lo sumo, le permitirán sospechar la existencia de las causas de invalidación o ineficacia».

Quiénes sitúan en distinto ámbito posicional al tercero protegido por el artículo 34 y al salvaguardado en el artículo 37, tienen otra explicación que dar a esta doctrina jurisprudencial. Barrachina (394) advirtió en la redacción de los anteriores artículos 34 y 37 estas diferencias: «En el artículo 34 se dice que no se invalidarán los ..., aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de causas que no resulten claramente del mismo Registro» [en la actual redacción dice que no consten en el mismo Registro], mientras el 37 exceptúa de la regla general de la ineficacia respecto tercero de las acciones rescisorias y resolutorias las «que deban su origen en causas que consten explícitamente en el Registro.» Por lo cual preguntó y respondió: «¿Son sinónimos los adverbios «claramente» y «explícitamente»? ¿Son sinónimos los neutros o impersonales «resultar» y «constar»? No vemos sinonimia.» El adverbio *explícitamente*—prosigue—tiene sentido y alcance superior y, por ende, es más absoluto que *claramente*, porque a la claridad se añade la expresión, o, como diríamos, la concreción de la causa o circunstancia que da la voz de alerta, para que no se llame a engaño quien de buena fe vaya a contratar sobre la finca afecta-

---

(393) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo I, tema XII, III, página 539.

(394) BARRACHINA: Op. y vol. ult. cit., pág. 272.

da.» Aparte de que se pueda alegar, por quienes crean en tal diferencia, que en el artículo 34 la buena fe equivale a desconocimiento, que no puede comprender el de la ley—por no ser nunca excusable, según el art. 2.º C. c.—, mientras en el artículo 37 es el reverso de la complicidad en el fraude.

Pero también es llano afirmar que el criterio jurisprudencial se apoya básicamente en la ineficacia de la reserva frente a tercero, tratándose de propiedad inscrita, si expresamente los reservatarios, o el reservista *motu propria*, no hicieron constatar registradamente la reserva, prescindiendo del conocimiento que de la situación tenga quien adquirió del reservista.

Las Resoluciones de la Dirección creemos que pueden ayudar eficazmente a resolver esta duda. Interesan, al respecto las de 25 de junio de 1892, 5 de enero de 1893, 5 de marzo y 23 de julio de 1910, 8 de agosto de 1918 y 29 de diciembre de 1931 (395), relativas a la reserva del 811, y la de 10 de agosto de 1939 referente a la reserva clásica.

Ante todo diremos que la Dirección General comenzó admitiendo que la existencia de la reserva del artículo 811 pudiera inferirse o deducirse de los datos que constaban en el Registro. Así la Resolución de 25 de junio de 1892 revocó la denegación del Registrador a inscribir la venta de una finca que por deducción obtenida de los datos registrados éste estimaba reservable, sin que constare expresamente en el Registro su carácter, y afirmó—la Dirección—que el Registrador debió inscribir la venta. (396) ha-

(395) En cambio, para nuestro estudio, no importan las Resoluciones de 20 de febrero de 1914 y 28 de julio de 1930, referentes a supuestos de reservas lineal y vidual, respectivamente. La segunda confirmó la nota denegatoria de inscribir una agrupación practicada por quien reconocía que una de las fincas estaba sujeta a reserva, estimando contradictorio este reconocimiento con el hecho de agruparla a otra finca no reservable. La primera contempló un supuesto de donación que se declaraba perfecta por sus otorgantes, a pesar de reconocer que la finca donada tenía carácter reservable, por estimar la Dirección contradictorios estos reconocimientos y aquella declaración de ser perfecta. Pero en ésta la cuestión de fondo, que, como luego veremos, creemos que fué resuelta equivocadamente, estribaba en que el donatario era, en el momento de la donación, el pariente más próximo de la línea de procedencia de los bienes y por eso estimaron los otorgantes—creemos que con razón—que la donación era perfecta.

(396) Esta Resolución de 25 de junio de 1892 es, por otra parte, interesante, porque declaró aplicables los arts. 974 y 975 al artículo 811, rechazando el criterio del Registrador de Algeciras que había estimado inalienable la finca sujeta a esa nueva reserva. Según la Resolución, «el Código estima suficiente garantía para los hijos de un primer matrimonio la condición resolutoria que envuelve el artículo 975, por lo cual los parientes colaterales, en el caso de la reserva troncal, no pueden aspirar a mayor derecho en términos de estricta justicia...» «que otra cosa fuera hacer de mejor condición a los colaterales en el caso del artículo 811, que a los hijos de un primer matrimonio, coartando en aquél las facultades dominicales cual en ésta se restringen, e interpretando extensivamente una prohibición odiosas».



ciendo constar el carácter reservable de la finca vendida deduciéndolo de los hechos y antecedentes que debió tener en cuenta para calificar. Y la de 5 de enero de 1893, ante una adjudicación como libres al padre de la causante de bienes heredados abintestato de ésta que a su vez los había heredado de su madre, por lo cual el Registrador había denegado la inscripción, revocó la nota de éste declarándola inscribible, por estimar que «para que el tercero no pueda ser inducido a error ni, por ende, perjudicado, basta con que al verificarse la inscripción solicitada se haga constar con la debida claridad la procedencia de los bienes».

Pero después de la Sentencia de 20 de diciembre de 1904, la Dirección aceptó el criterio de ésta. Ya la Resolución de 5 de marzo de 1910, ante la negativa de un Registrador a inscribir la cancelación de una hipoteca otorgada por quien dicho funcionario estimaba debía reservarla, declaró que «no pueden imponerse a los terceros las responsabilidades que la misma [la reserva del 811] entraña por la sola consideración de que la procedencia más o menos conocida de los bienes permita deducir la cualidad que les afecta». La Resolución de 29 de diciembre de 1931 rechazó una nota que denegaba la inscripción de una adjudicación hecha en pago de deudas a un acreedor en la testamentaria del descendiente de quien era heredero su ascendiente, al cual el Registrador estimaba sujeto a reservarla, considerando la Dirección que «para que esta condición [la de reservable] pueda surtir cualquier clase de efectos hipotecarios y especialmente perjudicar a terceros por actos o contratos que se celebren sobre inmuebles o derechos reales en ellos constituidos, es preciso que estos bienes o derechos estén cualificados como reservables en el Registro de la Propiedad en la forma que previenen los artículos 191 de la Ley Hipotecaria y 225 del Reglamento para su aplicación» [los entonces vigentes]. Y en la Resolución de 10 de agosto de 1939, ante la negativa a inscribir como libre una adjudicación de bienes que el Registrador estimaba sujetos a la reserva del artículo 968 C. c., la Dirección revocó esa denegación por considerar que únicamente «la condición de reservables produce determinados efectos hipotecarios y especialmente puede perjudicar a terceros cuando los bienes estén especialmente calificados como tales en el Registro».

Queda, pues, claro que, a pesar del principio fundamental ordenado en el artículo 2.º C. c. de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento y no obstante resultar de datos del Registro los hechos constitutivos de la reserva, ésta no afecta a los adquirentes de bienes inscritos si su existencia no consta de modo expreso en el Registro. Nótase en ello una evidente diferencia con respecto a lo que ocurre con los retractos legales (397), amparados por la publicidad legal sin necesidad de inscripción, se-

---

(397) Ver MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «R. C. D.», I, VI, págs. 779, 780 y 817.

gún acepta la excepción segunda del artículo 37 L. H. Se ha dicho que, aunque en el Registro aparezcan todas las circunstancias de hecho necesarias para que haya reserva, lo que no resulta del mismo, en dicho caso, es la existencia de reservatarios. Pero esta razón no convence, porque tampoco resulta del Registro la existencia de parientes con derecho al retracto gentilicio, que, como legal que es, afecta a cualquier adquirente; ni tampoco puede deducirse del mismo la pervivencia de las personas llamadas a un fideicomiso, en especial cuando los fideicomisarios están referidos de modo tan genérico como los reservatarios en el 811. La razón, pues, del criterio expresado no puede ser ésta, sino otra de mucho más fondo. El retracto lo impone la ley a cualquier adquirente; la reserva, tratándose de bienes inscritos, no la impone más que cuando su existencia se halle constatada en el Registro. No basta, de ese modo, que de los datos del mismo resulten los hechos constitutivos de su existencia jurídica.

Ante la insuficiencia, frente a terceros adquirentes, de que los hechos constitutivos de la reserva resulten de los títulos inscritos, se planteó a los Registradores un interesante problema de actuación práctica. Por ser éstos técnicos en Derecho se deben percatar, sin duda, perfectamente al ejercer la función calificadora de la existencia de dicho supuesto de hecho de las reservas, y siendo así, ¿cuál debe ser su postura al apreciar tal existencia de los hechos constitutivos de una u otra reserva? Hipotéticamente cabría que dicho funcionario, al encararse con esta cuestión, adoptare cualquiera de estas tres posiciones: una, la de denegar la inscripción del título que no respetase la reserva; otra, hacer constar de oficio la existencia de la reserva y, finalmente, la de inscribir la transmisión, sin aludir a su persona; apreciación ni verificar salvedad alguna.

Las Resoluciones de 25 de junio de 1892, 5 de enero de 1893, 5 de marzo de 1910, 8 de agosto de 1917, 29 de diciembre de 1931 y 10 de agosto de 1939 declararon que el Registrador no podía denegar ni suspender la inscripción por tal motivo (398). Note-

---

(398) CARMELO DE MOTA (loc. cit., pág. 126), en cambio, cree que esta solución «hubiera sido la más correcta, la más fácil y la más práctica». A su juicio (pág. 127) «la alegación de que—puesto que los presuntos reservatarios no han creído conveniente instar la consignación en el Registro de la reserva—el reconocimiento expreso de su existencia no debe ser impuesto al reservista, no puede ser admitida. Esta argumentación es lógica en las verdaderas hipotecas legales, porque éstas sólo quedan constituidas mediante una expresa declaración, con la sola salvedad de las de carácter tácito todavía mantenidas con un carácter excepcional. Por el contrario, la obligación de reservar es impuesta por la Ley y existe siempre, con independencia de que los interesados—reservistas o reservatarios—hayan querido o no hacer uso de los medios concedidos para garantizar su posible eficacia. La sujeción a la reserva es un carácter inseparable de la adquisición por el reservista, impuesta directamente por la Ley y cuya omisión en el título adquisitivo debe suponer siempre su inexactitud e imposible inscripción. No admitirlo así equivale a autorizar al reservista, ante la de los posibles re-

mos que la Resolución de 8 de agosto de 1918 revocó la nota del Registrador tratándose no ya de una venta, sino de la adjudicación de los bienes a los herederos del reservista al practicarse la división de la herencia de éste.

La primera de las citadas resoluciones se había inclinado a que el Registrador hiciera constar de oficio la existencia de la reserva. Pero ese criterio fué revisado por las Resoluciones de 5 de marzo de 1910, 8 de agosto de 1918 (399), 29 de diciembre de 1931 (400) y 10 de agosto de 1939 (401), que estimaron inoficiosa la calificación de reservables hecha por el Registrador y declararon que no es de la competencia de éste el hacerla ni el constatarla de oficio. Posición que ya había sustentado, en su punto 6.º, la Resolución de 12 de diciembre de 1862 respecto la reserva viudal (402). La Resolución de 23 de julio de 1910, paralelamente, declaró que el Registrador no podía dejar de inscribir la herencia a favor del reservista por el hecho de no constituirse las garantías previstas en los arts. 977 y 978 C. c., que sólo pueden exigirlas aquellos a quienes la ley legitima al respecto.

Pero, es más, aparte de la ineficacia hipotecaria de la reserva que sólo resulte meramente deducible de datos registrales y, además, de la abstención ordenada a los Registradores al calificar do-

---

servatarios, a inscribir como libres bienes que no lo son y disponer de ellos en tal concepto en favor de terceros y en perjuicio de los beneficiarios de la reserva».

No estamos de acuerdo con estos argumentos, que creemos encierran una petición de principio. La Ley Hipotecaria—a través de la llamada del artículo 975 del C. c.—pudo perfectamente equiparar la garantía de las reservas a su reglamentación de las hipotecas legales expresas, y a esta solución inclinan las palabras de su Exposición de motivos. Tampoco vemos razón para presuponer la inseparabilidad de la reserva y sus garantías.

(399) Consideró esta resolución que: «Resulta inoficiosa la intervención del Registrador cuya finalidad sea alterar los pactos convenidos por todos los interesados en una herencia y llevar al Registro declaraciones históricas y modalidades retrospectivas que sólo pueden reclamar las personas a quienes taxativamente atribuye la ley tal facultad.»

(400) Que dice: «No es admisible que el Registrador, por conjeturas más o menos verosímiles, establezca la presunción de ser reservables determinados bienes, porque aquella cualidad no depende exclusivamente de la procedencia inmediata de los bienes en el patrimonio del descendiente, ni del título adquisitivo por parte del ascendiente que se supone reservista, sino también de la existencia de parientes de tercer grado en la línea de procedencia y aun de otras circunstancias, cuya apreciación no corresponde al Registrador.»

(401) Declaró que la calificación de reservables no es competencia del Registrador, sino de la incumbencia de los interesados o de quienes taxativamente determina la ley.

(402) Según concluye «esa anotación [marginal de ser reservables los bienes] no debe hacerse sino en virtud de mandato judicial, previa instrucción de expediente, el cual no puede incoar de oficio el Juez, atendido a lo que pide el párrafo 3.º, sección 3.ª, título V de la Ley, pudiendo hasta darse el caso de que ni aun se incoe el expediente, porque los hijos mayores de edad, en cuyo favor se ha establecido el derecho a la obligación de reservar no exijan la constitución de hipoteca».

cumentos en orden a valorar o constatar sus apreciaciones sobre el carácter reservable de los bienes que, como técnicos en Derecho, no pueden escapárseles, resulta que si no ha sido expresamente verificada y rogada por aquellos a quienes corresponda ni siquiera es eficaz la declaración de carácter reservable de los bienes que conste en el Registro, sea por haberse transcrito del testimonio del auto de declaración de herederos abintestato del descendiente—según estimó la Resolución de 29 de diciembre de 1931—o bien por haberla hecho constar oficiosamente el Registrador—según reiteraron las Resoluciones de 5 de marzo de 1910 (403) y de 8 de agosto de 1918.

Es decir, la reserva sólo puede ser constatada o anotada en el Registro de la Propiedad si su constatación o anotación es pedida por el reservista, por los reservatarios o por aquellos a quienes en su caso corresponda la defensa de los intereses de éstos en la forma determinada en los artículos 185 a 187 de la Ley Hipotecaria o en la prevista en el párrafo 1.º del artículo 265 de su Reglamento. Y sólo así, especialmente rogada y expresamente constatada, puede surtir efectos hipotecarios y, por ende, perjudicar a terceros, según las Resoluciones de 5 de marzo de 1910, 8 de agosto de 1918, 29 de diciembre de 1931 (404) y 10 de agosto de 1939 (405). En otro caso la constatación es ineficaz.

Esa doctrina fué recogida en el Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1942, en el párrafo 2.º del artículo 265, que dice así:

*«En tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos; y a efectos registrales no serán suficientes, para reputarlos reservables, los datos que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones.»*

Como advierte La Rica (406), esto no quiere decir que queden desamparados los derechos de los reservatarios, aunque el Registrador no deba—ni pueda—defenderlos de oficio, pues «para salvaguardia y eficacia de los derechos respectivos de los reser-

(403) «Considerando que la inoficiosa indicación consignada en el Registro de la Propiedad al inscribir la aludida adjudicación, de hacerse sin perjuicio de los derechos que correspondiesen a los parientes, según el artículo 811 del Código civil, no debe estimarse como una verdadera reserva, por ser ésta un beneficio personalísimo que sólo pueden ejercitar o reclamar aquellas personas a quienes le ha reconocido la ley taxativamente».

(404) Concluye que «aquella calidad [de reservable] sólo puede establecerse eficazmente a los fines hipotecarios por declaración del reservista, por acuerdo de los interesados o por providencia judicial, en uso de las facultades privativas de los Tribunales de Justicia».

(405) Dice que «la condición de reservable produce determinados efectos hipotecarios y especialmente puede perjudicar a terceros cuando los bienes están especialmente calificados como tales en el Registro, y su constatación es sólo de la incumbencia de los interesados «a quienes taxativamente determina la Ley».

(406) LA RICA: Op. y vol. cit., págs. 294 y sigs.

vatarios durante la vida del ascendiente reservista, la legislación Hipotecaria confiere medios de declaración de la cualidad de bienes reservables y de aseguramiento hipotecario de los mismos, que los interesados o sus representantes e incluso el Ministerio Fiscal pueden utilizar libremente cuando quieran amparar aquellos derechos» (407). Realmente el apartado 1.º del artículo 185 de la Ley, claramente sienta que: *«Cuando los reservatarios sean ciertos y mayores de edad sólo ellos podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones [del reservista] contenidas en el artículo anterior [de hacer constar en el Registro la cualidad de reservables de los inmuebles y asegurar con hipoteca especial suficiente las restituciones exigidas por el artículo 978 C. c.] ; si fueren menores o incapacitados, lo exigirán en su nombre las personas que deban representarlos legalmente.* El artículo 187 añade que *«Si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar sin haberse dado cumplimiento por el reservista a lo establecido en los artículos anteriores, los derechos reconocidos por éstos a favor de los reservatarios podrán ser exigidos por sus parientes cualquiera que sea su grado, el albacea del cónyuge premuerto y, en su defecto, el Ministerio Fiscal.* El § 2.º del artículo 265 del Reglamento—como la jurisprudencia hipotecaria anterior—no es sino aplicación concreta de estas normas legales.

Entre los datos que el Registrador no debe tener en cuenta y que aun transcritos en el Registro serían hipotecariamente ineficaces, se cuentan, sin duda, las calificaciones de reservables hechas por los Notarios en las escrituras por ellos autorizadas, si los otorgantes no las reconocen y asumen expresamente. Si bien creemos que el Notario está obligado, por su ministerio, a advertir a quienes otorgan manifestaciones o particiones de herencia del carácter reservable de los bienes que tengan esa cualidad y de sus respectivos derechos y obligaciones, en cambio—en contra de lo que dice Motta (408)—estimamos que debe abstenerse de hacer constar su criterio personal al respecto si los otorgantes no lo quieren y asumen sus consecuencias. Si éstos—advertidos por el Notario de la existencia de la reserva—no declaran el carácter reservable de los bienes, será inoficiosa toda calificación que el Notario hiciera constar en la escritura a este respecto. Todo lo más podrá expresarlo al hacer y constatar las advertencias legales; pero estas advertencias, aunque se expresen específicamente serán ineficaces contra terceras personas y no podrán ser tenidas en cuenta al practicarse la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 apartado 1.º de la Ley Hipotecaria y en el repetido § 2.º del artículo 265 de su Reglamento.

(407) Por el contrario, DE MOTTA (loc. cit., págs. 127 y sigs.) se muestra en desacuerdo con esa solución por las razones que antes hemos recogido y comentado en nuestra nota 398.

(408) MOTTA: Loc. cit., pág. 128.

En conclusión: la reserva de inmuebles inscritos sólo afecta a quienes los adquieren por actos *inter vivos*: cuando expresamente haya sido constatada o anotada marginalmente a petición de los reservistas, de los reservatarios o de quienes en defensa de los intereses de éstos legalmente puedan solicitarla. No es necesario para gozar de dicha inmunidad que los adquirentes reúnan los requisitos que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige a los terceros para gozar de la protección hipotecaria. La reserva de bienes inmuebles no inscrita es de efectos meramente obligacionales—como lo es siempre la de los bienes muebles—de igual modo que las hipotecas legales mientras no hayan sido inscritas sobre inmuebles determinados. La enajenación de bienes inmuebles inscritos cuando su reserva no se hallare anotada o constatada debidamente en su inscripción, transformará esa reserva de bienes en reserva de valor, fenómeno igual al que ocurre con la enajenación de bienes muebles reservables. El reservatario que no haya exigido su anotación habrá aceptado esa metamorfosis, sea conscientemente o, por lo menos, pacientemente con su omisión. La obligación de reservar el inmueble enajenado se convertirá en la de reservar su valor y asegurarla con hipoteca de conformidad a lo dispuesto en el número 4.º del artículo 978 Código civil.

No obstante, la reserva afectará a los adquirentes por acto *inter vivos* de inmuebles inscritos, aunque no se hubiera constatado en forma en el Registro, en los siguientes casos:

I) Si la transmisión se hubiera celebrado en fraude de los reservatarios, es decir, no sólo con el fin de burlar su expectativa de adquirir los bienes sino también con respecto al valor de los mismos, y el adquirente hubiera sido cómplice en el fraude, e incluso contra el subadquirente que fuera *concius fraudi*; es decir, si se dieran los requisitos para el ejercicio de la acción Pauliana (arts. 1.291 núm. 3, 1.295 § 2.º C. c. y Sentencias de 21 de marzo de 1900, 10 de julio de 1928 y concordantes).

II) Si se hubieran otorgado a título gratuito, por la regla «donación equivale a fraude» (expresada como presunción *iuris et de iure* en el artículo 1.227, § 1, C. c.). Así lo creemos, pues la doctrina que resulta del artículo 987, número 3.º, inciso final, que consagra el reconocimiento de la validez de las enajenaciones de bienes muebles reservables aun hechas a título gratuito, no parece que pueda extenderse a los de bienes inmuebles. Pero, no porque el número 4.º del mismo artículo no contenga igual previsión respecto los inmuebles (razón que por sí sola no sería convincente, en especial porque el número 4 sigue el criterio de la reserva del valor y no el del precio, es decir, generaliza el aplicado a los muebles donados y no el dispuesto para los muebles enajenados a título oneroso), sino porque el criterio aplicado a los bienes muebles excepcionalmente respecto al principio general de presuposición de fraude en los actos gratuitos—no creemos que sea posible generalizarlo, ni cabe aplicarlo extensivamente.

III) También cabría defender que si la enajenación se hubiere verificado dentro del plazo de ciento ochenta días previsto en el artículo 187 Ley Hipotecaria y computado con arreglo al artículo 261 del Reglamento, el adquirente resultaría afectado por la reserva con tal de que ésta se constatare en debida forma en ese plazo. Negativamente opinó Marín Monroy (409), respecto al plazo de noventa días que prevenía el artículo 193 de la anterior edición de la Ley Hipotecaria, pues estimó que aquella responsabilidad sería tanto como ir contra toda la doctrina de la ley, lo cual no le pareció admisible sin una expresa disposición que consagrara la excepción. No obstante no dejó de apreciar y preocuparle el evidente daño que al reservatario podría acarrear la aplicación del criterio general.

Inversamente, creemos que en ciertos casos la reserva de inmuebles incritos, aun cuando esté debidamente constatada en el Registro (e igualmente la referente a bienes no inmatriculados), no debe afectar a los adquirentes a título oneroso. Se trata de los siguientes supuestos:

I) Si el bien reservable es enajenado en virtud de un derecho anterior a la reserva. Así v. gr.: por ejecución forzosa de una hipoteca existente en el momento de nacer la reserva, por comiso derivado de una enfiteusis también anterior a la reserva, retracto u opción constituidos por el descendiente o sus causantes, o bien en virtud de resolución del derecho de éstos; así como por ejecución forzosa de deudas de los mismos, pues la reserva corresponde a un activo líquido que presupone la preferencia de los acreedores del descendiente a los reservatarios como corolario del principio que dice que *antes es pagar que heredar*. Preferencia que resulta reconocida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que reiteradamente ha declarado que antes de determinar los bienes reservables hay que deducir las deudas del descendiente (Sentencias de 29 de septiembre de 1905, 30 de abril de 1906, 4 de mayo de 1910 y 8 de octubre de 1910).

II) Si los bienes son expropiados, dado el rango superior de la facultad expropiatoria, basada en el interés público, y porque significa una limitación insita a la misma esencia medular del derecho de propiedad.

III) Cuando la reserva recaiga en alguna participación indivisa, si el bien total se enajena en virtud del ejercicio por otro condueño de la acción *comuni dividundo*, pues a diferencia de lo que ocurre con los derechos referidos a la cosa común, en cambio los que solamente se refieren a la participación o derecho de uno o varios de los condóminos no pueden afectar a los demás, y ciertamente les afectarían si persistiera el gravamen de una cuota a pesar del ejercicio de la acción *comuni dividundo* y de la consiguiente ven-

(409) MARÍN MONROY: Op. últ. cit., «R. Cr. Dr. Inmob.», VI, página 819 y sigs.

en pública subasta de la cosa indivisible. Así resulta al comparar el artículo 405 C. c.—determinante de que la división de la comunidad no afectará a los titulares de *derechos reales en la cosa*—y los artículos 399 apartado final y 403 C. c.—de los que resulta que a los cesionarios o titulares de un derecho limitativo del derecho de uno o varios de los condóminos, así como los acreedores particulares de éstos, al disolverse la comunidad, se les concreta su derecho en la porción adjudicada al condómino gravado y, por ende, si a éste no se le adjudica porción alguna de la cosa sino dinero, por haberse vendido aquélla en pública subasta por ser indivisible, a ese dinero se contraerá—por subrogación—el derecho de aquellos cesionarios o titulares de un derecho limitativo del de uno o varios partícipes (410).

En dichos casos, al ser válida la enajenación: la reserva se concretará al valor de la cosa—en los supuestos I y II—o al de la cuota en el supuesto III—a que la reserva se refería; dejará de afectar a la cosa y a la cuota, y entrará en juego lo preceptuado en el artículo 978, número 4.º Código civil.

#### 21. Subrogaciones, aumentos y deterioros.

Se ha afirmado por algún autor (411) que la reserva lineal del artículo 811 es una reserva de cosas determinadas o bienes concretos, mientras la clásica o vidual es una reserva de capital. En cambio, contrariamente, también se ha dicho (412) que la reserva del 811 se refiere a un patrimonio, ya que su objeto «no debe olvidarse que se trata siempre de patrimonios, no de cosas concretas».

Lo cierto es, que en principio, conforme los términos de su propia norma se refiere a bienes—específicos o genéricos (413)—incluso cuando formen una masa de la que haya que deducir deudas del descendiente (414), si bien será susceptible de alteración su contenido objetivo, por subrogación real o por su equivalencia de valor (415), con lo que podrá llegar a constreñirse sólo una cifra de valor (416).

(410) Sobre la diferencia entre los artículos 405 y 409 del C. c., de una parte, y 399 ap. final y 403, de otra, ver MUCIUS SCAEVOLA (Op. cit., t. VII, 4.ª ed., Madrid, 1943, revisada por ORTEGA LORCA, págs. 475 y sigs.) y nuestra obra *La hipoteca del derecho arrendaticio* (Madrid, 1951), págs. 101 y 102, nota 241.

(411) CALDERÓN NEIRA: Lcc. cit., pág. 487, y RAMÓN NOVOA SEOANE: *Cuestiones prácticas... Un supuesto caso de reserva troncal*, en «Rev. Der. Priv.», VI (diciembre 1919), pág. 371.

(412) JERÓNIMO GONZÁLEZ: Loc. cit., «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 148, página 455.

(413) Sentencias de 8 de noviembre de 1894, 21 de noviembre de 1902, 7 de noviembre de 1912, 6 de julio de 1916, 20 de abril de 1917. Ver I, § 3.º, número 20, a), págs. 53 y sigs. y AN. DER. CIV., X-II, págs. 277 y sigs.

(414) Sentencias de 29 de septiembre de 1905, 30 de abril de 1906, 4 de mayo de 1910 y 8 de octubre de 1910.

(415) Sentencias de 21 de noviembre de 1902, 30 de abril de 1907, 7 de noviembre de 1912, 20 de abril de 1917, 24 de mayo de 1945. Ver I, § 3.º núm. 20, b), 57 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 381 y sigs.

(416) Así vemos cómo la Sentencia de 20 de abril de 1917 la aplica al



Como dijo Antonio Maura (417): «Refiriéndose el precepto [el 811] a bienes, sin hacer distinción entre sus diversas clases, ni entre las especificaciones reales que caben dentro de una clase misma, va sobrentendiendo por consecuencia lógica que las transformaciones, realizaciones, reinversiones del producto y demás pericias que sin cesar concurren en todos los caudales privados, no pueden cancelar ni rebajar, ni en modo alguno variar los efectos del artículo 811; ora acontezcan ellas de manera gratuita, ora proengan de la voluntad de persona interesada.»

Este tema ha de examinarse de modo separado en dos momentos distintos. Primero, para determinar en la herencia o cuota de la herencia del descendiente que corresponda al reservista cuál es la parte o la porción que éste debe reservar; para lo cual deberá apreciarse en el período comprendido desde que el descendiente hubo los bienes a título gratuito de otro ascendiente o de un hermano hasta su fallecimiento, es decir, en un tiempo previo a la reserva caracterizado por la libre disponibilidad del descendiente. Segundo, para concretar los bienes reservables y el importe de la reserva en la herencia del reservista, para lo cual habrá de atenderse al período que media entre la muerte del descendiente y la del reservista, fase de pendencia de la reserva, caracterizada por las limitaciones dispositivas sufridas por el ascendiente reservista.

El primer momento o tiempo previo a la reserva, la cuestión ya fué examinada en la primera parte de este trabajo (I, § 3.º, número 20). Ahora debemos ocuparnos del segundo, es decir, del período en que existe la obligación de reservar o sujeción del reservista. El título que encabeza este epígrafe nos señala los tres aspectos fundamentales que puede ofrecer la modificación objetiva que, en manos del reservista, pueden sufrir los bienes reservables. A saber: el cambio, el aumento o la disminución de su contenido; correspondientes a los problemas de las subrogaciones de bienes o de valor, de las mejoras y de las pérdidas y deterioros.

#### a) *Subrogaciones.*

Se trata de un tema del que la doctrina, que tanto se ha ocupado de analizarlo en la fase preliminar o previa, es decir, en el patrimonio del descendiente, en cambio, apenas lo ha tratado al ocuparse de la fase de reserva pendiente, es decir, en el patrimonio del reservista.

Para aclararlo debemos distinguir cuidadosamente, de una parte, la *estricta subrogación real*, bien sea de cosa por cosa (*res suc-*

*haber efectivo y originario*) (en el sentido de valor, puesto que el descendiente ya no dejó bien alguno de los que había heredado de su padre), pero no «al mayor producto que utilizándolo, obedezca a negociaciones ulteriores o a actos propios de la vida contractual», con lo cual de hecho la refiere a una equivalencia de valor.

(417) ANTONIO MAURA: *Dictámenes...*, tomo IV, dictamen núm.: 5, II. pág. 78, y en *Perspectivas...* «Rev. Graf de Leg. y Jur.», 144, pág. 21.

*cedit in loco rei*) o bien de la cosa por el crédito de su precio pendiente, o por importe de la indemnización, seguros o expropiación a percibir (*pretium succedit in loco rei*) y, de otra, la *subrogación de su valor*, en virtud de la cual la reserva queda referida a una suma de valor, bien sea el importe del precio de los bienes vendidos o el valor de éstos.

a) La subrogación real *res succedit in loco rei* tendrá lugar, tratándose de inmuebles reservables:

1.º Cuando el cambio de cosa reservable por otra se haya producido forzosamente para el reservista en virtud: de disposición legal, como ocurrirá en los supuestos previstos por la ley de Concertación Parcelaria, según su texto refundido aprobado por Decreto de 10 de agosto de 1955, y por la de Permutas forzosas de 11 de mayo de 1959; o bien por un previo convenio contraído por el descendiente o sus causantes, v. gr. compromiso o precontrato de permuta; e incluso por alguna forma de accesión natural o por industria de tercero (en especial, arts. 370, 382 y 383, § 2.º Código civil).

2.º Si el reservista permutó un bien reservable con autorización de los reservatarios que admitieron o exigieron el efecto de la subrogación al conceder dicha autorización.

3.º Aunque sea más discutible, en caso de que el reservista, ilícita pero eficazmente, permute por otro inmueble un inmueble reservable inscrito en el Registro sin constancia de su calidad. En este caso creemos que, dada la ilicitud cometida por el reservista, los reservatarios podrán optar entre admitir la subrogación o exigir la equivalencia en metálico del valor del bien reservable permutado. Así lo había admitido la Audiencia de Madrid en la sentencia que dió lugar al recurso de casación que rechazó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de febrero de 1952.

Tratándose de bienes muebles, dada la libre disponibilidad que de ellos viene el reservista (art. 976 C. c.), creemos que en principio no se puede operar la subrogación *res in loco rei*, sino únicamente la subrogación de valor prevista en los artículos 976 y 978 del C. c., que luego estudiaremos.

3) La subrogación real *pretium succedit in loco rei*, tendrá lugar en todo caso de enajenación de bienes muebles, así como en las enajenaciones válidas de bienes inmuebles—por tratarse de bienes inscritos sin constatación registral de su carácter reservable—, cuando todo o parte del precio esté pendiente, y en los casos de expropiación pendiente de cobro o de indemnización o seguro debidos por su pérdida de destrucción. En todos estos casos, los reservatarios se subrogarán en el crédito por el precio o indemnización pendientes al consumarse la reserva, operándose de conformidad al principio general—recogido en el artículo 1.186 del Código civil—de subrogación de la cosa perdida para el acreedor por todas las acciones que el dador tuviere contra terceros por razón de ella.

7) La *subrogación de valor*, es decir, del bien reservable por su valor en moneda—sea en venta (precio) o de tasación computando de una u otra forma, según luego trataremos—, es el medio normal de dar satisfacción, más o menos completa, a los reservatarios cuando los bienes que debían reservárseles han quedado fuera de su alcance. Así resulta de los artículos 976 y 978 números 3 y 4. Y esa generalidad es reconocida en el 2.º considerando de la Sentencia de 8 de julio de 1942, al decir que la reserva del 811 *recae sobre bienes específicos* y en caso de haber desaparecido estos bienes *subsiste el derecho sobre el valor que haya sustituido a aquéllos*.

Notemos que esta subrogación de valor podrá alcanzar el de la totalidad de la cosa o tan sólo la parte de su valor no cubierto en virtud de la verdadera subrogación real, propiamente dicha, de que acabamos de ocuparnos.

Pero el número 3.º del artículo 978 C. c. habla de la devolución del precio recibido por los bienes muebles enajenados y de la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación si ésta se hubiese hecho a título gratuito; y el número 4.º, más genéricamente, sólo alude al valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Ello plantea la cuestión de decidir cuál será el valor de los inmuebles que se debe tener en cuenta a efectos de determinar el montante de esa subrogación de valor. ¿Será su valor en venta o el que arroje su peritación? ¿Cuál será el momento a que ésta deberá referirse? Y, asimismo, exige, tanto respecto estos inmuebles como a los muebles donados, la determinación del modo como habrá de verificarse esa peritación.

Hace años nuestro compañero Muñoz Casillas (418) publicó un interesante trabajo acerca de estas cuestiones. Observó con perspicacia que «existen dos criterios en la Ley: uno en caso de venta previa de muebles al momento de constituirse la hipoteca, en que se garantizará el valor en venta; otro, en caso de no haberse vendido los muebles al momento de constitución, en que el valor se determinará por el Juez, teniendo en cuenta los datos del artículo 221 del Reglamento de 1915, pero fijando el valor en relación al que tuvieran al momento de hacerse la partición». De lo que dedujo: «No existe más que una diferencia accidental, haber sido enajenados o no en el momento de constituir la hipoteca que ha de garantizar la indemnización de su valor a los reservatarios».

Naturalmente, no se le escapó esta otra cuestión: «Esos dos valores fijados por la Ley, ¿suponen valor de garantía para el reservatario, aunque imperfecto, o es el valor que ha de recibir por vía de indemnización, en caso de venta de los muebles de

(418) JOAQUÍN MUÑOZ CASILLAS: *Momento en que se ha de fijar el valor de los bienes vendidos que el reservista ha de entregar a los reservatarios*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», II (febrero, 1926), págs. 100 y sigs.

la reserva?» Su respuesta se inclinó por lo último. Aunque opinaba que «debiera ser simple medio de garantía», estimó que, si bien es cierto «que los preceptos legales hablan de que la hipoteca ha de garantizar el valor de los muebles de la reserva; por garantizar ha de entenderse precisamente lo que ha de recibir el reservatario, si no sería forma imperfecta de garantía la misma disposición de la Ley».

Para los casos de venta de muebles no garantizados con hipoteca o venta de inmuebles, consideró que la ausencia de preceptos legales es completa. A su juicio: «No existe posibilidad de que el valor de indemnización sea fijado por el Juez en el momento de la constitución de la hipoteca, porque la hipoteca no existe, y hasta ese momento no es fijado por el Juez el valor de los muebles de la reserva; sólo queda la otra base de determinación: el valor en venta de muebles e inmuebles». Pero eso no le parece justo, porque: «el valor en venta es un hecho incierto, de demostración difícil, en que no tiene intervención nadie, a no ser el reservista, precisamente el que tiene la obligación de restituir el precio a los reservatarios». Y le pareció que: «Más justo, más equitativo, menos expuesto a error, sería establecer que el reservista debiera al reservatario, por los bienes de la reserva vendidos, el valor que tuviesen en el momento de cumplirse la condición resolutoria de la reserva, valor fijado por el Juez después de oír a las dos partes, como hoy se debe hacer en el momento de la constitución de la hipoteca.»

Penetrando en el terreno constituyente, el mismo Muñoz Casillas, estimó que esa norma debiera aplicarse a muebles e inmuebles, «salvo tratarse de muebles que por su naturaleza han de venderse en época determinada, para evitar la posibilidad de perjuicio al reservista, que tiene por la naturaleza de la cosa, necesidad de venta en un momento determinado». «Con ello—decía—se evita que el reservista pueda perjudicar al reservatario dándole, al cumplirse la condición resolutoria de la reserva, valor en venta, que puede ser inferior al que la cosa tuviese, de no haber sido vendida, lo que sólo podía haber hecho supeditando la venta a la condición resolutoria de la reserva.» «El reservatario recibe en dinero lo que valdrían las cosas, muebles o inmuebles, de no haber sido vendidas. Claro es—reconocía—que tiene que admitirse la posibilidad de que la cosa vendida haya podido disminuir de valor desde el momento de la venta, y, en ese caso, para evitar que el reservista haga un negocio a expensas del reservatario, haciendo al mismo tiempo que el reservatario reciba la mayor indemnización por la cosa que debió conservar el reservista, ha de ser complemento de la mejor interpretación de la Ley la concesión al reservatario de la facultad de optar entre el precio de tasación en el momento de cumplirse la condición resolutoria de la reserva, o el de venta, si aquél resultase inferior a ésta.»

A su juicio, esa tesis puede apoyarse de modo explícito en la

Sentencia de 6 de junio de 1916, determinante de que el reservista debe indemnizar al reservatario el deterioro que por su culpa o negligencia hubiesen experimentado los bienes de la reserva. «El reservista vende, y al vender—especialmente los inmuebles—tiene, por disposición de la ley, el deber de hacer la venta sujetándola a la suerte de la misma reserva. No lo hace, realiza un acto de culpa al olvidar la Ley, culpa que ocasiona un daño al reservatario si el valor de venta es inferior al valor que tuviere la cosa de no haber sido vendida; lo menos que puede hacer el reservista es entregar la diferencia de valor al reservatario, por vía de indemnización al realizar un acto culposo por su exclusiva voluntad. Esa teoría no tiene tan perfecta aplicación tratándose de muebles, porque el reservista, aunque no debe poder vender, son válidas las ventas, sin más obligación que indemnizar al reservatario por las ventas realizadas.»

La tesis enunciada invita a replantear una serie de cuestiones que vamos a intentar poner en orden:

1.º Tratándose de bienes muebles de los que se haya garantizado con hipoteca el valor que tenían en el momento de su constitución, ¿cabrá exigir que se aumente el valor garantizado si se hubiese acrecentado el que tuvieran o si se vendieren por precio superior?

2.º En caso de enajenación de bienes muebles reservables por menor valor del que corrientemente les correspondería en la fecha de su enajenación, ¿será posible exigir como indemnización por menoscabo la diferencia en menos de lo percibido? Este supuesto cabe examinarlo referido a cualquiera de las hipótesis en que al valor no esté asegurado con hipoteca o bien lo esté por un valor inferior al que realmente le corresponda en el momento de su enajenación e inferior o igual al precio percibido, y en el caso de que, aun estando asegurado con hipoteca un valor superior a dicho precio, aquél sea igual o inferior al que realmente tuviese en dicho momento.

3.º En caso de estar asegurados los muebles reservables por valor mayor que el precio de la venta, ¿podrá, inversamente, admitirse que el valor reservable se concrete y reduzca al montante de dicho precio, o, por lo menos, en el caso de que se pruebe que dichos bienes muebles hayan sufrido depreciación después de haber sido valorados a efectos de su hipoteca?

En la respuesta a estas tres preguntas creemos que puede hallarse la clave de todo el problema de que nos ocupamos y, por tanto, la solución de las demás cuestiones que puedan suscitarse en torno a la subrogación de valor de los bienes reservables, enajenados o perdidos por dolo o culpa del reservista, incluidas las relativas a bienes inmuebles.

Pero, antes de formular respuesta alguna, conviene que nos ocupemos de otra cuestión previa, la referente al modo de reali-

zar el aprecio o avalúo de los bienes muebles existentes en el momento de constituirse la garantía de los bienes donados y de los inmuebles enajenados con anterioridad a dicha constitución:

Respecto a los primeros el artículo 184 Ley Hipotecaria habla de *tasar los muebles*; para los segundos, en el número 3.º del artículo 918 C. c., *del valor que tenían al tiempo de la enajenación*, y el de los terceros, el número 4.º del mismo artículo tan sólo alude a *el valor*, sin determinar el tiempo—entre las fechas del nacimiento de la reserva, de la enajenación y de constituirse la garantía—al que deba referirse la valoración.

El artículo 165 Ley Hipotecaria, al regular el procedimiento judicial promovido a instancia de quien tenga derecho a exigir su incoación para *constituir o ampliar* cualquiera de las hipotecas legales—aplicable a la constitúible en garantía de bienes reservables, en virtud de la llamada que el artículo 187 Ley Hipotecaria hace al 165—, en su regla quinta, determina que: «Si no se avinieren [«todos los interesados en la constitución de la hipoteca»], ya sea... o ya *en cuanto a la cantidad que deba asegurarse* o a la..., se hará traslado del escrito de demanda al demandado y seguirá el juicio los trámites establecidos para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento civil». Indudablemente, al tramitarlos deberá acudirse a la tasación pericial para determinar esa discutida *cantidad que deba asegurarse*, cuando el desacuerdo se concrete a la exactitud de la valoración, es decir, siempre que la discrepancia no se refiera como cuestión previa a si debe asegurarse el precio obtenido por los bienes enajenados o su valor de tasación, lo cual habría que dilucidar previamente.

Y el artículo 260 del Reglamento hipotecario, que regula el procedimiento para constituir la hipoteca legal en garantía de la restitución de bienes reservables tramitado a instancia de la persona obligada a reservar, en el párrafo segundo de su regla primera dice que: «El inventario y tasación de los bienes reservables serán los que judicial o extrajudicialmente se hubieren practicado en operaciones particionales, y si no existieren de esta especie, los que el viudo, la viuda o el ascendiente formen al efecto por el orden fijado en el artículo 1.066 de la Ley de Enjuiciamiento civil, haciendo constar el valor de los bienes y acompañando los datos y documentos que para fijarlo hubieren tenido presentes.» La regla tercera, dispone que: «Si el Juez dudare de la suficiencia de la hipoteca ofrecida por el reservista, podrá mandar que éste practique las diligencias o presente los documentos que juzgue convenientes, a fin de acreditar aquella circunstancia.» Creemos que si la duda fuere determinada por el valor de los bienes a asegurar—existentes o enajenados o perdidos por culpa o dolo del reservista—entre los documentos que el Juez podrá exigir que el reservista presente, estarán los que acrediten la tasación o peritación de tales bienes.

Díaz Cobeña (419), con referencia al antiguo artículo 191 de la Ley Hipotecaria de 1909—del que es desarrollo el actual artículo 260 del Reglamento vigente—, afirmó que confiaba al Juez o Tribunal que interviniera en la tramitación de esta clase de expedientes: «el apreciar la exactitud de la relación de bienes y la suficiencia de la hipoteca ofrecida por el obligado a prestarla, y es claro que ni lo uno ni lo otro lo puede hacer con acierto sin oír las observaciones que acerca de ambos extremos y de todos los demás relativos al asunto formule el reservatario». «Además—añadió—, desde el instante en que la Ley autoriza en sus artículos 192, 195 y 199 [de la Ley Hipotecaria de 1909, hoy 185 y 187], que dichos expedientes se incoen y tramiten a solicitud de las personas que tienen derecho a la reserva o sus legítimos representantes, no puede negarse a las mismas el carácter de parte legítima en los procedimientos consiguientes.» A su juicio: «Suponer otra cosa, admitir que todo haya de hacerse con elementos que espontáneamente suministre el reservista, sin más contraste que el que de oficio pudiera hacer el Juzgado o Tribunal correspondiente, sería tanto como dejar los legítimos intereses del reservatario entregados a la voluntad de aquél, convirtiéndolo en una mera fórmula esas garantías con que la ley ha querido asegurarlos mediante la tramitación de un expediente judicial.»

Creemos que sólo en parte tiene razón Díaz Cobeña. Hoy parece claro que con arreglo al artículo 186 de la Ley Hipotecaria el reservista puede «sin el concurso de los reservatarios o de sus representantes legales, hacer constar en el Registro la calidad de reservable de los inmuebles o constituir hipoteca especial suficiente para asegurar las restituciones exigidas por la Ley, acudiendo al Juez competente con sujeción a los trámites determinados en el Reglamento Hipotecario». Es decir, los que regula su artículo 260, el cual consecuentemente no requiere la intervención de los reservatarios, ni de quienes representen sus intereses. Pero, en cambio, éstos tendrán siempre abierto el camino del procedimiento regulado en el artículo 165 de la Ley Hipotecaria, si les pareciere insuficiente la valoración asegurada a través del procedimiento voluntario, puesto que este artículo lo reglamenta no sólo para constituir, sino también para *ampliar* la hipoteca legal.

Preguntó Díaz Cobeña (420) si: «La valoración de los bienes de la herencia [los reservables], ¿deberá hacerse por peritos o por capitalización al tipo que se acostumbra en cada lugar?» Su respuesta la precisó en una regla general y su excepción. *Regla general*: «Ateniéndose literalmente al texto del artículo 191 de la Ley Hipotecaria [de 1909], debe hacerse por peritos, puesto que en el número primero de aquél se dice que el reservista «presen-

(419) DÍAZ COBEÑA: *Dictámenes*, dict. XV, H, segunda pregunta, b, página 275.

(420) DÍAZ COBEÑA: *Dict.* últ. cit., pág. 276.

tará al Juzgado o Tribunal el inventario y tasación pericial de los bienes que deba asegurar». *Excepción*: Pero, no halló inconveniente alguno «en que se haga por capitalización si en ello convienen las dos partes interesadas y están de acuerdo en el tipo a que haya de verificarse». Aunque insistió en que «no existiendo tal conformidad y acuerdo, se impone la tasación por medio de peritos que aquéllos designen, y tercero en caso de discordia, como único medio legal de resolver las dificultades de esa especie». Resultado al que hoy, sin duda, también llevarán los trámites de los incidentes a los que, en caso de desacuerdo, conduce, la regla quinta del vigente artículo 165 de la Ley Hipotecaria.

De lo expuesto, acerca de la tasación de los bienes muebles reservables a asegurar con hipoteca legal, resulta que la Ley y el Reglamento Hipotecario tienden a que sea garantizado su valor real; y no sólo el que tuvieran al constituirse la reserva sino el que alcancen en cualquier momento en que se exija la *ampliación* de la garantía. Siendo así, parece lógico que el *valor a devolver* no debe diferir, por regla general, del *valor asegurado*, y, por tanto, aquél deberá tender a equipararse al *valor real* que tengan los bienes, aunque no sea igual al que se les asignó o tenían al verificarse las operaciones particionales del descendiente (aparte de que, por no concederse intervención en las mismas a los reservatarios (421), éstos no tendrían tampoco realmente garantizada ni siquiera la exacta valoración de dichos bienes en aquel momento). Pero como quiera que, aun después de ampliado el valor asegurado, la desvalorización de la moneda o el aumento intrínseco del valor de aquéllos puede seguir acentuándose, sin que se inste una nueva ampliación de la garantía, creemos que, en este caso, la valoración de la cosa mueble donada, o perdida por culpa del reservista, no podrá ser mayor que la que le correspondiera—según tasación—en dicho momento de la donación, como resulta del número 3.º del artículo 978 C. c., y análogamente, en el de su pérdida culpable.

Ahora bien, como el artículo 978 C. c., en su número 3, concreta la garantía de los muebles enajenados al montante de su precio, si éste fuera inferior al valor real que pueda demostrarse que tenían en el momento de la venta, e incluso del previamente asegurado con hipoteca legal, ¿cabrá deducir alguna consecuencia de esa circunstancia?: Sin duda, el Código civil se refiere al verdadero precio de la venta, a veces difícil de probar, y, por otra parte, tampoco dudamos en que el reservista sea responsable del menor precio obtenido por su culpa o negligencia. En consecuencia, nos parece indudable que podrá ser exigida la comparación entre el precio de la venta y el verdadero valor que tenían los bienes en el momento de la enajenación, y, en caso de ser aquél inferior, deberá presumirse—por aplicación de la doctrina del ar-

(421) Sentencias de 21 de marzo de 1912 y 7 de noviembre de 1912.



artículo 1.183 C. c.—la culpa o negligencia del reservista, si bien éste—a tenor del mismo precepto—podrá probar que el menor precio obtenido fué debido a circunstancias no dependientes de culpa ni negligencia suyas.

Lo que ciertamente nos demuestra el número 3.º del artículo 978 C. c. es que en el momento de la enajenación queda fijado el valor reservable—precio o valor—subrogado en lugar de los bienes enajenados. No puede, pues, invocarse su aumento, efectivo o previsible, posterior a la enajenación. Esta no puede ser considerada ilícita, sino como un derecho del reservista a subrogar la cosa por su precio o valor real reconocido en el artículo 976 Código civil. Tan sólo en el caso de que se demuestre que la enajenación fué hecha dolosamente, para perjudicar a los reservatarios o con el fin de defraudarles, cabría aplicar el artículo 1.107 Código civil y exigir ese incremento de valor frustrado.

Después de lo concluído respecto a los bienes muebles, podemos plantear con mayores datos la cuestión con relación a los inmuebles, de los cuales el número 4 del artículo 978, sólo exige, sin mayor determinación de tiempo y modo, que se asegure el valor de los válidamente enajenados. Debe entenderse que esa expresión *válidamente enajenados* equivale a *válidamente adquiridos por persona a la cual los reservatarios no pueden reclamárselos*. Esa imposibilidad de exigir la devolución a los adquirentes puede deberse; a tratarse de una enajenación forzosa; a no estar debidamente constatada la reserva en el número registral que corresponda al bien reservado inscrito; a autorización de la venta por los reservatarios, o a ser éstos herederos del reservista (cuestiones estas dos últimas de las que más adelante deberemos ocuparnos). Sin duda, en el primer caso la reserva se concretará al precio obtenido y en el tercero al admitido por los reservatarios, si éstos y el reservista de común acuerdo no determinaran otro.

Pero, en los otros dos supuestos, qué valor deberá estimarse reservado: ¿el precio obtenido?, ¿el valor del inmueble enajenado en el momento de su disposición?, ¿el que tuviere al consumarse la reserva, es decir, al fallecer el reservista? ¿Cabe defender esta última opinión con el argumento, que esgrimió Muñoz Casillas, de que al realizar la enajenación el reservista, por su desobediencia a la ley, es culpable del daño sufrido por los reservatarios en el importe de la diferencia del valor obtenido y el que correspondiere a los reservatarios al consumarse la reserva?

Parece que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General—antes examinadas—, que han apreciado renuncia de los reservatarios a sus garantías, no autorizan esta opinión, sino que por el contrario inclinan a estimar que los reservatarios, que—por sí o por quienes legalmente deban defender sus intereses—pudieron exigir la constatación de la cantidad reservable de los inmuebles inscritos y no la reclamaron, permitieron—al no cumplir las formalidades que la ley les concedía

para salvaguardar sus derechos—la subrogación de los bienes reservables por su valor. Solamente en caso de que se demuestre el dolo del reservista dirigido a burlar los derechos de los reservatarios, cabrá—por aplicación del artículo 1.107 § 2.º C. c.—que los reservatarios exijan en su día el mayor valor experimentado por los bienes enajenados sea intrínsecamente o por desvalorización monetaria. En otro caso, creemos que el valor a asegurar y a devolver no podrá ser otro que el mayor entre el precio de la venta y el que realmente apreciado al bien reservable vendido con referencia al instante de su enajenación. Salvo que se probare que aquél fué menor por causas independientes de la voluntad del reservista que le eximan de culpa o negligencia (que, en este caso, creemos sólo podrá excusársele en caso de enajenación forzosa). Esta doctrina, avalada por las razones que antes hemos expuesto al ocuparnos de la venta de los bienes muebles reservables, creemos que debe aplicarse a los inmuebles con mayor razón, por hablar el número 4 del artículo 978 C. c. del *valor* y no del precio.

#### b) *Deterioros.*

Indudablemente los deterioros sufridos por los bienes muebles o inmuebles reservables y debidos a culpa o negligencia del reservista se deben a los reservatarios, puesto que aquél se halla obligado a asegurarlos con hipoteca a tenor del número 2 del artículo 978 C. c. Ese deterioro puede llegar a equivaler a la pérdida del bien si prácticamente anula su valor. Como explicó Manresa (422): «Será raro que los bienes reservables desaparezcan, pero es posible. Si consisten sólo en determinadas alhajas que fueron robadas, en el derecho de superficie sobre una casa devorada por el incendio; en varias cabezas de ganado que mueren sin culpa del ascendiente; en terrenos o casas que desaparecen en un terremoto, etc., no hay bienes que entregar y muere la reserva si nada queda. En caso de incendio, expropiación, etc., a la cosa puede sustituir un equivalente que será reservable. Ténganse presentes las disposiciones relativas a la terminación del usufructo» (423).

Con arreglo al artículo 1.183 se deberá presumir que el reservista es culpable del deterioro o de la pérdida, salvo prueba en contrario. Y, de conformidad al número 2 del 978, en relación al 1.107 del Código civil, deberá reservar el valor del bien perdido o el montante del deterioro valorado en el momento de producirse, a no ser que se debiera a dolo del reservista, pues entonces se estará a lo dispuesto en el § 2.º de este último precepto.

(422) MANRESA: Op. cit., vol. VI, art. 811, IV-C, 3.º, pág. 314.

(423) Análogamente, SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. VI-II, núm. 161, pág. 1041) dice «que la extinción total de las cosas reservables o la de su derecho por causa imputable al causante o descendiente de quien los heredó el ascendiente es motivo suficiente para la extinción de la obligación de reservar, si sobreviene antes de la muerte del reservista».

c) *Aumentos.*

Los incrementos de valor de los bienes reservables pueden ser aparentes—debidos a disminución del valor de la moneda—o reales; y éstos, a su vez, intrínsecos o extrínsecos. El plusvalor aparente y el real intrínseco indudablemente seguirán el curso y los eventos de la reserva. En cambio, surgen interesantes cuestiones con referencia al plusvalor extrínseco de los bienes reservables, es decir, debido a mejoras del reservista.

No ofrece duda que las mejoras hechas por el reservista deberán seguir el principio de la accesión, entendiéndose que lo dispuesto en el artículo 358 C. c. se refiere, no sólo a la propiedad actual sino a las peripecias ulteriores de ésta derivadas de causas anteriores al hecho que produjo la accesión. Pero la cuestión se plantea al tratar de determinar si el reservista tendrá derecho no sólo a las impensas necesarias (que corresponden incluso al poseedor de mala fe, según el art. 453, § 1.º) y al *ius tollendi* de las suntuarias (art. 454), sino también a las útiles o mejoras. Y, asimismo, en precisar si en estos supuestos los reservatarios tendrán en su día la misma opción que al propietario concede el apartado final del § 2.º del artículo 453 entre satisfacer el importe de los gastos útiles o abonar el aumento de valor que por razón de ellos haya adquirido la cosa.

El derecho del reservista a las mejoras puede plantearse dogmática o teleológicamente.

Por el primer camino—que insistimos en repetir que no aceptamos por estimarlo jurídicamente incorrecto—podría discutirse la asimilación del reservista: al usufructuario (en virtud de la cual, conforme al artículo 487 C. c. no tendría derecho a ser indemnizado, sino únicamente a retirar las mejoras «si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes»); al obligado bajo condición suspensiva (que llevaría a igual resultado, por la remisión que hace del art. 1.122, núm. 6, C. c. a los derechos correspondientes al usufructuario) o bajo condición resolutoria (con igual solución por la remisión del art. 1.123 § 2 al 1.122); al comprador bajo pacto de retro (que le daría derecho a ellas, según el art. 1.518, número 2.º), o al heredero gravado con sustitución fideicomisaria (que también le conferiría el derecho a deducir las mejoras, conforme al art. 783, § 2.º C. c.).

Teleológicamente fué correctamente resuelta esta cuestión por el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de diciembre de 1933, que después de rechazar la asimilación de los derechos del reservista y del usufructuario, y de proclamar la mayor densidad de aquél, señaló como razón fundamental para conceder a los herederos del reservista derecho a las mejoras y gastos útiles hechos por éste en los bienes reservados, e incluso el derecho de retención de estos bienes mientras aquellos gastos no les fueran abonados, «en primer lugar, porque aún en el caso de ser conocidos los reser-

vatarios [al hacerse las mejoras], no será fácil obtener de los mismos, dado lo condicional de su derecho, los capitales necesarios para la subsistencia [«y mejora», debiera haber añadido] de la cosa; en segundo término, porque ha de evitarse el desamparo de los bienes por el titular aparente, con daño de la economía nacional, y en fin, porque, dada la íntima unión existente entre la reserva troncal y el derecho hereditario, podría, con la solución contraria, favorecerse el enriquecimiento ilícito de los reservatarios» (424).

Por otra parte, por éstas y parecidas razones estimativas—no dogmáticas—, nos parece indudable que el derecho de los reservistas a las mejoras no puede valorarse menos que las del heredero sujeto a sustitución fideicomisaria o del comprador vinculado por el pacto de rétro.

La Academia Matritense del Notariado, en su sesión académica de 30 de mayo de 1894, había adoptado por mayoría el acuerdo de estimar aplicable al reservista respecto a las mejoras lo dispuesto en el Código civil para el poseedor de buena fe, lo cual también le conferiría derecho al abono de las correspondientes impensas (425).

La opción del § 2 del artículo 453 C. c. creemos que corresponde a la regulación general sobre las mejoras y que, por tanto, debe aplicarse en todo caso cuando otra regla más específica no la derogue o una *ratio* más concreta no elimine su *ratio legis* genérica.

d) *Ejercicio de derechos o facultades de adquisición preferente.*

Otro tema a tratar sería el relativo a determinar la repercusión de la reserva con relación a las opciones, tanteos y retractos y al derecho de suscripción preferente de nuevas acciones o participa-

---

(424) La Sentencia de 7 de febrero de 1952 pudiera haber reiterado la de 4 de diciembre de 1944 si el recurso hubiera sido bien planteado y si en las instancias hubiese discutido la cuestión. Ni una ni otra cosa ocurrieron, según el segundo considerando, a juicio de la Sala primera del Tribunal Supremo, pues declaró «que igualmente procede la desestimación del segundo motivo, porque alegándose en él, al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el fallo recurrido no contiene declaración alguna sobre el derecho que corresponde a uno de los demandados, como poseedor de buena fe, a retener los bienes reservables que posee, en tanto no se le abonen los gastos y mejoras útiles realizadas en ellos, no se hace cita, como para la casación por esta causa exige una jurisprudencia reiterada del artículo 359 de la Ley Procesal, relativa a la incongruencia, en la que no puede haber incidido el Tribunal de instancia, puesto que en ninguno de los escritos fundamentales del pleito fué requerido para el pronunciamiento en cuya omisión fundan los requirentes el motivo».

(425) Fol. 134 del correspondiente libro de actas. Dice su conclusión 20.ª: «Respecto a las mejoras de los bienes reservables tendrá el ascendiente o sus causahabientes los derechos que el Código concede en el capítulo 3.º, título 5.º del lib. 2.º» Y antes, paralelamente, la conclusión 19.ª que: «La liberación de cargas de los bienes sujetos a reserva realizada por

ciones sociales, cuando aquellos derechos hubiesen formado parte del caudal reservable o bien, aquéllos o éstos, dimanen *ob rem* de la titularidad de bienes reservables. Pero su examen requeriría un estudio aparte, pues no sólo habría que analizarlo desde el ángulo de la reserva, sino también enfocándolo a través de los derechos de adquisición referidos y del mismo objeto al cual ésta se refiera.

Únicamente trataremos, por tanto, de precisar brevemente el panorama que desde la reserva nos ofrece la cuestión.

Desde este punto de vista hemos de distinguir: a) Los derechos o facultades de adquisición integrantes del caudal reservable (verbi-gracia, un derecho de opción o un derecho a retraer un bien vendido con pacto de retro, que el descendiente hubiere habido a título gratuito de otro ascendiente y que de aquél hubiere heredado por ministerio de la ley el ascendiente reservista); b) Los derechos de dicha especie derivados *ob rem* de la titularidad de bienes reservables (v. gr., retracto de comuneros o de colindantes derivados de la titularidad de alguno de los bienes integrantes del caudal reservable, o derecho de preferente suscripción o preferente compra de acciones o participaciones sociales integrantes de la reserva) y nacidos después de heredados dichos bienes por el reservista.

De los varios problemas, que en uno y otro caso se plantean:

I) No nos ofrece duda que el reservista, *como propietario*, pleno aunque sometido a las limitaciones dispositivas que la reserva implica, es el único que podrá decidir el ejercicio o no de todos dichos derechos de adquisición preferente.

II) En cuanto a la sujeción o no a la reserva del bien adquirido por el ejercicio de dichos derechos o facultades, creemos que la solución debe ser afirmativa en los supuestos a), y nos inclinamos a estimar que debe ser negativa en la hipótesis b). En aquéllos, la titularidad misma del derecho o facultad está sujeta a la reserva. En éstos, su ejercicio dimana de la propiedad de un bien reservable que actualmente sólo al reservista corresponde, y entendemos que la limitación de la reserva no puede extenderse al bien adquirido. 1.º) por el carácter restrictivo con el cual debe interpretarse la limitación que el **811** implica; que impide su extensión a nuevos bienes no originariamente sujetos a ella, ni resultantes de derechos ya nacidos al nacer la sujeción, aunque luego deriven *ob rem* de la titularidad de algún bien reservable; 2.º) porque el riesgo de la adquisición debe recaer en el único sujeto que puede ejercitar esos derechos preferentes a realizarla y, es lógico que, correlativamente, sólo a él correspondan los resultados favorables. Exceptuamos de esa solución los supuestos en que la adquisición la verifique el reservista con importe reservable atribuyendo a la adquisición efectos subrogatorios.

---

el ascendiente hace a éste y, por tanto, a sus causahabientes, acreedores de su importe para con los parientes dentro del tercer grado que obtengan los bienes reservados».

III) En las hipótesis a), es decir, cuando el bien adquirido queda sujeto a reserva, no ofrece duda—por lo dicho al hablar de los incrementos—que el reservista tendrá derecho a la restitución del precio pagado y gastos realizados de su propio peculio en ejercicio del derecho o facultad de adquisición reservable.

IV) En las hipótesis b), es decir, cuando el bien adquirido no queda sujeto a reserva, habrá que apreciar si el derecho de adquisición preferente lleva consigo su adquisición a precio inferior al valor real, lo cual supondría la transfusión de parte del valor que tenía la cosa reservada al de la adquirida por razón del derecho preferente derivado de la titularidad real de aquélla (v. gr., en el caso de titularidad de una acción y derecho de preferente adquisición de otra u otras por precio inferior a su real valor, el ejercicio de éste supone la transfusión de parte del valor representativo del patrimonio social, correspondiente a aquélla, a la adquirida más barata). Creemos que, en ese caso, deberá ser reservado ese valor transfundido, concretado en el número de acciones o participaciones que lo representen con relación al total adquirido, en la proporción existente entre el precio pagado y el valor adquirido. Esta solución es más justa, pues evita los problemas que por la inestabilidad monetaria se originarían si hubiere que compensar en metálico aquel valor transfundido.

Lo que en caso alguno estimamos admisible es la pretensión de aplicar a la reserva, por pretendidas analogías dogmáticas, las soluciones aplicables al usufructo o a la titularidad de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria (426).

---

(426) Respecto al derecho preferente de adquisición de acciones usufructuadas o fideicomitidas tenemos interesantes trabajos, verbigracia, limitándonos a algunos españoles: LARRAZ: *El usufructo y sustitución fideicomisaria sobre títulos valores*, en «Rev. Der. Mercantil», vol. IV, 1947, págs. 7 y sigs.; JULIO MARTÍNEZ DE LA FUENTE: *El derecho del usufructuario de acciones de sociedades sobre las reservas sociales y sobre la preferencia para suscribir nuevas acciones*, «Rev. Der. Merc.», II, págs. 71 y sigs.; F. SUÁREZ DE FIGUEROA: *Comentarios sobre el derecho del accionista de compañías mercantiles a suscribir nuevas emisiones cuando están separados el usufructo y la nuda propiedad*, «Rev. Der. Merc.», IV, págs. 249 y sigs.; MANUEL DE BOFARULL Y ROMANA: *El usufructo y la nuda propiedad en la suscripción de valores mobiliarios*, discurso de recepción a la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (14 junio 1947); BORRELL MACIÀ: *Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo*, en «Rev. Der. Priv.», XXXIII (1949), págs. 1061 y sigs.; ANTONIO BOUTHELIER: *El derecho de suscripción preferente de nuevas acciones*, en «Rev. Der. Merc.», X, 30 (1950), págs. 340 y sigs.; GABRIEL GARCÍA CANTERO: *Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas*, en AN. DER. CIV., V-III, (1952), págs. 996 y sigs.; FRANCISCO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, en AN. DER. CIV., V-IV, págs. 1200 y sigs. Ver también JOAQUÍN DE DELMASES: *El usufructo de derechos* (Madrid, 1932), págs. 220 y sigs.; ELOY SÁNCHEZ TORRES: *Usufructo de acciones de sociedades mercantiles* (Madrid, 1946), págs. 77 y sigs.; RODRIGO URÍA, en los *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas de GARRIGUES y URÍA* (Madrid, 1952), vol. I, págs. 432 y sigs.

## § 4.º ANÁLISIS DE LA RESERVA PENDIENTE (continuación).

## B) Posición de los reservatarios.

22. *Expectativa*, como hemos deducido antes (II, § 2.º, números 13 a 16), es la posición de los reservatarios durante la pendencia de la reserva. Pero ese concepto de la expectativa de los reservatarios es necesario delimitarlo. Como datos comprobados estimamos, que:

a) *Se trata de una expectativa jurídica, jurídicamente protegida.* Acabamos de ver el lado pasivo de esa protección, básicamente constituido por la sujeción del reservista; seguidamente deberemos analizar su lado activo, definido por las medidas de seguridad tendientes a evitar que la expectativa se frustre y que la ley pone en manos de los presuntos reservatarios o de quienes están legitimados para la defensa de sus intereses.

b) *No supone derecho actual alguno «sobre» los bienes.* Gramatical y lógicamente los dos términos que integran la expresión *derecho expectante* se repelen e igualmente los que comprenden la expresión *derecho futuro*. Se es o no se es; *lo expectante, lo futuro, se espera que llegue a ser, pero no es aún.* También hemos visto que conceptualmente *la teoría dogmática del derecho condicional se diluye en un «no derecho» actual*; en una expectativa a llegarlo a ser, jurídicamente protegida por una sujeción del titular actual y por el poder de exigir medidas de seguridad que protejan su contenido futuro. No hay ni puede haber actualmente derecho real, ni siquiera se sabe cuál será su sujeto y éste puede no existir todavía. La protección actual de la expectativa de derecho futuro y eventual, ni tampoco su contenido, cabe equipararlas a un *ius in re* actual. El razonamiento de la Sentencia de 1 de abril de 1914 no puede ser más inconsecuente. La deducción de que la limitación actual del derecho del reservista sobre los bienes, implica necesariamente la existencia actual de un derecho de los reservatarios sobre los mismos bienes, parte de la visión individualista del derecho formulado por Kant (427):

«El concepto del Derecho, en tanto se refiere a una vinculatoriedad derivada de él..., tiene por objeto, en primer término, sólo la relación externa y práctica de una persona con otra, y en tanto que sus acciones puedan tener influjo entre sí, bien mediata, bien inmediatamente.» De lo que Winscheid (428) derivó que el Derecho sólo conoce deberes como correlativos de derechos. Pero como ha observado nuestro querido profesor de Castro (429):

(427) I. KANT: *Introducción a la teoría del Derecho*, § B, en versión española de FELIPE GONZÁLEZ VICÉNS (Madrid, 1954), pág. 79.

(428) BERNARDO WINSCHIED: *Il Diritto delle Pandette*, traducción italiana de FADDA y BENZA, tomo II (Turín, 1925), § 287, nota 6, pág. 125.

(429) FEDERICO DE CASTRO: *Op. y vol. cit.*, parte V, cap. I, II, 2, c. pág. 385.

«Las necesidades de la técnica jurídica hicieron reconocer ya la independencia y la primacía del deber jurídico respecto al derecho subjetivo.» La irrevocabilidad de las situaciones de dependencia no presupone la existencia actual de derecho en la persona o personas a quienes pueda beneficiar. Lo que supone es una *sujeción* de una o de las dos partes *para proteger* un interés de la otra, de ambas o de terceras personas, determinadas o no específicamente (supuestos de interés público, familiar, etc.). Protección que es distinta a la del derecho subjetivo, pues no requiere actuación volitiva del sujeto protegido (salvo en la formalización o renovación) para que la sujeción nazca o para que sea eficaz *erga omnes*, y es más fuerte que ella, pues no puede ser violada, ya que cualquier negocio de disposición contrario a la sujeción será ineficaz respecto a ella (430).

c) *Tampoco supone un crédito actual* «a» los bienes, como *reverso da la obligación de reservarlos*, pues no sólo lo impide la futuridad del derecho sino también la incertidumbre, indeterminación e, incluso, posible inexistencia actual del sujeto que en su día podrá exigir su transmisión y entrega. Hay, por tanto, en este caso, mayores razones que las esgrimidas por PLANIOL, RIPERT y ESMEIN (431) para negar la actualidad de la obligación condicional: «La condición—dicen—a diferencia del término, suspende la formación del derecho en sí mismo. En tanto la condición suspensiva está aún pendiente, se puede decir que la obligación no existe. Se tiene únicamente la esperanza de verla nacer un día. *Nihil adhuc debetur, sed spei est debitum*. Por consiguiente, ninguno de los efectos propios de la obligación debe producirse.»

En la reserva pendiente puede haber sujeción, pero no obligación actual, y menos aún, crédito, si ni siquiera se conoce el sujeto, que tal vez aún no exista y quizá no llegue jamás a existir. Mal puede existir un crédito a los bienes, si se desconoce a quién corresponderá y se ignora si ese futuro sujeto ya existe físicamente o si aún ha de nacer. Así lo entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de julio de 1916, que en su cuarto considerando afirmó que no puede ostentar carácter de acreedor «quien como el reservatario tiene un derecho no sólo condicionado, sino eventual, sino expectante por lo inseguro e incierto».

d) *Hay unas personas estimadas como posibles destinatarios del derecho futuro y otras personas obligadas o facultadas para velar para que no se frustre su expectativa y la de los posibles futuros sujetos que aún no existen o que aun existiendo carecen de capacidad para ello, todas las cuales están legitimadas para exigir al reservista el cumplimiento de las obligaciones que le imponen los artículos 977 y 978 C. c. y 184 L. H.* Así resulta de los artículos 185 y 187 Ley Hipotecaria, que llevan a la consecución del resultado de asegurar *erga omnes* la eficacia de la sujeción del reservista,

(430) Ver RUBINO: Op. cit., págs. 268 y sigs. y en especial al 275 *in fine* y sigs.

(431) PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: Op. cit., VII, núm. 1.030, pág. 379.



la cual se obtiene mediante la constatación del carácter reservable de los inmuebles y de la formalización de hipoteca que garantice las restituciones que, en su caso y en su día, se deberán a quienes lleguen a consumir la reserva.

Del examen de esta posibilidad de exigir dichas medidas, resulta que *en sí misma* no tiene como reverso una vinculación real (432), ni tampoco una obligación de transmitir, *sino una simple obligación de asegurar, de garantizar una eventual y futura restitución*. No puede ser, pues, el lado activo de un derecho *en la cosa (in re)*, sino únicamente un poder jurídico subordinado, dirigido a que no se malogre previamente el contenido económico, ya existente, que deberá corresponder, en su día, al derecho, actualmente aún no nacido, de los definitivos reservatarios. *La potestad de exigir las medidas de seguridad sólo corresponde como anverso a la obligación de asegurar previamente, por si llega a nacer, ese derecho que se ha previsto pero que aún no existe*. Como ya observaron Díaz Cobeña (433), Sánchez Román Gallifa (434) y Felipe Clemente de Diego (435), en vida del reservista la única facultad de los reservatarios presuntos es la de ejercitar las acciones de garantía y aseguramiento previstas por la ley.

e) *No se trata de una expectativa-germinal, sino de una expectativa puramente especulativa*. Es decir, no corresponde a un concepto genético, sino a un simple cálculo de posibilidades y probabilidades. Una y otra especie de expectativa pueden ser jurídicamente protegidas, pero aun en ese caso sólo se asemejarán en esa protección, nunca en su esencia intrínseca.

La expectativa de los reservatarios se contempla *desde* la muerte del descendiente y *por razón* del parentesco con éste, pero no

(432) El anverso de la vinculación real del reservista se halla en el futuro. La sujeción se anticipa al derecho para evitar la desaparición del contenido económico que ha de corresponderle y proteger así a sus posibles futuros titulares en atención de un interés que es familiar más que individual.

(433) DÍAZ COBEÑA (Op. cit., dic. XIV, C, pág. 237) observó «que se confunden como si fueran una misma cosa, dos que en realidad son diferentes, a saber: la obligación de reservar ciertos bienes a favor de personas llamadas a heredarlos en su día y el derecho de éstas a exigir ciertas garantías que aseguren la conservación de los mismos, y el derecho respectivo de aquéllas para participar todas o sólo algunas con exclusión de las otras, de los bienes reservados, el cual como sucesorio no adquiere efectividad ni puede apreciarse hasta el momento de fallecer el que viene obligado a la reserva».

(434) SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA (Discusión citada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, ver en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 148, pág. 457) observó que «hasta la muerte del reservista, el reservatario sólo tiene una esperanza de derecho, y por eso no está facultado sino para exigir la adopción de medidas de precaución».

(435) DE DIEGO: *Instit...*, vol. cit., pág. 201) aseveró que, mientras vive el reservista, los reservatarios «sólo tienen una expectativa o esperanza de derecho que les autoriza para tomar medidas conservatorias o de garantía».

deriva de ese descendiente. No puede decirse que la expectativa deriva de su voluntad ni de su patrimonio. Mientras en las sustituciones fideicomisarias la expectativa del fideicomisario, en vida del fiduciario, y su derecho, al morir éste, derivan de la voluntad del fideicomitente, nada de esto ocurre en las reservas que no nacen de la voluntad expresa ni tácita del descendiente, sino de una estimación objetiva hecha por la ley en ausencia de esa voluntad. Por ser puramente una previsión y no un germen, la expectativa de los reservatarios tampoco puede decirse que dimana del patrimonio del descendiente, en el que no se hallaba, ni que esa expectativa se transforme genéticamente en el derecho que los reservatarios obtienen al fallecer el reservista. La expectativa se confirma y el derecho nace del mismo modo como el mero cálculo de probabilidades precede a su realización y con ella se confirma como exacto; muy diversamente de como el germen se transforme en ser o fruto o el feto en parto, e incluso de como se produce una transformación química.

f) *Objetivamente la expectativa se refiere en principio a bienes específicos o genéricos, aun cuando formen una masa de la que haya que deducir las deudas del descendiente, pero susceptibles de alteración objetiva, hasta poder llegar a transformarse en una cifra de valor.* Así lo observamos en el epígrafe anterior, al que nos remitimos.

### 23.—*Medidas de protección que el Derecho brinda a los reservatarios.*

Con respecto a la reserva viudal, de los artículos 977 y 978 del Código civil y del § 1.º del 184 L. H. resulta que el viudo o viuda obligado a reservar por repetir matrimonio debe:

- a) Hacer inventario de los bienes.
- β) Inscribirlos, si ya no lo estuvieren, y, en todo caso, hacer constar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles.
- γ) Tasar los muebles.
- δ) Y, asegurar con hipoteca especial suficiente las restituciones exigidas en el artículo 978, es decir:
  - 1.º «de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales o procedieran de dote inestimada; o el de su valor, si procediesen de dote estimada»;
  - 2.º «de los deterioros ocasionados o que se ocasionen por su culpa o negligencia»;
  - 3.º «del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.
  - 4.º «el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados».

En los epígrafes inmediatos anteriores hemos intentado interpretar esas disposiciones en cuanto al contenido de la obligación

del reservista. Ahora tratamos de ver su reverso, es decir, la facultad de exigir su cumplimiento por los reservatarios o por quienes representen sus intereses.

Bajo este prisma, la primera cuestión a dilucidar es la medida en que los reservatarios del artículo 811 pueden exigir al descendiente reservista que dé cumplimiento a esas obligaciones. Enfocando su reverso, el artículo 184 L. H., después de haberse remitido, respecto los deberes del binubo reservista, al artículo 978 Código civil, agrega en su § 2.º que: «Iguales obligaciones [a las indicadas en su § 1.º respecto al binubo] tendrán el cónyuge viudo en el caso del artículo 980 del Código civil y el reservista en el del artículo 811 del mismo cuerpo legal, en cuanto les sean aplicables.»

¿En qué medida se da esa aplicabilidad al supuesto del 811? Al comenzar la segunda parte de este trabajo (II, § 1.º, número 4.º, c) y tratar de la integración del 811 por las normas reguladoras de la reserva clásica, nos ocupamos de esa cuestión. Conviene que ahora recordemos las conclusiones obtenidas, remitiéndonos en cuanto al detalle del razonamiento allí referido. Sintetizadas son:

1.º Si el ascendiente sujeto a la reserva del artículo 811 contrae segundas nupcias, resulta evidente la aplicación integradora de los artículos 977 y 978, como se estimó en los casos contemplados en las Sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897.

2.º Si el reservista no tiene descendencia común al otro ascendiente, también debe imponérsele el cumplimiento de tales obligaciones de acuerdo con la Sentencia de 6 de julio de 1916 y la Resolución de 23 de julio de 1910.

3.º Si aun teniendo descendencia sólo íntegramente común al otro ascendiente, este otro, a su vez, dejó descendientes no comunes, éstos pueden exigirle el cumplimiento de dichas obligaciones—sin que ello prejuzgue si tendrán o no derecho a la reserva si al fallecer el reservista sobrevive algún descendiente común. La Sentencia de 19 de enero de 1935, con esa salvedad, lo reconoció a un medio hermano del descendiente, hijo del otro ascendiente pero no del reservista.

4.º Si los descendientes de ambos ascendientes son íntegramente comunes, no cabe que éstos, mientras el reservista no contraiga nuevas bodas, le exijan el cumplimiento de las medidas de seguridad en cuestión, según la Sentencia de 3 de noviembre de 1931.

Aparte de la facultad de exigir el cumplimiento de las referidas obligaciones al reservista, que los reservatarios podrán ejercitar de acuerdo con el artículo 185 L. H., la jurisprudencia les ha negado toda otra facultad en vida del reservista.

Así tenemos:

Las Sentencias de 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912 negaron a los reservatarios el derecho a intervenir en las operacio-

nes de la partición de la herencia del descendiente, practicadas por el reservista, y sólo les reconocieron el derecho a exigir las medidas de garantía y aseguramiento de la entrega, en su día, de los bienes o de su verdadero valor. La citada Sentencia de 7 de noviembre de 1912, en su segundo considerando, razonó que «hasta la muerte del reservista, no puede afirmarse que asista al reservatario más que una esperanza o expectativa de derecho, sin que, por tanto, pueda atribuírsele para ejercitar otras acciones que aquellas encaminadas a asegurar los bienes de la futura sucesión» (436).

Y la Sentencia de 6 de julio de 1916—de la que ya nos hemos ocupado—negó a los reservatarios el derecho a exigir de un reservista, carente de inmuebles con que asegurar con hipoteca la reserva de unos valores, que los depositara en el Banco de España o en otro establecimiento oficial de crédito. En su quinto considerando declaró que «no puede atribuirse a imprecisión u olvido del Código el que no se establecen más reglas de garantía con relación a los bienes muebles reservables que las antes anotadas aun en el caso de que el reservista carezca de bienes propios para constituir su hipoteca, porque ya se cuida para suplir esa carencia de adoptar precauciones análogas a la que el recurrente señala, como lo evidencian sus artículos 1.355 y 1.388, pero es cuando se trata de asegurar derechos definidos y ciertos desde el momento en que se adquieren, como son los que tiene la mujer en sus bienes dotales y el marido en los parafernales».

Ese repaso nos hace reafirmar en la apreciación de que los presuntos reservatarios en vida del reservista carecen de todo derecho *en los bienes y a los bienes* reservables y que sólo pueden exigir de éste el cumplimiento de las medidas de seguridad, previstas en los artículos 977 y 978 del Código civil, que sean de aplicación, como dice el artículo 184 de la Ley Hipotecaria, para evitar la pérdida del contenido económico que, en su día correspondiere al derecho de quienes en definitiva resultaren favorecidos por la reserva si ésta llegare a consumarse.

24.—¿ Quiénes tienen la expectativa y quiénes pueden exigir la efectividad de las medidas tendentes a asegurarla?

El artículo 811 dispone la reserva «a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden». En la primera parte de este trabajo (437)

(436) La Academia Matritense del Notariado, en su sesión académica de 30 de mayo 1894 (fol. 134 del Libro de actas correspondiente) ya había llegado a esta conclusión: «15.\* En la partición de bienes del descendiente, no tiene derecho en razón de la reserva para intervenir ninguno de los parientes dentro del tercer grado que a la sazón existan, ni representante suyo, por consiguiente.»

(437) I, § 4, núms. 22 a 28, págs. 68 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 693 y sigs.

nos hemos ocupado de determinar: qué personas deben entenderse comprendidas en la línea de que habla el 811; cuál es el punto de arranque para contar el grado de parentesco, y en discutir la unidad o diversidad de los requisitos de pertenecer a la línea y de hallarse dentro del tercer grado. Ahora debemos examinar si todas las personas que en vida del reservista reúnen las circunstancias previstas en el 811 tienen en el primer período de la reserva igual expectativa a los bienes reservable y si indistintamente cualquiera de ellas puede exigir la adopción de las medidas de seguridad a que viene obligado el reservista.

a) *¿Quiénes tienen derecho propio a exigir la constitución de dichas medidas?*

No ofrece duda que quienes en vida del reservista se hallen respecto al fallecido descendiente en el ámbito familiar marcado en el artículo 811, tendrán sin excepción la esperanza—con mayores o menores posibilidades o probabilidades—de obtener la reserva. También es evidente que la protección jurídica, que a través de las medidas de seguridad garantiza la reserva, a la vez, defiende su expectativa. Pero cabe preguntar si corresponde a todos igualmente el poder de exigir al reservista el cumplimiento de sus obligaciones de asegurar la reserva; o bien, si la existencia de presuntos reservatarios reputados preferentes impedirá que los demás tomen la iniciativa de reclamar la adopción de las medidas de seguridad que la ley obliga al reservista que cumplimente.

Díaz Cobeña (438) estimó que todos los presuntos reservatarios incluso en caso de concurrencia de reserva viudal y lineal, podían concurrir simultáneamente en la expectativa y en el derecho a exigir las garantías, característico del primer período de las reservas. A nosotros, en cambio, no nos parece tan claro que la solución sea ésta con respecto a poder exigir las garantías.

Recordemos que la Sentencia de 3 de noviembre de 1931 negó a los hijos comunes de ambos ascendientes derecho a exigir a su padre, el reservista, que permanecía viudo, la constitución de las garantías reguladas en los artículos 977 y 978 del Código civil (concretamente, en aquel caso, se discutía la constitución de hipoteca en garantía del precio de un inmueble vendido). Su tercer considerando atendió a la circunstancia de que el padre reservista se conservaba en estado de viudez, y apoyado en ella argumentó: que «estas garantías solo serán exigibles al viudo o viuda que contraiga segundas o ulteriores nupcias, por la desconfianza de que con la intervención de los nuevos parientes puedan ser perjudicados los hijos del anterior matrimonio, mas en modo alguno cabe sean exigidos al que se conserve en estado de viudez, porque la ley no se las impone y porque aquellas imposiciones, como gravosas que son, no pueden interpretarse con sentido amplio ni aplicarse

por analogía». Sin embargo esa limitación, para el caso de conservarse viudo el reservista, solo parece aplicable en el supuesto de que éste tenga descendencia común al otro ascendiente, pero no —como se deduce del considerando primero de la Sentencia de 6 de julio de 1916— cuando carezca de ella.

Pero las cuestiones que, con relación al punto de que nos ocupamos, se derivan de la doctrina de aquella sentencia consisten en determinar *si habiendo hijos comunes a ambos ascendientes pueden los demás parientes que se hallen dentro del tercer grado exigir al ascendiente que se conserve viudo la constitución de aquellas garantías y, en caso contrario, si no conservándose éste viudo podrán exigirselas, en especial si los descendientes comunes no las exigen*. La Sentencia de 19 de enero de 1935, respecto de esa exigencia de tales garantías y medidas de seguridad, declaró «que si pudieran ser discutidas e impugnadas en el supuesto de que los reservatarios fuesen todos herederos legítimos del ascendiente reservista o trajeren causa de ellos, deben ser admitidas y respetadas, cuando quien las pide... sólo mantiene parentesco de afinidad con el ascendiente» [en ese caso un hermano uterino del descendiente e hijo de un matrimonio anterior de la madre], sin prejuzgar si al consumarse la reserva el reclamante tendrá derecho o no alguno a la reserva en concurrencia con el descendiente común de ambos ascendientes y hermano del descendiente.

Pero cabe preguntar *si ese derecho, reconocido a un afín que era descendiente del otro ascendiente, ¿se hubiera concedido a otros parientes que no tuvieran ese carácter específico de descendientes de aquél?* Creemos que no. Si los hijos comunes no pueden exigir la constitución de dicha medida; nos parece evidente que existiendo éstos y no solicitándolo, menos podrá admitirse su exigencia a los demás parientes comprendidos en el 811 que no sean descendientes del otro ascendiente o del hermano de quien procedían los bienes. Y, siendo así, si por haber contraído el ascendiente reservista nuevas nupcias, los descendientes comunes pueden exigir las, pero no las exigen, tampoco podrá aceptarse que las reclamen los demás parientes de la línea y grado favorecidos que no sean, como se ha dicho, descendientes del otro ascendiente o del hermano de quien procedieran los bienes.

b) *¿Quiénes están legitimados sin ser presuntos reservatarios para exigir su constitución?*

Vistos quienes son los presuntos reservatarios lineales legitimados para exigir al descendiente la constitución de las medidas de seguridad previstas en el Código civil, para la reserva clásica, y en la Ley Hipotecaria, para ambas reservas, debemos precisar que otras personas, sin reunir dicha condición, están legitimadas para reclamarlas en defensa de los intereses de presuntos reservatarios.

El artículo 185 L. H. en su apartado primero dice que: *Cuando los reservatarios sean ciertos y mayores de edad, sólo ellos*

podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo anterior; si fueren menores o incapacitados, lo exigirán en su nombre las personas que deban representarlos legalmente. Pero seguidamente el artículo 187 L. H. añade en sus dos primeros apartados que: *Si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar sin haberse dado cumplimiento por el reservista a lo establecido en los artículos anteriores, los derechos reconocidos por éstos a favor de los reservatarios podrán ser exigidos por sus parientes, cualquiera que sea su grado, el albacea del cónyuge premuerto y, en su defecto, el Ministerio Fiscal.* ¿Cómo armonizar estos preceptos?

Roca Sastre (439), al enunciar las personas facultadas para exigir la constitución de la hipoteca y demás garantías de la reserva y citar las enumeradas en el artículo 185, comenta que: «Si no la exigen [los reservatarios ciertos y mayores de edad], nadie más puede pedirla, pues en este caso, como indicaba la exposición de motivos de la ley de 1861, se entiende que renuncian a ella.» Y anota que: «Queda sin resolver qué ocurre cuando el reservatario sea persona incierta.»

Fundamentalmente dos criterios pueden presidir la armonización de los artículos 185 y 187 L. H. Uno concreta cronológicamente la limitación subjetiva del artículo 185; el otro limita los supuestos de aplicación de la extensión subjetiva del artículo 187. El primero, se apoya en las primeras palabras de este último: *Si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar*; y consiste en concretar cronológicamente al término de ciento ochenta días la limitación de los legitimados para reclamar las medidas contenidas en el artículo 185 L. H. El segundo, apoyado fundamentalmente en la exclusión, a dicho fin, de cualquier legitimado que no sea reservatario presunto cuando éstos sean ciertos y mayores de edad, dispuesta en el primer apartado del artículo 185, entiende que el artículo 187 L. H. sólo puede referirse a los supuestos en que los reservatarios sean inciertos o, incluso también—con un criterio algo menos restringido—, si siendo los reservatarios menores e incapacitados las consiguientes garantías no hubiesen sido constituidas en el término de los ciento ochenta días. Este segundo criterio—en cualquiera de sus dos posiciones—parece más racional que el primero, dado que personas ciertas y plenamente capaces no deben necesitar que otros velen por sus intereses, y en realidad así lo confirman los términos absolutos y terminantes del primer inciso del artículo 185 Ley Hipotecaria.

Ahora bien, ¿puede ocurrir alguna vez que todos los reservatarios del 811 sean ciertos (440)? Sin duda que sí, cuando los pa-

(439) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, vol. IV, tema LXXIV, página 677.

(440) *Ciertos* en el sentido de que no pueda haber ningún otro posible reservatario. No en el de que los existentes lleguen a consumir la

rientes de primer y segundo grado ya no puedan tener más descendencia, cosa que en la práctica resultará casi siempre muy difícil, si no imposible, de saber y demostrar; y evidentemente serán ciertos cuando si bien haya parientes de tercer grado de la línea de procedencia de los bienes, ya no viva pariente alguno de primero y segundo grado. En esos casos, parece claro que el apartado primero del artículo 187 L. H. no será aplicable.

Y en los demás casos, ¿será siempre de aplicación este artículo 187? Creemos que tampoco. Si, como hemos entendido, habiendo hijos comunes todos mayores de edad y capaces y no teniendo el otro ascendiente descendencia no común al reservista; sólo aquéllos hijos comunes pueden exigir la adopción de las medidas que aseguren la reserva, parece que, con mayor razón, tampoco cabrá la intervención de los parientes de cualquier grado, ni del albacea del cónyuge premuerto ni del Ministerio Fiscal para exigir el cumplimiento de repetidas medidas de seguridad.

Creemos, pues, que el apartado 1.º del artículo 187 L. H. sólo será aplicable: 1.º) Cuando quepa la posibilidad de que algún *concepturus* llegue a ser reservatario y, además, no existan descendientes comunes de ambos descendientes. 2.º) En todo caso, si alguno de los presuntos reservatarios, que de ser plenamente capaz hubiera podido reclamar la constitución de las medidas de seguridad, fuese menor o estuviese incapacitado y sus legales representantes no hubieran reclamado su formalización: o si, a su vez, cupiera algún posible reservatario *noudum concepti* que fuera hijo de un hijo común de ambos descendientes, premuerto con anterioridad a la fecha de reclamarse la constitución de las garantías.

#### 25. *Renuncia a dicha protección y renuncia a la reserva pendiente.*

Hemos visto que los presuntos reservatarios tienen: en el ámbito puramente especulativo, una expectativa; en el campo propiamente jurídico, la posibilidad de exigir la adopción de determinadas medidas de garantía para que aquélla no se frustre por actos del reservista; y que, en su día y en su caso, podrán llegar a tener un derecho del que, por tanto, carecen en la actualidad y que ni siquiera existe por ser futuro y, además, incierto. También hemos comprobado que los reservistas sufren una sujeción que limita su libre disponibilidad *inter vivos* y *mortis causa* de los bienes reservables.

Al estudiar la renuncia verificada por los reservatarios en vida del reservista resulta de interés recordar esa cuádruple distinción, entre: las medidas seguridad—exigibles o ya constituidas—; la expectativa de los reservatarios en potencia; el futuro derecho

---

reserva, cosa imposible de precisar, pues nadie puede asegurar la sobrevivencia del favorecido ni que lleguen a darse a su favor las demás circunstancias necesarias para que la reserva se consolide en su beneficio



que, todos o alguno de éstos, puede llegar a obtener, y la sujeción del reservista.

Si la expectativa en sí misma no tiene entidad jurídica, sino únicamente la tiene a través de su protección, y si es tan sólo una especulación, es decir, un cálculo de probabilidades y posibilidades, su renuncia no puede tener trascendencia como la tiene la renuncia a cualquier especulación que no por ella se disipe. De disiparse la expectativa habrá de ser por otras razones, entre ellas la renuncia a las causas que la den lugar (441). Por eso, cuando se hable de renunciar a la expectativa deberá entenderse que lo que realmente se renuncia es su protección jurídica, o su posible resultado futuro o ambas cosas a la vez.

Por tanto, habremos de estudiar las posibilidades de renuncia por los reservatarios en relación: a las medidas de seguridad—exigibles o constituidas—; a la reserva en sí, es decir, a la sujeción del reservista, y a heredar u obtener en lo futuro los bienes reservables.

Nunca ha ofrecido duda la autonomía de la renuncia a las medidas de seguridad respecto a la renuncia a los bienes reservables; pero, en cambio, creemos que no han sido debidamente discriminadas entre sí la renuncia a la reserva, como sujeción del reservista, y la renuncia a suceder en los bienes reservables.

a) La *renuncia a las medidas de seguridad* equivale a renunciar a la protección que significa la sujeción que sufre el reservista en su disponibilidad *inter vivos* de los bienes inmuebles reservables inscritos y a la garantía hipotecaria que asegure las restituciones que, en su día, deban realizarse con arreglo al artículo 978 Código civil. De ese modo, con dicha renuncia, la reserva queda limitada a no tener más que efectos personales y, por tanto, será imposible reclamar a adquirente alguno (salvo que sea *conscius fraudi*); ni los bienes reservables en vida del reservista sufren sujeción real alguna a la reserva. (Sólo a su muerte, su herencia estará sujeta a la reserva—en caso de que ésta se consume—, que afectará concretamente a los bienes relictos que específicamente resulten reservados y, también, al valor de los demás en cuanto a la restitución del equivalente pecuniario que se deba por razón de la reserva, conforme al art. 978 C. c., importe respecto al cual los reservatarios serán preferentes a los herederos del reservista

---

(441) Así, verbigracia, quien tenga un billete de lotería, para renunciar a la expectativa de ser premiado deberá: desprenderse del billete o destruirlo, esto es, renunciar a la realidad tangible presente en la que la expectativa se encarna, o bien renunciar preventivamente al futuro premio, si es que ello se estima posible, es decir, a la futura realidad. Lo inoperante sería renunciar a la expectativa en sí misma considerada, sin renunciar a su base real o a su futura realización, pues ello no sería sino renunciar a un mero cálculo de posibilidades, o sea, a una pura especulación, que no tiene valor en sí misma, sino únicamente en relación a la situación a la que como tal especulación se refiere.

y a los acreedores de éste). Cabe, también, renunciar sólo a alguna de las medidas de seguridad (v. gr. sólo a la constatación del carácter reservable de los inmuebles o sólo a la hipoteca que garantice las restituciones previstas en el art. 978 C. c.) o únicamente con respecto a determinados bienes y no con respecto a los otros, o a parte del valor asegurable o al rango correspondiente a la hipoteca, posponiéndola.

El asentimiento del reservatario a la venta por el reservista de bienes reservables, debe entenderse simplemente como renuncia a la sujeción *inter vivos* del reservista, de modo que éste podrá vender liberados de la reserva los bienes inmuebles, pero no como renuncia a que su valor sea reservable, ni a la sujeción *mortis causa* de ese valor o de los bienes no vendidos (442).

Esa renuncia a las medidas de seguridad podrá ser anterior a su constitución—es decir, referirse al derecho a exigir las—y, en ese caso, expresa o tácita, o bien, posterior a su constitución, supuesto que requerirá legitimación y capacidad suficientes a dicho fin en términos iguales a los que trataremos de hallar al ocuparnos de la renuncia por los reservatarios a la sujeción del reservista.

En contra, razonó Borrell i Soler (443) y esgrimió como premisa (*menor*) la trascendencia de conservar inscrita la cualidad de reservable, pues su desaparición equivale a negar al reservista la garantía que había tenido contra tercero, todo el tiempo que subsistió inscrita aquella cualidad de reservable; y negar tal garantía, en muchos casos equivale, prácticamente, a negar el derecho, que queda convertido en un símbolo sin utilidad. La conclusión por él formulada fué que: «Esto demuestra igualmente que, sin un motivo legal suficiente, no ha de ser lícito cancelar una condición que de tal manera salvaguarda derechos que la ley ha creído deber proteger con una hipoteca legal; es decir, que no pueden ser abandonados, si no es por justa causa, unos derechos que la ley trata como privilegiados.» La parte final de esa conclusión contiene realmente la premisa mayor de su razonamiento, lo que denuncia una petición de principio. Aparte de la falta lógica cometida al elevar a universal una proposición que no lo es, como

---

(442) En este sentido, véase ROCA SASTRE: *Dictamen acerca del negocio jurídico de asentimiento por los reservatarios*, en «Rev. Der. Not.», I-II (julio-diciembre 1953), págs. 287 y sigs. El asentimiento a la venta como libres de bienes reservables, no debe estimarse como renuncia a la reserva, sino sólo como renuncia a exigir la sujeción *inter vivos* de los bienes a ella afectos (y a las correspondientes medidas de seguridad). Lo creemos así por las razones que indica ROCA SASTRE en su magnífico dictamen, y, especialmente, en términos generales, por el criterio interpretativo del artículo 1.289, § 1.º C. c. de que todo acto gratuito debe ser interpretado en el sentido de que la transmisión o renuncia sea la menor entre los términos dudosos.

(443) ANTONI BORRELL I SOLER: *Miscelania jurídica*, en «Rev. Jur. de Cat.», XXXII, cit., págs. 312 y sigs.

denota, sin lugar a dudas, el primer inciso del artículo 185 Ley Hipotecaria. Por eso, aunque fuese cierta la premisa menor, que tampoco es universal—«en muchos casos», dice Borrell, luego «no siempre»—, como sea que de dos premisas particulares no se pueda derivar ninguna conclusión, según reza la regla 7.<sup>a</sup> de los silogismos, falla el razonamiento.

Tampoco Marín Monroy (444) creyó renunciable «el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones de garantía». A su juicio, «la obligación es igual e independiente de la voluntad del reservatario; éste no obra por un derecho personal actual suyo al exigir las obligaciones; puede no actuar, no exigir las obligaciones, pero no liberar al reservatario de las obligaciones que podían existir otros posibles reservatarios»... «la renuncia de las garantías por el reservatario no puede, a nuestro juicio, liberar de sus obligaciones al reservatario; de admitirse la liberación de éste de su obligación de garantizar, como muchas veces la garantía es la sustitución de los bienes reservables enajenados, la renuncia de la hipoteca por el hijo, en este caso, como al renunciar a que se haga constar el carácter de los bienes en el Registro, en el caso de que existan inmuebles, puede suponer, tanto para él como para el nieto, hijo suyo, la imposibilidad de que el derecho sea efectivo en su día y precisamente tal efectividad es el fin perseguido por la ley. Nadie puede renunciar a un derecho aún no adquirido; nadie puede renunciar a unas garantías legales que no dependen de un derecho subjetivo suyo, sino de una vocación legal colectiva, así que cualquier reservatario podrá exigir las garantías, y la renuncia aun por todos los actuales a las garantías, implicará el que, al no exigir las garantías ninguno no se constituyan, pero no obliga a otras personas a las que la ley faculta para exigir las garantías en ciertos casos, ni puede liberar al reservatario de su deber de prestarlas, que no depende de la voluntad del reservatario sino de la Ley, precisamente como consecuencia inseparable de su reconocimiento de una facultad dispositiva en el reservatario, implicaría, en realidad, el eludir la disposición legal, una vez enajenadas las fincas por el reservatario».

Creemos que Marín Monroy mezcla cuestiones diferentes que llevan a su confusión. La relativa a quienes pueden y quienes, en ciertos casos, no pueden exigir la constitución de las garantías; la de determinar quiénes están legitimados para renunciar—que trataremos al estudiar de la renuncia a la reserva, propiamente dicha—, y la de precisar la eficacia de la renuncia a exigir las medidas de seguridad, que dependerá de quienes la renuncien o no ejerciten. Hecha la renuncia por todos los reservatarios, siendo plenamente capaces y no habiendo ninguno incierto, la renuncia evidentemente será plenamente efectiva. E incluso—como luego confirmaremos—por lo menos tratándose de la reserva viudal—si

(444) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «Rev. Crít. Der. Inmó.», VI, págs. 827 y sigs.

es hecha por todos los hijos comunes de ambos descendientes, juntamente con todos los hijos de hijos comunes premuertos.

Una cuestión importante plantea la renuncia tácita a pedir la constitución de las medidas de seguridad. Esta consistirá en dejar correr el tiempo sin exigir las. Sin duda implicará la ineficacia de facto de la sujeción del reservista respecto las disposiciones *inter vivos* a título oneroso que éste realice de los inmuebles inscritos que no estén registralmente afectos a la reserva, por su falta de constatación registral como reservables o por la no constitución sobre los mismos de gravamen hipotecario en garantía de las restituciones previstas en el artículo 978 C. c. En ese sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de diciembre de 1904, estimó «que tal omisión permitía suponer también que el interesado en la reserva no quiere hacer uso de su derecho, por cualquier causa o razón que para ello tenga».

De esta sentencia dedujo Sánchez Román (445) que la renuncia de los reservatarios puede ser tácita, entendiéndose por tal «la que resulte de una serie de hechos u omisiones como el abandono de su derecho por el reservatario al no instar en garantía de la obligación de reservar, el que conste en el Registro con su cuantía de bienes *reservables* los inmuebles que lo sean y dar lugar a que por el reservista hayan podido ser enajenados en concepto de libres».

Pero, en cambio, parece excesivo considerar esa omisión como renuncia absoluta a exigir en adelante la constitución de las garantías que aún sean posibles sobre los bienes que aún pertenezcan al reservista.

Puede ser que las medidas no se exigieran al principio y sí después, por razones que impliquen un cambio de confianza de los reservatarios respecto al reservista. Y no parece lógico que la confianza que se haya tenido, hasta un momento dado, equivalga a vincularse a seguir teniéndola, y a renunciar a pedir esas medidas, aunque las circunstancias que la motivaban hayan variado. No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de octubre de 1923, aceptó el criterio del Juzgado y la Audiencia, que habían estimado renuncia tácita a exigir las garantías, por no haber sido ejercitadas durante veintiseis años en un caso en que el reservista había inmatriculado un inmueble sin hacer constar su carácter reservable y sin que los presuntos reservatarios lo exigieran, los cuales habían intentado su ulterior ejercicio cuando luego, bastantes años después, el reservatario que sobrevivía (el otro había fallecido) reclamó la constitución de hipoteca para garantía de la restitución del importe del inmueble en cuestión que el reservista había vendido.

b) *La renuncia a la reserva, es decir, a la sujeción inter vivos*

---

(445) SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., VI-II, núm. 161, c. 2.º, pág. 1041.

y mortis causa del reservista, tanto en su ámbito real como en el personal, ha sido confundida repetidamente con la renuncia a suceder en su día en los bienes reservables. No es de extrañar tal confusión en quienes ven en la reserva un modo especial de suceder, bien sea: retardadamente al descendiente, en la lineal, o al cónyuge premuerto o a la persona de quien en consideración a éste hubo los bienes el cónyuge binubo, en la binupcial (446), o bien sea al reservista, en una y otra reserva (447). Pero antes hemos comprobado la inexactitud de ambas tesis (448).

Si queremos medir exactamente la dimensión del tema en la reserva lineal, deberemos examinarlos previamente en la reserva clásica a través de su evolución desde el Derecho común al Código civil. Por eso nos sujetaremos a este orden, acometiendo dicho examen previo.

a) *Renuncia a la reserva clásica antes del Código civil.*

La común opinión de los autores de Derecho común entendió que la renuncia de todos los hijos del anterior matrimonio e incluso el consentimiento de dichos hijos a las nuevas nupcias de su padre o madre, liberaban o redimían a éste de las limitaciones de la reserva viudal. Esa opinión predominó entre los juristas castellanos del siglo XVI, como Cifuentes (449), Antonio Gómez (450), Matienzo (451). Incluso varios autores, siguiendo a Boerio, entendieron que bastaba el consentimiento tácito. Pero, contrariamente, tampoco faltaron quienes opinaron que el consentimiento de los hijos a las segundas nupcias, ni expreso ni tácito, po-

(446) De ahí vemos derivar dos errores: uno, que la renuncia de todos los hijos no afecta a los nietos hijos de un hijo que haya muerto antes que el reservista; otro, que en caso de renuncia a la reserva por parte de algunos de los reservatarios, los bienes acrecerán a los demás. Luego veremos los autores que las cometen, todos ellos defensores de alguna de las tesis que derivan del cónyuge premuerto, en la reserva viudal, o del descendiente, en la lineal, el derecho de los reservatarios, o bien que lo estiman de naturaleza fideicomisaria sometido a condición suspensiva o como una expectativa directamente derivada de aquéllos.

(447) Especialmente, respecto la reserva viudal, MARÍN MONROY (*La reserva llamada...*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», VI, págs. 823 y sigs.) que plantea este dilema: «El artículo 970 es una excepción a la doctrina general de los derechos renunciabiles y a las prohibiciones de renunciaciones de legítimas y sucesiones futuras, o el artículo 970 es, como creemos, un resto inexplicablemente conservado de una forma anterior en pugna con la institución toda» (pág. 826).

(448) II, § 2.º, núms. 14 y 15, en AN. DER. CIV., X-II, págs. 358 y sigs.

(449) *Glosa de Miguel de Cifuentes sobre las Leyes de Toro* (Medina del Campo, 1545), ley XV, núm. 2, vers. *Primo limitatur* (fol. 17 vto.), concretada en que «nisi talis mater contraheret secundo matrimonium de consensu filiorum de quorum successione tractatur; quia tunc succedit pleno iure tam in usufrutu quod in proprietate», citando en apoyo la glosa de Acursio, a Angelo, Soccino y Baldo.

(450) ANTONIO GÓMEZ: *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri* (Salamanca, 1575), leyes XIV, XV y XVI, núm. 6, fol. 6r vto.

(451) JUAN MATIENZO: *Comentaria* (Mantuae Carpetanae, 1580), L. V, Tít. I, ley III, glossa II, núm. 43 (fol. 33).

día ser equivalente a dispensar al bínubo de los efectos de la reserva, ni de la Ley Haec Edictali. Esta opinión, contraria a la común de los autores, tuvo como paladines a Molina (452), Baeza (453), Antonio Pérez (454) y Sarmiento (455). Pérez resumió su criterio afirmando que *per hunc consensum sibi* (de los hijos a las segundas nupcias) *non praejudicare, in lucro, quod eis a lege defertivus, cum aliud sit consentire nuptias contrahere volenti, aliud amittere lucrum a lege concessum; nisi et actum sit*. Sarmiento (456) ni siquiera admitió la opinión—que también aceptaba la generalidad de los autores—de que la división de los bienes paternos otorgada por la madre bínuba con los hijos comunes significara la renuncia por éstos a las leyes de las segundas nupcias, pues estimó que las donaciones no pueden deducirse por conjeturas y que sólo pueden ser inducidas cuando manifiestamente aparezca la voluntad de otorgarlas.

Terciando, Acevedo (457) precisó que *tacitus consensus sufficit quoties acto aliquo demonstratus est, non vero alias*. Igualmente el P. Tomás Sánchez (458), después de rechazar el criterio de Sarmiento, únicamente reconoce que *scientiam cum taciturnitate non inducere consensum hunc sufficientem*, pero admite que

(452) MOLINA: *Tractatus de Inofficioso testamento*, núm. 77 (cita de BAEZA: Loc. cit. in not. seq.).

(453) GASPAR BAEZA: *Tractatus quae de non meliorandis filiabus dotis, ratione loquitur* (Granada, 1570), cap. 10, núms. 58 y sigs (fol. 68 vto.). Siguiendo la opinión de MOLINA, que califica de potentísima señala como razones: «Moveor duplici rationi, primo quia filius consentit nuptiis credens ius suum sibi munera salvum... De inde filius quid mirum si consensit nuptiis, quas prohibere non potest?, ergo id sibi damno esse non debet».

(454) ANTONIO PÉREZ: *Praelectionem in dudodecim libros Codicis Justinianum* (ed. novísima, Venetiis, 1773), Lib. V, tit. IX, núm. 20 (pág. 198).

(455) FRANCISCO SARMIENTO: *Interpretationum Selectarum* (Antwerpiae, 1615), Lib. I, cap. IV, núms. 1 y 2 (págs. 18 y sigs.). Alega, en esencia: «Quid qui non contradicit actui, qui eo invito geri potest, nullum sibi parat praejudicium» (núm. 1). Y «Quod si consensus, sibi etiam tacitus noceret, ut doctores volunt nunquam legibus de secundis nuptiis locus esset, nisi ubi exprese filius impie contradiscerit, et matris nuptias (cuius semper honesta, et sancta persona filio videri debet...) litigiosis testationibus violaret, atque pollueret, vel esset omnino ignorans» (núm. 2).

(456) SARMIENTO: Op. y cap. cit., núm. 5 (págs. 19 in fine y sigs.).

(457) ALFONSO DE ACEVEDO: *Comentarij Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones* (ed. Lugduni, 1737), Lib. V, Tit. I, Ley IV (Tauri 15), núm. 36 (tomo III, págs. 16 y sigs.).

(458) Padre TOMÁS SÁNCHEZ, S. J.: *De Sancto Matrimonio Sacramento Disputatio* (Córdoba, 1604), L. VII, Disp. LXXXIX, núm. 43 (pág. 313). Fundamentalmente rechazó la tesis de SARMIENTO por estimar que el efecto de las leyes binupciales era una penalidad civil por razón de la injuria que, a su juicio, implicaban las segundas nupcias contra el primer esposo y los hijos del primer matrimonio y que, por ende, perdonada la injuria debía entenderse remitida la pena. (Contrario era el punto de partida de SARMIENTO como el de ANTONIO PÉREZ, quienes estimaban que no había tal injuria ni pena alguna, sino medidas protectoras a los hijos del primer matrimonio, las cuales no podían desaparecer por el consentimiento—in-necesario y reverencial—dado por estos hijos a las segundas bodas.)

*nisi conjecture taciti illius consensus valde apartae sint, ita ut de ejus voluntate dubitari nequat.* Más severo fué Diego Pérez de Salamanca (459), pues sólo hizo equivalente a la tácita renuncia de los beneficios de la reserva el expreso consentimiento a las segundas nupcias. Y aún más lo fué Parladorio (460) al estimar necesario que el consentimiento fuera prestado ante Notario.

Castillo Sotomayor (461) resumió la cuestión distinguiendo seis casos: A saber: Primero: «quando filii aetate maiores, expresse consensiret matri transeunti ad secundis nuptias, et ei remisirent expresse iniuriam omnem, vel omne ius suum». Segundo: quando filii aetate maiores matrimonio simpliciter, expresse tamen, consentium, sed non renuntiant expresse iuri a lege sibi tributum». Tercero: «quando filii, etiam aetate maiores, etsi praesentes fuerint tempore quo matrimonium secundum celebratur, expresse non consenserunt secundis nuptiis, tacuerunt potius et nihil discerunt aut agerunt, quo eorum animus et voluntas eiici valeat». Cuarto: «quando filii aetate maiores, praesentes fuerint, cum contrahitur secundum matrimonium, et quamvis expresse non consensirent, aut iura sua non remisirent expresse, aliquo tamen facto seu acto positivo exteriori ultra praesentiam, suam voluntatem et consensum ostendant». Quinto: «quando filii praesentes fuerunt, dum secundas contrahebantur nuptiae per parentes, nec expresse aut tacite consenserunt illis, postimo cum tamen expresse, aut tacite, ratificarum eas». Sexto y último: «quando filii praesentes non fuerint cum contrahitur secundum matrimonium, imo absentes, sic ut nec expresse nec tacite secundis nuptiis consentire potuerint; nam si postea de illis facti certiores, iniuriam omnem, aut ius suum expresse remisirent». En todos los casos estimó Castillo Sotomayor que se producía la dispensa de la reserva, excepto en el tercero, «tunc enim ex sola praesentia sibi non praepjudicant, nec matrimonio consentire videntur; idecirco parentes ex sola praesentiam filiorum, a poenis secundarum nuptiarum non excusantur».

En la segunda mitad del siglo XVIII Febrero (462) analizó la cuestión siguiendo la séxtuple distinción que hemos visto a Castillo Sotomayor. La reserva no desaparece porque los hijos presentes a las segundas nupcias callan. Pero sí, en los otros cinco supuestos, es decir: si autorizaron al binubo para casarse y le remitieron y perdonaron expresamente la injuria; si le autorizaron aun-

(459) DIEGO PÉREZ DE SALAMANCA: *Comentario in quotor posteriores libros Ordinationum Regni Castellae* (Salamanca, 1574), Lib. V, Tit. I, Ley V, a (pág. 55).

(460) JUAN YAÑEZ PARLADORIO: *Quotidianarum Differentiarum Sesquicenturia* (en *Opera jurídica*, ed. Colonia Allobrogum, 1761), Diff. CXXI, § II, Séptima Quaestio, núm. II (pág. 356).

(461) JUAN CASTILLO SOTOMAYOR: *De Usufructu*, Lib. I, cap. II, números 93 a 126 en *Quotidianarum Controversiarum Juris*, tomo I (Lugduni, 1667), págs. 19 y sigs.

(462) JOSEF FEBRERO: *Librería de Escribanos e Instrucción Jurídica Teórica-práctica de Principiantes* (Madrid, 1781) Parte segunda, tomo II, Lib. II, Cap. V, § II, núms. 16 a 27 (págs. 345 y sigs.).

que no le remitieran ni perdonaran expresamente la injuria; si presentes en la boda la consintieron por algún acto tácito; si estando presentes callaron pero después la ratificaron expresa o tácitamente, y si no habiendo asistido a la boda, luego remitieron la injuria o renunciaron expresamente su derecho.

Sala (463) admitió que no había reserva si los hijos prestaban su consentimiento a las segundas nupcias y juzgó dudoso si bastaba o no el consentimiento tácito. Escribe (464) dijo que cesa la obligación de reservar: «si los hijos a quienes había de aprovechar la reservación, dieren el consentimiento para el segundo enlace, pues se supone que por este hecho renuncian al derecho que tenían a los bienes». Y Benito Gutiérrez (465) admite que la reserva cesa, no sólo si los hijos renuncian solemnemente en escritura pública a la reserva por razón de las segundas nupcias, sino también por la autorización de los hijos a las segundas nupcias.

Llamas y Molina (466), en cambio, después de exponer la opinión de Antonio Pérez, se inclina por ella, por entender que: «Ciertamente sería bien extraño que el consentimiento expreso o presunto de un acto no sólo permitido sino lícito, que no tiene obligación ni poder de impedirlo, causase perjuicio a un tercero.»

Esta tesis la recogen Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán (467), Vicente y Caravantes (468). Domingo de Morató (469). Todos repiten la apreciación de que no sería justo que el consentimiento a un acto permitido se convierta en daño de quienes no tienen derecho ni obligación de impedirlo. Y García Goyena (470) se inclina también por creer más razonable la opinión de quienes requieren renuncia expresa de los hijos a la reserva, pues éstos pueden aprobar el segundo matrimonio por simples consideraciones de respeto.

Por eso, el artículo 802 del Proyecto de 1851 dijo que: «La re-

(463) JUAN SALA: *Ilustración del Derecho real de España* (2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1820), tomo I, libro II, título VIII, núm. 16 (pág. 232).

(464) JOAQUÍN ESCRICHE: *Diccionario...*, cit., vol. cit., voz «Bienes reservables», pág. 449.

(465) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos y Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (ed. Madrid, 1863), tomo III, libro III, capítulo VI, § final, art. 5.<sup>o</sup>, pág. 656.

(466) SANCHO LLAMAS Y MOLINA: *Comentario crítico, jurídico, literal de las ochenta y tres leyes de Toro* (3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1853), tomo I, ley 15, núm. 29, pág. 295.

(467) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, tomo II (13 ed., Madrid, 1881), núm. 199, pág. 133 y sigs.

(468) JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES: Nota a la 4.<sup>a</sup> ed. de la versión del Febrero, de GARCÍA GOYENA Y JOAQUÍN AGUIRRE, t. I (Madrid, 1952), el núm. 2.001, págs. 583 y sigs.

(469) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ: *El Derecho civil español*, t. II (Valladolid, 1868), núm. 1.486, nota 1 de la pág. 251.

(470) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II (Madrid, 1852), ap. núm. 2, «Bienes reservables», núm. 12, pág. 567.



*serva tiene lugar, aunque... éste [el ulterior matrimonio] haya sido contraído con anuencia de los hijos del primero...»; y el artículo 803, en su primer inciso, admite que «Cesa la obligación de la reserva cuando los hijos del primer matrimonio, mayores de edad renunciaron expresamente a ella...» Se ve claro, el triunfo de la tesis de Molina, Baeza, Antonio Pérez y Sarmiento. Aunque García Goyena (471) con una visión individualista, hija de la influencia *ius* napoleónica, glosase que: «Cada cual puede renunciar al beneficio o derecho establecido en su favor...»*

Hemos visto, pues, la evolución de la opinión—dominante en Derecho común—de que el consentimiento de los hijos a las segundas nupcias de su padre o madre significaba la remisión a éste de las limitaciones de la reserva, al criterio—minoritario primero en Castilla, pero que pasó a ser dominante en el siglo XIX—de que la dispensa de tales limitaciones requería renuncia expresa de los hijos a los beneficios que la reserva pudiera reportarles. Pero antes de entrar en el examen del artículo 970 del Código civil debemos volver atrás para analizar las circunstancias requeridas para la eficacia de la dispensa de la reserva por anuencia de los hijos comunes.

Se preguntó si el consentimiento de los hijos liberando al bínubo de la reserva viudal, requería la unanimidad, como—siguiendo a Baecio—opinaron la mayoría de los autores, o bien si bastaba la mayoría, según había sostenido Bartolo. El P. Tomás Sánchez (472) y Diego Pérez de Salamanca (473), afirmaron que se requería la unanimidad. Este escribió: «*imo quod nullo modo sufficiat consensus maioris partes, sed omnes debent consentire, cum tamquam singuli competat istud ius vindictae propter iniuriam et mortem patris, seu testatoris, cuius personam representant de iure*... «*quia omnibus filiis facta est iniura per transitum ad secundas nuptias*».

También se planteó qué capacidad exigía la renuncia. Y estimó el P. Sánchez que los hijos debían ser púberes, para que su consentimiento fuera eficaz y que de no serlo no se podía suplir esta deficiencia con la licencia de sus tutores (474).

Con relación a los nietos no ofreció duda la plena y definitiva eficacia que respecto a éstos tenía el consentimiento de los hijos a las nuevas nupcias o la renuncia a la reserva otorgada por los hijos. Lo que planteó discusión fué la hipótesis de que al pretender que se prestara el consentimiento o la renuncia ya hubieran fallecido todos o alguno de los hijos comunes dejando descendencia. El Je-

(471) GARCÍA GOYENA: Op. y vol. cit., art. 803, pág. 203. Obsérvese la contradicción de esta glosa con el criterio dominante que recogió el P. TOMÁS SÁNCHEZ, en el texto citado en nuestra nota 469.

(472) P. TOMÁS SÁNCHEZ, S. J.: Op. y disp. cit., núm. 45 (pág. 45).

(473) DIEGO PÉREZ DE SALAMANCA: Op. y l. cit., a, vers. *Sed contra-ria opinio est magis communis* (pág. 55).

(474) P. SÁNCHEZ, S. J.: Loc. cit., núm. 47, pág. 314.

suíta Luis de Molina (475) opinó que si no sobreviven hijos del primer matrimonio no ha lugar la reserva aunque queden nietos, hijos de algún hijo premuerto del primer matrimonio; pero que en caso de sobrevivir algún hijo del dicho primer matrimonio los nietos hijos de hijo común premuerto participaban por stirpes en la sucesión de los bienes reservables conjuntamente con los hijos premuertos. Pero parece que también en el primer caso, si al contraer las segundas nupcias no quedaran hijos vivos del primer matrimonio pero sí nietos del mismo, éstos eran quienes podían dispensar de la reserva y consentir las ulteriores bodas (476).

β) *Renuncia a la reserva vidual en el Código civil.*

El artículo 970 del Código civil en su primer inciso, recoge la doctrina del sector minoritario entre los autores de Derecho común que pasó a ser en la doctrina española de común aceptación durante el siglo pasado. Así dice que: «*Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio mayores de edad, que tengan derecho a los bienes, renuncien expresamente a él...*»

Del Tribunal Supremo no conocemos sentencia alguna relativa a la renuncia de la reserva vidual. En cambio, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 30 de marzo de 1925, interpretó el artículo 970, abordando dos interesantes problemas. A saber:

1.º) Que la *renuncia sancionada en el artículo 970 del Código civil se refiere a la reserva en situación de pendencia*, «sin que pueda prevalecer la opinión que exige para la aplicación de este precepto que la reserva se halle no sólo perfecta, sino también consumada, esto es, que haya muerto el reservista; en primer lugar, porque el artículo transcrito dice que *cesará la obligación de reservar*, y no como el siguiente *cesará la reserva*, y aquella exposición parece hacer referencia, de igual modo que la del artículo 972, a los actos jurídicos que se desenvuelven en vida del padre o madre que contrajo segundo matrimonio, y en segundo término, porque la frase tener derecho a los bienes indica una propiedad expectante más bien que un dominio efectivo sobre los mismos» (tercer considerando).

2.º) Que la *renuncia verificada por todos los hijos es eficaz aunque alguno de ellos premuera al reservista dejando hijos que sean nietos comunes de ambos descendientes*, pues «la finalidad de orden interno familiar perseguida por la reserva tradicional del cónyuge binubo se da por alcanzada cuando los hijos del matrimonio causa de la misma, como representantes de todas las ramas o líneas descendientes que puedan invocar la protección de la Ley, para no verse privados de los bienes del antecesor común, autori-

(475) LUIS DE MOLINA, S. J.: *De Iustitia*, vol. I, Tract. II, disp. 163, col. 918 C.

(476) T. SÁNCHEZ, S. J.: Loc. cit., núm. 46, pág. 314.

zan la libre enajenación de los mismos y completan o purifican la propiedad condicionada del cónyuge superstite) (2.º considerando); y «aún reconociendo el derecho de los descendientes legítimos de un hijo premuerto a entrar, cuando la reserva se consume, en el goce de los bienes de su abuelo obligado a reservar, procede sostener la validez de la renuncia realizada, con arreglo al citado artículo 970, porque no es raro encontrar, dentro del ordenamiento familiar, casos en que se concede un verdadero poder dispositivo o facultad de enajenar a personas que no puedan reputarse propietarias definitiva e incondicionalmente, en atención a necesidades apremiantes, situaciones especiales y racionales previsiones» (4.º considerando).

La doctrina de esta resolución dió lugar a interesantes comentarios. Ya antes se había discutido la interpretación del artículo 970, en especial si la renuncia por los hijos liberaba al bínubo de la reserva aunque premuriere algunos de ellos y quedaren nietos comunes hijos del hijo premuerto.

Algunos de los primeros comentaristas del Código civil—Gonzalo de las Casas (477), López R. Gómez (478), Falcón (479), Bonel (480), Burón (481)—dieron por sentada la extinción de la reserva por la renuncia de todos los hijos, sin plantear duda alguna acerca de la cuestión de que tratamos. Posiblemente fue así porque su conocimiento del Derecho anterior al Código, en que la dispensa de los hijos afectaba a los nietos aunque aquéllos premurieron y éstos sobrevivieren al reservista, no les permitía la menor duda acerca de la interpretación en este sentido del artículo 970.

Manresa (482) creemos que desenfocó la cuestión al afirmar: «Para que dichos descendientes puedan prescindir de la renuncia y exigir los bienes reservables, necesario es que no acepten la herencia de su padre o madre, pues aceptándola, suceden en todos sus derechos y obligaciones; y como continuadores de su personalidad jurídica, han de respetar todos sus actos y cumplir todos sus compromisos, uno de los cuales consiste en acatar los efectos de la renuncia de que la reserva hizo su causante.» Cosa que aleja la cuestión de su planteamiento inicial, es decir, de la plena eficacia liberatoria de la renuncia hecha por todos los hijos, con independencia de que sus respectivos descendientes les hereden o repudien su herencia.

(477) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS: *Aplicación práctica del Código civil español* (Madrid, 1899), Lib. III, cap. V, núm. 7, pág. 429.

(478) NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ: *Op. y vol. cit.*, cap. VIII, art. 2.º, núm. 13, pág. 253.

(479) MODESTO FALCÓN: *Op. y vol. cit.*, Lib. III, Sec. quinta, párr. II, núm. 3, pág. 403.

(480) LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ: *Op. y vol. cit.*, art. 970, pág. 631.

(481) GREGORIO BURÓN: *Op. cit.*, núm. 1.105, pág. 181.

(482) MANRESA: *Op. cit.*, vol. VII (3.ª ed., Madrid, 1907), arts. 968 a 980, III, 4.ª, pág. 277 (excepcionalmente, en este caso, citamos la 3.ª ed.; en los demás seguiremos citando la 6.ª edición, como venimos haciendo).

En cambio Morell (483), Gil Socii (484), Torres Murciano (485), Ruiz Artacho (486), planteándola en sus verdaderos términos, se han inclinado por estimar que la renuncia hecha por todos los hijos lleva implícita la extinción de la reserva, incluso para los respectivos descendientes de los renunciantes, aunque éstos pre-mueran al reservista y con independencia de que los nietos acepten o no la herencia del hijo renunciante de quien fueran hijos. Observó Gil Socii que «el llamado derecho a la reserva es una expectativa de un derecho que envuelve una doble indeterminación: en cuanto a su existencia, pues no se sabe si el proceso adquisitivo se completará o no, y en cuanto a su titularidad, pues tampoco se sabe, hasta la consumación, quién ha de ser el titular definitivo. Y si ello no obstante, se admite la eficacia definitiva de la renuncia de quien sólo es un titular probable o posible, ello es sólo en virtud de una disposición singular que por estimar alcanzada la finalidad que se persigue en ese supuesto concede a los hijos mayores de edad una facultad de disposición, aunque no puedan estimarse titulares del derecho definitiva e incondicionalmente, como no es raro que ocurra en el ordenamiento familiar».

Desde otro ángulo, Valtorra (487) ha opinado que el reservista no sucede personalmente (como en la herencia) al reservista, sino sólo materialmente, y por eso su renuncia no es repudiación, pues se refiere a derechos y bienes, ni tiene efectos traslativos, por lo cual puede afectar a los descendientes del renunciante, paralelamente a lo que ocurre en el caso de desheredación del hijo por el reservista, según se deduce de la referencia al artículo 857 que hace el § 3.º del artículo 973 del Código civil.

En cambio, antes y después de la Resolución de 30 de marzo de

---

(483) JOSÉ MORELL Y TERRY comenzó dudando (*Bienes reservables*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, pág. 334, ver *Estudios...* pág. 281): «Pudiera ser intencional—escribió el dar este derecho a los hijos y no a los descendientes, aunque parece rara esta distinción y porque no hay inconveniente en admitir que los hijos que tengan el derecho eventual al verificarse las segundas nupcias, lo renuncien, ya su renuncia lleve implícita la de sus respectivos descendientes, ya...». Pero luego (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. cit., arts. 191 a 199, págs. 392 y sigs.) se decidió por estimar que «la facultad de renunciar el hijo que tenga derecho a los bienes a ese derecho, se consigna expresamente y sin distinguos como causa de extinción de la obligación de reservar, en el artículo 970, y como la interpretación del artículo debe ser restrictiva para la reserva, estimamos que el hijo mayor de edad a quien corresponda actualmente o en cada momento, aunque de un modo condicional, el derecho de los bienes, puede, en cualquier tiempo renunciar eficazmente a ese derecho, y que renunciando el hijo único o todos los que en un momento determinado tengan derecho a la reserva, ésta se extingue».

(484) JENARO GIL SOCII: *Comentario a la Resolución de 30 de marzo de 1925*, en «Rev. Crít. Der. Inmob.», I, págs. 471 y sigs.

(485) TORRES MURCIANO: Loc. cit., págs. 279 y sigs.

(486) RUIZ ARTACHO: Loc. cit., págs. 434 y sigs.

(487) LUIS VALTORRA FERNÁNDEZ: *Estudio crítico de la desheredación: su relación con otras figuras jurídicas*, en «Información Jurídica», número 125 (1953), pág. 862.

1925, varios autores discreparon de este criterio. Con anterioridad Sánchez Román (488), Mucius Scaevola (489), Valverde Valverde (490) y De Buen (491), opinaron que «la renuncia de los hijos—transcribimos del primero—no es eficaz contra los descendientes que, en defecto de aquéllos, por su premoriencia al reservista, hubieran de ser los ulteriores y definitivos reservatarios»... «toda vez que el derecho a los bienes reservables con la obligación de reservarlos en el abuelo que contrajo segundas nupcias no lo adquieren de su padre premuerto e hijo de aquél, por ser sus herederos, sino que les corresponde como propio y directamente reconocido por la Ley a su favor en el concepto de descendientes, a falta de hijos».

Después, dicha Resolución fué criticada por Borrell i Soler (492) que objetó: «los nietos del reservista tienen derecho a la reserva en defecto de sus padres premuertos; y como... este derecho no les proviene por sucesión de éstos, sino por disposición y llamamiento directo de la ley, en el caso de que el derecho de su padre o madre no llegue o purificarse, por premorir al ascendiente *binubus*, resulta que el derecho del nieto es independiente del derecho y la voluntad del hijo... y, por lo tanto, la renuncia de éste no puede perjudicar el derecho de aquél cuando la ley se lo otorga por haberse desvanecido la esperanza de derecho que tuvo su padre o que habría tenido si hubiese sobrevivido al segundo matrimonio del abuelo o abuela». A su juicio: «Es sensible que la argumentación [*de dicha resolución*] no se presente más diáfana y concreta; que no especifique a qué casos se refiere; que no haga notar que en dichos casos concurre alguna de aquellas necesidades, situaciones o previsiones que justifiquen que se prescindiera de los principios generales e incluso particulares del derecho; y que no demuestre que las reservas se hallen en alguna de aquellas situaciones especiales o que existe alguna necesidad apremiante de cancelar la hipoteca legal por reserva o que la facultad de hacer esta cancelación responde a alguna previsión racional.» E insiste, planteando el paralelismo—que él pretende existe—entre la enajenación y la renuncia de los bienes fideicomitidos, concluyendo por afirmar que no atina a encontrar las razones de congruencia que la Dirección pudo tener para justificar la doctrina de la referida Resolución.

Marín Monroy (493) se coloca en una posición previa por la que califica repetidamente al artículo 970 del Código civil como «el mayor borrón de nuestro Código». Estima que no es posible renunciar a la reserva en el sistema actual y que el 970 es un olvido

(488) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Cursos...*, vol. VI-III, núm. 28, pág. 1916.

(489) MUCIUS SCAEVOLA: Op. cit., vol. XVII, art. 970, C, págs. 274 y siguientes.

(490) CALIXTO VALVERDE VALVERDE: Op. y vol. cit., pág. 482.

(491) DE BUEN: *Reserva de bienes*, en «Enciclopedia Jurídica Española», vol. XXVII, B, VII, pág. 347.

(492) ANTONI M.<sup>a</sup> BORRELL: *Miscel-lanea...*, loc. cit., págs. 314 y sigs.

(493) MARÍN MONROY: Loc. últ. cit., págs. 764 y sigs. y 823 y sigs.

del legislador, «resto de la vieja construcción de la reserva supe-  
rada en el Código». Por ello se resiste a ver en él una disposición  
excepcional, dada con conocimiento de causa para el caso especia-  
lísimo de la reserva y dentro de ella de la ordinaria. Pero de esa  
tesis de este ilustre compañero nos ocuparemos después.

De Diego (494) opinó que «si el renunciante tuviera hijos, a  
estos descendientes no les afecta la renuncia, pues bien que conti-  
nuadores de la personalidad jurídica de los padres, como herederos  
suyos, al fin estos descendientes tienen derecho a la reserva direc-  
tamente por la ley, en defecto de sus padres». Castán (495) califica  
al respecto de «muy atendible» esa alegación «de que los descen-  
dientes tienen derecho a la reserva en defecto de los padres por mi-  
nisterio de la ley». Según Bonet Ramón (496) para «que se extinga  
totalmente la reserva, habrán de renunciar todos los que tengan  
derecho a ella». Roca Sastre (497) observa que «mientras pende la  
reserva, no se sabe de una manera absoluta si son todos los re-  
servatarios los renunciantes, y esto plantea el problema magno del  
fideicomiso: si la renuncia hecha por los reservatarios existentes  
en el momento de la renuncia afecta a los descendientes u otros  
parientes que se puedan colocar en su lugar». A su juicio: «Claro  
es que el descendiente que sea heredero del renunciante debiera  
respetar la renuncia hecha por su causante, pero ¿y si no es here-  
dero? Nosotros creemos, en contra del criterio de aquella Resolu-  
ción del 30 de marzo de 1925, que no quedan afectados los descen-  
dientes». «Con todo—termina por reconocer—debería arbitrarse un  
medio de representación que actuara en nombre de los posibles  
futuros reservatarios, a fin de facilitar las transacciones y eliminar  
gravámenes que impliquen peligros posibles o remotos y que pue-  
dan impedir una negociación necesaria o conveniente».

Creemos que, al emitir su opinión, los autores que niegan la  
ineficacia, respecto a los nietos, de la renuncia de los hijos olvi-  
dan algunos datos fundamentales para resolver la cuestión:

1.º Cuál era la posición del Derecho vigente al promulgarse el  
Código civil y en el que éste debió basarse. Antes hemos visto  
que era admitida con efectos definitivos la remisión expresa o tá-  
cita de la reserva otorgada por todos los hijos, así como también  
de qué forma en el período de la codificación se fué imponiendo  
el criterio de Molina, Baeza, Antonio Pérez y Sarmiento, contrario  
al valor abdicante del consentimiento de los hijos a las segundas  
nupcias. Por eso hay que entender que el Código en el artículo 970  
se limita a recoger parcialmente el primero y el sexto de los seis

(494) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 392.

(495) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, vol. cit., pág. 475.

(496) FRANCISCO BONET RAMÓN: *Derecho civil común y foral*, vol. cit.,

CVII, pág. 500.

(497) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., IX, II, págs. 324  
y sigs.

casos referidos por Castillo Sotomayor y repetidos por Febrero, con eliminación de los demás, conforme aquella interpretación restrictiva. Es decir, aceptando que si todos los hijos, siendo mayores de edad, al contraer sus nuevas bodas el bínubo le remitieran expresamente su sujeción a la reserva o renunciaran expresamente a sus derechos o si después lo hicieren también expresamente, éste queda liberado de las limitaciones y sujeción a la reserva.

2.º Que la limitación sufrida por el reservista no tiene unos beneficiarios individualmente favorecidos, sino que el interés protegido por la reserva corresponde a un conjunto o entidad familiar que no se identifica al de la suma de cada uno de sus componentes, como lo prueba el artículo 972 del C. c. al facultar al reservista para mejorar a los descendientes del primer matrimonio. Y que, consiguientemente, no puede decirse que frente a esa sujeción deban necesariamente nacer, al morir el reservista, unos derechos individuales a los bienes que la ley atribuya directamente y de modo imperativo, de tal forma que no quepa más que la renuncia individual de cada uno de los asignatarios. Sino que, con tal criterio de protección familiar global, es perfectamente compatible que todos los hijos como representante del interés colectivo puedan liberar al reservista de su sujeción.

Tanto el primer argumento, en especial si es relacionado con el apartado último de la Base 18 de la Ley de 11 de mayo de 1888 (498), como el segundo, fundado en el sentido familiar que inspira la reserva más que la protección individual y subjetiva de los posibles reservatarios, nos parecen lo suficientemente convincentes para rechazar aquella interpretación individualista y *ius* subjetivista de la renuncia a la reserva. A juicio nuestro, si todos los hijos, siendo mayores de edad y plenamente capaces, renunciasen expresamente a la reserva—entendiendo por tal la sujeción *inter vivos* y *mortis causa* del bínubo—esa renuncia liberará definitivamente al reservista de toda limitación y, por lo tanto, aunque alguno de los renunciantes le premuera y deje hijos, estos nietos del reservista no podrán hacer valer la reserva.

La renuncia a la reserva plantea además un problema de capacidad de los renunciantes y otro de forma de la renuncia:

I) La capacidad es aludida en el artículo 970 al hablar de los hijos «mayores de edad»; es diferentes de la requerida por la doctrina anterior al Código que sólo exigía la pubertad. Pero, por lo demás, no deja de suscitar algunas cuestiones interpretativas a la capacidad de los renunciantes.

Según Manresa (499) lo que el artículo en realidad exige es la

---

(498) «Respecto de las reservas..., se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia».

(499) MANRESA: Op. cit., vol. VII, arts. 968 a 980, III, 3.ª a, pág. 304.

capacidad de obrar de los renunciantes, y a juicio de Sánchez Román (500) se requiere «que tengan capacidad para contratar y obligarse, o, lo que es lo mismo, que puedan prestar consentimiento, conforme al artículo 1.263».

Sin embargo cabe mantener otra posición, interesante en los supuestos de ser los reservatarios menores, por los que quiera renunciar su tutor, o un defensor judicial, y de ser aquéllos emancipados. Recordemos que según el P. Sánchez el tutor no podía suplir el consentimiento de los impúberes. Mucius Scaevola (501), después de contraponer los artículos 279 y 275 del C. c. y de estimar que el primero es especial y el segundo general para los derechos y cosas no comprendidas en aquél, ha afirmado que el Código presta «un positivo servicio declarando que la renuncia de la reserva sólo podrá hacerse por los mayores de edad». Y al ocuparse de los emancipados, después de deducir del artículo 317 del C. c. que se les reconoce facultad de renunciar los derechos que puedan corresponderle, pregunta: «¿Por qué en el artículo 970 se desconoce esta facultad en cuanto al derecho de reservar?»; para responder que el texto no admite dudas, «debiendo tenerse por temeraria toda cuestión sobre la posibilidad de aplicar el 970 a los menores de edad autorizados para regir su persona y bienes». A su juicio: «La importancia de la reserva, el carácter público de la obligación de reservar y, más especialmente, el temor al influjo que el padre superviviente puede ejercer sobre sus hijos menores, son motivos que han podido decidir al legislador a la limitación establecida.»

Nos inclina a seguir este criterio más restringido: la especial trascendencia de esta renuncia, que no sólo alcanza al denunciante, sino incluso a los descendientes del renunciante.

No vemos inconveniente en que la renuncia se haga sucesivamente, es decir, que los hijos renuncien a medida que vayan al canzando la mayoría, así como los nietos hijos de algún hijo que hubiese fallecido sin haber renunciado.

II) La forma en que debe hacerse la renuncia—que el artículo 970, corrector del Derecho anterior a su vigencia, exige se haga *expresamente*—plantea a Sánchez Román (502) la duda de si deberá constar en documento público o en escritura pública. Su contestación es afirmativa, conforme al número 4 del artículo 1.280 del C. c., pero aplica la corrección del 1.279, «que no niega la eficacia a cualquier otra forma, mediante la cual las partes contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma, desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez, que, en este caso de renuncia del derecho a los bienes reservables, uno de ellos será la de que

(500) SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., vol. VI-III, núm. 28, 1.º, pág. 1916.

(501) SCAEVOLA: Op. cit., vol. XVII, arts. 970 a 971, d. a, págs. 244 y sigs.

(502) SÁNCHEZ ROMÁN: Loc. cit., pág. 1917.



se haga expresamente». El mismo criterio suscribió Scaevola (503).

En cambio, Roca Sastre (504) cree posible la renuncia tácita, verbigracia, cuando los reservatarios consientan que el reservista venda como libres bienes comprendidos en la reserva. Pero creemos que en este caso no hay renuncia a la reserva, pues el reservista deberá reservar—según vimos antes—el valor del bien enajenado como libre si a ello no renunciaron expresamente todos los hijos (505).

Queda por tratar los efectos de la renuncia de alguno o algunos, pero no de todos los hijos. Es evidente que en ese caso el binubo no quedará liberado de su sujeción a la reserva, aunque ni el hijo renunciante ni sus descendientes tendrán acción para pedir su cumplimiento. Por otra parte, si los demás hijos, o los nietos hijos de algún hijo que hubiese premuerto sin renunciar, fueran renunciando posteriormente, se completaría la renuncia total, con plena eficacia liberatoria, como si la hubiesen prestado simultáneamente. También es evidente que si al fallecer el reservista sólo sobrevivieren el hijo o hijos renunciantes y hubieren premuerto los demás hijos sin dejar descendientes no renunciantes, la reserva—como observaron Scaevola (506) y De Buen (507)—se habrá extinguido por el efecto conjunto y recíprocamente complementario de los artículos 970 y 971 del C. c.

Pero en el supuesto de renunciar tan sólo algunos de los hijos, se observa en varios autores la confusión entre la liberación al reservista de la limitación que la reserva le impone y la renuncia a heredar los bienes reservables—que luego examinaremos si cabe o no—. Es claro—como hemos dicho—que la renuncia por sólo algún hijo no extingue la reserva—como dijeron Sánchez Román (508) y De Diego (509)—, es decir, no libera al reservista de su sujeción; pero, en cambio, estimamos incorrectamente planteada la alternativa de si la porción del renunciante acrece a los demás—como entendieron Manresa (510), Scaevola (511), Morell (512), Valverde (513), y con ciertas dudas De Buen (514)—

(503) SCAEVOLA: Loc. últ. cit., b, págs. 245 y sigs.

(504) ROCA SASTRE: *Estudios...*, loc. últ. cit., pág. 324, nota 21.

(505) No puede llamarse renuncia tácita a la referida en el apartado segundo del artículo 970 del C. c., pues lo que éste admite es la dispensa de la reserva por el hijo transmitente, no la renuncia de los presuntos reservatarios.

(506) SCAEVOLA: Loc. últ. cit., C, pág. 248.

(507) DE BUEN: Loc. últ. cit., pág. 347.

(508) SÁNCHEZ ROMÁN: Loc. últ. cit., pág. 1916.

(509) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 392.

(510) MANRESA: Loc. últ. cit., c), pág. 305.

(511) SCAEVOLA: Loc. últ. cit., c), pág. 248.

(512) MORELL: *Legislación hipotecaria*, vol. cit., pág. 393.

(513) CALIXTO VALVERDE: *Op. y vol. cit.*, loc. últ. cit., pág. 483.

(514) DE BUEN: Loc. últ. cit., pág. 347.

o no decrece—según prefiere decir Roca Sastre (515)—, o bien queda de libre disposición del hñubo.

Decimos que el dilema está mal planteado, porque no es a los bienes ni el derecho a heredarlos a lo que se renuncia, sino a exigir la efectividad de la reserva. Es cierto que el beneficio de la reserva no corresponde a cada uno de los hijos por tracciones o cuotas, sino globalmente a la entidad hijos y descendientes. Pero la renuncia de la reserva no es sino *la remisión de la sujeción del reservista, es decir, la renuncia a exigírsela o a reclamar a su muerte contra aquéllos los actos del mismo que la hubieren contravenido*. No se trata, pues, de renunciar a adquirir los bienes reservables, sino sólo de la renuncia a exigir que las disposiciones del reservista se atengan a los límites de la reserva.

El reservista cumplirá la reserva, de la que no haya sido liberado por todos los hijos, si dispone de los bienes precisamente a favor de los que le liberaron de la reserva—mejorándoles conforme al art. 972—o bien de todos los hijos por partes iguales, sin distinción entre los que renunciaron a reclamarlos y los que no hicieron tal renuncia, pues haciéndolo cumple lo que la ley le exigió. Lo que los hijos renunciantes no podrán, y sí en cambio los otros, es reclamar contra las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* hechas por el reservista en contravención de su obligación de reservar, es decir, a favor de las personas situadas fuera del ámbito de la reserva.

Lo que, en fin, no nos parece dudoso que será posible—según han entendido Scaevola (516), De Buen (517), y Roca Sastre (518)—es renunciar a la reserva respecto algunos bienes determinados sin renunciarla respecto los demás. Pero no por las razones aducidas por Scaevola, sino porque al referirse la renuncia de la reserva a la remisión de una sujeción respecto bienes o valores, no vemos inconveniente en que se realice respecto a parte de ellos, pues quien puede lo más puede lo menos. Sin que ello roce a precepto alguno prohibitivo, pues no es de aplicar el artículo 990—por no renunciarse herencia alguna, ni futura ni presente—ni el artículo 816 del C. c., como luego veremos.

γ) *Renuncia a la reserva lineal del 811.*

La Dirección General de los Registros y el Notariado, en su Resolución de 19 de febrero de 1920, se enfrentó con un supues-

(515) ROCA SASTRE: *Estudios...*, loc. últ. cit., pág. 325.

(506) SCAEVOLA: Loc. últ. cit., pág. 246. A su juicio, la reserva «procede de una herencia en la que se dedujeron oportunamente las responsabilidades, tratándose sólo de un haber, de un activo, de un capital, al que se puede lícitamente renunciar en todo o en parte por no haber perjuicio para tercero», a diferencia de lo que ocurre en el supuesto regulado en el artículo 990 del C. c. que prohíbe la aceptación parcial de la herencia, debido a que «siendo la herencia un conjunto de derechos y obligaciones no admite la Ley la divisibilidad de éstas».

(517) DE BUEN: Loc. últ. cit., pág. 347.

(518) ROCA SASTRE: Loc. últ. cit., pág. 325.

to de renuncia a la reserva lineal referida exclusivamente a un bien determinado que la reservista permutó con terceras personas y respecto al cual la reserva se hallaba constatada en el Registro. En el recurso y en la resolución se confundieron las cuestiones —muy distintas a nuestro parecer— de la renuncia a la protección de la reserva y consiguiente remisión del reservista y la relativa a la disposición de los derechos actuales o futuros de los reservatarios, como se patentiza en los considerandos tercero, cuarto y quinto (519). Y, finalmente, el último considerando añade «que aunque el supuesto establecido en los anteriores considerandos fuese equivocado y en la cláusula discutida se renunciara sólo al derecho que particularmente pudiera corresponder en su día a ... [los Sres. B.], la oscuridad con que aparece redactada la escritura es un motivo suficiente para resolver que no se halla extendida con arreglo a las prescripciones legales».

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de abril de 1956, examinó—según precisa su primer considerando—el alcance de la renuncia previa realizada por los hijos de la reservista a la cual sobrevivieron, y planteó que «según se considere, respectivamente, que la renuncia quedó purificada de la condición suspensiva a que estaba sujeta, en el momento del fallecimiento de la reservista, o

(519) Dicen así: «Considerando que, aun hecha en esta forma por Tribunal competente la adjudicación del llamado derecho real siempre quedaría sujeta la enajenación del mismo a las contingencias que el segundo matrimonio o la sobrevivencia del ascendiente, la mejora de un hijo o nieto, la desheredación o la incapacidad, los derechos de los acreedores del patrimonio reservable, etc., provocasen en el Registro, bajo la forma de condiciones resolutorias impropias, y aun a las probables rescisiones motivadas por el precio vil fijado en las operaciones particionales a estos oscuros derechos, y a estas participaciones eventuales que sólo pueden entrar en la circulación económica por una exagerada asimilación de la reserva perfecta y de la reserva consumada.»

«Considerando que los anteriores razonamientos no van contra el criterio expuesto en la Resolución de 27 de octubre de 1917, porque esta decisión, motivada por una sentencia del Tribunal Supremo, aparte de contener pronunciamientos de un carácter extraordinariamente limitado al caso discutido, partía del hecho de existir en el Registro de la Propiedad varias inscripciones relativas a la fijación de bienes reservables correspondientes a un hijo único que habían creado una situación hipotecaria de apariencias definitivas a favor del reservatario y originado la sentencia cuyo cumplimiento se discutía.»

«Considerando que, lejos de ajustarse a las naturales consecuencias del artículo 20 de la ley Hipotecaria y de afianzar como de una fundamental base de la previa inscripción de un derecho adquirido actualmente por el transmitente, en la escritura autorizada por el Notario recurrente con fecha 11 de abril de 1919, los presuntos reservatarios renuncian «a los derechos que pudieran tener» sobre una de las fincas, y si bien añaden a continuación que se obligan solidariamente a que mediante la renuncia se tenga, con relación a esta finca, por extinguido el derecho de reserva, tal estipulación no pretende limitar los respectivos derechos al campo de las obligaciones, sino que se hace con fuerza real, es decir, hipotecariamente eficaz, como lo demuestra la frase intercalada a renglón seguido "y, por tanto, tal fin se considera desde esta fecha como de la propiedad exclusiva de doña María del Carmen Sabater".»

que este hecho no hizo nacer el derecho perfecto a la reserva a favor de los reservatarios del grado posterior, en el que se encuentra el demandante, habrá que concluir la desestimación o la estimación de la acción entablada en esta litis».

Según razonó en su segundo considerando, rige, en la reserva del 811, el principio de proximidad de grado, «que sujeta a una nueva condición a los reservatarios de grado más remoto, la de que no sobrevivan o repudien legalmente la reserva los de grado más próximo». A seguido de esta premisa mayor, expresa el tercer considerando la menor: «En el caso actual, *pendente conditione*, los hijos de la reservista, como reservatarios preferentes de segundo grado, hermanos del causante de la reserva, hubieron de aceptarla para poder renunciarla, como así lo hicieron..., a favor de su madre, en compensación de la renuncia que ésta hizo a su favor de los parafernales y gananciales que la correspondían, por lo que al sobrevivirla, *existente conditione*, quedó purificada la renuncia el día del fallecimiento de la reservista y, consiguientemente, en el mismo momento, la venta hecha a favor del demandado...» De ambas premisas, el cuarto considerando saca esta conclusión: «Por tanto, respecto de los reservatarios de tercer grado, entre los que se encuentra el actor y recurrente, como hijo de uno de los reservatarios renunciantes sometido a una doble condición suspensiva, se ha incumplido la segunda—premorienza o repudiación de los reservatarios de segundo grado—por lo que *deficiente conditione*, se ha extinguido su expectativa a la reserva y están privados de todo derecho y acción para hacerla efectiva.»

El fallo de esta sentencia nos parece evidentemente justo, pero sus considerandos no nos convencen. Su examen sugiere las siguientes observaciones:

1.ª) Parece deducirse del tercer considerando que el Tribunal Supremo apreció que hubo aceptación de la reserva e inmediata renuncia por parte de los reservatarios de segundo grado, por haber sido otorgada ésta en compensación a la que, a su vez, la madre de los renunciantes hizo de sus gananciales y parafernales. Relacionada esta apreciación y lo afirmado en los considerandos anterior y siguiente, parece que el criterio de la sentencia se fundaba en distinguir, de una parte, la repudiación de la reserva por los reservatarios de segundo grado, que podría dar lugar a que la reserva beneficiara a los reservatarios de tercer grado, y de otra, la aceptación y sucesiva renuncia, que extinguiría la reserva si los aceptantes-renunciantes de segundo grado sobrevivieran al reservista. La distinción nos parece tan artificiosa como toda distinción que, ante dos supuestos de hecho iniciales iguales y dos resultados finales queridos totalmente idénticos, quiera distinguir según los caminos mentales (cuando no haya motivaciones que coloreen de ilícito el fin) o formales (cuando no se trate de actos esencialmente formales) empleados. Y la

creemos tan arbitraria como si hubiese declarado que según fuese la renuncia onerosa o gratuita sería aplicable una u otra solución.

2.º) También nos parece que, en el hilo del razonamiento de los considerandos comentados, esa distinción se basaba en el doble prejuicio de que la reserva puede ser condicionalmente aceptada y condicionalmente transmitida por los reservatarios en vida del reservista, y de que la renuncia de los reservistas de grado preferente hace que ocupen su lugar preeminente los del siguiente grado. Vamos a negar después ambas presuposiciones, pero, de momento, nos contentamos con destacar la contradicción que, medida con una valoración finalista, supondría que se admitiera que los reservatarios de grado más próximos pudieran excluir el derecho de los más remotos si transmitirán la reserva pendiente a un extraño ajeno a la línea y, en cambio, no pudieran remitir al reservista de su sujeción. Es igualmente lo absurdo que sería aceptar que los reservatarios pudieran liberar al reservista transfiriéndole a título de venta o permuta su derecho expectante, cuando aún no hubiera nacido, y, en cambio, no pudiesen liberarle de su sujeción para el caso de que los remitentes fueran los únicos—por su preferencia respecto de los demás parientes de la línea y grado—que al fallecer el reservista pudieran reclamar el cumplimiento de la reserva.

3.º) Finalmente, creemos observar que dichos considerandos centran el objeto de la renuncia de los reservatarios en los derechos aún pendientes de nacer, que pudieren corresponderles, y a los que quieren asignarles con el calificativo de condicionales un valor actual; en lugar de centrarlo en lo único que es verdaderamente actual—como hemos visto—, es decir, la sujeción del reservista. En la situación de reserva la sujeción del reservista nace antes que el derecho a los bienes de los reservatarios, que sólo es un resultado futuro, aunque previamente previsto y protegido con dicha sujeción anticipada. Late, pues, en el razonamiento de la sentencia, la confusión entre la renuncia a exigir la sujeción del reservista y la renuncia anticipada a adquirir los bienes objeto de la reserva.

En realidad, los puntos cruciales a resolver al tratar de la renuncia a la reserva lineal se concretan en dos: el de su posibilidad y el tema de determinar el efecto liberatorio de la renuncia de los reservatarios preferentes.

I) La posibilidad de su renuncia a la reserva del 811, admitida casi unánimemente por la doctrina (520), fué discutida por el

---

(520) Así MANRESA: Op. cit., vol. VI, art. 811 IV, B, 4.º, pág. 314; SCAEVOLA: Op. cit., vol. XIV, art. 811, g, c, b, pág. 358; SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., vol. VI-II, núm. 161, c, 2.º, págs. 1040 y sigs.; MORELL: *Legislación hipotecaria*, vol. cit., págs. 496 y sigs.; VALVERDE VALVERDE: Op. y vol. cit., pág. 236; DE BUEN: *Enciclopedia jurídica...*, vol. cit., pág. 354; DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 203; CASTÁN: *Derecho civil...*, vol. cit., pág. 257; ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., págs. 324 y sigs.

Registrador Laureano Morejón (521): «Sospechamos—escribió—que el artículo 816 es la reglamentación o desarrollo que los comentaristas echaban de menos en el Código para culpar al legislador de sus vacilaciones y errores al interpretar el artículo 811.» A su juicio, el 811 implica una legítima futura y está colocado, como el 816, en la misma sección entre los preceptos que el Código dedica a los derechos legitimarios. Por ello pregunta, presuponiendo que la respuesta ha de ser afirmativa: «¿No es lógico suponer que dos artículos nuevos en el Código y que se refieren a las legítimas deben guardar alguna relación? ¿Es de creer que el artículo 816 se copiara del proyecto de 1851 para ponerlo en contradicción con los artículos 990, 991, 1.271 y otros?» Según dice Fuenmayor (522), esa opinión de Morejón, «por lo demás original, constituye voz aislada en el concierto de los autores que han estudiado la naturaleza de la reserva lineal, y debe ser rechazada». La primera pregunta de Morejón, de la que depende la referencia de la segunda al 811, parte de considerar que este artículo crea una nueva legítima cuando en realidad establece una limitación a la legítima de los ascendientes; la segunda confunde la renuncia a la reserva y la renuncia a heredar, en su caso, las cosas a que la reserva se refiere.

II) El tema de si tiene o no pleno efecto liberatorio la renuncia de los reservatarios preferentes se descompone en dos, relativas a la aplicación analógica del artículo 970 al 811.

Uno, referente a si la renuncia de los reservatarios que en el momento de otorgarla sean de grado preferente, afectará a quienes al fallecer el reservista aparezcan en primera fila, sea por haber nacido después o por prelación de los renunciantes. Otro, referente a si en el supuesto de que los renunciantes, o alguno de ellos, sigan siendo preferentes a los demás parientes comprendidos en el tercer grado y en la línea en cuestión, su renuncia liberará al reservista o, contrariamente, permitirá que ocupen su lugar, como reservatarios, los demás parientes de la línea de grado menos preferente, comprendido el tercero.

II-1) Trataremos primero de este segundo problema. A él se refirió la comentada Sentencia de 17 de abril de 1956. En cierto modo su solución depende de la que se dé a la cuestión de la preferencia entre los reservatarios. Sin juzgarla ahora, partiremos de que concurren, dentro del tercer grado y línea de procedencia, hermanos de vínculo sencillo del descendiente y tíos de éste. Supongamos que todos los hermanos renunciaron a la reserva y que todos sobrevivieron al reservista, ¿podrán los tíos reclamar el cumplimiento de la reserva? Creemos que no, si partimos de que entre los reservatarios unos son preferentes y excluyen a los otros,

(521) LAUREANO MOREJÓN: *El artículo 816 del Código civil*, en «Rev. Crít. Der. Inmob.», XVI (mayo 1943), págs. 324 y sigs.

(522) AMD EO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: *Intangibilidad de la legítima*, en AN. DER. CIV., I-I (enero-marzo 1948), pág. 77.

cosa que más adelante trataremos detenidamente. Si al fallecer el reservista sólo pueden reclamar que se cumpla la reserva aquellos que se hallen en posición preferente, habrá que concluir que su renuncia a exigirla, o sea la remisión al reservista de su sucesión, liberará a éste si a su muerte no son otros los parientes que se hallen en situación preferente. La renuncia o remisión otorgada al reservista por los reservatarios preferentes debe entenderse *como liberatoria de aquel a quien va dirigida, no como transmisiva de la posición preferente a otros parientes a quienes no se refiere el acto de la renuncia*—a no ser que expresamente se le atribuya este último sentido, que no hay base para presumir—.

II-2) El otro problema tiene diverso alcance. Partamos del mismo supuesto anterior. Los hermanos de vínculo sencillo del descendiente, pertenecientes a la línea del 811, después de renunciar a la reserva premurieron al reservista, y, al morir éste, quedaron como parientes de la línea más próximos los hijos de aquéllos, o bien unos tíos del descendiente (prescindamos ahora del supuesto de que queden a la vez unos y otros). ¿Afectará a los tíos la renuncia de los hermanos del descendiente? ¿Afectará a los hijos de éstos, si premuertos sus padres renunciantes son ellos los preferentemente situados a tenor del artículo 811?

Nos hallamos ante el tema concreto de trasladar a la hipótesis del 811 la principal discusión sostenida al interpretar el artículo 970. Como es natural, a los autores que interpretan éste en el sentido que la renuncia de los hijos premurientes no perjudica a los nietos supérstites, no les plantea ninguna nueva cuestión al tenor del 811, y entienden, por tanto, que la renuncia de unos reservatarios no puede perjudicar al derecho que correspondiere a los otros (523). Pero el problema es distinto para quienes hemos admitido que en el 970 la renuncia de todos los hijos afecta a los nietos, aunque sean hijos de un hijo renunciante que haya premuerto al bñubo.

La Resolución de 19 de febrero de 1920, en su primer considerando, estimó dudosa la aplicación al 811 de las normas de la clásica a efectos de la renuncia, y la Resolución de 20 de marzo de 1925, también en su primer considerando, declaró «que por los notables precedentes que tiene en el derecho patrio la reserva de bienes impuesta al viudo o viuda que pase a segundo o ulterior matri-

---

(523) Así MANRESA (Loc. últ. cit.) dice que «antes de la muerte del ascendiente se ignora qué parientes llegarán a ser los que adquieran en su día los bienes, y como a todos ellos corresponde la posibilidad de adquirir, se sigue que la renuncia aun hecha por todos los parientes dentro del tercer grado, que existan en determinada época, puede no ser eficaz al efecto de extinguir la reserva, porque si después nacen otros y son éstos los acreedores a los bienes a la muerte del ascendiente, no les puede perjudicar la renuncia que hicieron los que se llevaron al sepulcro su esperanza». En parecido sentido se expresan SÁNCHEZ ROMÁN, MORELL, DE BUEN y ROCA SASTRE (locs. últ. cit.).

monio, como por la reglamentación minuciosamente desenvuelta en los artículos 968 y siguientes del Código civil, las cuestiones planteadas con motivo de la aplicación de aquéllas deben ser resueltas con entera independencia del artículo 811 del mismo Cuerpo legal». Al comentarla, Jenaro Gil Socii (524), partiendo además del carácter especial del artículo 970, entendió que si el supuesto que originó esta resolución hubiese correspondido a la reserva del 811, sería indudable «que, no existiendo un precepto análogo, ninguna eficacia puede tener la renuncia que cualquiera de los parientes en el tercer grado hiciera en vida del reservista, ni aun puede hablarse de la renuncia de un derecho que no lo es tal, que al menos, en su aspecto real es sólo una expectativa, si no es por una concesión especial de la ley» (525). De igual modo opinó al contestar a una consulta la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (526).

Sin embargo, no nos convencen totalmente estas razones. Creemos necesario distinguir. Antes hemos sostenido (527) que si al fallecer el reservista deja descendencia íntegramente común al otro ascendiente, aunque de éste queden otros descendientes, la reserva no tiene lugar; pero creemos que, aun en caso de que no se acepte así, si todos los hijos comunes siendo mayores de edad renunciaran a la reserva, ésta se extinguiría, aunque alguno de los hijos comunes renunciante premuriese al reservista dejando descendencia. En ese supuesto vemos una total identidad posicional y de *ratio* con respecto al caso regulado en el artículo 970, por lo cual la doctrina aplicada debe ser idéntica, ya que no existe motivo alguno para dar trato diferente a uno y otro caso. E igualmente creemos que si, no habiendo descendientes comunes, hubieran renunciado a la reserva todos los medio hermanos del descendiente, hijos del otro ascendiente e hijastros del reservista, su renuncia deberá afectar a los hijos de esos medio hermanos, pues

(524) GIL SOCII: Loc. cit., pág. 472.

(526) También RUIZ ARTACHO (loc. cit., pág. 435) dice que siguiendo el criterio de la Resoluciones de 19 de febrero de 1920 y 30 de marzo de 1925, el 970 «constituye una excepción, que sólo es admisible, por tanto, en la reserva ordinaria, y en el supuesto citado actuar los hijos renunciante, por verdadero privilegio legal, a modo de representantes de todas las ramas y líneas descendientes».

(526) «Rev. Graf. de Leg. y Jur.», 155 (2.º semestre 1929), págs. 199 y sigs.: «La renuncia de que nos habla el consultante extingue el derecho de los renunciante a esa reserva [hermanos del descendiente], pero pueden existir otras personas con derecho a ella, como son los abuelos y tíos paternos y sobrinos carnales de doña R. ... [la descendiente], cuya falta no consta, y, además, pueden nacer antes de la muerte de la reservista otros parientes, muy fácilmente sobrinos carnales que en el momento de morir doña D. ... [la reservista] tengan derecho a los bienes». «Hay que hacer presente que aunque estos sobrinos sean hijos de los renunciante, tal renuncia no les priva de su derecho a la reserva.»

(527) Ver I, § 5.º, b, núm. 34, págs. 124 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 749 y sigs.



la analogía posicional de este supuesto con el anterior nos parece suficiente y su *ratio* respectiva no se nos asemeja distinta.

Incluso nos parece admisible, aunque disonante, entender que la renuncia de un abuelo del descendiente pueda afectar a los hijos de dicho abuelo, tíos del descendiente, si éstos sobreviven y aquél premurió al reservista.

En cambio, no vemos base alguna para aplicar analógicamente a otros supuestos el 970; así v. gr., parece evidente que la renuncia de los hermanos del descendiente no podrá afectar a los tíos ni a los abuelos, si aquellos renunciantes premurieren al reservista.

c) *La renuncia a adquirir, en su día, al fallecer el reservista, los bienes reservables.*

Hemos visto antes que esta renuncia ha sido confundida con la anterior.

Por este motivo, la Sentencia de 1 de abril de 1914, en su tercer considerando, admitió la posibilidad de enajenar condicionalmente los bienes reservables, basándola en la admisión de la renuncia a la reserva contenida en el artículo 970 C. c. Su error radicó en estimar como derecho actual a los bienes de naturaleza real, aunque inseguro, incierto o condicionado, el reverso de la sujeción del reservista; y en centrar la renuncia sobre ese supuesto derecho real—que creemos inexistente—y no en la liberación al reservista de su sujeción.

Paradójicamente, partiendo de un concepto dogmático totalmente distinto de la reserva, Marín Monroy (528), el más encarnizado crítico del artículo 970, incurrió en igual confusión entre renunciar a la reserva y renunciar a los bienes. Para la Sentencia de 1 de abril de 1914 la reserva no es legítima futura, pero su renuncia equivale a renunciar a los bienes reservables; para Marín Monroy la reserva es una legítima futura y renunciar a ella es renunciar a heredar los bienes reservables.

Al comentar el que llama «mayor borrón de nuestro Código», compara Marín Monroy (529) el artículo 703 del Proyecto de 1851 al vigente 970, y destaca que aquél habla de renunciar a ella [«la reserva»] y el 970 de renunciar a él [«el derecho a los bienes»]. De ello deduce que: «En el proyecto se trata, y claramente se deduce de su lectura, de la renuncia a sus derechos por la obligación de reservar de los padres. Creo que no es lo mismo que la de la reserva y que puede distinguirse una de otra renuncia; pero aun entendiendo que el proyecto se refería a la renuncia de la reserva, aunque no fuese en tal caso muy precisa su redacción, nada tendríamos que objetar, pues el hijo mayor de edad y capaz podía renunciar válidamente un derecho adquirido y la reserva implicaba

(528) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...* en «Rev. Crít. Der. Inmob.», VI, págs. 764 y sigs. y 823 y sigs.

(529) MARÍN MONROY: Págs. 764 y sigs.

en la doctrina antigua una adquisición de la nuda propiedad, inmediata consecuencia de la celebración del nuevo matrimonio. Si hubiera conservado siquiera tal redacción el Código vigente, podría salvarse el precepto de su artículo 970, conciliándolo con la nueva doctrina y entendiendo que la renuncia en él aludida era sólo de los derechos concedidos legalmente al reservatario en garantía de su derecho futuro, pero expresamente altera el precepto para que la renuncia que autoriza sea del derecho del reservatario a los bienes. Algo inconciliable con la nueva doctrina de la no adquisición del derecho hasta la muerte del reservista, e inconciliable también con la doctrina general de la renuncia de derechos, admitiendo, en daño evidente de terceros, renuncia de derechos no adquiridos.»

A su juicio, es inadmisibile la renuncia a un derecho futuro y más si puede ser en perjuicio de otros reservatarios (530), que implicaría la renuncia a sucesión y legítima futuros (531). Por eso concluyó (532) que es más lógico ver en el artículo 970 «un residuo conservado mecánicamente por copia de proyectos anteriores, en una obra precipitada como es el Código, que ver en él la expresión madurada y reflexiva de una excepción a las condiciones de renunciabilidad de un derecho, a la renuncia en daño de terceros y efectos para éstos, a la prohibición de renunciar herencias futuras y la misma legítima futura».

Creemos que Marín Monroy, al emitir su criterio, incidió en varias inexactitudes. Así: 1.º En el régimen anterior al Código, según vimos (533), el derecho de los reservatarios no era la nuda propiedad de los bienes reservables, ni el reservista tenía sólo su usufructo; y renunciar a la reserva, como acabamos de ver, equivalía a remitir al binubo de las limitaciones de la reserva, esto es renunciar a exigir en su día su cumplimiento. 2.º El actual artículo 970 no puede entenderse en el sentido de que la renuncia que regula se refiera a los bienes, sino que, por razón de sus antecedentes y para no caer en una interpretación *ad absurdum*, debe considerarse referida al derecho a exigir el cumplimiento de la reserva, es decir, la sujeción del reservista. El artículo 970 expresa desde el lado activo de la sujeción del reservista, de la que son beneficiarios un grupo familiar globalmente considerado, aquella misma remisión clásica de la limitación de la reserva. 3.º No se trata, pues, de renunciar a una futura sucesión, sino a exigir la vinculación de determinados bienes a la misma. Estos bienes no dejará necesariamente de heredarlos el reservatario por su renuncia, pues podrá recibirlos por herencia del reservista, a la cual no renuncia. Su renuncia se concreta a su derecho a exigir que los bienes sean dispuestos forzosamente dentro de los respectivos

---

(530) Pág. 824.

(531) Pág. 826.

(532) Págs. 832 y sigs.

(533) Ver II, § 2.º, núm. 7, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 678 y sigs.

ámbitos previstos en el artículo 811 o en los artículos 972 y 973 del Código civil.

Como antes hemos observado, Manresa, Scaevola, Morell, Valverdes y Roca Sastre (534) incurren también en la confusión entre renunciar a la reserva y renunciar a adquirir los bienes—que, según ellos, se opera a través de renunciar al derecho condicional dirigido a su adquisición—, cuando hablan de acrecimiento a los demás reservatarios no renunciantes en caso de renuncia de algunos.

Un ejemplo nos aclarará la diferencia. Supongamos un caso de reserva viudal: V tiene tres hijos de su primer matrimonio A, B y C; este último renunció expresamente a la reserva y no los otros dos. En esta hipótesis podrá ocurrir que V haya enajenado todos los bienes reservables o dispuesto de ellos a favor de extraños, o puede ocurrir que al fallecer los haya conservado y, en este caso, será posible que muera sin testar y sin dejar hijos del segundo matrimonio o que haya testado mejorando con los bienes reservables precisamente al hijo que renunció a la reserva. Pues bien: en el primer caso, sólo A y B podrán reclamar contra estas disposiciones que contravinieron la reserva; en el segundo, lo mismo que A y B, C heredará abintestato los bienes reservables, pues no renunció a ellos, sino únicamente a exigir que su padre o madre hubiese sido sujeta forzosamente a la reserva; y, en el tercer caso, valdrá la mejora hecha a C, pues al disponerla V no incumplió la obligación impuesta por el artículo 968 en relación con el 972, pues C no ha dejado de ser hijo común por el hecho de haber renunciado a reclamar contra las contravenciones de la reserva que su padre o madre hubieren podido cometer.

Parecidos ejemplos podemos ofrecer con referencia a las hipótesis del artículo 811. El reservatario que renunció a la reserva puede recibir del reservista a título de herencia o legado los bienes reservables, sin que por eso se incumpla la reserva, ni reciba el reservatario bienes a los que hubiese renunciado, pues su renuncia no fué a heredarlos sino a exigir, al reservista o a sus herederos, el cumplimiento forzoso de la reserva. Renunció a reivindicar los bienes reservables que hubiesen o hubieren sido vendidos por el reservista, a pedir la nulidad de las disposiciones *mortis causa* que éste hubiese hecho de dichos bienes, a reclamar los bienes reservables a los herederos abintestato del reservista. Pero no renunció a recibir esos bienes por herencia o legado si el reservista voluntariamente se los dejase, cumpliendo la reserva, a pesar de la renuncia del beneficiado a exigirla, pues contra tal disposición no podrán reclamar los demás reservatarios, puesto que los bienes habrán quedado para un pariente de la línea y del grado fijados en el artículo 811—que no renunció a recibirlos, sino a exigirlos—, con lo cual este precepto queda cumplido.

---

(534) Ver notas 510 a 515 y el texto correspondiente.

Precisamente lo que no cabe renunciar, porque al hacerlo se incidiría en la prohibición del artículo 991 C. c. es a heredar los bienes que eran reservables para el caso de que testamentariamente o abintestato correspondieren al presunto reservatario. El artículo 970 no es excepción del 991, sino regulación de algo distinto: la facultad de renunciar a exigir el cumplimiento forzoso de la reserva. El 816 no tiene que ver con el 970, sino que apoyó un criterio opuesto para otro supuesto distinto de limitación de la facultad de disponer *mortis causa*. No se puede renunciar en vida del causante a exigir en su día el cumplimiento de la legítima (artículo 816); en cambio, a exigir el cumplimiento de la obligación de reservar, se puede renunciar en vida del reservista (art. 970).

26. *Disponibilidad o indisponibilidad de la posición de los reservatarios.*

La Dirección General de los Registros se ocupó antes que el Tribunal Supremo de la posibilidad o no de que los reservatarios dispusieran por actos *inter vivos* de su posición respecto los bienes reservables. Se trata de una cuestión que, a pesar de haber consultado bastantes obras, no hemos visto planteada antes de la vigencia del Código civil.

Las Resoluciones de 28 de agosto de 1911 y de 6 de abril de 1912 declararon no inscribibles sendas escrituras en las que se hipotecaban bienes reservables. La segunda se remitió totalmente a los fundamentos de derecho que habían sido considerados en la primera. Y ésta centró la premisa mayor de sus razonamientos, contenida en su 2.º considerando, en el artículo 1.874 C. c.; *únicamente pueden ser hipotecados los bienes inmuebles y derechos reales con arreglo a las leyes...*, y en el 1.857 núm. 3.º, C. c., que exige que las personas que constituyan ese gravamen *tengan la libre disposición de sus bienes*. La premisa menor está subdividida en los cuatro siguientes considerandos, en los que respectivamente se niega que los reservatarios tengan en vida del reservista derecho de naturaleza real (535), se afirma que se trata de derechos

---

(535) Tercer considerando: «Los derechos de reserva reconocidos en los artículos 968 y siguientes del citado Código solamente pueden hacerse efectivos, según el 971, cuando al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio existan hijos o descendientes legítimos del primero y, por consiguiente, los reservatarios podrán tener en el Registro antes de morir el reservista, con la declaración de la cualidad de reservables, la garantía de que no les perjudicará cualquier acto de enajenación de los inmuebles que tengan aquel carácter, pero no un derecho verdaderamente real, como lo prueba el que este derecho debe hacerse constar en el Registro meramente por medio de una nota marginal, con arreglo a lo prevenido en el artículo 139 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, y no en una inscripción especial y separada, como procedería si se tratara efectivamente de un derecho de dicha clase, evidenciándolo aún más la circunstancia de que el referido derecho de reserva puede ser garantizado por medio de la hipoteca legal que conceden los artículos 191 y siguientes de la citada Ley. en los casos y forma que los mismos prescriben, la cual hipoteca

a herencias futuras (536); que los reservatarios no tienen la libre disposición de los bienes, pues sus derechos son eventuales e inciertos (537); y que éstos no están inscritos, sino únicamente mencionados en el Registro de la Propiedad (538).

El criterio opuesto fué sostenido en la Sentencia de 1 de abril de 1914, que como las dos resoluciones recién referidas, se refirió concretamente a un supuesto de reserva viudal. En ella, el Tribunal Supremo declaró embargable el derecho de los reservatarios en vida del reservista. Para fundamentar esta solución, sostuvo

---

u obligación accesoria sería de todo punto innecesaria si la reserva tuviera por sí sola la virtualidad y eficacia de un derecho real.»

Es cierto que el último razonamiento referentes a la posibilidad de garantizar con hipoteca legal el derecho de reserva incide en una confusión que ya hizo notar MORELL (*Legislación hipotecaria*, vol. III, art. 108, IV, pág. 704), la hipoteca legal garantiza la restitución de los bienes muebles, los deterioros y el precio o valor de los enajenados, mientras que en la constancia del carácter reservable de los inmuebles sujeta éstos a las resultas de la reserva.

(536) Cuarto considerando: «Aquel derecho no puede además ser legalmente enajenado, que es la segunda de las circunstancias necesarias para ser hipotecable, según el mencionado artículo 1.874, toda vez que se trata de herencias futuras, esto es, de los derechos a una sucesión que ha de abrirse a la muerte del reservista, a tal punto que dicha sucesión podrá ser testamentaria si aquél hace uso de la facultad que le concede el artículo 972 del repetido Código, o legítima, si no hace uso de tal facultad, con sujeción a lo dispuesto en el 973, y en este supuesto, estando terminantemente prohibidos por el artículo 1.271 los contratos sobre herencias futuras y, por tanto, el que pueda ser vendido o gravado el derecho a las mismas, falta igualmente esta condición esencial para que el repetido derecho de reserva pueda ser hipotecado.»

(537) Quinto considerando: «El padre o madre, segunda vez casados, pueden mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, pudiendo así variar o mermar los derechos de los otros, por lo que estos derechos son eventuales e inciertos, cuando menos en lo referente a su extensión y a la cantidad y calidad de los bienes que en su día han de hacerse efectivos, faltando su previa y precisa determinación y, por consiguiente, la posibilidad de disponer, desde luego libremente de ellos, no siendo inscribible el contrato en que así se hiciera, porque careciendo de dicho requisito se infringiría lo dispuesto en los artículos 9.º, regla 2.ª, 21 y 30 de la citada Ley Hipotecaria.»

(538) Sexto considerando: Que partiendo de la afirmación del 3.º de que la reserva debe hacerse constar en el Registro meramente con una nota marginal arguye que «el precepto contenido en el artículo 108, número 5.º de la anterior Ley Hipotecaria, vigente al otorgarse la escritura de referencia, que expresamente prohibía la hipoteca de derechos en cosas que, aun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén aún inscritas a favor del que tenga derecho a poseer, precepto en que principalmente se funda la nota del Registrador, se halla bien alegado en ésta, por ser perfectamente aplicable al caso del recurso, sin que la circunstancia de haberse suprimido en la nueva Ley Hipotecaria indique que tal precepto haya sido derogado, como se supone en la providencia apelada, habiéndose, por el contrario, prescindido de él, por estimarse superfluo e innecesario, atendida la disposición consignada en el citado artículo 1.857 del Código civil, puesto que éste, con carácter aún más amplio y general, establece la misma prohibición.»

que la reserva no es legítima futura (539) ni herencia futura (540) y que «constituye una limitación innegable a la libre disposición de los bienes sujetos a reserva y, por consiguiente, en el exclusivo dominio que caracteriza la propiedad absoluta» (primer considerando) y «que desde el momento que por ministerio de la ley existe una obligación, y lo es la de la viuda nuevamente casada a reservar determinados bienes, faltaría el término preciso para la relación jurídica, si frente a tal deber no surgiera el correspondiente derecho a favor del hijo del primer matrimonio» (segundo considerando); y «que al interesado en el recurso no le fueron embargados créditos, cuyo importe hubiera de ser exigible en tiempo alguno, sino derechos de los cónyuges, aunque condicionalmente, podrá disponer con capacidad legal su poseedor» (tercer considerando).

Esta sentencia fué inmediatamente criticada por G. M. (541), al observar que: «Aun admitiendo la correlación clásica en el sentido más simplista, ha de advertirse que el *sujeto activo* no es el hijo del primer matrimonio, que acaso hoy por hoy aparezca con tal carácter, sino las personas llamadas por la ley en el momento de consumarse la reserva (véase la sentencia del T. S. de 22 de junio de 1895)»; que «suele confundirse frecuentemente el *interés jurídico* que los presuntos reservatarios tienen en asegurar los bienes reservables, con el derecho condicional a la propiedad de los mismos, hasta el punto de creer algunos que las personas que pueden pedir la nota de garantía a la hipoteca especial, son las únicas a cuyo favor ha de hacerse en su día la transferencia del dominio; pero basta examinar los sucesivos estados jurídicos de la reserva para comprender la distinción entre personas que pueden exigir la garantía (reserva perfecta) y personas que pueden exigir los bienes (reserva consumada)». Y que: «Sostener que el presunto reservatario puede disponer, aunque condicionalmente de sus derechos, tan sólo porque estando mencionados puede renunciarlos, según el artículo 970, y autorizar una enajenación judicial donde procedería, a todo más, una prohibición de renuncia, equivale o confundir una declaración hipotecaria con un derecho real enajenable.»

La Dirección General, en su Resolución de 27 de octubre de 1917, ante el problema de dar cumplimiento a la Sentencia de 1

(539) Segundo considerando: «No cabe suponer el derecho de reserva equivalente al de un posible legatario a una herencia futura, cual lo demuestra el artículo 970 del Código civil al calificarlo de renunciable por los hijos, y los 977 de dicho Cuerpo legal y 198 de la Ley Hipotecaria, que permiten exigir la hipoteca por su garantía.»

(540) Tercer considerando: «No estimándose como herencia futura el derecho a la reserva, carece de aplicación el artículo 1.271 del Código, precepto prohibitivo no tan absoluto que impida los contratos relativos a los bienes comprendidos en el 978, de igual modo que están permitidos otros análogos en los artículos 831, 827 y 1.331.»

(541) G. M.: *Las reservas de bienes y el Tribunal Supremo*, en «Rev. Der. Priv.», t. I (septiembre 1914), pág. 397.

de abril de 1914, acató el fallo de ésta, considerando que «aunque la vacilante jurisprudencia del Tribunal Supremo, en lo que a dicha cuestión se refiere, impide conceder a sus decisiones el fundamental valor normativo que en general se le reconoce, es lo cierto que el presente recurso debe decidirse con sujeción a los pronunciamientos de la Sentencia del mismo Tribunal de 1 de abril de 1914, ya que entre el caso por ella resuelto y el ahora discutido existe, si no la relación fijada por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 78 de su Reglamento, por lo menos la posible igualdad de cosas, causas y personas», y «que no puede dudarse que cuando dichos Tribunales han conocido y juzgado la misma cuestión que produce el recurso gubernativo, y resuelto los puntos fundamentales que son objeto de él, la ejecución que recaiga ha de cumplirse en el Registro, salvo obstáculos de otra naturaleza».

El acatamiento estuvo tan falto de convicción que poco más de dos años después la Resolución de 19 de febrero de 1920 destacó que la enajenación de la reserva pendiente siempre quedaría sujeta «a las contingencias que el segundo matrimonio o la sobrevivencia del ascendiente, la mejora de un hijo o nieto, la desheredación o la incapacidad, los derechos de los acreedores del patrimonio reservable, etc., provocasen en el Registro, bajo forma de condiciones resolutorias impropias, y aun de probables rescisiones motivadas por el precio vil fijado en las operaciones particionales a estos oscuros derechos y a estas participaciones eventuales, que sólo pueden entrar en la circulación económica por una exagerada asimilación de la reserva perfecta y de la reserva consumada». Y el siguiente considerando (el 3.º) añadió «que los anteriores razonamientos no van contra el criterio expuesto en la Resolución de 27 de octubre de 1917, porque esta decisión, motivada por una sentencia del Tribunal Supremo, aparte de contener pronunciamiento de un carácter extraordinariamente limitado al caso discutido...».

Pero el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de abril de 1942, referida a un caso de reserva lineal, volvió a insistir en la posibilidad de que los reservatarios en vida del reservista enajenasen *inter vivos* su posición jurídica. Su primer considerando afirmó: «que si bien hasta la consumación de la reserva carece el reservatario de facultad dominical sobre los bienes reservables, su posición jurídica significa un derecho eventual con relación a bienes de una herencia deferida, cual es la del causante de la reserva, de suerte que el fallecimiento del reservista no implica transmisión hereditaria de éste al reservatario, sino cumplimiento de una parte de la condición de que aquella consumación depende, y, por tanto, la enajenación que de su derecho realice el segundo, *pendente conditione*, no constituye contrato sobre herencia futura ni cae en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 1.271 del Código civil».

La doctrina al tratar esta cuestión aparece muy dividida, en términos casi irreductibles.

De una parte unos autores, como Morell (542), De Buen (543), Casso (544), Lacal (545), Calleja (546), Roca Sastre (547), han defendido la transmisibilidad *inter vivos* de lo que denominan derecho condicional de los reservatarios.

Algunos (548) se limitan a reproducir, sin tomar partido, la posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de Registro, en sus fallos antes referidos.

Otros, como Manresa (549), Scaevola (550), Sánchez Román

(542) MORELL y TERRY: *Legislación hipotecaria*, vol. III, art. 108, IV, D, págs. 703 y sigs.

(543) DE BUEN comenzó poniendo la cuestión como dudosa (*Enciclopedia jurídica española*, vol. y loc. cit., pág. 346) y alegó, en contra de la cesibilidad, los artículos 1.271 del C. c. y 152 de la L. H.; pero posteriormente (*Notas a Colin y Capitant*, vol. cit., pág. 391 y sigs.) afirmó que, en síntesis, a pesar de anteriores dudas, su criterio era favorable a la disponibilidad del derecho de los reservatarios por estimarlo sujeto a condición suspensiva y como herencia diferida, «pues [los bienes reservables] forman parte de la herencia del premuerto».

(544) IGNACIO DE CASSO y ROMERO: *Derecho civil español*, vol. I (Madrid, 1926), tema LXXV, pág. 609.

(545) PASCUAL LACAL: *Las expectativas de derechos y los derechos expectantes*, en «Rev. Crít. de Der. Inmóvil.», VII (noviembre 1931), pág. 831.

(546) FRUCTUOSO CALLEJA: *Notas para un estudio sobre la reserva tradicional*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. 176 (2.º semestre 1944), págs. 148 y sigs.

(547) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., págs. 320 y sigs.

(548) Así ocurre con CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil...*, vol. cit., págs. 469 y sigs.) y BORRELL y SOLER (*Derecho civil español*, vol. cit., § 349, nota 5, págs. 314 y sigs.). Si bien este último, en otro trabajo anterior («Rev. Jur. Cat.» cit., págs. 307 y sig.), aun limitándose a transcribir la jurisprudencia, parece que acepta la transmisibilidad por el reservatario en vida del reservista. OSSORIO MORALES, al comentar la Sentencia de 18 de abril de 1942 («Rev. Gral. de Leg. y Jur.» cit.), no toma partido en esta cuestión, limitándose a anotar la concordancia de esta sentencia con la de 1 de abril de 1914 (pág. 677).

(549) MANRESA (Op. cit., vol. VII, arts. 968 a 980. I, tercera, pág. 255 y sigs.), al ocuparse de esta cuestión con respecto a la reserva viudal, fundó la negativa en que «el derecho está concedido no a persona alguna determinada, sino a esta clase o entidad, a los hijos y descendientes legítimos, no pudiendo recaer en quien no tenga esta cualidad y porque cada uno de los individuos que integran la clase sólo tienen antes de la muerte del cónyuge bínubo una esperanza que no se sabe si se realizará o no, ni en quienes de los hijos o descendientes se verá realizada». En cambio, en el tomo VI (debido a la pluma de MORELL), al ocuparse de la reserva lineal (arts. 811, IV, B, 2.º, pág. 308), dice que la cuestión es dudosa y que así lo confirman las decisiones de la jurisprudencia.

(550) SCAEVOLA (Op. cit., vol. XIV, art. 811, G, d, b, pág. 359) dice que «mientras vive el ascendiente no tienen [los reservatarios] más que una expectativa de su derecho a una herencia; no hay siquiera posibilidad de hablar de enajenación. Se oponen a la facultad de enajenar, razonamientos inconcuses: a) derecho personalísimo y, por tanto, intransmisible; b) inexistencia de materia jurídica, real y efectiva, puesto que sólo tiene esperanza de derecho; c) aun admitiendo la existencia de objeto, prohi-



(551), Valverde Valverde (552), Reino Caamaño (553), Capó Bonnafous (554), De Diego (555), Marín Monroy (556), Torres Murciano (557), han rechazado su transmisibilidad.

Una posición especial es la de nuestro compañero Azurza y Ozcoz (558). Para él la reserva es un derecho futuro, pero no una sucesión futura, y que sólo es disponible con los efectos, puramente personales, de una promesa de cesión: como las cosas futuras y las cosas ajenas; se trata, a su juicio, de un negocio inacabado que sólo se perfecciona al nacer el objeto para el patrimonio del disponente, desde el cual y por cuyo conducto debe pasar al adquirente (559).

Los argumentos esgrimidos a favor de la transmisibilidad de la reserva son, en síntesis, los siguientes:

1.º Que la reserva impone una limitación innegable a la libre disposición del reservista, lo que supone un correlativo derecho real en los reservatarios.

Anteriormente, hemos visto la inexactitud de este razonamiento

---

bición de contratar sobre un determinado, aun cuando posible, y, por tanto, futuro derecho hereditario sobre determinados bienes».

(551) SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., VI-II, núm. 142, pág. 1016, y VI-III, núm. 24, pág. 1879, en donde, respectivamente, para una y otra reserva sostiene que el derecho de los reservatarios no garantiza más que una esperanza, es personalísimo e intransferible e inembargable por actos *inter vivos* o *mortis causa* a favor de persona alguna, y sólo puede renunciarse cesando entonces la obligación de reservar.

(552) VALVERDE VALVERDE: Op. y vol. cit., cap. XXI, § II, pág. 465: «El derecho de los reservatarios es personal y no puede enajenarse ni hipotecarse; sólo cabe su renuncia.»

(553) JOSÉ REINO Y CAAMAÑO: *La reserva como objeto de contrato*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 124 (primer trimestre 1914), págs. 24 y sigs., especialmente págs. 36 y sigs. Se trata, a nuestro juicio, del mejor y más certero trabajo escrito acerca de este tema.

(554) CAPÓ BONNAFOUS: Loc. cit., págs. 449 y 453 y sigs.

(555) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 201, nota 1, donde dice que el derecho de los reservatarios «es personal e intransmisible».

(556) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», VI, págs. 829 y sigs., y *Más sobre la institución de las reservas*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», X (septiembre 1934), pág. 758.

(557) TORRES MURCIANO, loc. cit., págs. 272 y sigs.

(558) PEDRO JOSÉ DE AZURZA Y OZCOZ: Loc. cit., págs. 50 y sigs., en especial págs. 120 y sigs.

(559) Parece que MARÍN MONROY (*Más sobre...*, loc. cit. págs. 768 y sigs.) también acafé, en virtud de la Sentencia de 1 de abril de 1914—aunque sin compartir la doctrina—, la posibilidad de enajenación a título oneroso del derecho del reservatario y lo configuró de modo parecido a como hemos visto en AZURZA, ya que al tratar de las consecuencias que, en caso de venta acarrearía su desheredación por el reservista, afirma que no podría impugnarla el cesionario y sólo vacila acerca de si éste podría exigir al reservatario cedente que la impugnara o le indemnizase en virtud de su obligación de saneamiento.

to (560) y acabamos de transcribir la crítica que formuló G. M. en el primer tomo de la Revista de Derecho Privado.

2.º) Que los reservatarios *tienen un derecho condicional y que, como tal, es enajenable*. Roca Sastre (561) ha insistido en este argumento, fundamental para la Sentencia de 18 de abril de 1942. En su apoyo cita las opiniones de los autores que afirman que los derechos condicionados o condicionales, cuando sea transmisible el derecho que se espera llegue a perfeccionarse, también lo serán a su vez, pues representan un valor patrimonial.

Pero este razonamiento parte de varios datos inexactos, pues: La posición de los reservatarios no supone un derecho condicional (562); ni todas las situaciones de pendencia condicional son transmisibles, aunque el derecho a que tiendan una vez perfeccionado lo sea, pues—como veremos—no podrán serlo aquéllas si la situación definitiva se refiere *intuitus personae* a uno o varios sujetos delimitados, como ocurre en las reservas.

3.º) *Que se trata de una herencia deferida, que es cedible con forme al artículo 1.531 C. c. y no de una herencia futura*; pues su causante—dicen—no es el reservista, sino el cónyuge premuerto—en la viudal—o el descendiente—en la lineal—. Según Roca Sastre (563): «Hay una gran diferencia entre el hijo que en vida de su padre vende sus presuntos derechos a la herencia de éste y el reservatario que vende, *pendente condicionem*, su derecho a la reserva perfectamente delimitado y sólo afectado por una condición: la de sobrevivir. En la reserva hay algo más definitivo que en la venta de herencia futura, pues en ésta todo está en el aire. la herencia y el derecho hereditario».

Según el mismo Roca, «en contra de la enajenación del derecho de los reservatarios no militan las razones que fundamentan la prohibición de los pactos sucesorios». Entre estas razones se contaban: 1) La inexistencia del objeto: *viventis nulla est hereditas*: pero para Roca en la reserva falla esa razón (mas no creemos que sea así, pues realmente—según hemos visto (564)—el reservatario carece de todo derecho actual *en o a* los bienes). 2) La protección a la libertad de testar: de la cual—según dice Roca—no cabe hablar en la reserva (pero, en la reserva viudal, el artículo 972 C. c. desmiente esa afirmación, que deberemos ver si también en el 811 falla). 3) El carácter *contra bonas mores et ius gentium* en su tipo de *captatores hereditatum*, de que habla Horacio: sin embargo, tampoco cree Roca que se dé en las reservas, pues

(560) Ver II, § 2, 8, 4.º, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 688 y sigs. Ver también TORRES MURCIANO: Loc. cit., pág. 274.

(561) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., págs. 320 y sigs.

(562) Ver antes II, § 2.º, n. 13, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 730 y sigs.

(563) ROCA SASTRE: Loc. últ. cit., pág. 322.

(564) II, § 2.º núm. 8, c, 13 c y 16, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 695 y sigs., 738 y sigs. y 755 y sigs.

entiende que en ellas todo está preordenado y que lo único contingente es el momento de la muerte, contingencia que cree no basta para aplicar la prohibición, ya que de lo contrario debería extenderse a los seguros de vida, renta vitalicia y hasta el usufructo (pero no aceptamos la corrección de estas comparaciones, ni que todo esté preordenado, por lo menos automáticamente, pues con evidencia lo desmiente el artículo 972 C. c. en la reserva clásica).

Aparte de las objeciones con que hemos glosado las razones de la prohibición de los pactos sucesorios, añadiremos que, aun cuando la reserva no fuese herencia futura, no por ello quedaría prejuzgada su transmisibilidad. Esta depende de razones finalistas, que son determinantes de su carácter personalísimo e intransmisible.

4.º) Que *por ser la reserva renunciable debe ser transferible* (565), pues la renuncia del reservatario supone la transmisión de su derecho al reservista, y si es transferible a éste, que es precisamente la persona a quien la ley impone la sujeción, no hay por qué limitar la transmisibilidad respecto a otras personas.

Este argumento, ya en enero de 1914 lo había replicado Reino Caamaño, quien señaló que entraña confusión entre la simple renuncia y la renuncia traslativa. Como observó: «ambas renunciaciones son tan distintas, responden a actos de voluntad tan opuestos, que la verdadera, que la única renuncia es la *simple*, por lo que se declaró en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de octubre de 1891 que no pueden confundirse la renuncia traslativa, completamente análoga a la sucesión, con la *renuncia extintiva*, que consiste en el desprendimiento voluntario de un derecho *sin transmitirlo a nadie*».

Pero la principal confusión del argumento *renunciabile ergo cedibile*, consiste en no valorar exactamente el objeto de la renuncia a la reserva. Acabamos de ver que renunciar a la reserva no es más que remitir al reservista de su sujeción a la reserva; que el renunciante, durante la reserva pendiente, no renuncia a ningún derecho *actual* en los bienes, puesto que no lo tiene, y que el único derecho *futuro* al que preventivamente se renuncia es al de exigir en su día el cumplimiento de la sujeción que la ley impuso al reservista. No se renuncia, pues, derecho alguno actual a los bienes, ni tampoco a heredarlos del reservista, sino sólo a exigir a éste, en su caso, y en su día, la efectividad de su sujeción.

Falta, pues, toda posibilidad de aplicación a la transmisión de la doctrina de la renuncia: pues remitir una sujeción no es transmitir un derecho al beneficiario de la renuncia.

La posición negativa se ha apoyado en diversas razones favorables a la intransmisibilidad de la reserva en pendencia. En especial:

1.º) *La indeterminación subjetiva actual del titular que po-*

podrá reclamar en su día los bienes reservables, que posiblemente aún no exista en la fecha en que otro candidato realice la transmisión. Así G. M. (566), al comentar la Sentencia de 1 de abril de 1914, señaló la distinción «entre personas que pueden exigir la garantía (reserva perfecta) y personas que pueden exigir los bienes (reserva consumada)». La incertidumbre, por tanto, es subjetiva, se refiere a un elemento esencial del acto jurídico; que no es, por tanto, meramente condicional.

Claro es que se replicará que la incertidumbre subjetiva se debe a la confluencia de una serie de expectativas condicionales en varias personas, y que sólo como consecuencia de dicha concurrencia se produce, pero que cada situación de pendencia tiene entidad condicional suficiente para su transmisión supeditando ésta a la perfección de la relación pendiente en la persona del sujeto transferente.

2.º) *La inexistencia actual de objeto transmisible, al no haber nacido derecho «en» los bienes ni «a» los bienes del reservatario.* No entenderlo así sería tanto como confundir—según comentó el mismo G. M.—«el interés jurídico que los presuntos reservatarios tienen en asegurar los bienes reservables, con el derecho condicional a la propiedad de los mismos», que, como antes vimos, no existe ni puede existir mientras penda la reserva (567).

No obstante, podría objetarse que, así como junto a unas expectativas condicionales transmisibles, existen otras intransmisibles; igualmente, al lado de aquellas expectativas pendientes de la perfección de sus elementos esenciales totalmente intransmisibles, caben otras que sean transferibles (568).

En realidad será el modo de referir la expectativa *intuitus personae* (individualmente o dentro de un determinado ámbito) lo que determinará la intransmisibilidad de una u otra expectativa; y, contrariamente, su cesibilidad dimanará fundamentalmente, de la ausencia de atribuibilidad *intuitus personae*.

3.º) *Que la cesión se refiere a una herencia futura, intransmisible conforme al artículo 1.271, párrafo 2.º, Código civil.*

Ya hemos visto que lo han negado las sentencias de 1 de abril de 1914 y 18 de abril de 1942. Pero, Reino Caamaño (569) había razonado a favor de la aplicación de la prohibición, partiendo de lo declarado en las Sentencias de 4 de enero de 1911 y 21 de marzo de 1912. Según aquélla: *sólo a la muerte del reservista* adquieren los hijos o descendientes, o los parientes, en su caso, el derecho a suceder en los bienes que constituyen la reserva..., y *con rela-*

(566) G. M. en «Rev. Der. Priv.», I, pág. cit., ver texto correspondiente a nuestra nota 541.

(567) Ver antes II, § 2.º, núm. 13 (AN. DER. CIV., XI-III, págs. 73 y sigs.) y § 4.º, núm. 21.

(568) Ver antes II, § 2.º, núm. 13, II, 1.ª § y 2.º § (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 743).

(569) REINO CAAMAÑO: Loc. cit., págs. 36 a 39.

*ción a la indicada fecha...*, debe resolverse la cuestión de existencia de una de las dos reservas, sin que a esta resolución sean ajenas, *por lo que hace a los reservatarios*, las eventualidades posibles y lícitas a que vienen sometidos desde que nace la reserva hasta que se consuma, pues a estas contingencias se debe el que aparezca o subsista su esperanza o expectación de derecho, *que sólo les faculta mientras vive el reservista para ejercitar las acciones encaminadas a asegurar los bienes de la FUTURA SUCESIÓN*». Según la segunda: no «puede afirmarse que asista al reservatario más que una esperanza o expectación de derecho, sin que, por tanto, pueda atribuírsele la cualidad de heredero en los bienes objeto de la reserva, ni facultársele para ejercitar otras acciones que aquellas encaminadas a asegurar los bienes de la futura sucesión». Lo que Reino (de quien son los subrayados de los considerandos anteriores) resumió: *Si la reserva es un medio de garantía de un excepcional orden de suceder*, los bienes en que se sucede, *forman hasta tanto que la sucesión se abra, una HERENCIA FUTURA*». Y, abundando en el mismo razonamiento, añadió: «como lo que está por suceder no es lo mismo que si ya hubiese sucedido, resulta para los parientes reservatarios *futura la sucesión*; futura, en cuanto a los bienes, porque están por adquirir; y futura, en cuanto al sucesor en ellos, que *es desconocido* mientras el reservista vive». «Se dan en el pacto—concluye (570)—las condiciones todas que se requieren para la existencia de un contrato sobre herencia futura.»

Acabamos de ver los argumentos en contra de la aplicación de esa prohibición a las reservas aducidos por Roca Sastre y sus puntos débiles, o por lo menos, discutibles. Torres Murciano (571) había opinado de modo diferente, al apreciar razones justificativas de que la prohibición sea aplicada a las reservas. Aparte de las consideraciones «estrictamente jurídicas, no cabe sustraer—escribió—el problema al enfoque moral, resaltando la inconveniencia de que un reservatario desaprensivo o desalmado pueda traficar en el mercado la esperanza de la muerte del padre o la madre reservista...» «no se concibe una negociación, venta o hipoteca de cosa tan aleatoria y condicionada como es un derecho de reservatario, sin identificar al adquirente o acreedor con alguno de los sujetos que hicieron precisa la conocida ley de Azcárate». Y a continuación, destacó que en el caso contemplado por la Sentencia de 1 de abril de 1914 se daban en este sentido significativas circunstancias, que el fallo no tomó en consideración, y, como resultado curioso, que aquel pleito fué sostenido por las mismas partes y respecto los mismos bienes, que después por la desheredación del presunto reservatario cedente, ordenada por la reservista bínuba, dieron lugar a la sentencia de la Sala de lo civil de la

(570) REINO: Pág. 42.

(571) TORRES MURCIANO: Loc. últ. cit., págs. 274 y sigs.

Audiencia de Valencia, a la que se refiere en su trabajo, y que absolvió de esta demanda a la heredera de la reservista.

4.º) *Que los beneficios de la reserva son personalísimos e intransferibles.* Así lo repitieron Scaevola, Sánchez Román, Valverde y De Diego (572) y, en especial, lo razonó Reino Caamaño (573). Este autor deduce consecuencias—con argumentación que podría calificarse de *minus ad maius*—de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirmó la intransmisibilidad *mortis causa* de la reserva, aunque el reservatario hubiere sobrevivido al reservista, si falleciere aquél sin haberla reclamado.

Acerca de este tema fueron aducidas por Reino: La Sentencia de 16 de enero de 1901, la cual consideró que «a la obligación de la reserva establecida en el artículo 811 del Código corresponde un derecho que sólo puede ejercitar y reclamar la persona en quien concurren las circunstancias que el mismo artículo requiere y no otra alguna, no pareciendo lógico ni conforme con la naturaleza de la expresada institución jurídica, que cualquiera que podía ser un extraño, a título de heredero o representante del que no tuvo por conveniente reclamar dicho beneficio, lo pretendiese para sí». La Sentencia de 8 de noviembre de 1906, que insistió en que «constituyendo la reserva un beneficio o derecho personalísimo, sólo pueden ejercitarlo las personas a cuyo favor lo ha establecido la ley de modo taxativo». La de 27 de enero de 1909, reiterante de que «el derecho a la reserva de los bienes a que se contrae el artículo 811, sólo puede ejercitarlo la persona en quien concurren las circunstancias que en él se determinan».

Reino Caamaño deducía «que no siendo transmisible la esperanza de los reservatarios a sus herederos, aun después de muerto el reservista, que siendo personalísima esa expectativa de derecho, no era lícito derivarla en otra persona por acto *inter vivos*. Pues si no consiente la naturaleza de la reserva que otro que no sea el pariente familiar la ejercite, forzoso es que no pueda disponerse de ese derecho, que nadie más que el pariente adquiere».

Contra ese argumento: *personalísimo ergo intransmisible*, Roca Sastre (554) ha opuesto su distinción entre «derecho subjetivado o personalísimo [«adscrito o vinculado a una persona determinada y no enajenable en sí»], y derecho subjetivamente real». Partiendo de ella, a su juicio:

«A primera vista parece que los derechos de los reservatarios tienen esta condición [de subjetivados] porque en ellos se produce aquel efecto característico de los personalísimos: el extinguirse con la muerte del titular y no ser, por consiguiente, transmisibles por herencia. Pero, a poco que se medite, el derecho de los reservatarios no es de esta clase. Evidentemente se extingue

(572) Ver notas 550, 551, 552 y 555.

(573) REINO: Págs. 39 y sigs.

(574) ROCA SASTRE: *Estudios...* loc. y vol. últ. cit., pág. 323.

al fallecer el reservatario, pero es al fallecer *antes* que el reservista. Y es que aquí lo que existe no es un derecho personalísimo, sino el juego de una condición, que precisamente consiste en que el reservatario debe sobrevivir al reservista». Por lo cual, deduce que: «el derecho del reservatario es enajenable, y no es personalísimo, si bien su transmisión *mortis causa*, en cuanto a su efectividad, es imposible institucionalmente».

Pero esta solución de Roca Sastre sólo se basa en una de las tantas hipótesis constructivas puramente dogmáticas, a la cual coloca como *prims* de la consideración o no como personalísimos de los beneficios de la reserva. En realidad, ha de ser el fin de la institución, su *ratio*, lo que ha de determinar si tiene o no ese carácter; la construcción conceptual sólo puede ser un *posterius* apoyado en la solución finalista y valorativa.

A nuestro juicio, para resolver la cuestión hay que partir de los datos estimativos, que nos arroje la *ratio* del 811, en la reserva lineal; así como de los que nos ofrezca su finalidad en la reserva clásica.

Hemos comprobado que son datos ciertos: Que la finalidad del 811 es evitar la desviación de ciertos bienes de su línea de procedencia, producible por la hipótesis que dicho artículo contempla (575). Que para impedirlo limita la sucesión de los ascendientes que reúnen las circunstancias previstas (576). Que esa limitación (577) es excepcional (578) y se concede como beneficio personalísimo (579), exclusivamente a favor de determinadas personas (580), que en él se mencionan ante el grado de parentesco que les une (581). Y como norma excepcional, *ius singulare*, es de aplicación estricta a cuanto su *ratio* singular exija, sin extensión alguna que sobrepase la finalidad perseguida (582).

De ello sólo puede deducirse que esa excepción a las reglas normales, que limita la sucesión legal de los ascendientes, sólo es aplicable para obtener el fin para el cual fué creado el precepto y a favor—con carácter colectivamente personalísimo—de los parientes de la línea y del grado indicados en el mismo precepto; por lo cual no debe admitirse que sea transmitida. De modo que: no debe permitirse que, a través de ese medio de evitar que los

(575) I, § 1.º, núms. 5, 8 y 9, págs. 15 y sigs. (AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs.) y II, § 2, 17 a (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 762).

(576) I, § 2.º, núm. 10 (AN. DER. CIV., X-II, págs. 29 y sigs.) y II, § 2.º, 17, b (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 762).

(577) Sentencias de 16 de enero de 1901, 8 de noviembre de 1906, 19 de noviembre de 1910, 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933.

(578) Sentencias de 7 de noviembre de 1927, 26 de noviembre de 1943 y 1 de febrero de 1957.

(579) Sentencias de 16 de diciembre de 1892, 8 de noviembre de 1906, 27 de enero de 1909 y 4 de mayo de 1910.

(580) Sentencias de 16 de enero de 1901 y 26 de noviembre de 1943.

(581) Sentencia de 1 de julio de 1955.

(582) I, § 2.º, núm. 15, págs. 37 y sigs. (AN. DER. CIV., X-II, págs. 361 y sigs.) y II, § 2.º, 17, c. (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 762).

bienes salgan de la familia, se especule anticipadamente con su transmisión a terceras personas, de forma que daría pábulo a la usura y al agio, de un modo parecido si no igual al que el artículo 1.971, § 2 del Código civil quiso impedir. La ley no impuso la sujeción de la reserva al reservista para llegar a ese resultado, sino para un fin muy diverso y específicamente concretado.

Además, al tratar de la renuncia hemos visto la diferencia que media entre la remisión concedida por los reservatarios al reservista de su sujeción a la reserva, de una parte, y, de otra, la anticipada renuncia de aquéllos a suceder en los bienes reservables para cuando fallezca el reservista. Aquella remisión no tiene contenido activo más que como renuncia a exigir el cumplimiento de la reserva, y no significa la renuncia a recibir los bienes a que ésta se refiera, si correspondieren al renunciante por cualquier causa independientemente de haber renunciado a exigir al reservista el cumplimiento de la reserva. Por lo tanto, no cabe hablar de transmisión de esa facultad, que en sí carece de contenido propio respecto a la titularidad de los bienes. En cambio, vimos también que la obtención de los bienes reservables a la muerte del reservista no puede ser previamente renunciada, por haberse de estimar como renuncia a herencia futura, y por ende, tampoco podrá admitirse su transmisión, por significar paralelamente enajenación de herencia futura.

(Concluirá.)



# El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil

(Continuación)

MANUEL DE LA CAMARA  
Notario de Madrid

## C) *Valor jurídico de los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» ni autorización judicial.*

Con anterioridad a la reforma del Código las facultades dispositivas del marido sobre bienes gananciales, por acto «inter vivos», no eran, tampoco, omnímodas. Como regla general (artículo 1.415 a «sensu contrario») le estaban vedadas las donaciones, y respecto de los actos a título oneroso el segundo párrafo del antiguo artículo 1.413 decía: «Sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes (los gananciales) haga el marido en contravención a este Código o en fraude de la mujer no perjudicará a ésta ni a sus herederos.» El segundo párrafo del artículo 1.419 completó estas normas ordenando que en el inventario de la sociedad en liquidación se colacione el importe de las donaciones o enajenaciones «que hayan de considerarse ilegales o fraudulentas, con sujeción al artículo 1.413».

La interpretación de estos preceptos suscitaba varios problemas que sustancialmente eran los siguientes:

1.º ¿Qué debía entenderse por enajenación realizada en contravención del Código o en fraude de la mujer? Los comentaristas del Código civil estudiaron poco y mal esta cuestión. Casi todos se limitaron a exponer, por vía de ejemplo, algunos supuestos de fraude típico (ventas con ocultación del precio o entrega del mismo a terceras personas, ventas a bajo precio, enajenaciones simuladas, etc.) y a lo sumo algunos recogían la controversia mantenida por los antiguos autores sobre si lo gastado por el marido en sus vicios constituía o no fraude de la mujer. En cuanto a la «contravención del Código» o no se atribuyó a esta expresión ningún significado especial, identificándose más o menos abiertamente las hipótesis de fraude y de contravención.

o se supuso que con ella el legislador había querido referirse a las donaciones no permitidas (27).

2.º ¿Cuál era la suerte que habían de correr estas enajenaciones? Según parecía resultar del segundo párrafo del artículo 1.413 en combinación con el 1.419 la enajenación debía reputarse válida, de tal manera que el derecho de la mujer «a no ser perjudicada» sólo tenía repercusión en el ámbito de las relaciones internas y se hacía efectivo al liquidarse la sociedad mediante la colación del importe del bien enajenado. Se entendía que si el activo de la sociedad en liquidación, sumado al capital del marido, no bastaba para resarcir el perjuicio determinado por la enajenación fraudulenta o ilegal, la mujer podría impugnar el acto. La acción parecía, pues, concebirse como rescisoria. Durante la vigencia de la sociedad la mujer podía pedir la declaración de que el acto del marido fué ilegal o fraudulento, pero ésta declaración no tenía otro efecto que el de establecer el derecho a obtener la reparación del perjuicio en su día, a costa del caudal inventariado en primer término y sólo cuando éste no bastare mediante la rescisión del acto. La sentencia de 12 de diciembre de 1929, extremó su rigor negando a la mujer derecho a tomar anotación preventiva.

El sistema del Código, aunque imperfecto e incompleto, no estaba totalmente desprovisto de lógica, y con una interpretación más generosa por parte de la doctrina y de la Jurisprudencia hubiera podido ser aceptable. Tratándose de enajenaciones onerosas (si realmente lo eran) el carácter fraudulento o ilegal de las mismas no venía determinado, generalmente, por la enajenación en sí, sino por el destino dado al contravalor recibido. Era natural, por tanto, que el acto, en principio, no fuese impugnabile. La contratación con maridos casados bajo régimen de gananciales sería insegura y peligrosa de permitir la libre impugnación del acto fraudulento.

El error, imputable más a los intérpretes que a la propia ley, fué doble. De un lado, se aplicó el sistema con toda su rigidez, excluyendo la impugnación constante el matrimonio, en casos en que el adquirente por su complicidad en el fraude (se trataba además de hipótesis que rozaban la donación) no merecía protección alguna. De otro, se involucraron bajo una misma solución las enajenaciones onerosas fraudulentas o ilegales y las donaciones. El Código, dice MANRESA (28), principal mantenedor de este criterio que él mismo considera condenable, a pesar de la variación que ha introducido en el Proyecto de 1851 poniendo como segundo párrafo del artículo 1.413 o como limitación a las enajenaciones u obligaciones a título oneroso, lo que era limitación

(27) Ver sobre este punto el interesante trabajo de ROCA, JUAN: *Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1959, fascículo II, págs. 520 y sigs. Nos referiremos después a este problema.

(28) Obra citada, tomo IX, pág. 651.

general de todos los actos del marido muestra, sin embargo, que no ha cambiado de criterio; y que, para él, las donaciones deben equipararse a cualquier otro acto ilegal o fraudulento de carácter oneroso, según lo demuestra el segundo párrafo del artículo 1.419. La Jurisprudencia más reciente, sin embargo, había cambiado de orientación respecto de las donaciones simuladas, y así las sentencias de 25 de mayo y de 30 de octubre de 1956 permitieron a la mujer ejercer, vigente la sociedad, la acción de simulación y declararon la nulidad de la donación encubierta.

El nuevo artículo 1.413 no dice cuál haya de ser la suerte de los actos de disposición otorgados por el marido sin consentimiento de su mujer ni autorización judicial. Simplemente se limita a recoger—con algunas variaciones de redacción—lo que establecía el segundo párrafo del viejo precepto que pasa a constituir el tercer apartado del nuevo artículo. Dice ahora el último párrafo del artículo 1.413: «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.» El artículo 1.419 ha permanecido intacto.

Ante la falta de solución expresa, y, a la vista de que se mantiene (en parecidos términos) lo que decía el segundo párrafo del antiguo artículo 1.413 y de que no se ha modificado el 1.419, se podría quizá sostener que la reforma al exigir el consentimiento de la mujer para actos de disposición sobre ciertos bienes, se ha propuesto, tan sólo, asegurar la eficacia (frente a la contraparte o frente a ulteriores adquirentes) de la acción de rescisión que, con anterioridad a la modificación del Código, se reconocía a la mujer en el caso de que la colación ordenada por el artículo 1.419 no fuera bastante para compensarla del daño ocasionado por una enajenación fraudulenta o ilegal (en el antiguo sentido). El razonamiento sería éste: La ley no dice que los actos del marido otorgados sin consentimiento «uxoris» sean nulos o ineficaces. Expresa sólo que no pueden *perjudicar* a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición del marido efectuados en fraude de aquélla o en contravención del Código. Ahora bien la *forma* de obtener la reparación del perjuicio sigue siendo la prescrita por el artículo 1.419, que no ha sido alterado. Y como este artículo está redactado pensando en el supuesto de que el marido se haya apropiado el importe de lo enajenado o de que lo haya dilapidado, ya que la colación sería injusta si el contravalor se ha reinvertido o si lo ha aplicado el marido al levantamiento de las cargas del matrimonio, quiere decirse que la única función que cabe atribuir al consentimiento «uxoris» es *la de asegurar el éxito de la acción de impugnación* que corresponde a la mujer caso de que la indemnizadora colación prevista para el artículo 1.419 no le proporcione suficiente satisfacción. El éxito de esta acción, en efecto, quedaba comprometido si la contraparte había sido ajena al

fraude. Y el fracaso era seguro si los bienes se encontraban en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe (cfr. artículo 1.295 del Código civil). El consentimiento «uxoris» vendría a ser el remedio contra la falta de eficacia de la acción de impugnación. Cuando la mujer no haya prestado el consentimiento que el primer párrafo del artículo 1.413 del Código civil exige, el otro contratante y los terceros subadquirentes quedan expuestos a la acción de rescisión que en su día pueda ejercitar la mujer. Para asegurarse la impunidad frente a dicha acción debe recabarse el consentimiento de la mujer o la autorización judicial.

Aunque esta interpretación no esté, a nuestro juicio, desprovista de todo fundamento, no creemos, sin embargo, que pueda prevalecer.

Es evidente, de todo punto, que el legislador ha querido conferir a la mujer una protección mucho más fuerte que la que le dispensaba el sistema anterior. No es del caso discutir si en este terreno de la protección de la mujer se ha ido o no demasiado lejos. Pero lo que no tiene duda es que se ha querido instaurar un sistema de garantías que antes no existía. Que estas garantías tienen posibilidad de actuación práctica *vigente la sociedad*, lo evidencia el segundo párrafo del artículo 1.413. Sería absurdo que la mujer pudiese conseguir una limitación efectiva y actual de las facultades dispositivas del marido, sobre el patrimonio mobiliario, constante el matrimonio, y que, en cambio, la garantía preferida por el legislador (que es el consentimiento «uxoris» o la habilitación judicial) (29) no representara más que el aseguramiento de una acción de impugnación *futura y eventual*. El consentimiento «uxoris» o la autorización judicial se elevan a la condición de *requisitos del acto de disposición*. Su falta debe pues trascender, de modo inmediato, a la eficacia del acto. Mientras la propia ley no establezca otra cosa debe entenderse que la ausencia de un requisito exigido por ella para la celebración de un determinado acto excluye, o compromete, «ab initio», la eficacia del mismo. El artículo 1.419, según luego veremos es compatible con la posibilidad de impugnar, constante el matrimonio, los actos del marido realizados en contravención del Código o en fraude de la mujer.

Tampoco es admisible sostener que la mujer sólo pueda atacar los actos de disposición del marido, celebrados sin su consentimiento o autorización judicial, cuando aquél haya obrado en fraude de sus derechos. Como decíamos anteriormente, la Exposición de Motivos de la Ley reformadora habla de defender a la mujer contra los peligros de una «*imprudente* actuación marital». El párrafo segundo del artículo se refiere a actos que entrañen «grave riesgo» para la sociedad de gananciales. Es indudable que un ac-

---

(29) Según dice la Exposición de Motivos ha sido el temor de producir perturbaciones en el tráfico lo que ha impedido extender la intervención de la mujer a los actos de disposición sobre los demás bienes gananciales.

to de disposición puede ser imprudente, incluso temerario, y entrañar riesgo, o sea peligro de daño para el patrimonio común, y en suma para la familia, aunque el marido se proponga aplicar lo que reciba al levantamiento de alguna carga legal de la sociedad o tenga la intención de reinvertir el contravalor que se le satisfaga. Las malas condiciones de la operación, el temor o la certeza de que el marido proyecta una inversión desgraciada, o la enajenación de un bien fundamental para la economía familiar son daños contra los cuales la ley ha querido también proteger a la mujer. La expresión «en contravención del Código» tiene ahora una amplitud que antes no tenía, puesto que los actos de disposición que el marido realice sin consentimiento de su mujer o autorización judicial, cuando uno u otra sean necesarios, contravienen lo que el propio Código establece. La «ratio iuris» del nuevo artículo 1.413, y concretamente de la necesidad de obtener, para ciertos actos de disposición, el consentimiento de la mujer o la autorización judicial, es, según creemos haber demostrado en la primera parte de nuestro trabajo, proteger a la mujer, y en último término a la familia, de los perjuicios que puedan derivarse de ciertos actos del marido, cuyos poderes dispositivos quedan así controlados. No se trata de colocar a la mujer y al marido en una posición de paridad en orden a la disposición de los bienes comunes, ni siquiera respecto de los inmuebles o establecimientos mercantiles, sino de tutelar más eficazmente los derechos de la mujer. Pero la Ley, al elevar a requisito de ciertos actos de disposición el consentimiento de la mujer o la autorización judicial, ha venido a consagrar el derecho de la mujer a juzgar libremente si el acto realizado sin su consentimiento ha resultado o no perjudicial, salvo que se haya acreditado previamente (30) que no lo es.

Creemos, por todo lo dicho, que los actos del marido otorgados sin consentimiento de la mujer o sin autorización judicial entran en la categoría de los actos ineficaces o de eficacia limitada y claudicante. Pero ¿que tipo de ineficacia o invalidez es la que afecta a dichos actos? ¿Se tratará de nulidad total y absoluta, de nulidad relativa, o solamente de anulación? ¿Quizá de rescisión, aunque no se trate de la rescisión especialísima que la doctrina y la Jurisprudencia entreveían para las enajenaciones realizadas en fraude de la mujer?

La respuesta que demos a estas interrogantes tiene indudablemente una gran importancia. Se ventila no sólo la posición recíproca de ambos cónyuges, sino también la del que contrató con el marido, e incluso la de terceros. Constituye, pues, una grave omisión del legislador no haber resuelto de una manera clara y terminante este punto fundamental. De hecho los maridos continúan actuando como jefes absolutos del patrimonio ganancial con la conformidad más o menos tácita de sus esposas. La nece-

(30) Sobre lo que deba entenderse por autorización judicial previa ver lo dicho en la primera parte.

sidad del consentimiento de éstas (salvo que hayan concedido una autorización general en instrumento público) se plantea, prácticamente, cuando hay que otorgar la escritura. Pero antes suele haber un contrato perfecto, consumado generalmente en parte y a veces totalmente. Además, no todos los actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles caen, de hecho, bajo el control notarial. Aparte de que hay zonas en España en que la contratación sobre fincas se desenvuelve en proporción muy considerable fuera de la Notaría, se está generalizando la costumbre de prescindir de la escritura en las traspasos de establecimientos mercantiles. Cuando el dueño del local accede al traspaso a cambio de percibir su participación en el precio y de elevar la renta, se acude al expediente de otorgar nuevo contrato de arrendamiento a nombre del adquirente.

No es, evidentemente, una tarea fácil para el intérprete resolver el problema que en este sentido le plantea el silencio de la ley. A nuestro juicio, no es admisible que las soluciones se obtengan por la simple vía de un proceso lógico que tome como punto de partida una construcción apriorística sobre la naturaleza jurídica del consentimiento «uxoris». Es éste un sistema metodológico que consideramos equivocado (31). Lo que importa es valorar adecuadamente cuál es el alcance y función del consentimiento de la mujer (y de la autorización judicial subsidiaria) para saber cuál haya de ser la trascendencia que tenga la falta de estos requisitos. *Hay que ponderar el fin práctico perseguido por la norma y ponerlo en relación con los principios generales que gobiernan el funcionamiento de la sociedad de gananciales, y con los diversos intereses en juego*, que no son sólo, repetimos, los de los cónyuges, sino también, los de la contraparte y los de terceros ajenos al acto. Siguiendo esta orientación examinaremos las posiciones de la mujer, del marido, de la contraparte y de posibles terceros interesados, frente a un acto de disposición otorgado por el marido sin consentimiento «uxoris» ni autorización judicial, y trataremos de concretar los derechos de todos ellos de acuerdo con la «ratio» del nuevo artículo 1.413. El resultado de esta investigación nos permitirá establecer cuál es el tipo técnico de ineficacia que mejor conviene al supuesto objeto de nuestro estudio.

#### a) *Situación de la mujer.*

Según hemos repetido reiteradamente, la «ratio iuris» del nuevo artículo 1.413 es, para nosotros, la de conceder a la mujer una protección amplia y eficaz de sus intereses en la sociedad de gananciales, poniéndola a cubierto del posible abuso o mal uso que

(31) Ver sobre este punto las atinadísimas observaciones de VALLET en su trabajo *Interpretación, localización sistemática e integración de la reserva del artículo 811 del Código civil*, «Revista de Derecho Privado», 1959, páginas 276 y sigs.

haga el marido de sus facultades dispositivas, protegiéndose así a la familia (de un modo indirecto) de los daños que pueda ocasionarle la gestión económica fraudulenta o imprudente de su jefe natural. Recordemos, una vez más, que la mujer no puede tomar iniciativa ninguna en orden a la disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales ni interviene en el destino o inversión de lo obtenido como contrapartida. El consentimiento «uxoris» cumple una función *cautelar, de garantía*.

Puede decirse, pues, que el interés que principalmente hay que tener en cuenta a la hora de puntualizar el grado de ineficacia de los actos de disposición que contravengan lo ordenado por el primer párrafo del artículo 1.413 es el de la mujer. Pero al mismo tiempo es necesario hacer compatible la defensa de la mujer con las demás normas que rigen la sociedad conyugal y, hasta donde sea posible, con los intereses de la contraparte, que sólo deben ser sacrificados en la medida exigida por la protección de los derechos de la mujer.

El planteamiento del problema, de acuerdo con este criterio orientador, nos enfrenta con una serie de cuestiones que vamos a examinar con la debida separación.

1.º *Posibilidad de que el acto del marido sea revalidado, confirmado o ratificado.*

Una primera conclusión se desprende, a nuestro juicio, de las premisas que acabamos de dejar expuestas. La ineficacia derivada de la falta de consentimiento «uxoris» o la autorización judicial no puede ser consecuencia de una nulidad radical, absoluta e insubsanable por vía de confirmación o de ratificación. La protección de los intereses de la mujer sólo exige que el acto de disposición otorgado sin su consentimiento *sea ineficaz frente a ella* (o sus herederos). Sería absurdo sostener que el acto no debe surtir en absoluto ningún efecto entre el marido y la contraparte, y que el consentimiento prestado «a posteriori» por la esposa carece de valor, salvo que se proceda a una «renovatio contractus» integral, que puede ser imposible y por ello hasta perjudicial para los intereses de la mujer. Cabe que el consentimiento previo haya faltado no porque la mujer esté disconforme con la iniciativa del marido, sino por desconocimiento de causa o por simple imposibilidad de presarlo anticipada o simultáneamente. Por todo ello no cabe pensar en la nulidad del artículo 4.º del Código civil.

2.º *La mujer sólo puede pretender la recuperación de los bienes enajenados sin su consentimiento mediante la impugnación del acto de disposición del marido.*

La mujer no está legitimada, por regla general, para ejercitar acciones referentes a bienes gananciales, puesto que la representación y dirección del patrimonio común corresponde al marido. No es posible, pues, que la mujer pueda plantear otra acción que la que se dirija a impugnar el acto de disposición realizado por el marido. Sólo a través de esa acción podrá recuperar los bienes que

indebidamente hayan salido de la sociedad. Si se tiene en cuenta que la mujer recupera dichos bienes no para ella, sino para el patrimonio común, y que frente al derecho de la mujer existe el de la contraparte a que se le devuelva la prestación que satisface, derecho que dentro de ciertos límites, según después veremos, puede hacerse también efectivo sobre los bienes gananciales, se comprende que está sobradamente justificada nuestra afirmación de que la mujer no puede, en principio, ejercitar otra acción que la que tenga su fundamento, *directo y único*, en la ineficacia del acto del marido (32).

La jurisprudencia refiriéndose concretamente a la acción reivindicatoria ha declarado (sentencias de 24 de junio de 1916 y de 22 de diciembre de 1926) que la mujer no está legitimada para ejercitar acciones respecto de los bienes gananciales, legitimación que corresponde única y exclusivamente al marido. Esta jurisprudencia debe estimarse vigente, pues una cosa es que la mujer pueda atacar los actos del marido que contravenzan el Código o que se hayan realizado en fraude de sus derechos, y otra, muy distinta, que pueda plantear directamente y sin más la reivindicación de los bienes enajenados. La acción reivindicatoria, como pone de relieve la sentencia de 20 de diciembre de 1898, no obliga a la devolución del precio, al revés que la de nulidad, por lo que si el fundamento jurídico de la pretensión del actor es la nulidad, esta acción es la que debe ser ejercitada. Del artículo 60 del Código civil se sigue que la mujer deberá dirigir la acción contra el otro contratante (y, en su caso, contra los terceros adquirentes que de él traigan causa) y también contra el marido o sus herederos.

Por todo ello es evidente que la mujer no podrá ejercitar la acción reivindicatoria a través del procedimiento abreviado que regula el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el que ni siquiera sería posible ejercitar, por vía de reconvencción, una acción de enriquecimiento sin causa. Abstracción hecha de la falta de legitimación de la mujer, no tiene duda, en nuestro sentir, que cabría la oposición amparada en la causa segunda que el propio precepto establece: poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato o por cualquier otra relación jurídica con el titular registral o con titulares anteriores. El con-

---

(32) En las legislaciones sueca, noruega y holandesa se articula una acción de impugnación sujeta a plazos especiales y breves de caducidad. En Suiza, el consentimiento del cónyuge que no concurre al acto se presume concedido en beneficio de terceros. En otras legislaciones no está claro el alcance de la ineficacia. Nótese que, como pone acertadamente de relieve Roca JUAN (Ob. cit., pág. 503), la gran mayoría de los sistemas en que se exige el consentimiento de la mujer para la enajenación de inmuebles comunes descansa en bases distintas a las que sirven de soporte a la sociedad de gananciales. Se atribuye a los dos cónyuges la titularidad de disposición e incluso la coadministración, sin que aparezca la jefatura doméstica del marido respecto del patrimonio común.



trato celebrado por el marido, que es uno de los titulares registrales de los bienes gananciales, afecta también al otro, la mujer, quien no puede reputarse extraña al mismo, al menos mientras no se acredite cuál fué el destino dado por el marido a la contraprestación recibida. La impugnación del contrato celebrado por el marido es el antecedente necesario de la reivindicación intentada por la mujer y la impugnación sólo es posible en el juicio declarativo correspondiente (33).

3.º *Derecho de la contraparte a obtener la devolución de lo satisfecho.*

Parece evidente que a la contraparte le asiste el derecho de exigir la devolución de lo que entregó, ya sea este derecho una consecuencia directamente derivada de la declaración de ineficacia del negocio (cfr. arts. 1.295 y 1.303 del Código civil), ya se fundamente en el enriquecimiento sin causa (idea a la que, en suma, responden también los preceptos citados).

Está fuera de duda, a nuestro juicio, que el marido, con sus propios bienes, es responsable, sin limitación alguna, frente a la contraparte, de esta obligación de restituir. *Pero también es completamente justo que si el patrimonio ganancial se ha enriquecido a consecuencia del acto del marido ese patrimonio deba responder del enriquecimiento* (34). Y supuesto que el patrimonio ganancial sea responsable, y la contraparte debe tener derecho a discutirlo en el procedimiento que la mujer haya entablado, obedece a un principio elemental de justicia conmutativa que el demandado pueda oponer ese derecho a la pretensión de la mujer (35).

(33) Tampoco creemos que la mujer pueda interponer un interdicto dentro del año siguiente a la consumación del acto (cfr. arts. 460-1 y 1.968 del Código civil). Opinamos que la mujer no tiene *de iure*, vigente la sociedad, la posesión (o coposesión) de todos los gananciales, lo cual no excluye, naturalmente, que pueda tenerla respecto de algunos. La posesión, concepto sobre el cual no podemos adentrarnos aquí, tiene como base una situación que por ser de hecho no está ligada a la titularidad del derecho. En tema de posesión lo que cuenta es el ejercicio de hecho del derecho y no el derecho mismo. La mujer será poseedora de aquellos bienes gananciales respecto de los que actúe *de facto* como dueña o condueña de los mismos. Sólo cuando sea poseedora puede pensarse en la interposición de un interdicto si el marido y la contraparte despojan a la mujer del bien en cuestión, violenta o clandestinamente (cfr. arts. 441 y 460-4 del C. c.). La entrega de los bienes con la tolerancia de la mujer únicamente podrá constituir un despojo clandestino si la mujer ignora la causa de la entrega. De todos modos, incluso en esos supuestos, la viabilidad del interdicto choca con toda una serie de dificultades: capacidad y legitimación procesal de la mujer, beneficio abusivo para el marido, quien recobraría una posesión que el mismo entregó, obligación de la mujer de seguir y obedecer a su marido (arts. 57 y 58 del C. c.), etc.

(34) Así lo sanciona expresamente el B. G. B. Cfr. párrafo 1.455.

(35) ¿Podrá oponer la contraparte el *ius retentionis* sancionado por el artículo 1.308 del Código civil? Aunque la solución afirmativa—supuesta la responsabilidad del patrimonio ganancial—es justa, puede aducirse en contra que el artículo 1.308 establece este derecho a favor de *cada parte*

Estas conclusiones parecen claras y justas, lo cual no obsta a que se planteen varios problemas no todos de fácil solución.

*El primero de ellos es el de puntualizar cuál debe ser el límite de la responsabilidad del patrimonio ganancial y qué fundamento legal tiene esa limitación, puntos que están ligados indisolublemente entre sí.*

Para resolver este problema y, en general, todos los que suscita la cuestión que estamos abordando, hay que partir de una base cierta. Supuesto que el acto del marido haya sido realmente oneroso (extremo que admitimos por hipótesis, en otro caso la acción procedente sería la de simulación), dicho acto habrá producido un ingreso y, por tanto, un aumento o enriquecimiento del patrimonio ganancial (en virtud del principio de subrogación real, arts. 1.401-1 y 1.407 del Código civil). Ahora bien, este enriquecimiento del patrimonio ganancial que se ha producido «prima facie» al recibir el marido el contravalor de la enajenación o el gravamen, puede haber sido efímero, y haber desaparecido cuando el acto de disposición sea atacado o, por el contrario, puede estar consolidado o subsistir. Lo primero habrá ocurrido si el marido ha obrado con la intención de sustraer a la mujer su participación en el bien enajenado, quedándose con el precio en su exclusivo provecho o en el de terceros (fraude en sentido estricto), o si, aunque no se haya propuesto deliberadamente disminuir a la mujer ha disipado lo percibido (36). Por el contrario, el enriquecimiento será definitivo si la contraprestación satisfecha por el otro contratante subsiste en el patrimonio ganancial o se ha reinvertido, y también cuando el marido haya destinado lo

*contratante* mientras la otra no devuelva aquello a que le obliga la declaración de nulidad, y la mujer no es ni ha sido parte en el acto impugnado. Además, la mujer no tiene facultades dispositivas sobre los gananciales y no puede por sí y ante sí proceder a la restitución. De admitirse el *ius retentionis*, la mujer tendría que pedir la ejecución de la sentencia conjuntamente contra el marido y la contraparte.

(36) La doctrina entiende (Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, pág. 10) que el enriquecimiento debe existir en el momento de la interposición de la demanda. Únicamente si se trata de enriquecimiento determinado por la percepción de una cantidad de dinero algunos autores opinan que hay enriquecimiento cualquiera que sea el destino dado al dinero percibido. En nuestro caso creemos que hay que distinguir. Si la desaparición o la disminución del enriquecimiento se debe la realización por el marido de gastos cuantiosos e injustificados, o a inversiones respecto de las cuales ha permanecido ajena la mujer, debe entenderse que no ha habido enriquecimiento si la pérdida no se habría producido de haber permanecido en el patrimonio común el bien objeto de la disposición. Pero si la contrapartida se ha invertido habiéndose consumado su pérdida en virtud de causas que igualmente hubieran afectado al bien enajenado (por ejemplo, la pérdida se ha debido al embargo y ejecución promovidos por un acreedor), no puede decirse que la devolución de lo percibido determine un perjuicio que la mujer no hubiera sufrido de la misma manera de no haberse llevado a efecto el acto dispositivo. Naturalmente no procederá devolución alguna en las hipótesis de fraude o de aplicación del precio a costear vicios del marido.

percibido a la satisfacción, de alguna de las que son cargas legales de la sociedad, según los artículos 1.408 y 1.409 del Código civil. Enriquecimiento es, además de aumento del activo, la disminución del pasivo o la satisfacción de una necesidad (37).

El patrimonio ganancial sólo tendrá que responder de lo que hemos llamado enriquecimiento definitivo. El fundamento legal de esta limitación se encuentra en el último párrafo del artículo 1.413 que impone obligadamente esa conclusión, puesto que los actos del marido realizados en contravención del Código o en fraude de la mujer no pueden perjudicar a ésta ni a sus herederos. *De no admitir la limitación indicada, la ineficacia del acto no bastaría para dejar inmune a la mujer de las consecuencias derivadas del contrato celebrado por el marido sin su consentimiento* (38).

El segundo problema que se plantea en este orden de cosas es éste: *¿Deberá ser la contraparte quien pruebe el enriquecimiento del patrimonio ganancial si quiere hacer efectivo su derecho sobre éste, o será la mujer quien tenga que demostrar el destino que ha recibido la contraprestación percibida por el marido si quiere que aquel patrimonio quede al margen de la restitución?*

Aun reconociendo que la cuestión es embarazosa, nosotros nos inclinamos decididamente por la segunda solución. Para justificarla hay que volver al punto de partida. El acto del marido, si ha sido oneroso, ha determinado, por de pronto, un enriquecimiento del patrimonio ganancial. Ciertamente el marido puede haber obrado en fraude (39). Pero la ley no ha establecido (ni tampoco le es lícito hacerlo al intérprete) que la falta de consentimiento de la mujer (o de autorización judicial) constituya una presunción de que el acto ha sido fraudulento. El legislador, al exigir el consentimiento de la mujer para actos de disposición sobre ciertos bienes gananciales, ha creado, indudablemente, un instrumento poderoso de protección contra el fraude del marido por cuanto que permite a la mujer impugnar el acto, abstracción hecha de su carácter fraudulento y porque le asegura el éxito de la acción que puede entablar, desde luego, aunque la contraparte haya sido ajena a los propósitos del marido. Pero la ley se ha detenido aquí. No ha llegado a establecer la presunción de que todo acto dispositivo del marido otorgado sobre inmuebles o establecimientos mercantiles sin consentimiento de la mujer se haya realizado en fraude de ésta. Se ha limitado a ordenar que tales actos no pueden

(37) Cfr. NUÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa*, cit., págs. 114 y sigs.; CASTRO: *Derecho civil de España*, II-I, pág. 186, en relación con el artículo 1.304.

(38) No es necesario invocar una imposible aplicación analógica del artículo 1.304 del Código civil. Sin embargo, este precepto sirve para demostrar que la obligación de restituir, que es consecuencia de la declaración de nulidad, puede estar limitada, cuando así convenga al fin perseguido con aquélla.

(39) Empleamos ahora la expresión en sentido lato.

perjudicarla. Aunque esta afirmación no deba entenderse en el sentido de que la ineficacia del acto realizado en contravención del Código sólo sea futura y eventual (tal como sucedía anteriormente), lo que sí parece evidente es que la mujer debe demostrar el perjuicio para liberar al patrimonio ganancial de la en principio obligada restitución. Ciertamente el consentimiento «uxoris» quiere ser un medio de protección no sólo contra los actos fraudulentos del marido (ver sobre esto lo dicho más atrás), aunque tales actos sean, desde luego, los que principalmente deban preocupar al legislador. Pero, naturalmente, frente a un acto no fraudulento todavía está mucho más justificada la exigencia de que la mujer pruebe los resultados desgraciados de la inversión realizada por el marido, o la desaparición total o parcial de la contrapartida. Lo más que puede concederse en este punto es que la mujer, para que la impugnación prospere, no tenga necesidad de probar el perjuicio. Cosa distinta es que tal prueba se precise para excluir o limitar (respecto de los bienes gananciales) las consecuencias que naturalmente se deriven de la impugnación.

La mujer, si ha resultado enriquecido el patrimonio ganancial (lo que sucede, al menos «prima facie», siempre que el acto haya sido efectivamente oneroso) se ha enriquecido también. Al recuperar el bien enajenado *no lo recupera sólo para ella. Lo reintegra al patrimonio común. Actúa, pues, no sólo en su beneficio, sino también en el de su marido, autor del acto en cuestión, administrador y jefe de aquel patrimonio y facultado para manejar los fondos existentes en el mismo.* Razones de elemental prudencia aconsejan exigir a la mujer la prueba del perjuicio si quiere que el patrimonio ganancial salga intacto de la restitución. *Lo contrario equivaldría a facilitar y casi a estimular las confabulaciones maliciosas entre marido y mujer,* al arrojar sobre la contraparte una prueba que forzosamente le resultará muy difícil y prácticamente imposible en gran número de casos. Este es un peligro siempre tenido en cuenta por el legislador y que el intérprete, por lo tanto, no puede despreciar (40). Siempre le será más fácil a la mujer que a la contraparte probar cuál fué el destino dado por el marido a la prestación recibida. No se olvide que tampoco la mujer necesitará aportar una prueba absoluta. El juez, en nues-

(40) Por estas razones consideramos inaplicable la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al artículo 1.304 del Código civil (cfr. sentencias de 21 de octubre de 1897, 14 de junio de 1899, 17 de octubre de 1916 y 15 de junio de 1918). Esta doctrina ha entendido que la prueba del enriquecimiento corresponde a la persona capaz que contrató con el incapaz. Son evidentes las diferencias que median entre el supuesto del artículo 1.304 y el que ahora estamos estudiando. El Tribunal Supremo, en relación con el artículo 1.304, se inspira en el deseo de proteger al incapaz a quien no juzga con el discernimiento suficiente para dar a lo recibido un destino razonable. Por ello únicamente la prueba concluyente de su enriquecimiento, aportada por el contrata te capaz, constituye al incapaz en la obligación de restituir.

tro Derecho, forma libremente su convicción en torno a la cuestión de hecho y puede fundarse para juzgar incluso en presunciones (lo que es cosa distinta a que la ley establezca una presunción de fraude).

La necesidad de no sacrificar los intereses de la contraparte más que en la estricta medida que exija la protección de la mujer nos apunta, pues, que la naturaleza de la ineficacia de los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» no debe orientarse hacia la hipótesis de actos otorgados sin poder de representación (nulidad del art. 1.259), o hacia el supuesto de disposición en nombre propio del derecho ajeno (41). El «dominus», en ambos casos, es, en principio, totalmente extraño al acto de disposición y a sus consecuencias, lo que no ocurre cuando se trata de la mujer. Por ello mientras es admisible que frente al «dominus negotii» o al «verus dominus» sólo quepa plantear una acción independiente de enriquecimiento sin causa, si efectivamente hubo por su parte algún enriquecimiento, la ineficacia instada por la mujer debe llevar consigo, como consecuencia natural, la obligación de restituir.

4.º *Plazo durante el cual puede la mujer atacar el acto del marido.*

El problema que en este aspecto se plantea es el de saber si la acción de la mujer está o no sujeta a un plazo de caducidad. Si dicha acción se concibe como puramente declarativa, la solución tiene que ser negativa. La acción no constituirá el ejercicio de un verdadero derecho potestativo de impugnación, que es el que puede estar sujeto a un plazo de caducidad (42). La teoría de la acción puramente declarativa se funda en la idea de que el acto dispositivo del marido es *inicialmente ineficaz frente a la mujer*. Se trata de una nulidad o ineficacia relativas similar a la que estableció el artículo 1.259 del Código civil (43).

(41) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, cit., pág. 211.

(42) RODRÍGUEZ ADRADOS, cit., pág. 212, sostiene que la mujer puede ejercer una acción de constatación (de naturaleza declarativa y no sujeta a plazo de caducidad), cuyo fin es pedir la declaración de que el acto del marido es ilegal, acción que incluye el derecho a que se destruyan las consecuencias que el acto haya tenido de hecho.

(43) Se admite hoy la distinción entre nulidad (o ineficacia) relativa y la simple anulabilidad. La nulidad relativa, dice CARNELUTTI (*Sistema* cit., III, pág. 563) es nulidad, porque el acto, por de pronto, y sin necesidad de impugnación, es ineficaz, pero es relativa, porque el defecto determinante de la nulidad puede ser sanado. Para BETTI (*Teoría general del negocio jurídico*, cit., pág. 358) la nulidad relativa puede separarse de la anulabilidad. Este autor tipifica la nulidad relativa atendiendo al dato de que sólo puede ser reclamada por determinadas personas. RODRÍGUEZ ADRADOS (cit., pág. 211) estima que el negocio de disposición al que falta el consentimiento de la mujer es *ineficaz en sentido estricto*. Esta nueva categoría de ineficacia, distinta de la invalidez, y que utiliza parte de la técnica italiana más reciente, no nos parece de gran precisión ni de mucha utilidad. Entendiendo por ineficacia en sentido estricto la determinada por la falta de un requisito exterior al acto resulta que si éste, a causa de la ausen-

A nuestro juicio, la acción de la mujer hay que concebirla como acción de impugnación propiamente dicha y sujeta a un plazo de caducidad. La razón de la ineficacia de los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» ni autorización judicial no está en que dichos actos carezcan de un elemento esencial y sean, por tanto, incómpuestos (44). Y tampoco a que sin la voluntad de la mujer sea imposible la disposición, puesto que esa voluntad puede ser sustituida por la autorización judicial, con lo que falta de base para establecer la analogía con los supuestos de representación sin poder o de venta de cosa ajena (45):

La razón de la ineficacia de los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» o autorización judicial descansa en el deseo de proteger a la mujer frente a los perjuicios que puedan irrogarle aquellos actos. Esta relación de medio a fin (destrucción

---

cia de dicho requisito, no surte en absoluto ningún efecto en nada se diferencia en realidad del acto nulo y, por el contrario, si la falta de un requisito complementario no impide que se produzca una cierta vinculación entre las partes, en tanto sea posible el cumplimiento de este requisito, no parece que la nueva expresión sea muy afortunada. Cfr. en este sentido, las observaciones de CARNELUTTI: *Sistema* cit., III, pág. 558.

(44) Acto incompleto es aquel al que le faltan algunos de sus elementos esenciales. La posibilidad de que los actos incompletos puedan llegar a alcanzar su eficacia normal si son completados, y que en el entretanto puedan surtir algún efecto, depende de que el elemento que falte pueda o no concurrir sucesivamente. Pero los actos del marido, realizados sin autorización uxoria o judicial no adolecen de ningún elemento esencial, pues hay en ellos consentimiento, objeto y causa. El consentimiento de la mujer sólo podría ser elevado a elemento del negocio imaginando que en el negocio dispositivo los dos cónyuges constituyen, unidos, una sola parte contratante, de forma que sólo la concurrencia de sus dos voluntades da lugar a una declaración negocial. Semejante construcción es inadmisibles. La mujer no es parte (propiamente dicha) del negocio, aunque la consienta. El consentimiento «uxoris» puede ser suplido por la autorización judicial, lo que sería incomprensible si se tratara de un elemento constitutivo del negocio en el sentido expuesto.

(45) Ni el marido puede ser equiparado al falso *procurator*, ni la voluntad de la mujer juega el mismo papel que la del *dominus negotii*. El marido contrata generalmente en nombre propio, es el administrador legal de la sociedad de gananciales y, además, cotitular del bien ganancial enajenado o gravado. Mientras la voluntad del *dominus* debe necesariamente concurrir (a través del poder previo o de la ratificación) para que el acto celebrado por el *procurator* le vincule, la voluntad de la mujer puede ser sustituida por la autorización judicial. La intervención del *dominus* en los negocios dispositivos obedece al principio o regla general de que el poder de disposición corresponde exclusivamente al titular del derecho. Pero en la sociedad de gananciales la mujer no es tratada como titular, desde el punto de vista de la administración y disposición, más que de una manera muy incompleta e indirecta. El consentimiento *uxoris* no es aplicación del principio lógico según el cual de los derechos sólo puede disponer su titular, pues si lo fuera no tendría lógica ninguna que sólo se exigiera para disponer de inmuebles o establecimientos mercantiles. La potestad de disposición—según expusimos al comienzo de este trabajo—sigue centrada en el marido, y el consentimiento de la mujer es sólo una limitación impuesta a los poderes dispositivos del varón en obsequio de la mujer y en defensa de la familia. Por eso puede ser sustituido por la autorización judicial.

del acto para reparar los perjuicios que con él hayan podido ocasionarse a determinado sujeto) es la misma que la que se da en la rescisión, y en la nulidad regulada por los artículos 1.300 y siguientes (46). También el fin de la anulabilidad, incluso en sus supuestos clásicos, es el de reparar los perjuicios que se hayan ocasionado con el acto anulable a un sujeto a quien especialmente se quiere proteger. El antecedente de la anulabilidad se encuentra en el instituto romano de la «*in integrum restitutio*» que se proponía proteger a los menores de veinticinco años, sujetos a tutela o a patria potestad, o a los que hubieran sufrido violencia, intimidación, error o fraude, permitiéndoles rescindir los contratos que en tales circunstancias hubieran celebrado y que les hubieran causado perjuicios. La moderna teoría de la anulabilidad se inspira en el fondo en la misma idea, si bien libera al titular de la acción de impugnación de la necesidad de probar el perjuicio y le deja en libertad de discernir si el acto ha sido o no perjudicial (47).

Puesto que el consentimiento «*uxoris*» y la autorización judicial subsidiaria son sólo una prevención contra los perjuicios que ciertos actos puedan ocasionar a la mujer, se comprende que no tiene sentido que la falta de dichos requisitos determine una nulidad perpetua sin otra solución para la contraparte o para terceros adquirentes que la usucapción (48). No se advierte por qué razón la protección que se dispense a la mujer debe ser, en este sentido, distinta de la que se concede a los titulares de acciones de rescisión o anulabilidad. Los intereses de los menores, de los incapaces, de los que han padecido error, dolo, fraude, violencia, intimidación o lesión, son, por lo menos, tan respetables como los de la mujer, y sin embargo, las acciones que se les conceden están sujetas a un plazo de caducidad.

Supuesto que también la acción que se concede a la mujer deba estar sujeta a un plazo de caducidad, el plazo tendrá que ser el de cuatro años, que es el establecido en los artículos 1.299 y 1.301 para

(46) Prescindimos de los casos de ilicitud y de falsedad de la causa, incorrectamente tratados, junto a los de falta de capacidad o vicios del consentimiento.

(47) La anulabilidad, por falta de capacidad o por vicios del consentimiento, no se debe, en realidad, a que el derecho considere irrelevante jurídicamente la voluntad del sujeto. Si así fuera, ¿cómo explicar que el acto anulable produzca efectos y que éstos queden definitiva e irrevocablemente establecidos si el contrato se confirma o si caduca la acción de impugnación? Lo que ocurre es que la Ley quiere proteger especialmente a aquellas personas a quienes considera sin la madurez suficiente o que se han determinado a contratar en condiciones anormales, y les concede el derecho de arrepentirse del acto. Cuando la voluntad falta realmente (casos del infante, del que padece determinadas enfermedades mentales, del sonámbulo, del hipnotizado, etc.) el acto no es anulable, sino radicalmente nulo, o si se quiere inexistente, por falta de consentimiento. Ver sobre este particular las interesantes observaciones de CASTRO: *Derecho civil* cit., páginas 175 y sigs.

(48) Que tendrá que ser la extraordinaria si conocieron el defecto que tiene el acto.

aquellas acciones de rescisión o de nulidad que no tienen señalado otro plazo especial.

Para el cómputo de ese plazo resulta obligada la analogía con lo dispuesto para los actos de mujer casada celebrados sin licencia marital. Los cuatro años empezarán a contarse desde la disolución del matrimonio (cfr. art. 1.301). Las razones que justifican este criterio legal son referibles a los dos casos. Más que el temor a posibles influencias de un cónyuge sobre otro (que, de existir, llevarán a la confirmación) el fundamento de que los cuatro años empiecen a contarse a partir de la disolución del matrimonio se encuentra en la consideración de que hasta ese momento es más fácil ocultar la celebración del acto no consentido (49). Esta forma de computar el plazo rodea la protección a la mujer de las debidas garantías. Sería exagerado, creemos, llevarla más allá.

¿Desde qué momento podrá la mujer ejercitar la acción de impugnación? A nuestro juicio, desde la perfección del contrato. Aunque sea necesario un requisito posterior (tradición o inscripción) para la consecución de los efectos dispositivos del acto, no puede ignorarse que en el contrato radica la médula del supuesto de hecho traslativo. Además el contrato, por sí solo, determina una vinculación del patrimonio ganancial. Parece justo conceder a la mujer la facultad de oponerse a que el contrato se consuma, facultad que puede hacer efectiva impugnando el acto antes de su consumación. Esto no obstante, si se admite que el marido puede pedir autorización judicial después de haber realizado el acto (lo que, a nuestro juicio, según antes dijimos, sólo es posible si el contrato no se ha consumado todavía o si se trata de disposiciones urgentes o necesarias) debe estimarse que, solicitada aquélla, el derecho de impugnación queda en suspenso, hasta que el juez conceda o deniegue la autorización. La oposición, en tales casos, deberá plantearse por la vía del procedimiento especial y abreviado que regula el artículo 1.413 (50).

5.º *¿Debe la mujer, para que prospere la impugnación, probar que el acto fué perjudicial?*

La respuesta, a nuestro juicio, tiene que ser negativa. El consentimiento de la mujer, o la autorización del juez, se exigen como requisitos del acto, por lo que éste es defectuoso, y no simplemente rescindible, si le faltan dichos requisitos. No creemos que la acción de la mujer sea una acción rescisoria. La falta de una exigencia legal debe trascender a la validez misma del acto. Hay además, otras razones. En primer término no parece fácil, salvo

(49) En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA: *Derecho civil*, tomo 20, página 984.

(50) A la acción de la mujer cabe oponer que está pendiente el procedimiento especial regulado por el artículo 1.413. A nuestro juicio, este procedimiento especial no es un acto de jurisdicción voluntaria, ya que en él se resuelve la oposición que plantea la mujer, y concluye con una resolución firme y definitiva en orden al problema discutido (legitimación del marido para llevar a cabo el acto de disposición).



En los casos de acto fraudulento, encajar la acción de la mujer dentro de la rescisión, ya que los casos de lesión con trascendencia rescisoria son «*numerus clausus*» y se concretan a los previstos en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.219, según resulta del 1.293. Las características de la acción de rescisión no parecen acoplarse bien a la fuerte protección que la ley quiere ahora otorgar a la mujer. La acción rescisoria es subsidiaria (art. 1.294), exige la prueba del perjuicio, y su alcance, según resulta del artículo 1.295-2, está limitado a las partes contratantes y a los terceros de mala fe.

Habida cuenta de la «*ratio iuris*» del nuevo artículo 1.413 es lógico admitir que la mujer pueda impugnar el acto sin necesidad de probar que fué perjudicial (51), ya que la prueba del perjuicio puede ser difícil. Recordemos que no se trata sólo de proteger a la mujer frente a actos fraudulentos de su marido, sino también de ampararla contra otra clase de perjuicios (ver sobre esto lo dicho más atrás) menos tangibles. Ahora bien, aunque se dispense a la mujer de la prueba del perjuicio sería razonable (y congruente con la finalidad que persigue el nuevo precepto) que la impugnación pudiera quedar enervada mediante la demostración de que el acto no fué perjudicial (prueba que correría a cargo del marido y demás demandados).

Nosotros nos hemos manifestado contrarios, en la primera parte de nuestro trabajo, a la posibilidad de obtener, con posterioridad a la consumación del contrato, la autorización judicial subsidiaria. Pero esta tesis nuestra no se opone a que dentro de un juicio declarativo, llegue a demostrarse de forma totalmente convincente que el acto no fué perjudicial, quedando con ello destruída la acción de impugnación. Una cosa es que el juez, en presencia de un acto no consumado o no celebrado, pueda juzgar de su conveniencia o de su inocuidad, y otra muy distinta que en el procedimiento especial y abreviado del artículo 1.413 pueda discutirse y menos probarse suficientemente que un acto, quizá realizado hace mucho tiempo, no fué perjudicial. El juicio declarativo, por otra parte, permite la adopción de medidas precautorias (anotación preventiva de la demanda, aseguramiento de bienes litigiosos) que no caben en el procedimiento del artículo 1.413 y que la mujer, lógicamente, tiene derecho a pedir si los bienes han salido ya del patrimonio ganancial.

Dentro del juicio declarativo debiera ser posible la demostración de que el acto no fué perjudicial, obteniendo con ella su firmeza definitiva. Sin embargo, no nos parece nada fácil que este punto de vista pueda prosperar.

Supuesto que el acto del marido, realizado *sin consentimiento* de la mujer o autorización judicial, es un acto al que le falta un

---

(51) Una cosa es que la prueba no sea necesaria para impugnar el acto y otra que se precise la demostración del perjuicio para escapar a las consecuencias de la impugnación.

requisito exigido por la Ley, su calificación como acto anulable al menos parece insoslayable. Ninguna acción de nulidad puede enervarse mediante la prueba de que el acto impugnado no causó perjuicio al que esté legitimado para reclamar aquélla. Quizá teniendo en cuenta que la mujer al impugnar el acto defiende no tanto sus propios intereses como los de la familia (recuérdese que recupera el bien ganancial no para sí, sino para el patrimonio común) podría pensarse en un abuso del derecho de impugnación si se prueba que el acto no ha causado daño y que en cambio puede causar lo la impugnación, que obliga a la devolución de lo percibido.

#### 6.º *Efectos de la acción frente a terceros adquirentes.*

A nuestro juicio, la protección de la mujer sería imperfecta e incompleta si la acción que le asiste sólo fuera eficaz frente a la contraparte. Según hemos puesto de relieve al examinar el punto anterior, la Ley no da base para sostener que la acción de la mujer es simplemente recisoria, ya que ha elevado el consentimiento «uxoris» o la autorización judicial a la condición de requisito del acto, por lo que debe entenderse, como también dijimos, que la falta de dichos requisitos debe afectar a su validez. Incluso la anulabilidad, una vez que haya sido declarada, destruye retroactivamente el acto y alcanza, por tanto, a terceros subadquirentes. El sistema causal que sigue nuestro derecho en materia de transmisión de propiedad y de constitución de derechos reales lleva a ese resultado necesariamente (52).

La acción de impugnación no podrá perjudicar a terceros protegidos por la fe pública registral. El marido puede haber ocultado su estado al adquirir un inmueble y figurar como soltero o viudo al enajenarlo. Si se da este caso, perfectamente posible, el acto se inscribirá sin dificultad, y al no constar en el Registro la causa determinante de la nulidad ésta no perjudicará al tercero que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

#### 7.º *Derechos de la mujer cuando por cualquier causa no pueda prosperar la impugnación.*

La impugnación del acto realizado por el marido puede ser inviable, no sólo si ha transcurrido el plazo de caducidad a que está sujeta la acción, sino también cuando no sea posible recuperar el bien enajenado ni su valor. Imaginemos que los bienes han sido adquiridos por un tercero protegido por la fe pública registral, y que se ha consumado usucapión y que la contraparte, obligada a la restitución del valor (cfr. art. 1.307 del Código civil) (53), es insolvente, o resulta de imposible o difícil localización.

(52) En este sentido, la doctrina dominante. (Cfr. ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho hipotecario. Registros*, I, pág. 345.)

(53) ¿Qué valor? El artículo 1.307 se refiere especialmente al caso de pérdida (en el sentido de destrucción) de la cosa y por ello señala que ese valor será el que tenía la cosa al tiempo de perderse. En los supuestos a que nos referimos en el texto parece más natural que el valor se cifre

La mujer tiene derecho, en todos estos casos, a ser indemnizada de los perjuicios que le haya ocasionado el acto, según se desprende del último párrafo del artículo 1.413, pero este derecho tiene que hacerse efectivo en los casos y con las limitaciones del artículo 1.419 que no ha sido reformado (54).

Una vez disuelta la sociedad se debe aplicar el segundo párrafo del artículo 1.419, pero hay que tener en cuenta que este artículo fué redactado en función de donaciones o enajenaciones ilegales (en el antiguo sentido) a fraudulentas. En consecuencia, no puede aplicarse cuando el marido, aunque sea autor de una enajenación ilegal por haber dispuesto de un inmueble o establecimiento mercantil sin consentimiento de su esposa o autorización judicial, haya reinvertido el importe de lo percibido o lo haya aplicado al levantamiento de las cargas legales de la sociedad. La colación del artículo 1.419 resultaría injusta en tales casos. Por tanto, esa colación sólo procederá cuando el marido haya sustraído a la mujer lo que recibió o lo haya disipado. A lo sumo podrá proceder la colación en los supuestos en que el contravalor, aun habiendo sido reinvertido, se haya perdido en virtud de causas que no hubiesen afectado igualmente a los bienes enajenados de haber permanecido en el patrimonio común. El artículo 1.419 no sirve para que la mujer pueda pretender la reparación de otra clase de perjuicios. Esta solución es, quizá, la más congruente con los principios informadores del régimen de gananciales. La mujer sólo tiene derecho a la mitad de las ganancias si las hay y no puede exigir responsabilidades al marido si la gestión de éste no ha sido afortunada. Con todo no deja de apreciarse ahora una cierta contradicción entre lo que dispone el último párrafo del artículo 1.413 y lo que establece el segundo inciso del 1.419. Ambos preceptos deberían haber sido objeto de una reelaboración más cuidada y detenida.

8.º) *Posibilidad de que la mujer opte, al disolverse la sociedad, entre impugnar el acto realizado en contravención del primer párrafo del artículo 1.413 o la indemnización-colación del artículo 1.419.*

El artículo 1.419 fué interpretado partiendo de la base de que la impugnación sólo es posible cuando la reparación no pueda obtenerse a costa del caudal inventariado. Pero, como antes dijimos, esta interpretación no puede ya sostenerse, al menos respecto de los actos de disposición para los que el marido necesita la

---

de acuerdo con el que tenga la cosa cuando la reclamación prospere, ya que no existen las dificultades que puede representar el saber qué valor tendría la cosa actualmente de no haberse perdido.

(54) La posibilidad de que la mujer pueda recabar del marido una indemnización (con destino al patrimonio común) vigente la sociedad, ha sido admitida por ESCRIVÁ DE ROMANÍ (*Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales en fraude de su mujer*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, fascículo III, pág. 929, y por ROCA JUAN: Ob. cit., página 526).

autorización de su mujer. El derecho de impugnación que asiste a ésta no está condicionado por el hecho de que los bienes existentes en la sociedad conyugal, a su disolución, sean o no suficientes para indemnizarla. Se suscita, pues, la duda de si el sistema ha variado totalmente (la indemnización sería con arreglo a esta primera variante, el remedio subsidiario) o si puede la mujer elegir entre la impugnación o la colación. Aun reconociendo que las dos soluciones son defendibles, nosotros nos inclinamos más bien por la segunda. El patrimonio ganancial, llegado el momento de disolver la sociedad, está ya en trance de liquidación. La reparación del perjuicio causado a la mujer pasa al primer plano. Por tanto, no es ilógico que siga, para resarcirse, el camino que mejor le acomode. Téngase en cuenta que la indemnización-colación, según hemos puesto de relieve en el punto anterior, sólo es posible en la hipótesis de enajenaciones realizadas en fraude o en las que el marido ha disipado lo recibido, sin que subsista en el patrimonio el contravalor de lo enajenado o su inversión. Nos ocuparemos más adelante de esta cuestión al examinar con detenimiento la interpretación del artículo 1.419 en relación con las donaciones prohibidas al marido.

b) *Situación del marido.*

El marido carece, a nuestro juicio, de acción para impugnar el acto de disposición que haya efectuado sin contar con el consentimiento de su mujer ni autorización judicial. Del artículo 1.413, párrafo tercero, se desprende que quienes no pueden ser perjudicados por el acto ilegal del marido son la mujer o sus herederos, de donde parece resultar que sólo una u otros podrán hacer valer la ineficacia del acto. Si la mujer, que es en suma la destinataria del sistema protector instaurado por el nuevo artículo 1.413, no se opone la disposición que ha otorgado su esposo, sería arbitrario, y opuesto al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, permitir al marido impugnar el contrato fundándose en que no obtuvo el consentimiento de su mujer o la autorización judicial. Ni siquiera la aplicación análogica (para nosotros infundada) del artículo 1.259 autorizaría la solución afirmativa. El representante sin poder, dice NÚÑEZ LAGOS (55), no tiene acción para impugnar el acto, pues a él se debe el supuesto del contrato.

Sin embargo, una cosa es que el marido carezca de la acción de impugnación, es decir, que no esté legitimado para pedir la nulidad del contrato y, en su caso, la devolución del bien enajenado, que es su consecuencia, y otra que el marido no pueda oponer a la acción de la contraparte, que le reclame el cumplimiento del contrato, la propia limitación de sus poderes dispositivos. Desde luego, lo más ortodoxo será que la mujer, ante la reclamación del

---

(55) *La ratificación*, «Rev. de Derecho Notarial», enero-marzo 1950, página 39.

otro contratante, ejercite la acción que le asiste, operándose la consiguiente acumulación de autos; pero aunque así no se haga no parece que el juez, si el marido alega la falta de consentimiento de su mujer, pueda condenarle a la consumación de un acto que no ha reunido todos los requisitos legales para su validez. La distinción entre nulidad, o ineficacia, absoluta y relativa, o entre nulidad y anulabilidad (categorías, por otra parte, que nuestro derecho no deslinda clara y tajantemente) no puede llevarse aquí hasta sus últimas consecuencias lógicas con olvido que el derecho no es ni debe ser pura lógica conceptual. Téngase en cuenta, además, que en nuestro caso, el cumplimiento del contrato se exige de quien no es titular de la acción de impugnación, por lo que es razonable que el juez, si se pone de relieve en el proceso el defecto de que adolece el acto, se niegue a ordenar la consumación de un contrato a consecuencia de un procedimiento en el que no ha sido parte la mujer, lo que, además, es distinto a declarar que el acto es nulo o ineficaz.

La contraparte podrá alegar que la mujer del demandado dió su consentimiento, expreso o tácito, y podrá tratar de probarlo por todos los medios admitidos en derecho. Podrá, igualmente, demandar a la mujer con el fin de que se declare judicialmente que había consentido la disposición del marido o que de una forma general, expresa o tácita, había autorizado a su marido para disponer a título oneroso de los gananciales.

Si la oposición del marido a la pretensión del demandante se funda en otras causas no creemos que el juez pueda de oficio apreciar una nulidad que nadie le pide, ni absolver de la demanda en base a una insuficiencia de poderes dispositivos que no se haya alegado. Impone esta conclusión no sólo el carácter rogado de nuestro proceso civil, sino, además, la propia índole de la ineficacia del acto. No se trata de una nulidad, radical, absoluta, sino de una ineficacia que, en principio, sólo puede ser reclamada por la mujer o sus herederos. El juez, si nadie solicita que se pronuncie sobre la validez o nulidad del acto, no puede exigir, por su propia iniciativa, que se acredite el cumplimiento de un requisito, que puede haberse llenado o ser improcedente (por ejemplo, si el marido demandado está casado bajo el régimen de separación de bienes, o si se trata de una finca privativa, etc.) (56).

El marido es responsable, sin limitación alguna, frente a la contraparte del cumplimiento de las obligaciones asumidas o que sean natural consecuencia del contrato (por ejemplo, saneamiento en caso de evicción, por vicios ocultos, etc.). Como la impugnación del acto por la mujer sólo tiene por fin dejar sin efecto la dispo-

---

(56) Si el demandante exige la formalización de escritura pública la sentencia no se podrá cumplir mientras no se acredite el consentimiento de la mujer. Naturalmente, la sentencia condenando al cumplimiento del contrato no prejuzga—con valor de cosa juzgada—la validez del contrato, pues el extremo no se ha discutido en el proceso.

sición, no puede, con ella, liberar al marido de las responsabilidades en que ya haya incurrido. Bien está que de estas obligaciones no responda el patrimonio ganancial, porque si bien es cierto que los bienes comunes responden de todas las obligaciones del marido (cfr. art. 1.408-1) hay que conjugar ese principio con la regla primera del artículo 1.413, y de ahí se sigue que el marido no podrá obligar los bienes gananciales a las resultas de los actos de disposición que lleve a efecto conculcando lo establecido en ese precepto. El patrimonio ganancial sólo es responsable (ver lo dicho más atrás) hasta el límite del enriquecimiento que en él haya producido el acto del marido. En otro caso la protección de la mujer no sería completa. Pero la «ratio iuris» de la ineficacia que estudiamos no obliga a pasar de ahí. El marido debe hacer frente con todos sus bienes a los compromisos que haya contraído.

Si el contrato es impugnado por la mujer el marido es deudor en orden a la devolución de lo percibido, sin sue, naturalmente, tenga límites su responsabilidad. Parece lógico que, probado el enriquecimiento del patrimonio común, el marido tenga derecho a exigir que la devolución se realice, en primer término, con cargo a dicho patrimonio para ser responsable con sus propios bienes solamente por la diferencia. Si el marido ha engañado a la contraparte fingiéndose soltero o viudo, si ha ocultado la falta de consentimiento abusando de la ignorancia de la otra parte, si le ha hecho creer que contaba con el consentimiento de su mujer, o que dicho consentimiento era innecesario por no ser ganancial el bien objeto de la disposición, deberá responder de los daños y perjuicios. Es ésta una consecuencia derivada del dolo contractual, ya que si el dolo incidental obliga a dicha indemnización, con mucha mayor razón nacerá la misma del dolo principal.

### c) *Situación de la contraparte.*

La contraparte queda expuesta, sin remedio alguno a nuestro juicio (57), a la acción de impugnación de la mujer. Sus derechos, en este caso, han sido examinados al estudiar la situación de la mujer y la del marido.

El problema específico que ahora tenemos que plantearnos es el de si también podrá la contraparte impugnar el contrato, fundándose en que el disponente no obtuvo el consentimiento de su mujer ni la autorización judicial.

No creemos que el otro contratante puede ejercitar acción ninguna de impugnación propiamente dicha fundada en la ineficacia del contrato, ya que la «ratio iuris» de esa ineficacia postula que la misma sólo puede ser reclamada por la mujer. Sin embargo, ¿corresponderá a la contraparte una acción de revocación, similar a

---

(57) La contraparte no es un nunca tercero, por lo tanto no puede invocar la protección de fe pública registral. Aunque del Registro resulten datos inexactos sobre el estado del marido, ello no le sirve de amparo. El Registro no garantiza las circunstancias personales del titular registral.

la que sanciona el artículo 1.259, o una acción de resolución por incumplimiento?

La acción de revocación (58), aunque es distinta que la de impugnación, lleva, de hecho, a consecuencias prácticas parecidas. Conduce al resultado de que en tanto la mujer no preste su consentimiento la contraparte es libre de arrepentirse a su voluntad del contrato.

A nuestro juicio, esta solución es inadmisibles, por lo menos siempre que la contraparte haya tenido conocimiento de que el marido obró sin consentimiento de su mujer. Incluso para el caso de contratos celebrados por un falso «procurator» es excesiva la potestad de revocación «ad nutum» que sanciona el artículo 1.259. En el derecho alemán se condiciona esa facultad de revocación (también en el caso de actos de disposición celebrados por el marido sin el asentimiento de su mujer) al requerimiento previo dirigido por la contraparte a quien ha de conceder su autorización y a la contestación negativa del requerido o al transcurso de cierto plazo sin obtener contestación. No vemos posibilidad ninguna de llegar a nada semejante en nuestro Derecho. Hasta PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (59) reconocen que el Código civil español, dados los términos rotundos en que está concebido el artículo 1.259, no proporciona base ninguna para una solución similar.

Por lo menos hasta la fecha, muchos maridos contratan sobre inmuebles, o establecimientos mercantiles, sin haber obtenido la autorización de sus esposas, o simplemente con su conformidad tácita, fundados en la confianza que aquélla tiene en ellos y seguros de que cuando llegue el momento de formalizar la transmisión se prestará o reiterará aquel consentimiento. Todavía, a pesar de que la nueva Ley ha tenido gran difusión, existen maridos, especialmente en los medios rústicos, que no se han enterado de la modificación del Código. Sería realmente perturbador, en todos estos casos, que la contraparte pudiera libremente desligarse de los compromisos contraídos, u obligara a la prueba de un previo consentimiento tácito.

El artículo 1.259 del Código civil, en cuanto concede a la contraparte el derecho de revocación «ad nutum» es un precepto que constituye una excepción a la regla general, o principio, sancionado por los artículos 1.258 y 1.256 de que los contratos obligan a los contratantes desde la prestación del consentimiento sin que su cumplimiento pueda quedar al arbitrio de uno de ellos. Como tal norma excepcional no puede ser aplicada por analogía; menos aún tratándose de un supuesto que presenta claras diferencias (ver lo dicho más atrás) con el de representación sin poder.

En cambio, no nos parece imposible que la contraparte pueda ejercitar en ciertos casos, por lo menos, un derecho de resolución.

(58) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, cit., pág. 214, quien cree que a la contraparte le asiste dicha acción.

(59) Notas al *Derecho civil* de ENNECERUS, tomo I-2, pág. 263.

Del artículo 1.258 del Código civil cabe extraer esta conclusión: Las partes quieren siempre, salvo que otra cosa resulte del contrato, que éste surta plenitud de sus efectos, y, por tanto, operan sobre la base de que el contrato reunirá todos los requisitos y presupuestos necesarios para lograr aquella plena eficacia. Existe en este sentido, una condición sobrentendida, un verdadero deber de cooperación a cargo de ambas partes contratantes teniendo cada una que procurar la realización de dichos requisitos. Si éstos no concurren, el otro contratante debe tener derecho a resolver el contrato (60). Prácticamente ésta es la solución que ha venido a sancionar el Tribunal Supremo (cfr. sentencias de 26 de junio de 1924 y 8 de marzo de 1929) para el supuesto, en algunos aspectos similar desde el punto de vista de la posición del comprador (61), de venta de cosa ajena, si bien las soluciones de dichos fallos tienen un fundamento técnico deleznable, al declarar ambos nula la venta, bien por imposibilidad «material y jurídica de cumplir la obligación», bien en virtud del error padecido por el comprador. Lo que en realidad debe concederse al comprador, aparte de la acción de saneamiento por evicción (cuando se den los supuestos de esta especial figura jurídica) es la acción de resolución por incumplimiento, construcción ésta hacia la que se orienta la más moderna jurisprudencia (cfr. sentencias de 27 de mayo de 1957 y de 5 de julio de 1958) (62).

(60) Evidentemente esta doctrina no puede aplicarse a los contratos celebrados por incapaces. Al decir el Código (art. 1.302) que las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron pone de relieve que al contratante capaz no se le concede ninguna acción que tienda a desligar el cumplimiento del contrato, ni siquiera aunque el incapaz haya disfrazado su incapacidad. (Cfr. CASTRO: *Derecho civil de España*, I-2, pág. 192.) No es necesario insistir en el carácter excepcional del precepto comentado.

(61) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, cit., pág. 211, aunque, al parecer, extiende la semejanza a otros aspectos.

(62) Discrepamos de la tesis sostenida por ALBALADEJO (*La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo XII, 2.ª época, págs. 409 y sigs.) en el sentido de que la obligación de transmitir la propiedad sólo pesa sobre el vendedor cuando expresamente la haya asumido. Tratando de refutar la argumentación contraria (fundada en el artículo 1.258 del C. c.) dice: «El comprador lo que pretende es adquirir la cosa para servirse de ella con la seguridad de que si por derecho sobre ella de un tercero esta utilización se ve perturbada o disminuida, el vendedor responderá de esta contingencia. El profano en derecho no irá más allá. Con sólo rellenar ambos requisitos no dirá que su buena fe se vió defraudada.» A nuestro juicio, esta interpretación de la voluntad del comprador medio es equivocada y no denota gran experiencia en tratar compradores. La realidad es que la gran mayoría de los compradores—sean profanos o peritos en derecho—lo que pretenden es devenir propietarios plenos y seguros—cuanto más seguros, mejor—de la cosa comprada. Ciertamente del Código civil no resulta que la obligación de transferir la propiedad forme parte del contenido contractual, mínimo e indispensable de la venta. Pero ello no se opone a que el vendedor asuma expresamente esta obligación ni a que, por regla general, se sobrentienda que la ha contraído. Recuérdese que el artículo 1.284 del C. c. establece que las cláus-



Planteada la acción que puede asistir a la contraparte como acción de resolución pueden sentarse estas dos conclusiones: 1.º) La resolución no procederá cuando la contraparte haya aceptado los riesgos derivados de la posible impugnación por parte de la mujer. Los acepta si contrata con pleno conocimiento de que el marido no está autorizado por su esposa ni por el juez y sabe que dadas las circunstancias del caso no es presumible que obtenga el consentimiento, o si acepta la consumación del contrato a sabiendas de que el marido no ha sido debidamente autorizado. Si el comprador puede renunciar al saneamiento en caso de evicción, sometiéndose a los riesgos y consecuencias de la misma, con mucha mayor razón es lícito que acepte el peligro que representa la posible impugnación por la mujer. Si la impugnación se produce, las consecuencias no serán las previstas para la evicción, sino las resultantes de la declaración de nulidad. Aunque la contraparte haya asumido todos los riesgos sería inmoral no concederle el derecho a obtener la devolución del precio (63), supuesto que el efecto de la impugnación es la vuelta de la cosa al patrimonio ganancial, que es también patrimonio del marido-vendedor.

2.º) Puesto que la resolución se funda en el incumplimiento de una obligación a condición sobrentendida (en el sentido de proporcionar una propiedad firme al comprador, y no simplemente claudicante) parece que el incumplimiento, para que pueda dar lugar a la resolución, tendrá que ser total y definitivo. Por tanto, mientras esté pendiente el plazo durante el cual ha de consumarse el contrato, no creemos que el adquirente pueda pretender la resolución si no exigió la prueba del consentimiento a la celebración de aquél. Y si hubo error por su parte parece razonable permitirle ejercitar sin más demora la resolución salvo que acredite el

---

sulas de los contratos que admitan diversos sentidos se entenderán en el más adecuado para que produzcan efecto, y que el artículo 1.286 determina que la interpretación habrá de ser la más conforme con la naturaleza y objeto del contrato. De ahí resulta que la cláusula en que se dice que una de las partes «vende» debe ser interpretada en el sentido de que el vendedor se ha obligado a transmitir la propiedad, mientras no haya razones especiales que aconsejen una interpretación diferente. De acuerdo con la función práctica y jurídica de la venta se debe concluir que el comprador tiene derecho a exigir del vendedor que le transfiera la propiedad de la cosa vendida. Lo que sucede es que el comprador no puede pretender la resolución del contrato, si no se han dado los supuestos legales de la evicción (que más de un caso de resolución lo es de cumplimiento de contrato), más que si demuestra de manera concluyente, que el vendedor no es el dueño, que no lo es totalmente, o que su propiedad es resoluble o claudicante. Mientras esto no se prueba, el comprador sólo puede accionar contra el vendedor en caso de evicción. Nótese, por último, que la Jurisprudencia tiende a suavizar los requisitos exigidos por la ley para la evicción, en particular el de la sentencia firme. (Cfr. sentencias de 5 de diciembre de 1925 y de 27 de mayo de 1957.)

(63) Como sucede, en cambio, cuando de evicción se trata, si el comprador ha comprado con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias (cfr. art. 1.477).

marido que ha obtenido el consentimiento o la autorización judicial (64).

Por último, creemos que la contraparte podrá impugnar el contrato, fundándose en el dolo del marido, siempre que éste haya ocultado su estado, la naturaleza de los bienes, o haya afirmado falsamente que estaba debidamente autorizado. Se trata de maquinaciones insidiosas que inducen a una de las partes a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera realizado, por lo que se dan los requisitos del artículo 1.269. El dolo habrá devenido inocuo, y, por tanto, deberá excluirse la impugnación, si antes de plantear ésta la mujer ha consentido el acto del marido.

d) *Situación de los terceros interesados.*

A nuestro modo de ver el acto de disposición realizado por el marido sin el consentimiento de su mujer o autorización judicial es, por regla general, oponible a terceras personas. Creemos que la ineficacia del acto sólo podrá ser reclamada por la mujer o sus herederos. Si en el último término lo que quiere el legislador es que el acto realizado en contravención del Código (por falta de consentimiento «uxoris» o de autorización judicial) no perjudique a la mujer o a sus herederos, parece que cuando la remoción del eventual perjuicio se realice a través de la impugnación del acto, sólo la mujer puede considerarse legitimada para ejercitar la acción pertinente. De la «ratio iuris» del nuevo precepto resulta claramente que el acto sólo es ineficaz si la mujer así lo pide y cuando lo pida.

Con todo, la cuestión no deja de ser discutible (65). En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es demasiado diáfana a la hora de puntualizar quiénes son las personas que pueden pedir que se declare la nulidad o ineficacia de un contrato. Por un lado, las sentencias de 18 de diciembre de 1901, 23 de noviembre de 1903 y 20 de enero de 1936, dicen que sólo las personas obligadas principal o subsidiariamente en virtud de un contrato pueden entablar la acción de nulidad. Pero, en cambio, numerosísimos fallos (entre otros los de 23 de septiembre de 1895, 12 de octubre de 1916, 8 de octubre de 1919, 12 de noviembre de 1920, 23 de mayo de 1925, 20 de noviembre de 1926, 11 de enero de 1928, 3 de enero de 1947, etc.) han afirmado que si bien el artículo 1.302 del Código civil no establece el derecho de terceras personas a ejercitar la acción de nulidad, tampoco lo niega, por lo cual están facultados para ejercitar dicha acción no sólo los obligados principal o subsidiariamente por los contratos sino también los terceros interesados a los que perjudique la obligación. Hay que

(64) Esa es la solución del artículo 1.479 del Código civil italiano si el comprador de cosa ajena ha padecido error. La acción del comprador se configura como acción de resolución y no de anulabilidad.

(65) RODRÍGUEZ ARADOS, cit., pág. 214, sostiene que la ineficacia aprovecha a terceros interesados.

tener en cuenta, sin embargo, que estas sentencias se refieren bien a contratos absolutamente simulados, bien a actos en los que se había dispuesto directa o indirectamente de derechos ajenos o que afectaban más o menos profundamente al contenido y extensión de tales derechos. No sucede así, en nuestro caso, que nada tiene que ver con la hipótesis de simulación (66). Tampoco los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» o autorización judicial alteran ni modifican derechos de otras personas, como no sean los de la mujer, que justamente por eso es titular de la acción de impugnación. La doctrina más autorizada entiende que debe distinguirse entre los casos de anulabilidad en que la acción queda reservada a las personas especialmente facultadas para ejercitarla y los de nulidad absoluta o inexistencia en los que la nulidad podrá también ser solicitada por terceros interesados. A nuestro juicio, cuando esté claro, como ocurre en nuestro caso, que dada la índole de la ineficacia, sólo se ha querido que el acto sea ineficaz respecto a determinada persona, únicamente ésta debe estimarse legitimada para solicitarla.

Sin embargo, hay un supuesto de ineficacia relativa en el que se entiende que aquélla aprovecha también a terceros interesados y particularmente a los acreedores de la persona que puede pedir que se declare la ineficacia. Nos referimos a la hipótesis de representación sin poder. Se entiende que aunque el acto sea ratificado por el «dominus», y pese a la fuerza retroactiva que se atribuye a la ratificación, la misma no perjudica los derechos adquiridos contra el que ratifica y que sean anteriores a aquélla. Se aplica la máxima «ratihabito non retrotrahitur in praejudicium tertii» (67). Así, pues, y en relación concreta con los derechos de los acreedores del «dominus» se entiende: 1.º Que dichos acreedores pueden embargar, antes de la ratificación, los bienes objeto del contrato celebrado por el «falso procurator» (por cuanto, frente al «dominus», el acto, mientras no ratifique, es inicialmente ineficaz, y, por tanto, los bienes continúan en su patrimonio). 2.º Tales embargos no pierden su eficacia aunque después el «dominus» ratifique, ya que la ratificación no tiene, en perjuicio de terceros, alcance retroactivo. La resolución de 3 de marzo de 1953 sanciona expresamente esta doctrina (68).

(66) Salvo que el acto del marido sea simulado, claro es.

(67) NÚÑEZ LAGOS: *La ratificación*, cit., pág. 45.

(68) Los efectos retroactivos del negocio bilateral ratificado—dice esta resolución—han de entenderse sin perjuicio de los derechos adquiridos en el interin por terceros, como declaran la sentencia de 25 de junio y la resolución de 29 de octubre de 1946, reconozca gran parte de los comentaristas, se deduce también del artículo 184 del Código civil alemán, y prescribe el artículo 1.399 del vigente Código civil italiano, acordes con la naturaleza y juego propio de esta institución. Queremos destacar que en el caso objeto del recurso, la Dirección fué probablemente demasiado lejos, y procuró una solución que no autorizan los precedentes legales y doctrinales invocados, ya que la ratificación, en aquel caso, procedía del adqui-

Por nuestra parte, y con relación a los actos dispositivo del marido realizados sin consentimiento de su mujer ni autorización judicial, entendemos:

1.º) Que como el acto sólo puede reputarse ineficaz frente a la mujer, no es posible que los acreedores lo impugnen *directamente* salvo que se haya otorgado en fraude de sus derechos, y en este caso lo procedente será que lo ataquen ejercitando las acciones que al efecto las concede la Ley contra aquellos actos de su deudor que tengan carácter fraudulento, o que vengan afectados por una sospecha tal de fraudulencia que determine su nulidad (nulidad operada por la fuerza retroactiva de la quiebra, paulianas especiales en caso de quiebra, pauliana ordinaria). El hecho de que el marido haya vulnerado el primer párrafo del artículo 1.413, no es motivo para que se dispense a los acreedores un trato más especial y privilegiado que a los demás liberándoles de probar el fraude, lo que sólo es posible en aquellos casos en que la Ley lo presume, con presunción «iuris tantum» o «iuris et de iure».

2.º) Que tampoco consideramos posible que los acreedores puedan, sin más, proceder al embargo primero, y a la ejecución después, de bienes de la sociedad conyugal que hayan sido enajenados por el marido sin llenar los requisitos del artículo 1.413. Volvemos a negar la analogía con el supuesto de representación sin poder. La nulidad (frente al «dominus») del acto realizado por el falso «procurator» se funda en el principio de que sin la concurrencia de la voluntad del «dominus» es imposible la disposición, por lo cual es admisible que la ineficacia del acto se estime como ineficacia inicial. En cambio, la razón de la ineficacia que afecta a los actos realizados por el marido sin consentimiento «uxoris» ni autorización judicial es solamente (ver más atrás) la de amparar a la mujer frente a los posibles perjuicios que le haya podido irrogar el acto. Por esto es más lógico construir esta ineficacia como ineficacia sobrevenida, dependiente de que la mujer estime efectivamente perjudicial el acto del marido y se decida a impugnarlo. La contrapartida del acto oneroso realizado por el falso «procurator» queda fuera del patrimonio del «dominus» (si éste la recibe y acepta habrá habido, normalmente al menos, ratificación), mientras que la satisfecha por la contraparte al marido (*que es el deudor, por regla general*) ha entrado en el patrimonio responsable. Lo que el marido haya podido hacer con esa contrapartida es otra cuestión. Afectará a la fraudulencia del acto (frente a la mujer, o frente a los propios acreedores).

Por consiguiente, entendemos que contra el embargo trabado por un acreedor de la sociedad conyugal el adquirente podrá ejercitar la tercería del dominio. Según admiten la doctrina y la Ju-

---

rente, no del disponente, que era el deudor contra quien se habían dirigido los acreedores. El artículo 184 del B. G. B. que la Dirección cita en apoyo de su tesis sólo deja a salvo claramente los derechos que terceras personas ostenten contra el que puede ratificar.

jurisprudencia, para el éxito de ésta no se precisa que el título del tercerista esté inscrito en el Registro, ni siquiera que conste en documento público (69).

3.<sup>o</sup>) Nos parece, finalmente, que los acreedores de la sociedad no podrán subrogarse en el ejercicio de la acción que corresponde a la mujer. En primer término la acción de impugnación no es un derecho o acción *que corresponda al deudor* (cfr. art. 1.111) pues deudor, generalmente, lo será el marido, aunque de sus obligaciones responda, con su propio patrimonio, el patrimonio común. La acción de impugnación corresponde a la mujer para defensa de sus intereses en la sociedad de gananciales, y en tal sentido la acción debe reputarse intransferible, inherente a su persona, por lo que tampoco, por este lado, parece que pueda admitirse la subrogación (70).

Pensamos, pues, que la posibilidad de impugnar el acto de disposición del marido corresponde exclusivamente a la mujer (o a sus herederos). Esto no quiere decir, sin embargo, que el acto, frente a ciertos terceros a quienes el mismo puede afectar en mayor o menor medida sea oponible *como si se tratara de un acto plenamente válido*.

Los terceros titulares de un derecho de adquisición preferente, ejercitable en función de un acto impugnabile, no tienen, otorgado éste, la carga de ejercitar el derecho si quieren sustraerse a las consecuencias desfavorables que puedan seguirse, para ellos, del no ejercicio de su derecho. Lo cual no significa, evidentemente, que puedan pedir la nulidad o ineficacia del acto. Con relación a nuestro tema tiene interés considerar el supuesto de venta de un piso o local arrendado (otorgada por el marido sin consentimiento de su mujer). A nuestro juicio, el inquilino puede rechazar una adquisición (la suya) que sería impugnabile, sin que por ello quede sujeto al riesgo de que le sea denegada la prórroga (único efecto desfavorable que se sigue para el inquilino, de la transmisión del piso arrendado). Pero una cosa es que la venta no le perjudique

---

(69) Así resulta del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y ha confirmado reiteradamente la Jurisprudencia. La sentencia de 2 de diciembre de 1952 admite que el título del tercerista conste en documento privado. El artículo 1.227 del Código civil no se opone a ello si el juez adquiere convicción de la autenticidad de la fecha y del contenido del documento.

(70) Si los argumentos esgrimidos no se estiman decisivos y pese a ellos se considera posible que los acreedores se subroguen en la acción que corresponde a la mujer, la posición de los acreedores será ésta: 1.<sup>o</sup> Deberán demostrar previamente que el deudor, es decir el marido, no es poseedor de otros bienes (sean privativos o gananciales) suficientes para realizar lo que se les debe. 2.<sup>o</sup> Quedarán expuestos a todas las excepciones que la contraparte hubiera podido oponer a la mujer. Por lo tanto, al *ius retentionis* si se estima que puede ser ejercitado frente a la mujer. 3.<sup>o</sup> Siempre que el patrimonio ganancial haya de responder de la devolución de lo percibido, y supuesto que no se admita el ejercicio del *ius retentionis*, la contraparte concurrirá como un acreedor más por su crédito a que le sea devuelto lo que satisfizo.

(en el sentido expuesto) y otra que pueda pedir la nulidad de aquélla (71).

En el caso de traspaso de local de negocio (especialmente interesante para nosotros) creemos que el dueño no está obligado a aceptar la previa oferta que debe formularle el que traspasa si dicha oferta ha sido hecha sin consentimiento de la mujer. Nadie puede ser colocado en la alternativa de celebrar un contrato impugnabile o de soportar una consecuencia legal adversa. Por tanto, si el arrendador rechaza la oferta (y a nuestro juicio puede hacerlo, cuando el consentimiento de la mujer sea necesario y se haya prescindido de él) no debe realizarse el traspaso. Si se lleva a efecto, el dueño podrá desconocer el traspaso o resolver el arriendo fundándose en que no se han cumplido los requisitos de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pero si opta por percibir la participación que legalmente le corresponde en el precio no creemos que pueda hacer nada, sobre todo si supo que el traspaso se realizó sin intervención ni consentimiento de la esposa del transmitente. Menos aún podrá, en este caso, pretender la resolución del arriendo como si se tratara de un traspaso ilegal.

Puede ocurrir que el titular del derecho de adquisición decida ejercitarlo. En tal caso queda equiparado a la contraparte, en cuyo lugar se subroga, y sólo podrá pretender la resolución del contrato en los casos y circunstancias que antes vimos.

En resumen, una cosa es que sólo la mujer (o sus herederos) puedan pretender la reintegración al patrimonio común del bien enajenado ilegalmente por el marido (o la liberación del gravamen impuesto) y que, por consiguiente, nadie pueda estimar que dicho bien sigue perteneciendo a ese patrimonio en tanto la mujer no lo pida, y otra muy distinta que se imponga a un tercero la carga de realizar un acto impugnabile si quiere eludir una determinada situación o consecuencia. Para que el tercero pueda ser colocado en tal alternativa es necesario que el acto del cual deriva la misma sea un acto totalmente perfecto y plenamente eficaz. Las soluciones que hemos apuntado son referibles igualmente a cualquier supuesto en que el acto en cuestión no sea plenamente válido, cualquiera que sea la causa determinante de la invalidez y el grado de ésta (72). El silencio legal en este punto debe ser suplido por el intérprete entendiendo que la Ley toma siempre como punto de partida, en los casos expuestos o en otros similares, un negocio completamente válido y eficaz.

---

(71) La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, con buen criterio, ha limitado el alcance de la acción que concede al inquilino, en caso de venta de su vivienda o local a precio superior al legal, concediéndole el único efecto de enervar el derecho de denegación de próroga.

(72) Por ejemplo, si se trata de actos realizados por mujer casada sin autorización marital u otorgados por persona sin autorización marital, u otorgados por personas sin capacidad o legitimación suficiente.

Examinadas las situaciones de los diversos interesados en un acto de disposición realizado por el marido sin consentimiento «uxoris» o autorización judicial, y apuntadas las soluciones que consideramos más justas, y más conformes con la «ratio iuris» del nuevo precepto, y la necesaria acomodación del mismo a los principios informadores de la sociedad de gananciales, ¿cuál es la consecuencia teórica que se saca de dichas soluciones? Es decir ¿qué calificación jurídica corresponde, desde un punto de vista técnico, a la ineficacia que afecta a aquellos actos?

A nuestro juicio, los resultados a que conduce la investigación que hemos realizado demuestran que nos encontramos *ante un tipo especial de anulabilidad*. La infracción del artículo 1.413, en su primer párrafo, otorga a la mujer un derecho potestativo de impugnación para destruir las consecuencias del acto en lo que se refiere al patrimonio ganancial. Se trata, pues, de anulabilidad por cuanto la ineficacia sólo se produce si la mujer lo solicita. Pero se trata de anulabilidad especial, no sólo porque los requisitos y presupuestos de la acción que corresponde a la mujer son distintos a los que fundamentan la acción de anulabilidad en las hipótesis clásicas de actos anulables, sino porque, además, es también distinto su alcance, ya que la ineficacia, una vez reclamada, no es tan absoluta como para destruir todos los efectos que haya surtido el acto. No es esta última característica un imposible jurídico ni un fenómeno que sólo se dé en este caso. Como dice BETTI (73), la nulidad y la anulabilidad pueden ser absolutas o relativas, lo que depende (especialmente por la que respecta a la anulabilidad) no tanto, o no sólo, de que sólo tengan derecho a invocarla determinadas personas, sino de que la ineficacia no se produzca íntegramente respecto de todos los interesados. En nuestro caso la declaración de nulidad no atenta a la subsistencia de las obligaciones y responsabilidades que el marido haya podido contraer a consecuencia del acto realizado, sin perjuicio de que, naturalmente, destruya, por completo y frente a todos (salvo que se trate de terceros protegidos por la fe pública registral), el efecto fundamental del acto, es decir, el dispositivo (74).

Las objeciones que pueden oponerse a nuestra conclusión de

---

(73) Ob. cit., págs. 358 y sigs.

(74) De nulidad (o más ampliamente de ineficacia) absoluta o relativa se puede hablar en un triple sentido: con relación a las personas que pueden reclamarla (cualquier interesado o sólo las personas especialmente legitimadas), con relación a su carácter subsanable o insubsanable y, finalmente, en atención a su mayor o menor alcance, según que se excluyan todos los efectos del acto o sólo aquellos que no debe producir frente a determinada persona. En la venta de cosa ajena, o en la realizada a nombre de otro sin poder suficiente, cuando el representante ha asumido expresamente las responsabilidades derivadas del acto o ha contratado sin dar conocimiento de su falta de poder (cfr. art. 1.725 del C. c.), el acto es ineficaz frente al *dominus*, pero no entre comprador y vendedor o entre vendedor y apoderado.

que los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» o autorización judicial son anulables tienen un valor puramente conceptual y ni siquiera en este terreno son exactas. Se dirá que la anulabilidad sólo se da en los supuestos de falta de capacidad o de vicios del consentimiento, mientras que el consentimiento «uxoris» pertenece a la esfera de la legitimación y es una «condicio iuris» del acto (75)

La afirmación de que sólo hay anulabilidad en los casos de falta de capacidad o de vicios del consentimiento no pasa de ser una petición de principio. Desde un punto de vista lógico no hay razón alguna que obligue a vincular este tipo de ineficacia a dichas causas. La anulabilidad no se caracteriza por su origen, sino por la forma y el modo de producirse la ineficacia. No se excluye la eficacia inicial del acto, pero si éste es impugnado por la persona legitimada se destruyen retroactivamente sus efectos. Es el legislador (y en su caso el intérprete) quien tiene que discernir, ponderando la finalidad perseguida por la norma al exigir para la eficacia de un acto la concurrencia de determinados requisitos, si la ausencia de éstos ha de provocar su anulabilidad o un tipo más (o menos) fuerte de ineficacia. Por esto no es admisible vincular la anulabilidad a un número exclusivo y cerrado de causas. El derecho positivo nos enseña que hay casos de anulabilidad que no se fundan en la falta de capacidad ni en los vicios del consentimiento. En el nuevo Código civil italiano, nos indica BERRI (76), hay casos de simple anulabilidad derivados de falta de legitimación y no de incapacidades o de vicios del consentimiento. Así los regulados por los artículos 1.394 y 1.395 (que se refieren al autocontrato y a los actos realizados por el representante cuando sus intereses estén en conflicto con los del representado), y los previstos por los artículos 320, 374 y 375 que se ocupan de los contratos otorgados por el autor o por el titular de la patria potestad sin autorización judicial. Nuestro derecho también ofrece casos en que la anulabilidad no tiene su origen en la falta de capacidad o en los vicios del consentimiento (77). A nuestro juicio, la anulabilidad que afecta a los actos celebrados por mujer casada sin licencia del marido no tiene por fundamento una supuesta incapacidad de la mujer. Aparte de que la mujer casada no es propiamente incapaz (78), lo cierto es que la anulabilidad de los contratos que otorgue sin autorización marital no puede ser regulada de la misma forma que la anulabilidad originada por la verdadera

(75) Cfr. RODRÍGUEZ ABRADOS: Lgc. cit., págs. 210 y 211.

(76) Ob. cit., pág. 353.

(77) Así los acuerdos de juntas generales de sociedades anónimas que contradigan los estatutos o en los que se sacrifique el interés de la sociedad al de uno o varios accionistas (arts. 67 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas); la impugnación (particularmente en la Ley de 1946) de ventas de pisos o locales arrendados a precio superior al de capitalización, etc.

(78) Ver sobre esto lo dicho anteriormente.



incapacidad a los vicios del consentimiento. Mientras el artículo 1.302 establece que podrán ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, el artículo 65 dispone que son el marido o sus herederos los que pueden pedir la nulidad de los actos que la mujer casada lleve a cabo sin la autorización de su marido o la judicial subsidiaria. Es decir, la propia mujer casada no puede pedir la nulidad, como podría hacerlo si realmente fuera incapaz. Por no tratarse de un verdadero caso de incapacidad, dice CASTRO (79), no son aplicables a los contratos otorgados por mujer casada los artículos 1.304 y 1.314 del Código civil.

Sostener que el consentimiento de la mujer (o la autorización judicial) es una «condicio iuris» del acto de disposición otorgado por el marido, equivale a no decir nada o a prejuzgar el problema de la trascendencia que haya de tener la ausencia de aquellos requisitos. Empieza por ofrecer graves dificultades la determinación de lo que deba entenderse por «condicio iuris». La doctrina ha empleado esta expresión en un sentido tan amplio y ha querido designar con ella cosas tan variadas que no es de extrañar que voces autorizadas hayan manifestado que la ciencia jurídica debiera desterrar un término que no se corresponde con ningún concepto positivo (80). Para ver de salvar el instituto y al mismo tiempo para hacer del mismo una noción útil se ha procurado construir la «condicio iuris» de modo paralelo a la «condicio facti» (81). Se entiende así por «condicio iuris» aquel evento (establecido por la Ley y no por la voluntad de las partes), distinto del acto propiamente dicho, posterior a él (futuro), y de realización no segura (incierto) al que se subordina la eficacia del negocio (82). Admitidas estas delimitaciones no parece que el consentimiento uxoris sea una verdadera «condicio iuris» (83). Por otra parte no deja de ser discutible que el juego de la «condicio iuris», y su régimen jurídico, sean equiparables al de la «condicio facti». Se ha negado que sea característica de la «condicio iuris», al revés de lo que ocurre en la «condicio facti», la retroactividad (84). Finalmente,

(79) *Derecho civil de España*, II-1 pág. 264, nota 3.

(80) En este sentido POLACCO: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, pág. 235; SAGESSE: *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, pág. 336, etc.

(81) A esta orientación responde la construcción de FALZEA: *Ob. cit.*, págs. 94 y sigs. Más rotundamente aún CARLUCCI: *Sistema*, cit., tomo III, pág. 254.

(82) FALZEA (Obra y lugar citados) perfila aún más el concepto y lo separa de las que llama fuentes de imputación objetiva y subjetiva.

(83) Por eso dice FALZEA (Obra y lugar citados) que cuando «la causa de eficacia deba normalmente existir al celebrarse el acto, aunque su ausencia pueda ser ulterior y sucesivamente sanada, se está fuera del concepto técnico de «condicio iuris».

(84) Ver en este sentido las opiniones recogidas por FALZEA (*Ob. cit.*, pág. 122, y BERTI: *Ob. cit.*, pág. 390) quien niega la aplicación, por analogía, a la «condicio iuris» del régimen establecido para la «condicio facti».

y aunque la ley subordine la eficacia de un acto a determinados eventos hay que saber si los efectos del negocio quedan suspendidos hasta que el evento se produce o si la no realización del evento opera el nacimiento de un derecho de impugnación, con lo cual la «condicio iuris» se aproxima más a la condición resolutoria que a la suspensiva. CARNELUTTI (85) explica la anulabilidad, precisamente, imaginando que el acto anulable queda sujeto a una «condicio iuris» resolutoria o extintiva. En resumen, pues: No es claro que el consentimiento «uxoris» sea una «condicio iuris» propiamente dicha. Aun admitiendo que lo fuera ello no nos proporcionaría una base segura para puntualizar el valor jurídico de los actos del marido otorgados sin consentimiento de su mujer o autorización del Juez. Sólo incurriendo en una petición de principio cabe sostener que el consentimiento «uxoris» funciona como una «condicio iuris» suspensiva. El hecho de que el consentimiento de la mujer se exija como requisito del acto no es a nuestro juicio argumento válido, ya que también la necesidad de la licencia marital se formula en parecidos términos (86) y, sin embargo, su falta no priva al acto de efectos sino que solamente lo hace impugnabile por el marido o sus herederos.

Los argumentos que pueden oponerse a la tesis que sustentamos tienen, incluso en el terreno puramente conceptual, muy poco valor. Pero si el problema lo planteamos desde el punto de vista teleológico y sistemático la anulabilidad parece el tipo de ineficacia preferible. Ya hemos indicado que el fin de la anulabilidad, incluso en los supuestos clásicos, no es en el fondo otro que el de permitir a determinado sujeto, a quien especialmente se quiere proteger, que pueda deshacer un acto que quizás le haya resultado perjudicial, dejándole en libertad de ponderar si lo ha sido o no. Prácticamente la discriminación entre anulabilidad y nulidad (distinción que no es tajante ni diáfana en nuestra derecho) se centra en tres aspectos: Personas a quien se concede acción para reclamar la nulidad, posibilidad de confirmación, y caducidad de la acción concedida para reclamar aquélla. Como hemos visto la «ratio iuris» de la nueva norma y su adaptación al sistema general de la sociedad de gananciales postula: la limitación en cuanto a las personas que hayan de poder reclamar la ineficacia de los actos del marido, la posibilidad de confirmación, y, finalmente, la improcedencia de sancionar una acción puramente declarativa, sin plazo de caducidad.

No hay razón para equiparar cualquier limitación del poder dispositivo a la falta de poder. Cuando la limitación consista en la necesidad de someter ciertos actos al control de otra persona o de la autoridad judicial, para evitar que el titular del poder de

(85) Ob. cit., pág. 567.

(86) Incluso más rigurosos. El artículo 1.387 dice que la mujer no podrá anejenar, gravar ni hipotecar sin licencia de su marido.

disposición haga de él un uso indebido o perjudicial para los intereses que debe proteger, la anulabilidad es, posiblemente, la solución más racional. Por ella se inclina, según antes indicábamos, el nuevo Código civil italiano, con referencia a supuestos distintos pero en los que también el poder de disposición se ostenta por razón de oficio.

Así pues, la acción de impugnación que asiste a la mujer se perfila, en nuestra opinión, como acción de anulabilidad. Ello no significa, según ya hemos puesto de relieve, que nos encontremos ante un tipo de anulabilidad similar al que originan la falta de capacidad o los vicios del consentimiento. Los requisitos y presupuestos de cada acción, e incluso su alcance, tienen que depender de la causa que dé origen a la misma. A lo largo de la exposición que antecede han quedado determinadas cuáles son, a nuestro juicio, las especialidades y las características propias de la acción que corresponde a la mujer, que en parte, no totalmente, coincide con la que asiste al marido o a sus herederos para impugnar los actos celebrados por aquella sin la licencia o autorización que la ley le exige.

---

Supuesto que, para nosotros, los actos del marido otorgados contraviniendo lo dispuesto por el artículo 1.413 en su primer párrafo son anulables, y supuesto, así mismo, el paralelismo (no identidad) entre consentimiento uxoris y licencia marital ¿será lícito aplicar a los actos dispositivos del marido la doctrina sentada—en cuanto a su escrituración e inscripción—para los contratos celebrados por mujer casada sin licencia del marido? (87) A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa. El artículo 169 del Reglamento Notarial es un precepto de índole excepcional, y por tanto es cuando menos muy discutible que pueda ser aplicado analógicamente. El párrafo segundo del artículo 145 del propio Reglamento impone al Notario el deber de negar su ministerio en toda una serie de casos, y de modo general siempre que por los interesados se quiera prescindir de alguno de los requisitos necesarios *para la plena validez del acto o contrato*. Y aunque es cierto que el Reglamento Notarial no pudo tener en cuenta la situación creada ahora por la modificación del artículo 1.413, la última reforma del Reglamento hipotecario, posterior a la del

---

(87) A pesar de que el artículo 169 del Reglamento Notarial sólo permite otorgar estas escrituras subordinándolas a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento del marido, la práctica, siguiendo la doctrina de la Dirección General de los Registros (Resoluciones de 19 de julio de 1922 y de 15 de diciembre de 1933, principalmente) consideraba inscribibles estas escrituras siempre que se hiciera constar en la inscripción la falta de licencia.

Código civil, sólo alude en el artículo 94 a la inscripción de actos otorgados por mujer casada sin licencia de su marido (88).

Sin embargo quizá fuera más justificado admitir la formalización escrituraria y ulterior inscripción de actos dispositivos otorgados por maridos no autorizados que la de contratos celebrados por mujer casada sin licencia, aunque ni en un caso ni en otro la justificación esté muy clara. Refiriéndose a los actos de mujer casada otorgados sin licencia del marido dice CASTRO (89) (en función de la doctrina elaborada por la Dirección primero, por el Reglamento Notarial después y que ahora ha concluido de consagrar el Reglamento hipotecario) *que son actos presuntamente válidos*. Indudablemente, y a la luz de las soluciones mantenidas por el Centro Directivo y los Reglamentos citados, la calificación parece correcta. Pero lo que ni el admirado maestro, ni la doctrina de la Dirección, ni mucho menos, claro es, los Reglamentos, Notarial e Hipotecario, explican, es *cuáles son las razones sustantivas* en virtud de las cuales puede defenderse en *derecho civil español* semejante tesis. Decir que los actos de mujer casada otorgados sin licencia marital son presuntamente válidos porque surten sus efectos mientras no se impugnen y porque la acción para reclamar la nulidad sólo compete al marido y a sus herederos, no son motivos suficientes, y si lo fueran deberían extenderse, para dispensar igual calificación (con idénticas consecuencias por tanto) a los demás actos anulables, pues en todos ellos se dan esas características especiales (eficacia inicial y limitación en orden a los titulares de la acción de impugnación). ¿Se podrá decir que los actos de mujer casada otorgados sin licencia marital son presuntamente válidos porque en tanto que el marido no se oponga a ellos se presume concedida la licencia? Francamente y salvo en los casos de ejercicio del comercio por mujer casada con conocimiento pero sin oposición de su marido no se nos alcanza cuáles sean las normas que pueden invocarse para fundar semejante presunción. Si hay razones de orden práctico que la justifican, creemos que dichas razones son igualmente referibles a los actos de disposición del marido sobre bienes gananciales, y en ellos dicha presunción tendrá el mismo si no mayor fundamento.

No creemos que, al menos por ahora, puedan autorizarse ni inscribirse escrituras relativas a actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles si el marido no ha obtenido el consentimiento de su mujer ni la autorización judicial subsidiaria. Sin embargo esto no quiere decir que para proceder a la autorización de dichas escrituras sea requisito indispensable que se acredite al Notario, fehacientemente, la prestación del consentimiento. Nos parece posible otorgar la escritura en base a la afirmación del

(88) No hubiera sido prudente que el Reglamento Hipotecario hubiera prejuzgado tan pronto el valor jurídico de los actos del marido otorgados sin consentimiento de su mujer.

(89) Ob. cit., pág. 264.

marido (hecha bajo su responsabilidad y con sujeción a todas las consecuencias que se derivarían de la inexactitud de su aseveración) de que se halla autorizado por la mujer. Aunque no se trate de un caso de representación creemos que puede aplicarse por analogía el párrafo segundo del artículo 164 del Reglamento Notarial. La escritura hecha en estas condiciones no será inscribible hasta que se justifique en forma fehaciente la prestación del consentimiento (90).

## II

### *Requisitos y caracteres del consentimiento «uxoris».*

#### A) *Requisitos.*

Estudiaremos los referentes a la *capacidad* para prestarlo, al *objeto* sobre el que ha de recaer, y finalmente, a la *forma* en que puede ser otorgado.

##### a) *Capacidad.*

Los problemas que se plantean en este orden de cosas tienen como punto de partida que la mujer sea incapaz o tenga su capacidad limitada (no como mujer casada, sino como mujer simplemente, es decir, por razones ajenas a su estado matrimonial).

##### 1.º *Mujer menor de edad.*

¿Puede prestar por sí el consentimiento requerido por el artículo 1.413, o necesita la conformidad de su padre, madre o tutor? La cuestión tiene evidentes concomitancias con la que se formula la doctrina al preguntarse si el menor de edad puede autorizar a su mujer para la enajenación de bienes dotales inestimados o parafernales. El sentir de la mayoría se inclina por la necesidad de que el marido menor, obtenga el consentimiento de su padre, madre o tutor (91).

Creemos que lo mismo hay que sostener en nuestro caso. Es cierto que la mujer no otorga el acto de disposición conjuntamente con el marido, ni es tampoco titular del poder dispositivo sobre los bienes gananciales (ver lo dicho en la primera parte del trabajo), pero no lo es menos que, al dar su conformidad, consiente y hace firme la enajenación o el gravamen de un bien que forma parte del

(90) Presentada la escritura en el Registro no podrán practicarse anotaciones preventivas de embargos derivadas de mandamientos presentados con posterioridad a la fecha del asiento de presentación de la escritura. Si, dentro del plazo de vigencia del asiento, se acredita fehacientemente la prestación del consentimiento. El acto, aún a falta del consentimiento de la mujer, es impugnabile, pero no ineficaz «ab initio». El consentimiento «uxoris» será confirmación, no ratificación propiamente dicha. Por eso no es de aplicación la Resolución de 3 de marzo de 1953.

(91) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral, Notarías*, tomo II, vol. 1.º, 1939, pág. 322, y autores por él citados.

patrimonio común y que, por tanto, le pertenece en la medida en que participa como comunera de dicho patrimonio. La disposición de un bien ganancial es también disposición para la mujer, aunque no sea ella quien disponga. La mujer no es titular del poder de disposición, pero tiene la potestad de eliminar las consecuencias de ciertos actos dispositivos si no se ha contado con su consentimiento o si el marido no ha obtenido la autorización judicial. Al consentir el acto dispositivo del marido renuncia a su derecho de veto. Su consentimiento tiene, para la mujer, igual trascendencia que una disposición, aunque, respecto del acto, tal consentimiento no tenga el mismo valor que el del titular del poder dispositivo. Como dice ENNECERUS (92)—aunque el asentimiento a un negocio de disposición no se confunde con éste—equivale a una disposición para el que asiente.

... Así las cosas hay que distinguir según que la mujer sea mayor o menor de dieciocho años. Si es menor de dicha edad la autorización del padre, madre o tutor será necesaria para todo acto de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles. Cuando la mujer menor tenga más de dieciocho años dicha autorización no será necesaria para disponer de establecimientos mercantiles ya que a ellos no se refieren los artículos 59 y 317 del Código civil.

Siendo la mujer mayor de dieciocho años no se exigirá el consentimiento para hipotecar establecimientos mercantiles en garantía de préstamos concertados por el marido, ya que éste es quien se obliga y quien obliga a la sociedad de gananciales, lo que puede hacer sin consentimiento de la mujer que sólo se precisa para la constitución de la garantía. No juega pues la limitación que pesa sobre el menor emancipado respecto a su capacidad para tomar dinero a préstamo. El patrimonio de la mujer no queda afectado por el préstamo aunque consiente la hipoteca, y el patrimonio ganancial queda en todo caso vinculado por el acto del marido, sólo la afectación especial que representa la hipoteca no es posible sin el consentimiento de la mujer.

Si el padre, madre o tutor de la mujer no dan su consentimiento el marido podrá solicitar autorización judicial, toda vez que el consentimiento dado por su mujer sin la conformidad de aquellos no sería un consentimiento válido. Siempre que el consentimiento «uxoris» falte (cualquiera que sea la causa) el marido puede acudir al Juez.

## 2.º *Mujer incapacitada o ausente.*

La solución nos la da el propio artículo 1.413. Exige la autorización judicial en *defecto* del consentimiento de la mujer. La expresión subrayada cubre tanto los casos en que la mujer no quiera prestar su consentimiento como aquellos en que no pueda.

(92) Ob. cit., págs. 386 y 387 del tomo I-2.

La nueva Ley parece inclinarse por la solución de que el consentimiento «uxoris» sólo puede ser prestado por la propia mujer. La autorización judicial sustituye o suple ese consentimiento; no es un consentimiento prestado en nombre de la mujer. Únicamente la mujer está legitimada para consentir el acto de disposición del marido. Si tal consentimiento falta, es necesario acreditar que el acto no es perjudicial, y nadie más que el Juez, a solicitud fundada del marido, puede estimarlo así.

No es posible, por tanto, que el marido eluda la autorización judicial fundándose en que el acto le ha sido permitido por el Consejo de familia, o por el tutor de la mujer si no es a él a quien corresponde la tutela (93). El legislador no ha querido que la enajenación o gravamen de bienes gananciales se equipare, por lo que respecta a la participación que en ellos corresponda a la mujer incapaz, a la disposición de los bienes privativos de la misma. La aplicación de las normas que regulan la enajenación de inmuebles o de bienes cuyo valor exceda de 4.000 pesetas pertenecientes a tutelados exige el requisito de la pública subasta y acaso por estimar improcedente y perturbadora esta garantía, tratándose de bienes gananciales, se ha preferido sustituir la intervención del organismo tutelar por la autorización judicial. Esta sustitución constituye una prueba más de que la potestad de disposición no está atribuida conjuntamente a los dos esposos, sino solamente al cónyuge que ostenta la administración, que, normalmente, es el marido. El artículo 1.413 brinda una solución semejante a la sancionada por el artículo 1.444 para el caso de que sea la mujer quien ejerza la administración de la sociedad conyugal, por habersele transferido dicha administración en cualquiera de los supuestos previstos por el artículo 1.441. Pero se observa la anomalía (si el artículo 1.444 se interpreta de acuerdo con la doctrina hoy dominante en el sentido de que la expresión «aquéllos (bienes) cuya administración se le haya transferido» se refiere sólo a inmuebles) de que la mujer no precisara licencia judicial para enajenar o gravar establecimientos mercantiles y sí, en cambio, el marido (94).

Por aplicación analógica de lo que dispone el artículo 1.441, en relación con el 1.444, entendemos que podrá acudir a la autorización judicial subsidiaria cuando la mujer, sin estar incapacitada, esté de hecho impedida para dar el consentimiento (por ejemplo en

---

(93) En caso de ausencia la necesidad de la autorización judicial coincide con la regla general del artículo 186 para la enajenación de bienes de los declarados ausentes.

(94) Si el marido prescinde de la autorización judicial no creemos que el acto pueda ser confirmado o convalidado por el tutor o por el protutor (si el marido fuera el tutor) de la mujer. El artículo 275 prohíbe a los tutores (y consiguientemente los protutores cuando por incompatibilidad de interés sustituyan al tutor) renunciar derechos pertenecientes al pupilo. Como no son ellos quienes tienen que autorizar la enajenación es lógico que no puedan después confirmarla. Lo que sí pueden hacer, por supuesto, es ejercitar la acción de impugnación.

casos de enfermedad que no sea causa determinante de incapacitación, de ausencia con paradero conocido si no existe posibilidad de obtener comunicación en tiempo oportuno, etc.).

b) *Objeto.*

El consentimiento de la mujer debe referirse a la actividad dispositiva del marido sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles que tengan naturaleza ganancial.

La determinación exacta de cuáles son los actos que entran en la expresión legal, o sea, el examen detallado de los actos para los que el marido precisa la autorización de su mujer, será objeto de estudio aparte.

Por el momento interesa sólo hacer constar que el asentimiento de la mujer puede referirse tanto a un acto concreto como a varios, o concederse de una manera general para todos los actos de disposición que el marido se proponga realizar respecto de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles.

No vemos razón ninguna que abone la tesis de que el consentimiento «uxoris» haya de prestarse con carácter especial para cada acto de disposición. Cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya al nuevo instituto, la viabilidad del consentimiento general parece indiscutible. Aun suponiendo que la nueva ley haya querido atribuir conjuntamente la potestad de disposición a ambos cónyuges—lo que no es así, a nuestro juicio—nada se opondría a que la mujer concediera un poder general a favor de su marido como puede hacerlo respecto de sus bienes privativos. El asentimiento también puede concederse de un modo general. Así se ha admitido con total unanimidad para la licencia marital. Finalmente la «ratio iuris» del nuevo precepto en nada se opone a la concesión de un consentimiento general. Se trata de poner en manos de la mujer un medio de protección de sus intereses en la sociedad de gananciales. Es, pues, a ella a la que corresponde calibrar el uso que ha de hacer de esa protección, en función de la confianza que le inspire su esposo, de la misma manera que es el marido quien gradúa el alcance de la licencia que quiera conceder a su mujer.

c) *Forma y modalidades.*

El consentimiento «uxoris» puede prestarse antes de celebrarse el negocio de disposición de que se trate, simultáneamente al otorgamiento de dicho negocio, o con posterioridad a él. Las razones que justifican la concesión de un consentimiento general amparan igualmente la posibilidad—indiscutible a nuestro juicio—de que el consentimiento «uxoris» se conceda previamente. Así lo ha sancionado ya la práctica superando alguna opinión aislada en contrario que de prosperar hubiera convertido la nueva exigencia legal en un requisito tremendamente perturbador. En cuanto al otorgamiento del consentimiento «uxoris» a «posteriori» nos re-



mitamos a lo que sobre la cuestión dijimos al ocuparnos del valor jurídico de los actos dispositivos del marido realizados sin la concurrencia de aquel consentimiento. Ningún inconveniente se opone, a nuestro juicio, a que la mujer consienta un acto de disposición ya realizado por el marido. Negar esta posibilidad—según pusimos anteriormente de relieve—podría ser hasta perjudicial para la mujer.

De acuerdo con nuestro punto de vista sobre la naturaleza jurídica del consentimiento «uxoris» la prestación anterior o simultánea de dicho consentimiento constituye una *autorización* otorgada por la mujer al marido. El consentimiento posterior al acto constituye una *aprobación confirmación*. Para quienes sostengan que el nuevo artículo 1.413 implica la atribución conjunta de la potestad de disposición sobre ciertos bienes gananciales al marido y a la mujer la prestación previa del consentimiento «uxoris» será un *poder*, otorgado por la mujer a favor del marido, y el consentimiento otorgado a «posteriori» constituirá una *ratificación*. Pero ambas fórmulas, especialmente la primera, son inadecuadas. El acto dispositivo no lo realiza el marido en su nombre y *en el de su mujer*. Si así fuera, las consecuencias del acto del marido tendrían que repercutir también sobre el patrimonio de la mujer, y según sabemos no sucede así, ya que la reforma no ha alterado el sistema legal en orden a la responsabilidad de los bienes de la mujer.

La diferencia fundamental entre el consentimiento prestado a priori (autorización) y el prestado a posteriori (aprobación o confirmación) estriba en que mientras el primero es normalmente revocable, el segundo (al igual que el conferido simultáneamente al otorgamiento del negocio dispositivo) es siempre firme y definitivo. La razón de esta diferencia es clara. En el primer caso (autorización) la disposición aún no ha sido otorgada, y, por tanto, es admisible que quien ha de consentirla desista de su propósito inicial de autorizarla. En el segundo caso, por el contrario, la disposición ya se ha llevado a cabo. La mujer puede impugnar el acto, pero si renuncia a ello (y a esto equivale su aprobación) ya no puede pretender que el negocio de disposición, de suyo irrevocable, quede sin efecto. La aprobación (cfr. artículo 1.313 del Código civil) opera retroactivamente.

En cuanto a la forma propiamente dicha, es decir, en orden a la manifestación externa de la voluntad de consentir, no se requieren los mismos requisitos formales exigidos para el negocio a que se refiera el consentimiento, precisamente porque, como dice VOX TUHR (95), el asentimiento es un ente distinto del negocio al que se asiente.

El consentimiento «uxoris», como toda declaración de voluntad

que no tiene prescrita una forma determinada, puede ser expreso o tácito.

Cabe también un consentimiento tácito anterior, simultáneo, o posterior al negocio. De la intervención de la mujer en la gestación del acto puede deducirse su consentimiento, según ha admitido la sentencia de 6 de mayo de 1944, para la licencia marital, doctrina ésta que puede referirse sin esfuerzo alguno al consentimiento «uxoris».

La aprobación tácita posterior, por vía de confirmación, está admitida de modo general por el artículo 1.311 del Código civil. Según este precepto hay confirmación tácita siempre que el titular de la acción de nulidad realice actos que impliquen necesariamente la voluntad de renunciarla. El artículo exige, además que se tenga conocimiento de la causa que da lugar a la nulidad y que tal causa haya cesado. El primero de estos dos requisitos es desde luego necesario. El segundo, en cambio, dada la especial naturaleza del supuesto, se cumple con la confirmación misma. La *ratio iuris* de la exigencia legal (cesación previa de la causa de nulidad para la eficacia de la confirmación) está clara cuando el titular de la acción de impugnación es un contratante incapaz o que contrató en base a un vicio del consentimiento, pero no si la anulabilidad se debe a una causa diferente y la acción corresponde a una persona que no intervino en el contrato, como sucede en la anulabilidad que afecta a los actos celebrados por mujer casada sin licencia de su marido o a los que éste haya realizado sin consentimiento «uxoris». La causa de nulidad, en ambos casos, cesa tan pronto como se concede la licencia o el consentimiento.

No es factible, por supuesto, enumerar todas las hipótesis posibles de confirmación tácita. La habrá, a nuestro juicio, si la mujer, en la liquidación de la sociedad de gananciales, consiente que se le adjudique (conociendo su procedencia) el bien o bienes adquiridos a consecuencia del acto del marido, o si ejercita (en unión de los herederos de aquel) alguna acción o derecho derivado del contrato (por ejemplo cobra parte del precio que quedó aplazado). También creemos que habrá aprobación tácita cuando la mujer preste su aquiescencia a la inversión que dé el marido a lo obtenido con la enajenación o el gravamen, siempre que sepa que lo que se invierte es la contrapartida del acto de disposición realizado sin su consentimiento.

Entendemos, asimismo, que la mujer no podrá impugnar el acto del marido realizado sin su consentimiento, cuando se esté en alguno de los casos previstos por el artículo 1.893 del Código civil. Ciertamente que este precepto contempla el supuesto de actos realizados sin poder por un gesto oficioso, es decir, se refiere a actos ratificables y no a actos confirmables, pero, con todo, la aplicación analógica sí nos parece posible aquí. Una cosa es que el acto realizado sin poder sea frente al «dominus» nulo (o inicialmente ineficaz) y no simplemente anulable, y otra muy distinta que

las soluciones hayan de ser distintas para el problema que estamos ahora examinando. Si el «dominus» a pesar de que el acto es, respecto a él, ineficaz «ab initio» queda vinculado por el «utiliter», con mucha mayor razón ha de quedar vinculada la mujer en idénticas circunstancias, ya que el acto realizado sin su anuencia no es, según antes vimos, nulo, sino simplemente anulable. No se olvide volvemos a repetir, que no estamos ante un caso de anulabilidad por falta de capacidad sino de anulabilidad originada por la conculcación de un límite impuesto a los poderes dispositivos del marido.

Según el artículo 1.893 del Código civil el «dominus» queda vinculado en dos supuestos: cuando se haya aprovechado de las ventajas de la gestión o cuando ésta haya tenido por fin evitar un perjuicio inminente y manifiesto. Ninguna dificultad especial presenta esta segunda hipótesis que recoge la tradicional doctrina del «utiliter coeptum». Si el acto del marido ha tenido por fin evitar un perjuicio inminente y manifiesto para la sociedad (se vende, por ejemplo, una finca en estado ruinoso a favor de quien tiene medios económicos para abordar la reconstrucción, o se enajena un inmueble para subvenir a una necesidad perentoria que no puede ser atendida de otra forma) es lógico y natural que la mujer tenga que respetarlo aunque no lo haya consentido. Como dijimos en la primera parte de nuestro trabajo en casos de urgencia es posible que la autorización judicial se confiera a posteriori incluso después de haberse consumado el acto. Si se trata de evitar un perjuicio inminente y manifiesto la autorización representará más que una convalidación (de suyo innecesaria) la constatación de que se había producido la situación de extrema necesidad. Con la autorización el acto queda revestido de legalidad externa.

En cuanto al aprovechamiento de las ventajas que se hayan derivado de la gestión (hipótesis del párrafo primero del artículo 1.893) no es claro si nos encontramos ante un caso de ratificación tácita o ante una nueva modalidad del *utiliter*. NÚÑEZ LAGOS (96) cree que hay aprovechamiento de las ventajas, en el sentido del artículo 1.893, cuando el «dominus» se apropia de hecho los resultados de la gestión. Al margen de cual haya sido su voluntad, el «dominus»—siempre según NÚÑEZ LAGOS—queda vinculado por esta circunstancia, que constituye, a su juicio, una variante original del «utiliter coeptum». A nuestro modo de ver quizá NÚÑEZ LAGOS haya ido en este punto demasiado lejos. Es cierto que el Código atribuye un determinado efecto al comportamiento del «dominus» (aprovechamiento de las ventajas). Pero esto no quiere decir que no se trate de ratificación tácita. La apropiación de los

(96) Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista. Publicaciones del Colegio Notarial de Barcelona, 1942, pág. 176. Menos rotundamente en «la ratificación» cit., pág. 64.

resultados es una conducta inequívoca que la ley considera como manifestación de voluntad, y, frente a terceros, al menos, la declaración contraria del «dominus» sería una contra-declaración sin valor. Pero como tal manifestación de voluntad requiere, para ser válida, libertad plena y pleno conocimiento de causa. Sólo el aprovechamiento de las ventajas realizado *libre y conscientemente* vincula al «dominus». Puede, pues, estimarse que cuando la mujer, obrando con libertad (es decir, sin sufrir presiones directas o indirectas de su marido) y con conocimiento de la procedencia del dinero o de los bienes adquiridos, admita que aquél se destine a su propio beneficio o actúe como condueña de dichos bienes, ha confirmado tácitamente el acto de su esposo. Pero no basta que la mujer aproveche más o menos directamente de los resultados del acto. Este aprovechamiento se dará, en cierto modo, siempre que el marido destine la contrapartida a satisfacer una carga legal de la sociedad. Sin embargo, de este hecho no cabe inducir que la mujer quede, sin más, privada de su derecho a impugnar el acto (97). Si la necesidad que el marido ha remediado con la enajenación era urgente y no había razonablemente otro medio de satisfacerla que la realización del acto no consentido estaremos en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.893 y la mujer, sin duda alguna, tendrá que acatar lo hecho por su marido. En otro caso será necesario que la conducta de la mujer implique coparticipación (coparticipación libre y consciente volvemos a repetir) en el destino que el marido haya dado al producto del acto dispositivo.

Desde el punto de vista *notarial y registral* el consentimiento «uxoris» habrá de acreditarse con la intervención directa de la mujer en la escritura o por medio de otro instrumento público destinado específicamente a formalizarlo. Este instrumento podrá autenticar un consentimiento especial o general, así como referirse a actos ya realizados o a actos que tengan que otorgarse en el futuro. Es ineludible la aplicación analógica del artículo 166 del Reglamento Notarial, aunque no se trate aquí de representación en sentido estricto. Cabe, según vimos, en función de dicho precepto, otorgar la escritura sin prueba fehaciente del consentimiento de la mujer aunque supeditando los efectos de aquélla a que se acredite en forma auténtica la prestación del consentimiento.

Con el fin de que la redacción de los instrumentos públicos recoja exactamente el verdadero significado de la intervención de la mujer en el negocio dispositivo conviene llamar la atención sobre la conveniencia de utilizar fórmulas adecuadas. Cuando la mujer concorra al otorgamiento debe resaltarse que es el marido, y no ella, quien otorga la disposición, limitándose la esposa a consentir el acto o contrato. Es equivocado, a nuestro juicio, llamar

---

(97) Lo contrario parece opinar ROCA JUAN, del que discrepamos en este punto. (Cfr. ob. cit., pág. 512.)

poder al documento en que la mujer conceda «a priori» su consentimiento. Es, asimismo, erróneo, cuando el marido quiera apoderar a terceros para disponer de inmuebles o establecimientos mercantiles, construir el documento como poder otorgado por ambos cónyuges. Lo correcto, es nuestro sentir, es que el marido confiera el poder y que la mujer dé su consentimiento a los actos que en su día, y en virtud de dicho poder, realice el apoderado. Esto es más ortodoxo todavía que el otorgamiento del poder por el marido con el consentimiento de su mujer, aunque esta fórmula no sea totalmente rechazable. Ambas fórmulas (especialmente la primera) implican una autorización tácita concedida al marido para que directamente realice el acto o actos de disposición previstos en el poder. La conclusión es más forzada si lo que han hecho los esposos—en base a una incorrecta interpretación del artículo 1.413—ha sido otorgar el apoderamiento conjuntamente.

#### B) Caracteres del consentimiento «uxoris».

Examinaremos, dentro de este epígrafe, tres cuestiones: si el consentimiento «uxoris» es *delegable*, si puede *condicionarse*, y, finalmente, si es *revocable*, y en qué medida.

##### a) Carácter personalísimo del consentimiento «uxoris».

A nuestro modo de ver la mujer no puede delegar en otra persona la facultad de consentir u oponerse a los actos de disposición realizados por el marido. La ingerencia de un tercero en las potestades dispositivas del marido representaría un menoscabo de dichas potestades que la ley no permite. El consentimiento uxoris es una restricción de carácter excepcional impuesta a las facultades que corresponden al marido como jefe de la sociedad conyugal (sólo afecta a ciertos bienes y a ciertos actos) y, por tanto, no caben modalidades que representen una ampliación de aquella restricción. La doctrina ha entendido que la licencia marital no admite delegaciones y las razones que justifican esta opinión (intimidación de las relaciones conyugales, carácter excepcional de la licencia, función de la misma, etc.) pueden invocarse igualmente para el consentimiento «uxoris».

##### b) Posibilidad de condicionarlo.

¿Puede la mujer condicionar su consentimiento? Si lo hace ¿qué valor tiene ese consentimiento?

Enfocado el problema con un criterio abstracto y puramente teórico habría que resolverlo en sentido afirmativo. La doctrina admite (98) que aunque el asentimiento se preste bajo la forma de aprobación a un negocio ya celebrado cabe someterlo a condición suspen-

(98) Cfr. VON THUR: Ob. cit., pág. 269.

siva, aunque puntualiza que si la condición consiste en introducir una modificación en alguno de los elementos del negocio ya celebrado es necesario que los sujetos que lo otorgaron se avengan a la modificación exigida.

A nuestro modo de ver la solución de la cuestión planteada tiene que atender a la «ratio iuris» y a la verdadera función del consentimiento «uxoris».

A primera vista y ya que el consentimiento «uxoris» se establece para la mejor defensa de los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales, parece lógico conferirle la facultad de discernir en qué casos y circunstancias la disposición pretendida por el marido puede o no perjudicarla, y, por tanto, no repugna que la mujer subordine su consentimiento a que se den ciertos hechos, o que exija que el negocio se celebre bajo determinadas condiciones.

Estas consideraciones, sin embargo, sólo se refieren al aspecto superficial del problema. Para plantearlo correctamente son precisas algunas aclaraciones. Supuesto que la mujer haya emitido un consentimiento condicionado para un acto aún no realizado, tres son las soluciones posibles: Primera: estimar que tal consentimiento es vinculante para el marido en el sentido de que éste o desiste del negocio proyectado o lo lleva a efecto de acuerdo con las condiciones impuestas por la mujer. Segunda: entender que el consentimiento condicionado vale como tal consentimiento pero prescindiendo de las condiciones establecidas por la mujer. Tercera: Considerar que el consentimiento condicionado no es vinculante para el marido, quien podrá, en consecuencia, admitir las condiciones impuestas por la mujer o acudir al Juez en demanda de la pertinente autorización.

De estas tres soluciones nosotros preferimos la tercera. La primera no nos parece admisible a la vista de la naturaleza y de la función que para nosotros tiene el consentimiento «uxoris». Según hemos dicho la mujer no ostenta un poder de disposición conjunto con el marido. Si no está conforme con las condiciones en que el marido se propone realizar un acto de disposición es muy dueña de negar su consentimiento, pero lo que no puede hacer es imponer al marido la alternativa de abstenerse de realizar un contrato o de celebrarlo en determinadas condiciones. Aceptar esta posibilidad equivaldría a reconocer de hecho a la mujer un poder de disposición conjunto con su marido, y, a esto, según creemos haber demostrado, no ha llegado el legislador.

La segunda solución también nos parece inadmisibile. En materia de negocios «inter vivos» (el principio se extrae del artículo 1.116 del Código civil) la declaración de voluntad condicionada es un todo indivisible. Se acepta o se rechaza en bloque, pero no puede dársele eficacia haciendo caso omiso de la condición.

La tercera solución, por último, es la que a nuestro juicio hay que mantener. La mujer no puede exigir a su marido que si quie-

re celebrar un negocio lo realice bajo ciertas condiciones. El marido tampoco puede obligar a la mujer a que pase por un acto, que tal como él lo ha planeado, no convence a su esposa. Lo que sí puede hacer el marido es estimar el consentimiento condicionado como una *negativa de consentimiento* y proceder en consecuencia, es decir, acudir al Juez para que éste, si lo cree procedente, autorice el acto proyectado prescindiendo de las exigencias impuestas por la mujer.

Si el acto de disposición ya se ha celebrado, las condiciones a que la mujer subordine su consentimiento han de ser aceptadas no sólo por el marido sino también por la otra parte contratante. Claro es que rechazadas dichas condiciones queda expedito a la mujer el camino para impugnar el acto.

c. *Revocabilidad del consentimiento «uxoris».*

Como hemos indicado antes el consentimiento conferido por vía de aprobación o confirmación y el dispensado simultáneamente al otorgamiento del acto de disposición son irrevocables. El problema lo suscita el consentimiento otorgado anticipadamente. ¿Puede revocarse antes de la celebración del acto autorizado?

La doctrina al estudiar la naturaleza del asentimiento lo considera revocable. A idéntica conclusión llega respecto de la licencia marital.

Creemos que lo mismo hay que sostener para el consentimiento «uxoris». El consentimiento concedido de manera general descansa en la confianza que el marido inspira a la mujer. Es natural que perdida esta confianza (no hay base alguna para exigir la concurrencia, alegación y prueba de circunstancias objetivas que justifiquen el cambio de criterio de la mujer) puede retirarse una autorización que descansaba en ella. También el consentimiento constreñido a actos concretos debe estimarse revocable. La mujer después de dar su conformidad puede conocer circunstancias (o estas sobrevenir posteriormente) que le hagan cambiar de parecer.

Los intereses de la mujer, cuya tutela es el fundamento del nuevo instituto, exigen, pues, que el consentimiento «uxoris» sea revocable. Pero no cabe desconocer que esta revocabilidad «ad natum» es peligrosa y perjudicial para terceros, por lo cual hay que preguntarse si dicha revocabilidad puede admitir excepciones.

La Jurisprudencia ha tratado el problema en la licencia marital. Ha afirmado que la renuncia general hecha por el marido a la representación de su mujer, que el artículo 60 del Código civil le concede, no es eficaz y que el instrumento de que se vale la ley para completar la capacidad de aquélla es la licencia marital, esencialmente revocable (99). Aun admitiendo que esta doctrina pudiera ser aplicable «mutatis mutandi» al consentimiento «uxoris», no

(99) Cfr. sentencias de 22 de diciembre de 1915 y de 2 de enero de 1916.

puede perderse de vista, de un lado, la antigüedad de las sentencias citadas, que quizá respondan a ideas no tanto superadas hoy, y de otro, que el Tribunal Supremo ha enfocado el problema de la representación procesal de la mujer por el marido, y ha operado sobre supuestos en que la renuncia se formula de manera general. La afirmación de que la licencia marital es revocable esencialmente, tiene un valor más bien incidental. Por todo ello no creemos que esta Jurisprudencia tuviera valor decisivo a la hora de decidir si podría ser válido el compromiso asumido por el marido de no retirar su licencia concedida para un acto concreto. Entre esta posibilidad y la de reconocer validez a un pacto por el cual se renuncie de modo general y definitivo a la licencia marital media un abismo.

A nuestro entender el interés de un tercero puede ser causa legítima que justifique la prestación con carácter irrevocable del consentimiento «uxoris», siempre que éste se refiera a uno o varios actos concretos.

Este interés no es simplemente el que pueda tener una persona que haya entablado negociaciones con el marido en saber a qué atenerse sobre la actitud de la mujer. Frente a los riesgos de una revocación que le sea desconocida puede precaverse, como después indicaremos, exigiendo que el consentimiento de la mujer conste en escritura pública.

El interés a que nos referimos es el que tenga su fundamento en una relación jurídica ya creada, con consentimiento de la mujer, y de la que los actos dispositivos posteriores sean *ejecución o consecuencia*.

Cuando el marido, con la conformidad de su mujer, se ha obligado a realizar uno o varios actos dispositivos, en el consentimiento inicial de aquélla, va implícito el consentimiento para los actos posteriores. Este consentimiento debe estimarse irrevocable por varias razones: la revocación no conduciría a ningún fin práctico ya que la obligación, válidamente contraída por hipótesis, sería exigible desde luego, y, por tanto, de precisarse nuevo consentimiento de la mujer ésta tendría que prestarlo, «velis nolis» o ser suplido por la declaración del órgano jurisdiccional; la revocación sería contraria al principio enunciado en el artículo 1.256 del Código civil (aunque la mujer no sea parte en el negocio interviene en él precisamente para darle firmeza), y contrariaría el postulado, tan reiteradamente sancionado por la Jurisprudencia, de que no es posible retractarse de los propios actos; finalmente, y como observa VON TUHR, el asentimiento (dentro del cual hay que encajar al consentimiento «uxoris») es irrevocable, cuando tenga su fundamento en una relación que imponga la irrevocabilidad (100).

A nuestro modo de ver la revocabilidad del consentimiento «uxoris» debe quedar excluida no sólo cuando la obligación de

(100) Ob. cit., pág. 261.



realizar el acto dispositivo se haya asumido en favor del futuro adquirente (por ejemplo, en los casos de promesa de venta, opción, concesión de un derecho de tanteo, etc., casos de los que nos ocuparemos después) sino también cuando la disposición deba realizarse en favor de un tercero que no sea parte en la relación jurídica inicial. De especial interés son, en este sentido, los casos en que dos o más personas crean entre sí una relación jurídica de comunidad o sociedad irregular (si la sociedad fuera regular la autonomía del patrimonio social excluiría la cuestión), cuyo desenvolvimiento futuro exige el otorgamiento de una serie de actos de disposición.

Pensemos, por ejemplo, en el caso, muy frecuente hoy, de comunidad o sociedad irregular entre constructores que adquieren pro-indiviso un solar para edificar sobre él una casa y dividirla por pisos, con fines especulativos o con el de adquirir la propia vivienda. La ejecución, en su totalidad, de la operación planeada, lleva consigo la realización ulterior de actos dispositivos (hipotecas, divisiones, ventas, etc.).

El consentimiento «uxoris» no es necesario para la simple compra del solar, pero sí para el otorgamiento de todos o gran parte de los futuros actos de enajenación o gravamen. El trastorno grave que puede producir en el desarrollo de la operación el que la mujer de uno de los partícipes se niegue a consentir alguno de estos negocios posteriores afecta no sólo al marido, sino a los demás interesados en la relación, que, nada tienen que ver con desavenencias conyugales ajenas. La creación de una sociedad regular, con personalidad jurídica, obvia este inconveniente. Pero no siempre será la sociedad el instrumento jurídico más adecuado para la consecución de los fines propuestos (especialmente si de lo que se trata es de autofinanciar la construcción de la vivienda propia), y, además, puede haber razones que no hagan aconsejable acudir a esta fórmula. A nuestro juicio, y en base a las razones antes expuestas, si la mujer ha prestado su consentimiento a la relación jurídica creada entre los constructores y a los eventuales actos dispositivos que presuponga el desenvolvimiento de aquella relación, tal consentimiento queda afectado por la irrevocabilidad de la relación fundamental consentida y la mujer no podrá oponerse a que los comuneros lleven a efecto los actos dispositivos proyectados.

Naturalmente la solución que apuntamos y que puede contribuir a eliminar algunos de los inconvenientes prácticos de la reforma, sin merma de los fines esenciales perseguidos por ella, sólo es posible admitiendo que el consentimiento de la mujer no *integra* el acto dispositivo que ha consentido. Dicho consentimiento como tantas veces hemos repetido no quiere significar que el poder de disposición sobre determinados bienes gananciales se haya atribuido conjuntamente a los dos cónyuges. En la relación jurídica fundamental de la que son consecuencia los actos dispo-

sitivos posteriores, sólo es parte el marido, en su calidad de jefe y representante legal de la sociedad de gananciales. La mujer se limita a consentir la creación de esta relación jurídica en cuanto la misma implique la realización ulterior de actos dispositivos. Pero una vez creada la relación con su consentimiento ya no puede retractarse ni ingerirse en su desarrollo. Le queda en todo caso la posibilidad de impugnar los actos que se hayan realizado en fraude de sus derechos.

Opinamos en conclusión que el consentimiento «uxoris» es generalmente revocable, pero puede devenir irrevocable en algunos casos.

Frente a terceros los efectos de la revocabilidad «ad nutum» quedan atenuados si la licencia uxoria consta en escritura pública. Según resulta del artículo 1.219 del Código civil la revocación de una escritura en que se haya concedido el consentimiento del nuevo artículo 1.413 no perjudicará a terceros mientras no se haya anotado al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud haya procedido el tercero.

### III

#### *El segundo párrafo del artículo 1.413. Medidas de aseguramiento para otros bienes.*

El segundo párrafo del artículo 1.413 se ocupa de los actos de disposición del marido que se refieran a bienes no comprendidos en el primer párrafo del precepto. La ley no ha querido extender al patrimonio mobiliario (excepción hecha de la empresa mercantil) la exigencia de que el marido, para otorgar actos de disposición, obtenga el consentimiento de su mujer o pida autorización judicial. La Exposición de Motivos justifica este diverso tratamiento apoyándose en dos razones: por una parte teme que la obligada intervención de los dos cónyuges en los negocios dispositivos produzca perturbaciones en el tráfico si se extiende a los bienes muebles, por otra, considera que, como regla general, tienen más importancia para la familia—en virtud de factores no sólo económicos—los inmuebles y los negocios mercantiles, expresión de un medio de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica.

Respecto del patrimonio mobiliario los intereses de la mujer se tutelan concediéndole el derecho de solicitar la intervención judicial cuando el marido venga efectuando actos dispositivos que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales. El Juez puede, entonces, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

Se requiere, pues, para que la mujer pueda obtener la intervención judicial, la concurrencia de dos requisitos. *Primero* que

el marido venga efectuando actos dispositivos. No basta pues, unos actos aislados, se requiere una conducta del marido, maliciosa o desordenada. Segundo que tales actos dispositivos permitan deducir, ante su posible repetición, un peligro grave para la sociedad de gananciales. No parece necesario ni que los actos dispositivos ya efectuados hayan producido un daño efectivo ni que estén inspirados en el propósito de perjudicar a la mujer. Un acto puede, contra toda lógica, resultar bien, lo que no quiere decir que su repetición no sea un desatino. La Ley no exige, para que puedan ordenarse las especiales medidas de aseguramiento a que se refiere, que el marido se proponga defraudar a su mujer. Basta, por último, con que la conducta desordenada del marido se refiera al patrimonio ganancial. Como dice CASTRO (101) puede darse el caso de un marido que ponga en peligro grave los gananciales y que sea un administrador modelo de los bienes propios.

¿Cuáles son las medidas de aseguramiento que puede ordenar el Juez? No lo dice la Ley por lo cual parece concederse un amplio margen al arbitrio judicial. A nuestro juicio lo más lógico será que el Juez imponga al marido, para realizar en el futuro nuevos actos de disposición sobre los bienes amenazados, la obligación de contar con la conformidad de su mujer o con autorización judicial especial. Esta es, sin duda, la garantía que el legislador prefiere, y si bien son atendibles las razones que le han impedido extender dicha garantía al patrimonio mobiliario, no es descaminado pensar que se acuda también a ella cuando excepcionalmente deban quedar limitadas las potestades dispositivas del marido sobre bienes que no sean inmuebles ni establecimientos mercantiles. El depósito en un establecimiento apropiado de valores, efectos públicos, y muebles preciosos, (parece clara la posibilidad de aplicar analógicamente lo que disponen los artículos 1.355, 1.359, 1.388 y 1.444) será complemento necesario para conseguir que las limitaciones acordadas tengan la debida efectividad.

El Juez no puede pasar de ordenar medidas de aseguramiento. No cabe que transfiera a la mujer la administración de la sociedad (sólo posible en los casos previstos por el artículo 1.441), ni tampoco puede, como dice CASTRO, (102) autorizar a la esposa para que haga lo que el marido se niega a hacer en beneficio de la sociedad.

Con todo y respecto de este último particular conviene llamar la atención sobre la posibilidad de que el marido disponga de derechos gananciales (por hipótesis, dados los supuestos que ahora contemplamos, no inmobiliarios) por vía de renuncia o de desistimiento de su ejercicio, perjudicando con ello gravemente

---

(101) Compendio citado, pág. 50, nota 1.

(102) Compendio citado, pág. 50.

los intereses de la mujer y de la sociedad conyugal. Imaginemos, por ejemplo, el caso de un marido que por negligencia, abandono o mala fe ni venda ni ejercite los derechos de suscripción preferente incorporados a acciones que tengan carácter ganancial. ¿Puede el Juez imponer medidas de aseguramiento para impedir la repetición de tales actos de disposición negativos? A nuestro juicio estas medidas no pueden en modo alguno implicar la obligación de disponer de otros bienes gananciales, pero quizá sí pueda decidir el Juez la enajenación para el futuro de los derechos de suscripción, si no los ejercita el marido en forma directa, para impedir el daño que se seguiría de lo que MESSINEO (103) ha llamado, con frase gráfica, «nihilismo económico» del accionista.

(Continuará.)

---

(103) Cfr. *Colación y reunión ficticia de acciones de sociedad*, «Revista de Derecho Privado», 1948, pág. 775.

# La reversión legal de donaciones

JOSE LOPEZ GARZON

Notario •

SUMARIO (1): I. Previo.—II. Precedentes históricos. A) Derecho romano. B) Derecho histórico español. C) Derecho francés.—III. Apreciación crítica.—IV. Fundamento. A) El razonamiento romanista. B) La presunción de voluntad del donatario. C) El estímulo del ánimo liberal. D) La presunción de voluntad del donante. E) El principio de troncalidad.—V. Primer presupuesto de la norma: Donación otorgada por un ascendiente en favor de un descendiente. A) Naturaleza jurídica del acto: donación. a) La donación intervivos y traslativa. b) La renuncia de derechos. c) La donación onerosa y la remunera-

(1) Con el fin de reducir en lo posible las llamadas al pie de página, se inserta a continuación una nota bibliográfica de los autores que se mencionan en el texto, con expresión exclusiva de las obras a que se refiere la cita o citas correspondientes:

AMORÓS GOZÁLBEZ: *La donación remuneratoria y las con carga en el Código civil*; Curso de conferencias en el Colegio Notarial de Valencia, 1945, págs. 200 y ss. ARMERO DELGADO: *Testamentos y particiones*; tomo I, páginas 413-414; Madrid, 1951. BATLLE: *Apendice*, en colaboración con Castán, *al Derecho Civil de Castán para Registros*; vol. II, pág. 247; Madrid, 1945. BONEL: *Código civil español*; tomo III, págs. 423-424; Barcelona, 1890. BRAGA DA CRUZ: *O Direito de Troncalidade*; tomo I; Braga, 1941. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral (Notarías)*; tomo IV de la 6.<sup>a</sup> ed. págs. 495-497; Madrid, 1944; y tomo IV de la 7.<sup>a</sup> ed., pág. 209; Madrid, 1952. COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*; tomo VII, págs. 97 y ss.; Madrid, 1927. DE BUEN: *Notas a la ob. cit. de Colin y Capitant*; tomo VIII, págs. 400-401. DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*; tomo III, págs. 203-205; Madrid, 1932. ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*; tomo V, pág. 305; Madrid, 1957. FALCÓN: *El Derecho civil español, común y foral*; tomo III, página 237; Barcelona, 1902. GENOVÉS AMORÓS: *La desheredación y las reservas*; Rev. de D.<sup>o</sup> Pdo. 1947, págs. 727 y ss. GÓMEZ MORÁN: *Las reservas en el Derecho español y en el comparado*; Oviedo, 1949. GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*; Anales de la Ac. Mat. del Notariado, vol. V, página 900. HERNÁNDEZ GIL: *Apuntes de sus explicaciones de Cátedra*. ISABAL: *Enciclopedia Jurídica Española, Seix*; tomo XII, págs. 638 y ss.; Barcelona, 1910. JOSSELAND: *Derecho civil*; tomo III, vol. II, págs. 80 y ss.; Buenos Aires, 1951. LÓPEZ PALOP: *La donación remuneratoria y el artículo 622 de nuestro Código civil*; Anales de la Ac. Mat. del Notariado, vol. III, págs. 9 y ss. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*; tomo VI, págs. 313 y ss.; Madrid, 1906. MEZQUITA DEL CACHO: *Recobro "mortis causa" de donaciones a descendientes*; Anuario de Derecho civil, 1958, 1.<sup>o</sup> págs. 21 y ss. OTERO VALENTÍN: *artículo "Legítima"*, en la *Enciclopedia Jurídica Española Seix*; tomo XXI pág. 245; Barcelona, PÉREZ y ALGUER: *Notas al Derecho de Obligaciones de Enneccerus*; vol. II, pág. 129; Barcelona, 1944. PÉREZ ARDÁ: *Alrededor del artículo 812 del*

ratoria. d) La donación dineraria. e) La donación de bienes consumibles. B) Los sujetos del acto: parentesco legítimo en línea recta.—VI. Segundo presupuesto de la norma: Fallecimiento del donatario, antes que el donante, sin dejar posteridad. A) Los hijos ilegítimos "strictu sensu". B) Los hijos naturales reconocidos. C) Los repudiantes, desheredados o indignos.—VII Efectos. A) Con relación al descendiente donatario. a) Facultad de disposición por acto inter vivos. a') A título oneroso. b') A título gratuito. b) Facultad de disposición por acto mortis causa. a') Dejando posteridad legítima. b') No dejando dicha posteridad. B) Con relación al ascendiente donante. a) Naturaleza y caracteres de su adquisición. a') ¿Puede ser privado de ella por desheredación o indignidad? b') La cuestión de la renunciabilidad. c') La cuestión de la responsabilidad por deudas. d') ¿Se imputan los bienes reversibles en pago de la legítima? b) Contenido de la adquisición. Primera hipótesis: conservación de los objetos donados en el patrimonio del descendiente. a') Frutos. b') Accesión continua. c') Mejoras. d') Desperfectos y gravámenes.—Segunda hipótesis: enajenación por el descendiente de los bienes donados. a') Venta. b') Permuta. c') Enajenaciones en general.—C) Con relación a los legitimarios del donatario (el problema de la computación de los bienes reversibles).—VIII. Final.

## I. PREVIO

"Los ascendientes suceden, con exclusión de otras personas, en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió." En estos términos está redactado el artículo 812 del Código civil. En él se establecen unos efectos jurídicos —consistentes en un derecho sucesorio— sobre la doble base: a) de un negocio previo, cualificado por su naturaleza (donación) y sujetos (parientes en línea recta); b) de una peripecia subsiguiente en dichos sujetos (orden de fallecimiento, sin posteridad uno de ellos) y en el objeto del mismo negocio (subsistencia de él o de ciertos subrogados).

Quizá en pocos casos aparecerá tan clara como en el presente la estructura de silogismo hipotético condicional que la doctrina atribuye a la norma jurídica. En las páginas que siguen, después de unas

*Código civil*; *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*; tomo 112, año 1908, págs. 122-125. PUIG PEÑAS artículo "Donación", en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix; tomo VII, págs. 798 y ss.; Barcelona, 1955. ROCA SASTRE: *La donación remuneratoria*; *Rev. D.º Pdo.* vol. XXXI, Nov. 1947, págs. 823 y ss. y *Estudios de Derecho privado*, vol. I y II. ROYO MARTÍNEZ: *Derecho sucesorio "mortis causa"*; págs. 216-217; Sevilla, 1951. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*; tomo V, vol. II, págs. 1.043 y ss.; Madrid, 1910. SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado extensamente*; tomo XIV, revisado por Ortega Lorca, páginas 360 y ss.; Madrid, 1944. VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*; tomo V, págs. 239 y ss.; Valladolid, 1939. VALLET: *Apuntes de Derecho sucesorio*; *Anuario de Derecho civil*, 1955, 2.º pág. 322.

previas consideraciones históricas, críticas y dogmáticas del precepto, se expondrán las dos premisas del silogismo legal (presupuestos de la norma) y la conclusión del mismo (efectos).

## II. PRECEDENTES HISTÓRICOS (2)

Como tales hay que citar:

A) Del Derecho romano, la norma según la cual la dote constituida por el padre en favor de una hija debía revertirle cuando ésta falleciera estando aún bajo su potestad: "*ne filiae amissae et pecuniae damnnum sentiret*" (6 pr. D. "De iure dot.", XXIII, 3). Esta regla se extiende después a las dotes de las hijas emancipadas (10 pr. y 59, D. Solut. Matrim. XXIV, 3). Y luego a toda donación hecha por el padre a un hijo (2, C. de bonis quae libris, V, 61). Como se ve, en todo caso el reversionario fué únicamente el padre, no otro ascendiente.

B) Del Derecho histórico español: 1. La Ley 6.<sup>a</sup> Tit. II, Lib. IV del Fuero Juzgo, en la que se dispone que "las cosas que ovo él (o sea, el causante) de parte de sus padres o de sus abuelos deben tornar a sus padres o abuelos cuomo ge las dieron".—2. La norma del Fuero de Aragón de 1311, conforme a la cual, si el hijo que recibió alguna donación de sus padres fallece abintestato y sin descendencia, los bienes donados deben ser restituidos al padre o madre donante. Y este derecho de reversión de los padres se amplió en el año 1461 en el sentido de regir también cuando la adquisición de los bienes la hubiera hecho el causante de sus padres por otro título inter vivos distinto de la donación.

En cambio, no considero como precedente (ni remoto siquiera) del artículo 812 la Ley 10, Tít. VI, Lib. III del Fuero Real (3), que con tal carácter citan algunos tratadistas, por cuanto falta en ella lo más genuino de la institución, a saber: que se restituyan por título mortis causa unos bienes a la *misma persona* de quien los recibió el causante.

C) Del Derecho comparado, el artículo 747 del C. c. francés, a cuyo tenor: "Los ascendientes suceden, con exclusión de toda otra persona, en las cosas donadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad cuando los mismos objetos donados se encuentran en la sucesión. Si los objetos hubiesen sido enajenados, los ascendientes recibirán el precio que pueda ser debido. También suceden en las acciones que para recobrarlos correspondiesen al donatario."

(2) Puede verse una exposición muy completa de esta parte histórica en el magnífico estudio de MEZQUITA, citado en la nota 1.

(3) "E otrosí mandamos que el que muriese sin manda, e no dexare fijos ni nietos, e dexare abuelos de padre, e de madre, el abuelo de parte del padre herede lo que fué del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fué de la madre: e si él había hecho alguna ganancia ambos los abuelos hereden de consumo igualmente."

De todos estos precedentes históricos, los del Derecho romano y del Derecho de Castilla no debieron influir lo más mínimo en la decisión de nuestros codificadores; son antecedentes, pero sólo en el sentido cronológico del vocablo: normas que, promulgadas *antes* que la de nuestro artículo 812, guardan alguna semejanza con ella. El precepto del Derecho aragonés probablemente sirvió para crear el clima favorable a la institución en el seno de la Comisión codificadora, sobre todo por parte de los foralistas. Y, en fin, el artículo 747 del Código napoleónico fué el modelo tenido a la vista, no sólo al aceptar la norma, sino también a la hora de redactarla. Basta cotejar el texto de ambos artículos para cerciorarse de ello. De aquí que el examen de la doctrina y de la jurisprudencia francesas sobre el particular sea a menudo un dato inestimable para la exégesis de nuestra norma. Sin embargo, para no potenciar demasiado dicha semejanza, debe advertirse, desde ahora: 1.º) Que el artículo 747 del C. c. francés es aplicable sólo a la sucesión intestada, y el 812 del nuestro rige tanto en la sucesión abintestato como en la testamentaria (art. 938); 2.º) Que el principio de subrogación real, en caso de enajenación de los bienes donados, se sanciona con más amplitud en la versión española; 3.º) Que la divergencia entre los dos Códigos en materias sucesorias, relacionadas con la reversión legal, suele imponer a ésta distintos efectos.

### III. APRECIACIÓN CRÍTICA

En la doctrina se observa cierta disparidad al enjuiciar la norma que nos ocupa. Falcón dice que se trata de una restricción a la legítima de los ascendientes "no menos extraña" que la que implica el artículo 811. Gómez Morán, censurando la oportunidad del precepto, afirma que "se mantiene en nuestro Derecho como una supervivencia de algo que fué y que no existe o, por lo menos, que no existe con aquellas frecuencia y extensión que pudieran justificar la existencia del artículo dentro del Código. Acredita éste, por consiguiente, el poder teorizante de los legisladores de 1881, y debe tenerse la disposición legal como un tributo rendido a la tradición o como un gesto de sumisión y docilidad a lo extranjero". Por el contrario: Bonel califica al artículo de "lógico", "perfectamente razonable y justo". Manresa cree que "realiza un acto de justicia" y que "se ha criticado acerbamente y sin razón"; "nosotros —concluye— acogemos con simpatía el precepto del 812". Jossierand, con referencia al artículo 747 del Código francés, opina que está "en conformidad con las exigencias de la justicia", que "no deroga el Derecho común sucesorio sino para dar satisfacción a un derecho común superior", y que, de no existir el precepto, se originaría un "resultado inicuo". Otros autores, sin formular una apreciación crítica directa de la norma, dejan traslucir su criterio favorable a ella, al exponer las posibles razones tenidas en cuenta por el legislador al sancionarla.

En el fondo, la opinión global que a cada intérprete merezca la norma comentada en sí misma (aparte de las deficiencias o aciertos



de su redacción) depende de su más amplia actitud frente a otras cuestiones cruciales del derecho sucesorio, principalmente estas dos: la libertad de testar y el principio de troncalidad.

#### IV. FUNDAMENTO

Sea o no encomiable la norma en sí, ¿qué razones tuvo en cuenta el legislador para establecerla? Se han invocado los siguientes criterios:

A) La Ley pretende que el donante “no sufra la doble pérdida de su hijo o nieto y de sus bienes” (Manresa). Es el mismo argumento romano: “*ne filiae amissae et pecuniae damnum sentiret*”.

La primera impresión que produce este razonamiento es la de un materialismo atroz. Oír literalmente a un padre un alegato semejante no podría por menos de herir nuestra sensibilidad. Hasta por la misma construcción gramatical de la frase, parece que, en la hipotética balanza del sentimiento, se cotizan en pie de igualdad la pérdida del hijo y la de los bienes que se le donaron.

Pero, al margen de esta digresión “romántica”, el argumento es inexacto en los términos propuestos, porque, aunque no existiera el artículo, el ascendiente no perdería los bienes como consecuencia de la muerte del descendiente, sino a causa de la donación que libremente le otorgó. Y al hacerla supo o pudo saber que probablemente no los recuperaría por título hereditario. Si, a pesar de ello, quiso correr el riesgo y donó, perdió voluntariamente el dominio de los bienes; después, la muerte del donatario no le ocasiona nuevo empobrecimiento patrimonial.

B) El precepto comentado se limita a presumir que la voluntad del donatario muerto sin sucesión, de haberse manifestado, hubiera sido la de corresponder a la liberalidad de su ascendiente, restituyéndole los bienes que de él recibió.

Esta justificación, sugerida por algunos autores franceses, es rechazable de plano en nuestro Derecho, por ser aplicable la reversión incluso a la sucesión testamentaria (art. 938) y, por tanto, aun contra la voluntad expresa del donatario-testador.

C) Trátase —dicen otros— de estimular el ánimo de liberalidad de los ascendientes, con la esperanza de recuperar los bienes donados si se dan los presupuestos legales.

Sin embargo, dictar una norma legal con tan menguado fin sería innecesario. Ese padre receloso, no decidido a donar por temor de perder definitivamente los bienes, tiene, sin auxilio del artículo 812, un recurso formidable para asegurarse la reversión sin las cortapisas y limitación de efectos que resultan de aquel precepto: se lo brinda el artículo 641. A su amparo, puede reglamentarse la recuperación “para cualquier caso y circunstancia”. Pretender estimularle con la problemática promesa del 812 sería como intentar dar ánimos al soldado medroso que tiene en sus manos un magnífico fusil entregándole un viejo arcabuz.

D) En fin, la opinión más general ve en la norma comentada una

interpretación de la voluntad presunta del donante. Este (viene a decirse) quiso beneficiar sólo al donatario y a su descendencia, no a otras personas (así, Colin y Capitant, Josserand, Manresa, etc.; sin perjuicio de admitir también, cumulativamente, alguna de las otras fundamentaciones expuestas).

Aunque, psicológicamente, esta doctrina suele interpretar con precisión la voluntad del donante, en la práctica pueden darse resultados chocantes con ella. Así, es un principio incontrovertido de hermenéutica que la voluntad presunta debe ceder ante la expresa; en nuestro propio Código, casi todos los preceptos que se basan en interpretaciones de la voluntad negocial dejan a salvo la disposición contraria de la persona cuya voluntad se interpreta; y, a veces, no sólo la disposición explícita y terminante, sino también la racionalmente presumida por el contexto del negocio (4). En cambio, en terreno del artículo 812 la reversión tiene lugar aunque el ascendiente haya renunciado a ella al otorgar la donación, porque esta renuncia implicaría un pacto sucesorio ineficaz (art. 1.271, 2.º).

E) A mi juicio, en el artículo 812 hay, sencillamente, una concesión más al principio de troncalidad, por influencia probable de los foralistas, si bien a la hora de redactar el precepto se tuviera únicamente a la vista la versión de un Código extranjero.

Después de la magnífica investigación de Braga da Cruz, ha quedado claro que la idea de troncalidad no es un concepto rígido y absoluto, sino que puede adoptar infinidad de matices. Y uno de ellos es, sin duda, este de individualizar al destinatario de los bienes en el ascendiente de quien proceden. Decir que el artículo 812 no obedece al principio de troncalidad, por el carácter limitado con que se aceptan las consecuencias de dicho principio, sería como afirmar que la legítima del Código civil no es tal legítima, por lo reducido de su cuantía y la eliminación de algunos titulares de la misma, con relación al Derecho histórico de Castilla.

Así entendido el artículo 812, se pone de relieve que su proximidad topográfica al 811 no es casual. Ya el profesor Batlle dijo que el fundamento de las dos disposiciones era el mismo. Y, en efecto, ambos artículos respiran el mismo clima; forman parte de las normas del Código que, inspiradas en la idea troncal, revelan una "maquereñencia encubierta" hacia yernos y nueras. Podría asegurarse que lo que interesa psicológicamente al ascendiente, según el artículo 812, no es tanto la recuperación de las cosas donadas cuanto evitar el "irritante espectáculo" de verlas en manos de quienes, o son ya, o pueden llegar a ser (p. ej., por obra de unas nuevas nupcias) personas no gratas.

Al tratar de las donaciones exentas de reversión "*ratione materiae*" y de la actividad negocial del descendiente sobre los bienes donados, se verá resplandecer claramente la exactitud de la interpretación propuesta. Sobre todo, al demostrarse la irreversibilidad del di-

(4) Arts. 1.070-1.º, 1.075, etc.

nero donado (objeto sin valor afectivo), la eficacia de la subdonación (prohibida entre cónyuges) y la posibilidad de que el donante libre de prejuicios contra los parientes afines enerve anticipadamente la reversión por la vía del artículo 637.

Se dirá que con esta tesis se viene a incidir prácticamente en la anterior, puesto que también se interpreta la voluntad presunta del donante. Pero obsérvese que los sistemas sucesorios de troncalidad, aunque en algunas de sus variantes limiten los llamamientos a muy pocas personas (en el art. 812 sólo a una), persiguen siempre proteger mediatamente unos intereses familiares o suprapersonales. En materia de troncalidad, tras el "primer actor" (titular del derecho y del interés directo), se divisa siempre al "coro" (titulares mediatos del interés: los demás parientes de la familia de origen de los bienes). De ahí la fundamental diferencia de que, con la interpretación que propugno (y no con la anteriormente expuesta), resulta lógico que se impida al ascendiente donante la renuncia anticipada, ciega y abstracta, a la reversión legal.

#### V. PRIMER PRESUPUESTO DE LA NORMA: DONACIÓN OTORGADA POR UN ASCENDIENTE EN FAVOR DE UN DESCENDIENTE

Este presupuesto se descompone en dos, uno que atiende a la naturaleza jurídica del acto y otro a los sujetos intervinientes en él. Veámoslos separadamente:

A) Ha de tratarse, como explícitamente prevé el artículo 812, de una donación. Pero un examen detenido de la norma y de otras concordantes con ella pone de relieve que el concepto se restringe mucho más de lo que a primera vista parece.

a) Por lo pronto, ha de tratarse de una donación real o traslativa y con efectos *inter vivos*, puesto que el artículo parte de que ciertos bienes han salido del patrimonio del ascendiente para ingresar en el del descendiente y, muerto éste, aquél *sucede* en ellos.

b) Hay que excluir de la hipótesis legal la simple renuncia de derechos sobre bienes hereditarios, antes de su adjudicación, aunque la renuncia sea gratuita y de ella resulte beneficiado un descendiente. Es ésta una de las pocas cuestiones sugeridas por el artículo 812 que han sido iluminadas por la escasísima jurisprudencia recaída en torno al mismo.

La sentencia del T. S. de 27 de octubre de 1950 contempló el caso de un padre que renunció a los bienes gananciales habidos durante su matrimonio; de dicha renuncia resultó beneficiada una hija, que luego murió sin posteridad instituyendo heredera a una tía materna. El T. S. negó la reversión invocada por el padre, respecto de sus derechos sobre una finca considerada por él como ganancial, y calificó de *correcta* la argumentación de la sentencia recurrida, al afirmar que cuando se renuncia un derecho a bienes hereditarios, antes de serle adjudicados a su titular, no hay verdadera donación, porque

“los demás herederos no adquieren directamente de la persona que hizo la renuncia, sino del causante por derecho de acrecer”.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1955 abordó otro caso interesante. En una de las bases de una participación se consignó que “al tratar la viuda y herederos del causante de hacer la liquidación de la sociedad conyugal y subsiguientes adjudicaciones vieron la conveniencia de una y otros de adjudicar la totalidad del caudal inventariado en usufructo a la viuda y en nuda propiedad a los hijos”. Muerto sin posteridad uno de los hijos, la madre se adjudicó la totalidad de sus bienes, unos como heredera abintestato del mismo, con la reserva del artículo 811, y otros como reversionaria, conforme al artículo 812. El Centro directivo declaró no inscribibles estos últimos bienes, por el título de reversión invocado, alegando sustancialmente:

— Que en el citado convenio particional entre los interesados no hubo verdadera figura de donación, por la reciprocidad de las prestaciones en juego, que excluye el *animus donandi*, sin que las expresivas frases de reconocimiento y gratitud empleadas por las partes puedan modificar la naturaleza de lo pactado. Y

— Que el artículo 812 refleja un sentido de determinación al requerir la previa entrega de bienes individualizados, y en el caso contemplado existió una renuncia abstracta de derechos que no aparece comprendida en el ámbito de dicho precepto.

c) En cuanto las donaciones onerosas y remuneratorias, la solución procedente en materia de derecho de reversión viene determinada por la naturaleza que se atribuya a tales donaciones; y ésta a su vez, es cuestión ligada a la interpretación del artículo 622 del Código civil.

1. Para las remuneratorias, la controversia doctrinal arroja el siguiente resultado:

— Si se entiende que el artículo 622 se redactó íntegramente para las onerosas y que en él se introdujo por error material la referencia a “*las remuneratorias*”, procederá el sometimiento exclusivo de éstas al régimen de las donaciones simples. Así argumentan Pérez y Alguer. También optan por esta solución Isabal, Scaevola y Castán (este último para los casos en que no sea posible el desdoblamiento de una parte onerosa y otra gratuita).

— Si se piensa que, también por error material, el artículo 622 estableció para las remuneratorias el régimen que quiso establecer para las onerosas, y viceversa, aquéllas se someterán exclusivamente a las normas de los contratos (Amorós Gozábez).

— Finalmente, para los autores que se esfuerzan en seguir lo más de cerca posible la letra del mandato legal, aun reconociendo sus dificultades, la normativa de la donación remuneratoria será doble: la de los contratos hasta donde alcance el valor del servicio prestado por el donatario, y la de las donaciones simples en cuanto al exceso

(Manresa, López Palop, Roca Sastre, Puig Peña, Vallet y Castán; este último en los supuestos en que sea factible el desdoblamiento).

Transportando estos resultados a nuestro problema, habrá reversión integral de la donación remuneratoria si se acepta la primera tesis; no la habrá, en absoluto, conforme a la segunda; y revertirá, pero sólo parcialmente, con arreglo a la tercera.

2. Con respecto a las donaciones onerosas, todos los autores citados anteriormente (con la excepción de Manresa, que las entiende sometidas siempre a las reglas de los contratos) creen que se deben regir por las normas de las donaciones en cuanto el valor de lo donado exceda al del gravamen, y por las de los contratos hasta dicho montante. Y, en verdad, con las tres interpretaciones expuestas del artículo 622 se llega al mismo resultado. Así, pues, conforme a esta doctrina casi unánime, en supuestos del artículo 812 habrá lugar a la reversión parcial de la donación onerosa.

3. A mi juicio, el viejo problema del régimen legal de ambas donaciones, avivado por la difícil exégesis de los artículos 619 y 622 del Código civil, admite todavía un nuevo intento de solución, que mantenga en pie la virtualidad de esos dos preceptos, sin hacerlos decir lo que no dicen y sin recurrir al cómodo expediente de hipotéticas erratas de imprenta (5).

Por lo pronto, entiendo que deben excluirse de la discusión las mal llamadas *donaciones* onerosas que impongan al donatario un gravamen de valor objetivamente igual o superior al de lo donado. Sin necesidad de acudir a ninguno de los dos asendereados preceptos, estas supuestas *donaciones* no tienen de tales nada más que la apariencia, el ropaje, el "*nomen iuris*" elegido por las partes que, como tal, es insuficiente para calificar la naturaleza del acto, según reiterada jurisprudencia (6). Cualquiera que sea, incluso, la intención de las partes, es indudable que en esos supuestos falta, al menos, el enriquecimiento del donatario, que es una de las notas definitorias de la donación. Nos hallamos, pues, en presencia de contratos onerosos.

Dentro ya de las donaciones onerosas propias (con gravamen inferior al valor de lo donado) hay unas (que en adelante llamaré *donaciones modales* para mayor rigor técnico y para no confundirlas con las que luego se dirán) en que concurren todos los requisitos de la donación: empobrecimiento del donante, enriquecimiento del donatario y ánimo de liberalidad. Estas son también donaciones, nos dice el ar-

(5) Suscribo íntegramente estas palabras de LÓPEZ PALOP: "... por grandes que sean las facultades atribuidas al intérprete, no pueden alcanzar a alterar el texto de la ley, suprimiendo palabras que cambien su sentido, alegando como razón, que el legislador se ha expresado con falta de claridad, porque en tal caso tendríamos un precepto nuevo, y el intérprete se habrá salido de su propio terreno, para invadir el ajeno, a menos que caigamos en la escuela interpretativa del derecho libre que considera la ley como saco vacío capaz de cualquier contenido, según la conocida frase de REGELSBERGER y que puso en práctica en Francia MAGNAUD, llamado el buen Juez". Ob. cit. en nota 1, págs. 43-44.

(6) Es particularmente interesante, por afectar a un caso de donación, la S.<sup>a</sup> del T. S. de 4 de abril de 1921.

ticulo 619 *in fine*, aunque no sean totalmente congruentes el valor del objeto donado y el del enriquecimiento del donatario.

Tampoco es obstáculo al concepto de donación (por concurrir aquellos tres requisitos) el hecho de que el ánimo de liberalidad del donante esté cualificado o matizado por la idea de recompensa (artículo 619, pr.).

En definitiva, el alcance del artículo 619 es sencillamente el de aclarar que, concurriendo las tres notas institucionales reseñadas, el acto es donación, y se somete íntegramente a su régimen (7), aunque alguna de esas notas aparezca cuantitativamente disminuída (donación modal) o cualitativamente matizada (donación remuneratoria).

El artículo 622, por su parte, *contempla dos supuestos nuevos*:

*Primero*: El de una donación onerosa en que, aun habiendo empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario (por ser el valor de la prestación de éste objetivamente inferior al de lo donado), falta sin embargo el tercer requisito, el ánimo de liberalidad, porque el cumplimiento de esa prestación, aunque quizá sea de escasa importancia económica, se ha elevado a la categoría de *causa* del acto para el donante ("donaciones con *causa* onerosa", dice el art. 622). En el artículo 619 hay también una prestación impuesta al donatario, tal vez de elevada cuantía, pero la causa del acto es la "mera liberalidad del bienhechor" (art. 1.274 *in fine*), ella es la razón, el *por qué*, del empobrecimiento del donante y del enriquecimiento (grande o pequeño) del donatario. Por el contrario, en el caso del artículo 622 pr. la causa del acto para el donante es "la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte" (art. 1.274, pr.), o sea, el cumplimiento del gravamen por parte del donatario. Y claro que, al faltar uno de los requisitos esenciales de la donación, las normas de los contratos onerosos abandonan su papel supletorio (art. 621) y pasan a regir directamene el acto. Es lo que prevé el artículo 622 en su primer inciso (8).

*Segundo supuesto*: El de una donación en que la causa es: por un lado, obtener del donatario el cumplimiento de la prestación que se le impone (causa onerosa), y, por otro, remunerar a éste determinados servicios. La causa onerosa y la gratuita se ensamblan de tal manera que el acto es híbrido y, como tal, se le somete a un doble régimen: el de los contratos onerosos, hasta el valor de la prestación impuesta al donatario, y el de las donaciones en cuanto al exceso; porque en este exceso hay un ánimo liberal que, aunque cualificado por la idea de recompensa, ello no obsta, según nos dice el artículo 619,

(7) Con la única particularidad que, en cuanto al saneamiento, establece el artículo 638 para las donaciones modales.

(8) La vida cotidiana ofrece infinitos ejemplos de donaciones con causa onerosa, no documentadas, en las que está ausente toda idea de liberalidad, haciéndose con el exclusivo fin de obtener del donatario una determinada conducta, servicio o actitud, con auténtico sentido de contraprestación y, a veces, de una licitud muy dudosa, que roza el cohecho.

para que haya donación y se apliquen sus reglas. Tal es, en resumen, el sentido del último inciso del artículo 622 (9).

Los términos en que se expresa dicho artículo, su colocación sistemática y su inmediato precedente histórico favorecen la interpretación expuesta:

El precepto da una regla para las donaciones por causa onerosa, y seguidamente, después de aludir a las remuneratorias, da otra regla que sólo puede seguir refiriéndose a las donaciones con causa onerosa, puesto que habla de «gravamen impuesto». Ello parece evidenciar que está contemplando ahora las donaciones que, *sin dejar de tener causa onerosa*, son además remuneratorias.

Por otro lado, si, como cree la generalidad de la doctrina, los tipos de donación a que se refiere el artículo 622 fueran los mismos a que alude el artículo 619, habría en la sistemática del Código una rara anomalía. Lo normal es que, si tal hubiera sido el pensamiento del legislador, un mismo precepto, o por lo menos dos consecutivos, formularan el concepto y establecieran el régimen de la misma institución; y no que, según la tesis corrientemente admitida, el Código dedica un artículo a definir la donación remuneratoria y la onerosa (artículo 619), luego intercala dos artículos destinados a reglamentar las donaciones mortis causa (art. 620) y a prever el régimen supletorio de las intervivos (art. 621), y después *vuelve a acordarse* de las donaciones que definió tres artículos antes, para sentar su regulación (artículo 622).

Parece mucho más lógico pensar que los artículos 619 al 622, partiendo del concepto general de donación dado en el 618, se limitan a fijar el régimen de sus distintos tipos: para las remuneratorias y las modales bastaba con salir al paso de una posible duda, advirtiendo que *son también donaciones* (art. 619); con ello quedaba patente su sometimiento preferente al Título de la donación y supletorio a las reglas de los contratos, o sea, como las donaciones intervivos ordinarias (artículo 621); la única desviación a este régimen *normal* de las donaciones se encarga de hacerla para las modales, y por cierto en forma bien explícita, el artículo 638, a propósito del saneamiento. En cambio, para las donaciones mortis causa, con causa onerosa y con causa mixta (onerosa y remuneratoria) fué necesario decir *algo más*, porque las

---

(9) También este tipo de donación, con causa mixta, es bastante frecuente en la práctica, sobre todo tratándose de donatarios que realizan en favor del donante una actividad de tracto continuado en virtud de contrato de servicios o de trabajo. Los regalos que se hacen a un servidor fiel suelen tener esa doble causa: premiar su celo pasado y estimular su lealtad futura. Pese al clima hermafrodita que, en teoría, respiran ambas actitudes, en relación con el dilema gratuidad-onerosidad, es indudable que en la segunda faceta resplandece con mucho más relieve la fórmula onerosa "*do ut facias*". Claro que, en el ejemplo propuesto y en otros muchos de la vida diaria, el donante no suele manifestar esa segunda con causa de su liberalidad, lo que dificultaría aplicar a ésta, ni siquiera en parte, el régimen de los contratos onerosos. Pero aquí no se trata el problema probatorio, sino sólo la cuestión de fondo.

fuentes normativas aplicables eran diversas. A disponer este *algo más* se dedicaron los artículos 620 y 622.

Por último, un nuevo argumento es el que nos proporciona el antecedente inmediato del artículo 622, que se halla en el artículo 943 del Proyecto de 1851, a cuyo tenor "Las donaciones a título oneroso se regirán en todo caso como los contratos de igual clase, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título (el de la donación)...".

No es necesario encarecer la decisiva influencia que el mentado Proyecto ejerció en el ánimo de los redactores del Código vigente. Hasta tal punto es esto cierto, que, salvo en casos de una desviación explícita de doctrina, es prudente aclarar las dudas que sugiera el Código con las soluciones preconizadas en el Proyecto. Pues bien, en éste resultaba claro el sometimiento de las donaciones "a título oneroso" a las reglas de los contratos, y el de las remuneratorias a las reglas de las donaciones simples. Después, a lo largo de la gestación del Código, no he encontrado ninguna alusión que trate de justificar o de censurar un supuesto cambio en el régimen de ambos tipos de donación con respecto al establecido en el Proyecto. Ello inclina a pensar que la interpretación que aquí se propone, como menos innovadora, tiene siquiera el aval de la prudencia. Lo que sucede es que el Código no da para las donaciones remuneratorias *strictu sensu* la regla explícita de que se someten al Título de donación, porque ello era una consecuencia insoslayable de su calificación como auténticas donaciones, dada en el artículo 619. En cambio, sí se preocupa de acentuar el matiz de contraprestación (no de simple modo, como en la hipótesis del 619) que tiene el gravamen impuesto al donatario en el caso de la donación "a título oneroso" (art. 943 del Proyecto), sustituyendo la palabra *título* por la de *causa* (art. 622 C. c.). Y, por último, tiene la previsión de contemplar un supuesto mixto, en que se combinan las dos causas, la onerosa y la remuneratoria, y lo reglamenta de conformidad con el punto de partida; es decir, da la solución que intuitivamente se aplicaría, aun sin decirlo la ley, tanto en el régimen del Código como bajo los auspicios del Proyecto.

Saber, ante hipótesis concretas, cuándo hay una donación modal, regida por las normas de la donación, salvo en lo concerniente al saneamiento (arts. 619, 621 y 638), cuándo hay un contrato oneroso (donación con causa onerosa), regulada por las normas de dichos contratos (art. 622 pr.), y cuándo estamos en presencia de un acto mixto, sometido parcialmente a ambas normativas (art. 622 *in fine*), será cuestión de interpretación de voluntad (10).

---

(10) Unas veces los términos del contrato resolverán el problema; cuando no, será necesario recurrir a otros elementos de juicio:

Un importante indicio lo suministrará el valor del gravamen en comparación con el volumen económico de la donación; pero es peligroso dar a este dato una fuerza decisiva, porque habrá ocasiones en que el cumplimiento de la carga, objetivamente de poco valor, sea lo primordialmente querido por el donante, y la donación sea el estímulo empleado para conseguir la vinculación



Una vez obtenida la calificación del acto, la confrontación de la tesis que aquí se defiende con el artículo 812 permite formular estas conclusiones:

— La donación remuneratoria y la modal están sujetas siempre a reversión.

— La llamada donación con causa onerosa no revierte nunca, cualquiera que sea la importancia del gravamen impuesto al donatario.

— Tampoco revierte, al margen de la intención de las partes y del nombre que dieran al acto, la supuesta donación en que el valor del gravamen iguale o supere al de lo donado.

— La donación con causa en parte onerosa y en parte remuneratoria revierte sólo en la medida que es donación, o sea, en la parte que supere el valor de lo donado al de la carga.

d) ¿Está comprendida en el artículo 812 la donación dineraria?

Mezquita adopta la postura más favorable al ascendiente. Estima reversible el dinero donado, cualquiera que sea el destino que le diera el donatario, y hasta en el caso extremo de que no haya metálico en la herencia, siempre que en ella existan otros bienes, valuables en dinero, con cargo a los cuales pueda cumplirse el retorno.

Scaevola cree que no está sujeto a reversión el dinero, salvo si al fallecer el donatario existieren en su sucesión las mismas monedas donadas, y correspondiendo en tal caso la carga de la prueba a quien afirme dicha identidad. Funda su opinión en la creencia de que el artículo 812 se refiere únicamente a cosas que, usándolas el donatario, puedan permanecer en sustancia en su poder; lo cual no sucede con el dinero, porque al aplicarlo según su uso huye fatalmente de su dueño.

Sánchez Román, con parecida argumentación, entiende que procede la reversión si existen en la herencia del donatario las mismas monedas, valores o títulos, o al menos, si se encuentran consignadas en depósito o cuenta corriente, por reputarse servida aquella identidad por las acciones a la devolución de igual suma.

Manresa defiende, en principio, la reversibilidad del dinero donado, fundándose, esencialmente: en que el artículo 812 no distingue clases de

---

del donatario gravado. Piénsese en la hipótesis de una carga, en sí de poca trascendencia patrimonial, pero molesta de cumplir (prestar asistencia personal a un anciano paralítico o ciego, cuidar a un demente, etc.); la donación puede servir de maravilla para tender al donatario un lazo de cordialidad. A la sabiduría de nuestro refranero no escapó esta estratagema: "Dádivas ablandan piedras", "El que regala bien vende...", etc.

Otro punto de apoyo valioso para la interpretación consistirá en averiguar si el donante tuvo *de hecho* a su alcance, y *supo* que los tenía, otros medios menos onerosos para lograr con la misma o mayor seguridad el cumplimiento de la carga.

Por último, cuando el gravamen consista en una obligación de tracto continuado, como las expresadas en esta misma nota, será útil comprobar si el donatario, antes de recibir la donación, ya venía cumpliendo prácticamente la carga, y si lo hacía con la misma pulcritud con que luego la asumió formalmente.

bienes; en que el dinero es, legalmente, "cosa", "objeto" y "bien", que son los términos usados por dicho precepto; en que el metálico está sujeto a reversión en caso de proceder del precio de las cosas donadas; y en la común opinión de la doctrina francesa en torno al artículo 747 de su Código. Ahora bien, cuando llega el momento de sentar conclusiones prácticas, viene a sostener una posición equivalente a la de los dos autores últimamente citados, pues en el caso de que exista metálico en la sucesión del descendiente, pero ignorándose si es o no el mismo de la donación, cree como solución más legal (aunque menos justa) entender que no procede la reversión de una suma igual a la donada. Y ello porque la interpretación del precepto debe ser restrictiva, dada su índole excepcional.

Mi opinión al respecto es que el metálico donado por el ascendiente *no está en ningún caso sujeto a reversión* (II):

Si el propósito del legislador hubiera sido otro, también habría previsto la reversión de las cosas compradas con el dinero donado: la misma razón hay para que la cosa se subrogue en el lugar del precio que para que éste se subrogue en el lugar de aquélla; sin embargo, el artículo sólo ha previsto que revierta al ascendiente el precio de venta de la cosa donada, pero no la cosa comprada con el dinero que donó. ¿No es sintomática esta actitud?

El precepto contempla dos hipótesis alternativas: que "los mismos objetos donados existan en la sucesión", o que "hubieren sido enajenados». Ahora bien, referidas ambas hipótesis al dinero, obtenemos estos resultados: la primera puede interpretarse de dos formas: entendiendo que el objeto —dinero— existe en la sucesión sólo si se conservan en poder del donatario, al tiempo de su muerte, las mismas monedas o billetes de Banco que le fueron donados, o bien estimar que la exigencia legal queda cumplida siempre que haya numerario en la herencia del descendiente.

La primera interpretación me parece absurda, en cuanto supone sentar una regla de derecho para un supuesto por demás extraño; no es exagerado afirmar que esa conservación específica de las mismas monedas o billetes sólo tendrá lugar, normalmente, si al donatario le sobreviene la muerte el mismo día de consumarse la donación. Pero, además, sería arbitrario sentar un régimen jurídico tan diverso (procedencia o improcedencia del retorno) en conexión con una circunstancia tan anodina y fácil de forzar; bastará con que el donatario se apresure a cambiar por otros los billetes recibidos para liberarse de la reversión.

La segunda interpretación de la fórmula legal, referida al me-

---

(II) Excluyo el supuesto de que la materia de la donación sea monedas individualmente determinadas, como objeto precioso o para colecciones numismáticas. Pero es porque entonces esas monedas no se transmiten como signo representativo de valor y medio de cambio (dinero), sino como mercancía; del mismo modo que podrían también ser objeto de venta. Por eso, en puridad, no se trata de una *excepción* a la doctrina general que defiende, sino de una *aclaración* a la misma.

tálico, parece desde luego más acertada. Porque lo donado, en realidad, no fueron uno o varios billetes de Banco de determinada serie y numeración, sino la suma de dinero que representan; los billetes y las monedas (salvo en numismática) no tienen entidad propia como objeto de derecho, sino únicamente valor representativo. Ahora bien, de aceptarse que el numerario, como objeto de la donación, puede subsistir en la herencia del descendiente en la forma indicada, y ser, por tanto, materia de retorno, habrá que concluir también que el ascendiente tiene un derecho preferente sobre el metálico que quede en dicha herencia, hasta el montante de la donación, aunque se sepa con absoluta certeza que la cantidad donada la consumió el donatario y que la dejada a su muerte tiene otro origen. Y esto sería dar al precepto una amplitud que repugna a su letra y, sobre todo, a su espíritu.

En cuanto a la segunda hipótesis prevista en el artículo 812 (que los objetos donados “hubieren sido enajenados”), atendida su redacción, es aún más absurda referida al dinero. A nadie que ha hecho una inversión de numerario (compra, préstamo, etc.) se le ocurre decir que ha “enajenado” dinero. De haber querido comprender las donaciones dinerarias, el artículo hubiera dicho: “... cuando los mismos objetos o suma donados...”; y después: “Si hubieren sido enajenados aquéllos o invertido ésta...” O, quizá, una fórmula todavía más comprensiva, como veremos al tratar de la donación de bienes consumibles.

Aferrarse, para admitir la reversión, a que el dinero es legalmente *cosa, bien y objeto*, implica adoptar una postura doblemente unilateral: primero, porque se toma sólo en cuenta el elemento gramatical de la interpretación; segundo, porque, aun dentro de esa esfera, no se examinan otros términos del precepto que resultan incorrectos aplicados al dinero.

El argumento de que el dinero es reversible por vía de subrogación (precio de venta), por lo que también debe serlo si es lo directamente donado, es sin duda el que más impresiona en favor de la tesis que combato. Sin embargo, la analogía es más aparente que real. Hay razones más poderosas para imponer la reversión del dinero subrogado que la del dinero donado:

El dinero se dona con fines de inversión o de consumo, o —mejor dicho— siempre para su inversión (en bienes consumibles o no), y para el donante carecen de toda significación afectiva lo mismo el dinero de que se desprendió (simple signo de valor, tan lleno de posibilidades como exento de cordialidad) que las cosas adquiridas con él, que nunca han pertenecido al donante y que, tal vez, se compraron contra su gusto y consejo. Por el contrario, otras cosas (p. ej., una finca) se donan con el designio específico (aunque implícito ordinariamente) de que el donatario las conserve y se aproveche de su rendimiento o utilidad; además, estos objetos individualmente determinados tienen en alto grado un valor de afección, que se agudiza (¡y se encona!) al verlos, muerto el donatario, en manos extrañas. Pero,

por otro lado, la Ley no ha querido entorpecer el comercio jurídico; por ello, nada más natural que imponer la subrogación del precio obtenido por su venta, lo que, siquiera, es una compensación para el donante, que se ve impedido para perseguir los objetos mismos que donó a su descendiente.

Como se ve, el distinto tratamiento del dinero, según sea el objeto inmediato de la donación o el subrogado de ese objeto, puede parecer absurdo a la fría y deshumanizada lógica del jurista teórico; pero es enormemente sensato si se escarba en las raíces psicológicas de la norma. Los preceptos que, como el artículo 812, rinden un tributo a los móviles de los actos humanos, suelen abundar en paradojas: como la vida misma.

e) En cuanto a la donación de bienes consumibles, *de lege ferenda* sería preferible exceptuar también a éstos del retorno legal, por no concurrir ordinariamente en dichos bienes (sobre todo en los de consumo inmediato, como víveres y combustibles) la nota psicológica de afección tantas veces invocada. Pero, ciertamente, los términos del precepto no dan pie para esta interpretación progresiva y ajustada al verdadero espíritu de la ley.

Lo que sucederá es que, *de hecho*, casi nunca habrá lugar a la reversión, pues, por su propia naturaleza, estos bienes están llamados a desaparecer por el uso o consumo. Rara vez subsistirán en la herencia del descendiente al tiempo de su muerte, y tampoco será corriente que éste los vendiera o permutara (en cuyos casos revertirían el precio o las cosas de reemplazo, conforme al artículo 812, *in fine*).

Lo que me parece indudable, de acuerdo con la doctrina patria, es que, si en la herencia del descendiente quedan bienes de la misma especie que los donados, pero sin que conste que sean estos mismos ni otros directamente cambiados por ellos, no se actúa en dichos bienes la reversión. De haberse querido mantener a ultranza el principio de subrogación real, aun en estos casos, hubiera sido más fácil sancionar la reversión de "los mismos objetos donados o, en su defecto, otros tantos de la misma especie y calidad", expresión, por otro lado, manejada habitualmente por el legislador (cf. arts. 482, 1.196-2.º, 1.740, Código civil).

Piénsese, además: que la institución jurídica de la reversión legal es de índole excepcional, por lo que no cabe interpretarla con criterio de analogía (Sánchez Román); que lo contrario sería conceder a tales cosas un privilegio que no tienen las demás, porque sería admitir su reversión casi siempre, no obstante haberse debido consumir o gastar (Manresa); y que en ninguna de las modalidades del derecho que supletoriamente, es decir, en defecto de los objetos donados, concede al donante el artículo 812, se encuentra enclavada la extinción de la cosa donada por el uso de la misma (Scaevola).

B) La donación tiene que haber sido hecha por un ascendiente a favor de un descendiente. Pero, a juicio casi unánime de la doctrina, para que esa donación pueda ser presupuesto de un futuro dere-

cho de retorno es necesario que el parentesco que liga a donante y donatario sea *legítimo*.

La mayoría de los autores aducen un argumento que podemos llamar "*topográfico*". Así, De Buen y De Diego advierten que es al ocuparse de la legítima de los ascendientes legítimos cuando el Código reglamenta este derecho de reversión. En cambio, para nada se habla de él al tratar de los derechos de los hijos y padres naturales.

Sánchez Román refuerza este argumento con los basados en el carácter excepcional del precepto y en la mayor restricción de los derechos sucesorios atribuídos al parentesco natural.

Scaevola, lleno de razón, opone al argumento fundado en la excepcionalidad de la norma (contra Laurent, que lo invoca a propósito del mismo problema en torno al artículo 747 del C. c. francés) que "el solo hecho de que sea una excepción no sirve para evidenciar su falta de pertinencia a los hijos naturales, porque lo que se quiere precisamente determinar es si, admitido que es una excepción, rige sólo para los ascendientes legítimos o para éstos y los naturales".

El argumento (que, en cambio, parece decisivo a Scaevola) de los menores derechos sucesorios reconocidos a los parientes naturales, en relación con los legítimos, envuelve una petición de principio. Que existe esa desigualdad de derechos es exacto; pero la misma no es punto de partida, sino resultado, de la investigación exegética. Si se demuestra, p. ej., que el derecho de retorno no es aplicable a los padres naturales, se podrá concluir que, ya en este aspecto, hay una desigual atribución de derechos hereditarios a los ascendientes legítimos y a los naturales; pero, en cambio, no es lícito dar por sentada aquella desigualdad para resolver un problema concreto; con este proceder, lógicamente vicioso, se expone el intérprete a dar a la conclusión de un silogismo legal mayor extensión que la postulada por sus premisas.

A mi juicio, la común opinión está en lo cierto al excluir de la reversión a los ascendientes no legítimos (12). Pero el camino más fá-

---

(12) Ultimamente se ha apartado de este criterio general MEZQUITA, que juzga aplicable el derecho de retorno a los padres naturales (y al adoptante, en la adopción plena, a la vista del art. 179 C. c.). Invoca, en primer lugar, que los preceptos que contienen disposiciones favorables deben interpretarse con amplitud. Pero obsérvese que ese principio de hermeneútica no debe regir aquí, porque la norma del art. 812 favorece al ascendiente donante, pero perjudica a otros interesados en la sucesión, que resultarían beneficiados si la misma no existiera: ¿por qué hemos de fijarnos sólo en aquél?

Añade, siguiendo a PLANTOL y RIPERT, que es injusto el reparto igualitario entre ambos padres naturales en la sucesión del hijo, sin atender a la donación hecha por uno de ellos. Pero un fenómeno parecido se da en otros muchos casos, con arreglo a nuestro régimen sucesorio; por ejemplo: cuando heredan abintestato a un causante sus hermanos consanguíneos y uterinos, la distribución es igualitaria, aunque los bienes procedentes de una de las líneas sean más cuantiosos que los de la otra. Ocurre esto así porque ni el artículo 812 ni el 811 se han propuesto evitar todos los "saltos" de línea de los bienes, sino sólo aquellos que al legislador de 1880 le parecieron más calificados. Y lo in tolerable es que el intérprete provoque una "elefantiasis" de las normas posi-

cil para llegar a este resultado me parece que es el del fundamento mismo de la norma, tal como quedó expuesto más arriba. Los sistemas sucesorios de troncalidad, a través de sus numerosas variantes, tienen una nota finalista común: la de pretender dar cohesión y firmeza económica a la familia legítima. Si un precepto de inspiración troncal, como el artículo 812, otorgara un derecho sucesorio a parientes no legítimos, es decir, a personas que no son *familia* del causante, en el sentido riguroso del término, emplearía un arma de doble filo, uno de los cuales serviría para combatir la razón básica de su existencia; o sea, que una norma pensada para ciertos fines podría convertirse en medio para lograr un fin antitético al que motivó su promulgación.

#### VI. SEGUNDO PRESUPUESTO DE LA NORMA: FALLECIMIENTO DEL DONATARIO ANTES QUE EL DONANTE, SIN DEJAR POSTERIDAD.

La reversión del artículo 812 está sujeta a la "*condictio iuris*" de que el descendiente premuera al ascendiente sin dejar *posteridad*. No cabe duda que el precepto emplea este vocablo como sinónimo de *descendencia*. De todas maneras, hubiera sido preferible el uso de este último, de significación más clara y unívoca, ya que aquél equivale también a "linaje o generación venidera" y a "fama póstuma" (13). Una vez más, el Código sacrifica la exactitud a la elegancia de dicción.

¿Qué clase de posteridad o descendencia es la que elimina el derecho de reversión?

Entre los autores españoles que he consultado, sólo Bonel parece entender en su más amplia acepción el término legal: "natural es —dice— que cuando el descendiente agraciado fallece sin familia o sin posteridad de ningún género, vuelva lo donado al donante...".

Los demás tratadistas que abordan la cuestión creen que el precepto sólo se refiere a la descendencia legítima. Y, en verdad, son poderosas las razones que se pueden esgrimir en favor de esa interpretación.

A) Por lo pronto, es indudable la eliminación de la descendencia ilegítima no natural: si los hijos de esta índole tienen únicamente derecho a alimentos, sería absurdo que su sola existencia tuviese la virtualidad de desviar la trayectoria de los bienes donados, haciéndolos irreversibles.

B) Tampoco la existencia de hijos naturales reconocidos (ni adoptivos, dado el tenor del artículo 179 C. c.) debe impedir la reversión, si se tiene en cuenta (14):

---

tivas con el fin de evitar lo que a él le parece injusto. Por último, adviértase que el inconveniente apuntado puede subsanarse fácilmente adoptando al donar la precaución que ofrece el art. 641.

(13) JULIO CASARES: *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*.

(14) Además del fundamento troncal del precepto, expuesto e invocado anteriormente.

1.º) Que cuando el Código civil usa cualquier vocablo expresivo de parentesco y quiere abarcar también a los parientes no legítimos, se cuida de añadir el calificativo correspondiente (p. ej., art. 944).

2.º) Que el espíritu de la norma es anteponer el derecho de reversión del donante a los derechos sucesorios de los demás ascendientes; y en el sistema del Código civil (si se aceptase la tesis que aquí se impugna) podría darse el supuesto de que, habiendo hijos naturales, los bienes donados por un ascendiente fueran a parar a otro ascendiente más próximo del donatario (quizá, incluso, de distinta línea), ya en pago de legítima o como heredero abintestato.

Claro que ese anormal desplazamiento de los bienes donados, contrario al espíritu del artículo 812, puede darse aun habiendo posteridad legítima; pero ya no ocurrirá por la fuerza misma de los preceptos legales (lo que evidenciaría una contradicción interna de nuestro régimen sucesorio), sino por obra —al menos coadyuvante— de la voluntad del donatario (o de sus propios descendientes, que repudien su herencia), a la que el artículo 812 abre tantas válvulas de escape.

También es cierto que, en la hipótesis primeramente citada, los bienes donados y después heredados por ese otro ascendiente más próximo serían reservables (art. 811). Pero obsérvese que si se parte de que el donante era un ascendiente más remoto, será también casi siempre de más edad que el reservista, y se llegará al resultado paradójico de que los bienes procedentes de aquél no revertirían normalmente a él, sino a sus parientes; es decir, que se negaría la reversión inmediata a favor del donante, para autorizar una reversión diferida que sólo excepcionalmente beneficiará a quien con más justicia puede invocarla (15).

C) La doctrina entiende que los descendientes legítimos del donatario tampoco impiden la reversión si repudian su herencia, son desheredados por él o indignos de sucederle, “porque sólo enfrente del derecho hereditario de éstos desaparece o se extingue el de reversión del ascendiente” (Sánchez Román): “si el artículo 812 no se aplica en tales circunstancias —añade Manresa—, las cosas donadas no beneficiarían a los descendientes”. Colin y Capitant defienden la misma doctrina, pero cuidando de exceptuar el caso de que el hijo

---

(15) Interesa consignar que el ardor combativo en defensa de la misma tesis que aquí se propugna, lleva a MANRESA a formular estos interrogantes. “¿Cabe que por haber posterioridad natural, si el donante sobrevive, disfruten otros ascendientes con libertad de los bienes, y si premuere, esos ascendientes tengan que reservarlos a parientes más o menos lejanos? ¿Cabe que lo que se quiere negar al que fué dueño de los bienes, se conceda, por consideración a él, a otros parientes de su línea?”

Como puede observarse, el ilustre comentarista incide en un error: en el caso contemplado habría obligación de reservar los bienes en ambos supuestos, tanto si el donante sobrevive al donatario como si le premuere; lo que sucede, como se dice en el texto, es que, prácticamente, la reserva no beneficiaría al donante casi nunca, pero no porque en principio se le negase lo que se concedería a sus parientes, sino por la razón de hecho de ser de edad más avanzada que el reservista.

renunciante o indigno deje, a su vez, descendientes, que serían también *posteridad* del donatario e impedirían el derecho de retorno del donante.

A mi juicio, los autores que mantienen esta tesis parten de un prejuicio falso: el de creer que el artículo 812 *ordena* que las cosas donadas por el ascendiente vayan a parar a los descendientes del donatario y que, *cuando esto no suceda*, reviertan al donante. En Sánchez Román y en De Diego no se trata de una idea más o menos presentida, sino explícitamente formulada; en caso de morir el donatario con descendencia, ambos tratadistas creen que aquél no puede disponer por testamento de los bienes a favor de extraños ni de parientes que no sean sus descendientes.

Luego combatiré más extensamente este prejuicio, por donde aflora una vez más el viejo tema de los "hijos puestos en condición". Aquí basta con dejar consignado que el artículo 812 sólo exige que el donatario deje posteridad (legítima, según hemos visto) para enervar el derecho de retorno; y parece muy aventurado dar a una norma excepcional una aplicación analógica como la propugnada.

Posiblemente se objetará que, al hacerlo, se procede con igual técnica que para admitir el derecho de retorno cuando haya posteridad no legítima. Sin embargo, esa pretendida equiparación es engañosa. Es fácil advertir que ampliando el alcance de una de las premisas del silogismo legal (inexistencia de posteridad), se amplía también el ámbito de la norma (conclusión del silogismo: procedencia del derecho de reversión); pero al obrar así se parte de una previsión del legislador, y solamente se manipula en las palabras que emplea, centrándolas en su verdadero significado; se polemiza sobre qué posteridad es esa a que alude expresamente el precepto. En resumen, estamos en materia de interpretación extensiva, lícita en cuestiones de derecho excepcional siempre que se mantenga dentro del espíritu de la norma; hay un pensamiento imperfectamente expresado y el intérprete lo taimiza y aclara. Por el contrario, al admitir la reversión en los casos de indignidad, desheredación o repudiación de los descendientes legítimos del donatario, *se añade* al supuesto contemplado por el legislador (inexistencia de posteridad) un supuesto más, no previsto por él, para que actúe la norma excepcional que sanciona aquel derecho de reversión; no se completan las palabras de la ley para amoldarlas a su espíritu, sino que se pretende completar este mismo espíritu. En resumen, no estamos en tema de interpretación extensiva, sino de analogía, y, como enseña el profesor Hernández Gil, hay que conducirse con mucho cuidado al aplicar la analogía al derecho singular, porque lo no previsto en él no es que no esté regulado (como sucede en el derecho general o común, cuyas lagunas hay que suplir "*a fortiori*" de alguna manera), sino que está regulado *de otro modo* en el derecho general.

Quizá se pretenda defender aún el derecho de retorno, particularmente en caso de repudiación de los descendientes del donatario, con



base en la jurisprudencia (16) relativa a la reserva troncal, que sanciona la improcedencia de ésta si el presunto reservista repudia la herencia del causante. El argumento sería éste: si la repudiación del ascendiente equivale a la inexistencia del reservista, y no hay reserva troncal, la repudiación de los descendientes del donatario equivaldrá a la inexistencia de posteridad, y surgirá el derecho de retorno. Pero el sofisma se descubre en seguida advirtiendo que para la reserva del artículo 811 hace falta que el ascendiente *herede* (y no hereda si repudia), mientras que para la reversión del artículo 812 es necesario que la posteridad *no exista* (y existe aunque repudie).

En fin, es cierto que en los casos de referencia puede haber un desplazamiento de línea de los bienes, al heredarlos otro ascendiente por derecho sucesorio normal, pero ello sucede en infinidad de hipótesis dentro de los dos artículos del Código inspirados en el principio de troncalidad (811 y 812); quizá —más que por deficiencia negligente de su redacción— por el tono suave, desvaído, con que voluntariamente quiso incorporarse tal principio a nuestro ordenamiento común.

## VII. EFECTOS

La norma del artículo 812 produce un efecto primario, cuando concurren sus presupuestos: la sucesión del donante en los bienes que donó. Sin embargo, bajo la precedente rúbrica conviene considerar también toda una serie de consecuencias, más o menos mediatas, que origina la reversión, bien por el solo hecho de estar prevista en la ley (una vez otorgada la donación), o bien por la circunstancia de consumarse en favor del reversionario. Con propósito de sistematización, analizaré esas consecuencias según los sujetos a que inmediatamente afectan.

### A) *Con relación al descendiente donatario.*

Este, en virtud de la donación consumada, adquiere el pleno dominio de los bienes, sin más restricción que la de no poder disponer de ellos por testamento, en caso de no dejar descendencia legítima, en favor de persona distinta del donante. Su posición es así parecida (aunque no idéntica, como veremos después) a la del fiduciario de residuo bajo condición "si sine liberis decesserit". Veamos más extensamente sus poderes dispositivos:

#### a) *Actos intervivos.*

a) No ofrece duda alguna su facultad para enajenar los bienes donados, a título oneroso, con carácter irrevocable. El artículo 812 prevé expresamente que el donatario venda o permute los bienes, y en ambos casos deja intacta la transmisión de dominio y proyecta el derecho de retorno sobre el precio o cosas obtenidas a cambio. Lo mismo cabe decir de los demás negocios jurídicos onerosos que, in-

(16) Ss. T. S. 19 Nov. 1910 y 7 Nov. 1927.

dudablemente, están comprendidos en la hipótesis de que los bienes "hubieran sido anajenados".

b') Mayores dudas plantea el caso de la subdonación, en cuanto se refiere, más que a su posibilidad, a su firmeza. Royo Martínez sostiene que "si el descendiente donatario hubiera donado, a su vez, en vida, los bienes, parece lógico pensar que la segunda donación quedaría revocada por la muerte y que el ascendiente tendría las acciones dimanantes de tal revocación". A mí me parece que esta tesis supone dar al artículo 812 una virtualidad que choca, por excesiva, con su naturaleza de derecho singular. De todos modos, la clave para resolver la cuestión estriba en averiguar el alcance que el precepto da a la previsión de que los bienes donados "*hubieren sido enajenados*": ¿Está comprendida en esta fórmula la transmisión gratuita?

El problema se resolvería fácilmente, en favor de la firmeza de la donación, si nos limitáramos a adoptar una actitud teórico-doctrinal. Basta consultar cualquier tratado moderno de Derecho civil para cerciorarse de que no obsta al concepto de "enajenación" que la transmisión de un derecho se haga a título gratuito (17); por lo que hablar de enajenación, sin más añadidura, equivale a comprender tanto ese supuesto como el de transmisión onerosa, y prever la posibilidad de que el descendiente enajene los bienes donados, limitando el derecho del ascendiente a ejercitar las acciones que correspondieran a aquél (y a suceder en el precio y en las cosas recibidas a cambio, en los supuestos de que el acto de enajenación sea venta o permuta) equivale a permitirle, entre otros actos, la subdonación de los mismos bienes, con carácter definitivo y firme.

Sin embargo, esa manera tan simplista de proceder (bastante generalizada, por cierto) para aclarar la terminología legal, suele ser imperfecta, porque ofrece el peligro de incurrir en un ingenuo anacronismo. En la época de la promulgación del C. c. no tenían muchos conceptos jurídicos la fijeza rigurosamente técnica e inamovible de que gozan hoy. Por ello me parece necesario, antes de llegar a una conclusión definitiva, cotejar el artículo §12 con la restante contextura del C. c., para averiguar en qué sentido usó nuestro legislador habitualmente el sustantivo "*enajenación*" o el verbo "*enajenar*", en cualquiera de sus formas.

Ahora bien, un ligero escarceo a través de nuestro Código suscita, en principio, una gran perplejidad. El examen de los artículos que emplean dichos vocablos arroja el siguiente resultado:

— Hay preceptos que expresamente hablan de enajenaciones a título gratuito, por lo que no cabe duda que tienen de la enajenación un sentido amplio, comprensivo de la onerosa y de la lucrativa (artículos 480, 978-3.º y 1.297-1.º).

— A igual resultado llevan aquellos artículos que aluden a *enaje-*

(17) Vid., p. ej., LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*; en la Sección 1.ª del tomo II (publicado en 1956) estudia, bajo la rúbrica de "Contratos de enajenación", los de compraventa, permuta y donación.

nar o a enajenaciones añadiendo la expresión “a título oneroso”, porque lo contrario implicaría un pleonasma inaceptable, que no hay por qué presumir en los textos legales (arts. 1.413-1.º, 1.644-1.º y 1.656-6.º).

— Lo mismo cabe decir de las normas que fijan para los actos de enajenación determinados requisitos o efectos que, por el contexto del mismo precepto, o por su coordinación con otros, son aplicables a la donación, lo mismo que a la venta o a la permuta, y a veces, incluso, con mayor motivo (arts. 61, 396-4.º, 399, 489, 498, 541, 647, etc.).

— Frente a todos los artículos precedentes, hay varios que manejan el verbo *enajenar* como sinónimo de *vender* (o de *vender* y *permutar*), como lo revelan: su alusión al precio (p. ej., arts. 494-1.º, 1.359-2.º, 1.367, 1.390, 1.522, etc.), o a la subasta pública (arts. 272 y 1.872), o a exigencias de necesidad o utilidad, incompatibles con la naturaleza gratuita de la donación (arts. 164, 270).

— Hay, en fin, un precepto que explícitamente enumera, y, por tanto, contrapone como cosas distintas, las “donaciones” y las “enajenaciones” (art. 1.419-2.º).

Pese a la poca uniformidad de criterio que el Código revela, creo que se puede afirmar como más seguro que el artículo 812, el prever la enajenación de los bienes, quiso comprender tanto la enajenación onerosa como la gratuita. Y ello, por las siguientes razones:

1. El contexto del propio artículo da a entender que distingue *prima facie* dos supuestos: primero, que los objetos donados subsistan en poder del donatario al tiempo de su muerte; segundo, que hayan salido de su patrimonio antes de esa fecha (enajenados). Para cada hipótesis da una regla distinta; y luego, ya dentro de la segunda, añade dos normas particularísimas: una para el caso de venta y otra para el de permuta.

2. Muchos de los preceptos que emplean el término “enajenación” como equivalente al de venta, pueden explicarse por el propósito, tan frecuente en el Código, de evitar cacofonías, originadas por la repetición de vocablos idénticos o de la misma raíz dentro de un mismo artículo; aunque esta preocupación literaria suele acarrearle lamentables deficiencias de técnica jurídica.

3. Algunos preceptos ni siquiera incurrían en inexactitud al hacer uso de esa supuesta sinonimia; pues en ellos, o en otros concordantes, claramente se da una regulación diferente para la donación, e incluso para la permuta, por lo que es fácil comprender que al hablarse después de *enajenar* se quiere decir *vender*, lo que, al fin, implica enajenar, aunque éste sea por sí un concepto más comprensivo (así, los artículos 1.637 y siguientes, en vista de lo dispuesto en los dos artículos anteriores).

4. En el peor de los casos (de entender que hay una real y efectiva discordancia entre diversos artículos del C. c.), puesto que estamos en materia sucesoria, habría que atenerse preferentemente, para

fixar la amplitud del concepto controvertido, al sentido que le den los demás preceptos reguladores de la sucesión mortis causa. Y es evidente que todos los restantes artículos del Título III, Libro III, del Código que emplean los términos *enajenar* y *enajenación* dan a los respectivos conceptos un sentido amplio, que abarca la donación (artículos 785-2.º, 869-2.º, 878-1.º, 974, 975, 976, 978 y 1.078) (18).

Creo, pues, demostrado que, por el solo hecho de morir sin posteridad el descendiente donatario, no quedan sin efecto las donaciones que el mismo otorgara de los bienes recibidos de un ascendiente.

Dando un paso más, creo también que en tal evento de donar el descendiente los bienes reversibles se esfuma por completo el derecho de recobro del ascendiente, sin posibilidad de hacerse efectivo sobre el valor de dichos bienes con cargo a la herencia de aquél (19). El artículo 812, como cuña que cala en el régimen normal de nuestro ordenamiento sucesorio, pretende hacer en su estructura el menor desgarró posible. Únicamente mantiene el derecho de recobro cuando en el patrimonio del descendiente han ingresado otros bienes en sustitución de los enajenados por él, pero no cuando la enajenación ha sido gratuita y faltan, por tanto, tales bienes de reemplazo. Seguir sancionando entonces el derecho de reversión produciría un impacto mucho más grave en los derechos de los demás interesados en la herencia del donatario; efecto insólito, imposible de obtener por vía analógica más o menos forzada, tratándose de una norma de derecho excepcional.

La firmeza y plena efectividad de la subdonación (salvo cuando sea por sí misma inoficiosa o revocable) no significa, en contra de lo que piensa Manresa, que el artículo 812 así interpretado sea una excepción del 636, porque aquél tiene un ámbito cualitativo (de *qué* bienes no puede disponerse por testamento, aunque sí por donación) y éste, en cambio, es cuantitativo (de *cuántos* bienes se puede disponer por donación). Por ello, el 636 actuará aun en hipótesis del 812, haciendo que la subdonación pueda ser reducida; pero no a instancia del donante *como tal*, sino, en general, de las personas que designa el artículo 655.

Quizá se objete que, con esta interpretación, el descendiente puede hacer ilusorio el derecho del ascendiente, sin más que donar las cosas sujetas a reversión a la persona a quien desearía dejárselas por testamento; por lo que, en realidad, no merecería la pena de que el legislador se hubiese preocupado de consagrar un derecho sucesorio que con tanta facilidad podía ser burlado. Pero adviértase que en la economía del Código este peligro es, en la práctica, más aparente que real, porque la donación al cónyuge (que sería probablemente la fórmula más socorrida para defraudar la ley) es nula (art. 1.334); y con respecto a las demás personas, o es nula también la donación (artículo 1.335), o es poco previsible, por lo que no merece la atención del

(18) Este es, en sustancia, el argumento "*in extremis*" que utiliza ROCA SASTRE para dilucidar la supuesta antinomia entre los arts. 1.056 y 1.271-2º C. c.

(19) Conforme MANRESA. En contra, SCAEVOLA y MEZQUITA.

legislador (p. ej., la otorgada a favor de extraños), o no contraría—sino que confirma— el propósito troncal de la norma (p. ej., la donación hecha a un hermano, descendiente también del donante).

b) ¿Qué facultades dispositivas mortis causa tiene el donatario? Hay que distinguir dos supuestos:

a') Si deja posteridad legítima, tendrá las mismas facultades que respecto a los demás bienes de su patrimonio, sin ninguna cortapisa específica dimanante del artículo 812. Podrá pues, disponer de los bienes recibidos del ascendiente en favor no sólo de sus propios descendientes, sino también de cualquier otra persona, a menos que se lo impida la cuantía de los derechos legitimarios de aquéllos, atendido el valor global de la herencia. Y ello, tanto si el testamento en que legara esos bienes a extraños lo otorgó antes de nacer la descendencia como si lo hizo después. La ley no ordena la reversión nada más que en el caso de que el donatario *muera sin posteridad*. Faltando este presupuesto, el donatario no tiene más limitaciones dispositivas que las impuestas por las instituciones protectoras de las legítimas.

Pese a la claridad de la norma a este respecto, ya vimos antes que Sánchez Román y De Diego son de otro parecer. A su juicio, el donatario, en la indicada hipótesis, no puede disponer de los bienes en favor de quienes no sean sus descendientes; así lo postula, dicen, el fin de la reversión, de evitar que pasen esos bienes a personas de otra familia. Late en el pensamiento de estos ilustres civilistas ese prejuicio, que tan hondo ha calado a veces en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de no admitir “medias tintas” en materia de troncalidad. A la vista de los artículos 811 y 812, es corriente adoptar una de estas dos actitudes extremas: o negar que se basen en el principio de troncalidad, porque no se acepta en ellos con todas sus radicales consecuencias, o afirmar que se fundan en dicho principio, imponiendo entonces a su sombra unos efectos que ni fueron queridos por el legislador ni aparecen objetivamente queridos en su texto. Los autores citados, en este caso concreto, refrendan esta última opinión.

Es cierto, indudablemente, que los artículos 811 y 812 quieren evitar ese desplazamiento de los bienes de la familia de origen; en ello consiste su matiz troncal. Pero también es cierto que sólo les preocupa evitar el fenómeno en sus más bruscas manifestaciones. Cuando el descendiente (el del art. 811 o el del 812) tiene, a su vez, posteridad, prefiere la ley dejar los intereses familiares encomendados al orden natural de los afectos y al régimen sucesorio común.

Por otro lado, la opinión que impugno llevaría a una conclusión extraña, por cuanto supondría considerar establecido por la ley un fideicomiso tácito, ordenando un llamamiento sucesorio en favor de unos “hijos puestos en condición” (*condictio iuris*), contra el criterio general adverso a tal hipótesis (arts. 783-1.º y 785-1.º).

Finalmente, la limitación dispositiva que se quiere imputar al descendiente donatario chocaría con lo prevenido en el artículo 743 del Código civil.

b') Si el donatario no deja posteridad a su fallecimiento, el ámbito eficaz de su voluntad testamentaria es mucho más restringido. Concretamente: no puede desviar los bienes donados de la trayectoria marcada por la ley, que es su adquisición por el ascendiente donante.

Podrá, desde luego, especificar en su testamento los bienes sujetos a reversión, y será conveniente que lo haga para facilitar las operaciones particionales de la herencia, evitando posibles descuidos.

Tampoco hay inconveniente en que legue expresamente al donante los bienes que de él recibió. Se dará entonces una situación parecida a la que se origina cuando el testador *confirma* simplemente los derechos legitimarios.

#### B) *Con relación al ascendiente donante.*

Le reversión prevista en el artículo 812 da lugar a que el donante recupere los bienes que donó, o algunos de sus subrogados, por ministerio de la ley.

a) Lo primero que hay que destacar es que esa adquisición no se produce a título *intervivos*, sino *mortis causa*. El hecho de que el ascendiente recobre los bienes *porque* los donó, ha deslumbrado a algunos autores induciéndoles a creer que nos hallamos ante una donación sujeta a la condición resolutoria "si sine liberis decesserit". Pero si tal fuera la verdadera naturaleza de la institución no sería explicable que subsistieran las enajenaciones otorgadas en el intervalo por el donatario, ni que se regulara la materia en el Título de las sucesiones ni, en fin, que el precepto comience diciendo que "los ascendientes *sucedan...*"; todos estos datos coadyuvan a afirmar que el artículo 812 consagra un derecho sucesorio, aunque lo establezca *en razón* a la naturaleza del título *intervivos* por el que adquirió los bienes el causante.

Dentro ya del ámbito de las sucesiones, se ha pretendido perfilar con más detalle la naturaleza del derecho del ascendiente:

La mayoría de los tratadistas se conforman con destacar que en el artículo 812 se establece un derecho de retorno que implica una sucesión excepcional, en el sentido de que se aparta del régimen sucesorio común del Código (Castán, De Buen, Armero Delgado, etc.). Esto es cierto, pero en realidad no aclara en absoluto la índole sustantiva de la posición del reversionario. Sólo se pone de relieve la singularidad de su derecho.

Para algunos autores, la figura regulada en el artículo 812 es una reserva, a la que llaman troncal (Otero Valentin) o lineal (Gómez Morán); el derecho del ascendiente sería así análogo al de un reservatario. Indudablemente, la colocación sistemática del precepto —al lado del 811— da a primera vista esa impresión. Pero un estudio comparativo más detenido obliga a desecharla. Como indica Genovés Amorós, la construcción jurídica del 812 no es una verdadera reserva, porque falta en ella un elemento esencial: la existencia de una herencia previa.

Mezquita del Cacho, basado en Gaudement, concibe la adquisición del ascendiente donante como un caso de sucesión contractual tácita, que arranca del negocio de liberalidad (donación). A mi juicio, esta interpretación peca de artificiosa, si se piensa que la sucesión contractual (en la modalidad de pactos *de succedendo*, en la que habría que encuadrar este supuesto) consiste en atribuir un derecho hereditario *por obra* de un pacto; *todo lo demás* que se adquiriera en esa sucesión *al margen* (y quizá *en contra*) de la voluntad paccionada del causante no puede decirse que se adquiriera en virtud del contrato. En hipótesis del artículo 812, lo único que aparece objetivamente querido por el descendiente (causante) es la donación; el efecto sucesorio que eventualmente pueda originar es cosa ajena a dicho acto volitivo.

Para otros autores, en el artículo 812 se establece un legado legal. Se fundan en que al tratarse de una sucesión en cosas determinadas no cabe pensar que confiera al sucesor la cualidad de heredero (y esto es cierto), y en que, según el artículo 660, es legatario el que sucede a título particular (así Batlle, seguido de Genovés Amorós). Claro que, si a la circunstancia de que éste sea un legado *ex lege* (cuya figura jurídica es discutible) se tiene que añadir la peculiaridad de que sea un legado de pago preferente, al que se subordinan, no sólo todos los demás legados, sino incluso las legítimas, se llega al resultado de que esta calificación es inútil, si no artificiosa. De poco sirve dar un *nomen iuris* a una institución si luego se van desgajando de ella, una por una, varias de las notas y efectos esenciales que delimitan aquel encuadramiento.

Yo creo que al reversionario del artículo 812 se le puede catalogar, sencillamente, como *sucesor a título particular mortis causa por ministerio de la ley*. Que estamos cerca del legado es indudable, y muchas de las normas del Código referentes a dicha institución serán aplicables al reversionario: precisamente todas aquellas que pueden considerarse como el *derecho común* de las adquisiciones mortis causa a título singular; pero no, en cambio, las que contemplan esas adquisiciones como fruto *exclusivo* de la voluntad testamentaria (legados propiamente dichos).

La naturaleza mortis causa del derecho del reversionario es rica en consecuencias prácticas, como vamos a ver.

a) Puesto que el ascendiente es un sucesor "*iure hereditario*", ¿podrá ser privado de los bienes reversibles por causa de indignidad o desheredación? Aunque el punto es dudoso, me inclino a la afirmativa (20). Obsérvese que el derecho del reversionario, a cambio de ser de pago preferente a las legítimas, es, en otro aspecto, más vulnerable que éstas, porque desaparece si el causante dispuso de los bienes reversibles por donación de los mismos, sin que el ascendiente pueda, como tal reversionario, conseguir la anulación o la reducción de esas donaciones. Ahora bien, si por la sola voluntad del descendiente, sin

(20) Conformes COLIN y CAPITANT, JOSSEBRAND, MANRESA y MEZQUITA. Duda SÁNCHEZ ROMÁN. En contra, VALVERDE.

la concurrencia de hechos culpables del ascendiente, puede éste verse privado de las cosas reversibles, ¿no es más lógico que pueda perder también su derecho por las graves causas de la indignidad y de la desheredación, que le son plenamente imputables, y que hasta le hacen perder la legítima?

Admitida la respuesta afirmativa, se suscita una nueva cuestión: la de la aplicabilidad analógica de los artículos 761 y 857 C. c. Es decir, si el donante tiene otros descendientes legítimos, ¿podrán éstos ocupar su lugar, exigiendo la reversión en favor propio? Con Manresa, contestamos negativamente: 1.º porque los citados artículos —de modo explícito el 761— se refieren al caso de ser herederos forzosos los descendientes, no los ascendientes; 2.º porque el artículo 812 concede un derecho personalísimo al ascendiente, “*con exclusión de otras personas*”; 3.º porque la indignidad y la desheredación equivalen jurídicamente a la muerte del sucesor desheredado o indigno, y si el ascendiente hubiera premuerto al descendiente no habría retorno de bienes; y 4.º porque el derecho de representación, como ficción de la ley, no puede aplicarse a casos no comprendidos de modo expreso en la misma. Concretamente, el artículo 925-1.º dispone que tal derecho no tendrá lugar “*nunca*” en la línea ascendente.

En resumen: en caso de desheredación por justa causa o de indignidad del ascendiente donante, los bienes reversibles se refunden con el resto del patrimonio relicto y corren la suerte de éste, señalada en el testamento o en las normas ordinarias de la sucesión abintestato del descendiente.

b) Otra consecuencia importante de la naturaleza hereditaria del retorno es que el donante no podrá renunciar a él durante la vida del donatario, ni siquiera al otorgar la donación (arts. 1.271-1.º, 816 y 991).

Lo que sucede es que, prácticamente, el ascendiente que quiera renunciar a la reversión de los bienes puede conseguir el efecto apetecido otorgando la donación bajo la condición resolutoria expresa “*si sine liberis decesserit*”, señalando, para el caso de cumplirse la condición, quién ha de ser el destinatario de los bienes (art. 641 C. c.).

Otro expediente cómodo para impedir anticipadamente el retorno en favor propio será el de donar los bienes conjuntamente al descendiente y a su cónyuge, en cuya hipótesis acrecerá al que de ellos sobreviva la porción del premuerto (art. 637) (21).

Una consecuencia de ser a título singular la adquisición del reversionario es que podrá, una vez muerto el donatario, si es además heredero o legatario suyo, aceptar la sucesión en los bienes de retorno y renunciar a la herencia o al legado, y viceversa. No rige la doctrina del artículo 990, sino la del 890-2.º. Pero, en cambio, no se debe apli-

(21) El propósito de evitar por este medio la reversión se dará por ejemplo, en el donante que sea abuelo común de los esposos, y éstos, por tanto, primos hermanos.



car lo dispuesto en el párrafo primero de este último precepto, en el caso de que el ascendiente sea favorecido con un legado oneroso, porque ésta es una de esas normas, a que antes aludía, que fueron redactadas para los legados propiamente dichos (atribución graciosa del causante), y no, en general, para todas las adquisiciones mortis causa a título singular, independientemente de su origen legal o voluntario. Incluso creo que se debe sostener esa inaplicación aunque los bienes de retorno hayan sido expresamente legados al ascendiente, favoreciéndole además con otro legado oneroso. Porque el hecho de que la voluntad testamentaria del donatario se adhiera y conforme a la legal no debe producir el efecto de hacer más débil o menos autónomo el derecho del reversionario.

c') En materia de responsabilidad por deudas hereditarias, se pueden distinguir tres hipótesis principales:

1.ª) Reversionario-heredero: responde del pasivo; pero responde como heredero, no como reversionario.

2.ª) Reversionario legitimario, pero no heredero; responderá el que tenga este último carácter. Las deudas afectarán a la legítima de aquél, al disminuir el dividendo para el cálculo (art. 818), pero no a los bienes reversibles.

3.ª) Reversionario no heredero ni legitimario: en este caso tiene que concurrir necesariamente con algún otro ascendiente del causante, más próximo que él, que será legitimario. De las deudas no responderá personalmente (por no ser heredero) ni le afectarán por no ser titular de una parte alícuota del caudal líquido (como el legitimario). Incluso, si es necesario, las legítimas se reducirán para satisfacer el derecho de retorno, si la parte libre de la herencia no basta para cubrirlo. La frase "con exclusión de otras personas", significa que su derecho es personalísimo, pero implica también que su pago es preferente al de todos los demás derechos sucesorios (22).

En fin, otras muchas combinaciones pueden presentarse: heredero aceptante a beneficio de inventario, distribución de toda la herencia en legados, "hereditas damnosa", etc. Entrar en el detalle de cada una de ellas sería exponer un largo capítulo del derecho sucesorio extraño al matiz concreto de este trabajo. Sólo conviene recordar, para resolver cualquier hipótesis, que el reversionario, en cuanto tal, es un sucesor "mortis causa", a título singular, en bienes determinados y por ministerio de la ley, cuyo derecho es el último baluarte que debe ceder ante los acreedores del causante.

(22) Por ejemplo: Importe del patrimonio relicto, 100 (incluidos los bienes reversibles, que valen 40); deudas, 40. La legítima del padre del causante será de 30 (mitad del caudal líquido, por suponerse que no concurren la madre ni el cónyuge viudo), y otro tanto será la parte libre de la herencia. Como ésta no es suficiente para cubrir el valor de los bienes de retorno, donados por ejemplo por el abuelo, la legítima del padre se reducirá a 20, y la reversión se cumplirá íntegramente.

(En el ejemplo propuesto se resuelve ya, implícitamente, el problema de la computación de los bienes reversibles para el cálculo de las legítimas, de lo cual trataremos en seguida.)

d') En el supuesto —quizá el más corriente— de que el donante sea legitimario del donatario, entiendo con la generalidad de la doctrina que no se imputarán los bienes de retorno en pago de la legítima, sino que recibirá aquéllos y además ésta. Si ambos derechos se mantienen autónomos cuando recaen en distintos titulares, no hay razón para limitar uno de ellos por el hecho de que se reúnan en una misma persona, máxime cuando la ley se funda en motivos independientes para atribuir uno y otro (23).

b) Examinada la naturaleza del derecho de reversión, y los caracteres que de ella derivan, veamos su contenido. Este se diversifica en dos grandes hipótesis:

*Primera.* Conservación de los objetos donados en el patrimonio del descendiente.

El mecanismo del derecho de retorno es entonces muy simple: el donante los recupera, *sucede* en ellos. Pero es necesario detenerse a examinar los efectos de esta sucesión, ante probables vicisitudes experimentadas por los bienes, distintas de su enajenación.

a') En cuanto a los frutos, los percibidos durante el tiempo en que el donatario ha sido dueño de los bienes le pertenecerán a él (o a sus herederos). Respecto a los pendientes al ocurrir su fallecimiento, corresponderán al donante los naturales o industriales, así como los civiles que se devenguen después de esa fecha. A esta solución se llega, tanto si se aplica el artículo 882-1.º (teniendo en cuenta que el donante es un sucesor en cosa o cosas determinadas) como si se observan las prescripciones generales del artículo 451.

b') Los resultados de la accesión continua que haya afectado a los bienes reversibles (al entrar en relación con bienes *de un tercero*), perjudicarán o beneficiarán al reversionario, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones que de la accesión dimanaran a favor o a cargo del donatario.

c') En cuanto a las mejoras, la doctrina aparece muy vacilante. Sánchez Román cree que las hace suyas el donante: las voluntarias, sin abono alguno; las necesarias y útiles, previo abono de su coste a la herencia del donatario. Da, pues, a éste, implícitamente, un trato similar al del poseedor de buena fe (arts. 453 y 454). Aunque no idéntico, porque silencia la posibilidad del *ius retentionis* y del *ius tollendi*.

Manresa estima que ceden en beneficio del donante todas las mejoras, ya provengan de la naturaleza o del tiempo, ya sean debidas a la industria o trabajo del donatario; pero las últimas son abonables a los herederos del causante. Transpira aquí, aunque sin declararlo expresamente, la doctrina aplicable a la sustitución fideicomisaria (artículo 783-2.º).

Scaevola es el autor que con más audacia se decide a buscar criterios de analogía. Para el caso de consistir las mejoras en edificaciones, plantaciones o siembras, acude al régimen del artículo 361; o sea,

(23) Conformes SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, DE DIEGO, CASTÁN, ROYO MARTÍNEZ, etc.

que el reversionario recuperará el solar o terreno donado y, además, podrá elegir entre hacer suya la obra, plantación o siembra, previo abono de los gastos necesarios y útiles a los herederos del donatario, o bien obligar a éstos a que le paguen el precio del suelo (en los supuestos de edificación o plantación) o la renta correspondiente (en el caso de siembra).

Como el autor tropieza con el obstáculo de que las referidas mejoras fueron hechas por el dueño mismo de la superficie, con perfecto derecho a ello (art. 350), se aventura, para defender su tesis, en estas atrevidas afirmaciones: el donatario "goza como suya una cosa que puede retornar al donante y que, por tanto puede estimarse, en tal sentido, como ajena"; "su derecho sobre la cosa no lo perdió el donante..."; "el donatario disfrutó desde este punto de vista de una cosa ajena".

A las restantes mejoras reputa plenamente aplicable el artículo 487, dictado para el usufructo. Y, en todo caso, la facultad de compensar mejoras y desperfectos que establece el artículo 488.

A mi juicio, pueden formularse, con las naturales reservas en materia tan oscura, las siguientes conclusiones:

Ante todo, debe recordarse que el descendiente ha sido verdadero dueño de los bienes desde la donación hasta su fallecimiento, y que el ascendiente dejó de ser dueño de los mismos desde que los donó; por eso (porque no es actual propietario) puede, *suced*er en ellos, a título *mortis causa*, al fallecer el donatario.

Con lo dicho queda implícitamente rechazada toda posible aplicación analógica, *per se*, de la doctrina del usufructo, de la posesión de bienes ajenos, de la accesión industrial (con distintos propietarios *ab initio* del suelo y del vuelo) y de la sustitución fideicomisaria (en que el fideicomisario, en cuanto tal, no es sucesor del fiduciario); ello sin perjuicio de que, en algún caso y por otro camino, se llegue a una solución equivalente a la sancionada por la ley para alguna de esas instituciones.

Tratándose de mejoras que no impliquen una grave transformación de la cosa donada, la norma que contempla un supuesto más parecido al nuestro es la del artículo 883, que obliga a entregar al legatario la cosa específica legada en el estado en que se halle al morir el causante, silenciando toda posibilidad de que los herederos exijan al legatario indemnizaciones por razón de las mejoras efectuadas por aquél en los bienes durante el intervalo comprendido entre el otorgamiento del testamento y la apertura de la sucesión. Es decir, la ley presume que la voluntad del testador, al efectuar dichas mejoras, fué aumentar el valor de la liberalidad otorgada al legatario. Pues bien, en el caso del 812 ese mismo causante (el donatario) supo —o pudo saber— que las cosas mejoradas tenían un destino prefijado, no ciertamente por su propio testamento, sino por la ley; y, sin embargo, hizo en ellas una determinada inversión. No veo inconveniente en seguir manteniendo en tal hipótesis la misma interpretación de voluntad. En un caso, pudo el causante impedir ese enriquecimiento del legatario revocando el

legado; en el otro, pudo igualmente obstruirlo enajenando los bienes reversibles (hasta donándolos, según hemos visto). Si no hizo ni una cosa ni otra es porque quiso incrementar, con el mejoramiento de los bienes, el volumen de la adquisición de su destinatario mortis causa (24).

El problema se agrava cuando la mejora sea de tal envergadura que transforme la cosa "de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía"; el caso más típico será el de construcción de un edificio en un solar donado. La ley deja de presumir que la intención del testador (en el supuesto de haber sido legada la cosa) siga orientada por el propósito de favorecer más al legatario, y no sólo niega a éste la mejora, sino la adquisición misma de la cosa (artículo 869-1.º). Esto último no cabe ante el 812, porque el derecho del reversionario no dimana de la voluntad del causante, sino de la ley; el derecho de retorno, por tanto, seguirá en pie; pero, ¿y la mejora?

Ante la falta de una previsión legal específica y de un criterio claro y equitativo de analogía; quizá sea lo más acertado recurrir al principio de derecho conforme al cual "lo accesorio sigue a lo principal". Concretamente: según este criterio, deberá atribuirse el pleno dominio del inmueble al reversionario si el solar vale más que lo edificado sobre él, o a los herederos del donatario si sucede a la inversa; y, en ambos casos, con la obligación de indemnizar a la parte desposeída de su derecho (25).

Lo que no creo justo, legal ni oportuno es facultar en todo caso al reversionario para resolver unilateralmente la situación creada (tesis de Scaevola), ni obligarle siempre (como parece deducirse de las opiniones de Sánchez Román y de Manresa) a una indemnización que puede sobrepasar su propia solvencia, ser exagerada en comparación con el valor de los bienes que recupera, y aun haber sido provocada de mala fe.

d') En cuanto a los desperfectos y gravámenes que hayan sufrido los bienes desde que los donó el ascendiente, debe éste soportarlos, sin derecho alguno a indemnización, asumiendo la obligación de cumplir las cargas que afecten determinadamente a dichos bienes. Así resulta de su condición, tantas veces invocada, de sucesor a título particular del donatario (26).

---

(24) Tampoco creo que el donatario pueda disponer eficazmente en su testamento que el reversionario abone a los herederos de aquél el coste de las mejoras efectuadas en los bienes reversibles o el aumento de valor experimentado por éstos con tal motivo. Porque si sus facultades en orden a la enajenación de los bienes de retorno hemos visto que son omnímodas, no ocurre lo propio con sus disposiciones mortis causa. En este aspecto, si no deja posterioridad, no puede limitar ni entorpecer lo más mínimo el derecho del reversionario; y a ello equivaldría imponerle la obligatoriedad de una indemnización.

(25) Con este criterio resolvió la S<sup>a</sup> del T. S. de 31 de mayo de 1949 un caso muy distinto del presente en cuanto a la cuestión de fondo, pero que ofrecía la misma característica de no encajar por completo en ninguno de los preceptos legales que reglamentan la accesión de inmuebles.

(26) Conformes SÁNCHEZ ROMÁN y MANRESA. SCAEVOLA cree aplicable el

*Segunda hipótesis.* Enajenación por el descendiente de los bienes donados. Distinguiremos separadamente los dos supuestos concretos de enajenación aludidos por el artículo 812 y la regla general para todos ellos recogida en el mismo precepto.

a') *Venta.*—En tal evento, el artículo 812 preceptúa que el donante suceda en el precio. Pero no puntualiza el alcance que tiene en este caso el derecho de retorno ante hipótesis concretas que, probablemente, serán las más frecuentes.

Desde luego, no ha de exigirse, para que la reversión opere, que se encuentren en la herencia las mismas monedas o billetes obtenidos por la venta; no sólo por las razones que expuse anteriormente (al negar la reversibilidad del dinero donado), sino también por el motivo que invoca Sánchez Román, a saber: que con esta interpretación estricta el supuesto legal de venta de los bienes se asemejaría al de la permuta (de cosas por dinero), y habría en el artículo 812 una duplicidad innecesaria de normas.

A la inversa, tampoco debe aceptarse una interpretación tan amplia que desborde la previsión del artículo y el ámbito normal del principio de subrogación real, y que desnaturalice la facultad de libre disposición que, como vimos, tiene el donatario sobre los bienes. Así, no habrá retorno del precio ni de ningún subrogado si consta que el donatario-vendedor consumió aquél, o si ha perecido las cosas que adquirió con el mismo.

Hechas las anteriores salvedades, creo que se pueden aceptar estas conclusiones:

1.ª) Hay reversión del precio (o de parte de él) si queda dinero en la herencia del descendiente; a menos que los herederos de éste prueben (art. 1.214 C. c., *in fine*) que el precio obtenido por la venta de las cosas donadas lo consumió su causante, y que el numerario existente en la sucesión tiene otro origen.

2.ª) A falta de dinero en la herencia, o en caso de acreditarse que el existente tiene otra procedencia, revierten las cosas que conste fueron compradas con el importe de los bienes donados y vendidos. Y ello, tanto por motivos de equidad como por estar comprendida esta hipótesis en la previsión de que el donatario "*cambió*" los bienes: no creo que con tal palabra se quisiera reiterar la idea de la permuta (como corrientemente se admite), sino abarcar estos casos en que, a través de dos sucesivos contratos de compraventa, se persigue y obtiene el resultado económico de *cambiar* (sustituir) en el patrimonio propio la cosa que se vende por la que luego se compra. Naturalmente que la cosa comprada no revertirá por entero si el precio dado por

---

artículo 497 y, consiguientemente, estima que el donatario responde de los deterioros que haya sufrido la cosa por su culpa o negligencia, "porque quien causa un daño a otro, viene obligado a su indemnización". Nuevamente el insigne comentarista pone en tela de juicio la titularidad *verdaderamente dominical* del donatario. En toda su argumentación, parece obsesionado por el momento del retorno de los bienes, despreciando el de su adquisición por el donatario y toda la fase comprendida entre ambos instantes.

ella procede sólo en parte de la venta de los objetos donados por el ascendiente. En tal supuesto habrá lugar a un condominio entre el reversionario y los herederos del descendiente.

3.ª) Si los objetos donados y vendidos vuelven por cualquier título al patrimonio del donatario, la reversión afectará a los mismos bienes, y no al precio que por su venta se obtuvo.

Las conclusiones expuestas son igualmente aplicables a la expropiación forzosa; y también a las ventas por razón de deudas, en vía judicial o administrativa, en cuanto al exceso que represente el precio obtenido sobre el importe de la deuda que motivó la ejecución.

Advirtamos, finalmente, que la doctrina anterior rige siempre que el precio hubiera sido percibido por el donatario antes de su muerte. Si le era aún debido, el derecho de retorno operará en el sentido de subrogarse el ascendiente en las acciones que por el impago dimanaran en favor del vendedor, conforme a la regla general dada en el artículo 812 para los casos de enajenación.

b') *Permuta*.—El derecho del reversionario se hace efectivo en esta hipótesis "en los bienes con que se hayan sustituido" los donados por aquél.

Las soluciones aplicables respecto a las posibles vicisitudes que experimenten estos nuevos bienes en el patrimonio del donatario (mejoras, deterioros, etc.) serán las mismas expuestas para el caso de ocurrir en los bienes que fueron objeto inmediato de la donación.

Si la permuta no es simple, sino estimatoria, con intervención de dinero a título de vueltas, habrá que distinguir quién sea el que recibió la cosa de más valor: si fué el donatario, la reversión no operará sobre la totalidad de aquélla, sino que la misma se adjudicará en copropiedad al reversionario (en cuanto a una participación equivalente al valor de la cosa que él donó) y a los herederos del descendiente (en cuanto al resto). Si, por el contrario, era de más valor la cosa entregada por el donatario, el retorno actuará sobre la recibida a cambio y sobre el dinero destinado a completar la equivalencia; pero, respecto a éste, en los términos examinados para el precio, en caso de venta.

Si los bienes adquiridos por permuta no subsisten en el patrimonio del descendiente, sino que los vende o los vuelve a permutar, se aplicará en el primer caso al precio de la venta la doctrina expuesta para el precio de venta de los objetos donados, y en el segundo supuesto seguirá rigiendo el mismo principio subrogatorio establecido para la primera permuta.

c') *Enajenaciones en general*.—Además de las dos reglas específicas ya estudiadas, que rigen en las hipótesis de venta o permuta consumadas en vida del donatario, formula el artículo 812 una norma general, aplicable tanto a esos casos de enajenación de los bienes como a todos los demás: la que ordena la sucesión del reversionario «en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos».

Sería prolija —y siempre incompleta— la enumeración que pre-

tendiera darse de las acciones en que puede producirse esa subrogación de titular. Únicamente interesa destacar que a la palabra "todas" no puede dársele una virtualidad tan intensa que eche por tierra el principio general que exceptúa de la sucesión mortis causa los derechos y obligaciones personalísimos (art. 659 C. c.).

Especial interés ofrece esta cuestión en materia de donaciones. Si el descendiente donó, a su vez, los bienes, ya vimos que la donación era, no sólo válida, sino firme, en el sentido de que el reversionario no podía revocarla por el solo hecho de haber muerto su descendiente sin posteridad. Pero como el artículo 812 preceptúa la sucesión en las acciones, se deduce, *en principio*, que el donante podrá ejercitar las acciones de revocación que el causante pudo hacer valer.

Sin embargo, atendido el régimen legal de la revocación de donaciones, esa subrogación resulta tener un ámbito mucho más limitado del que parece a primera vista. En efecto: la acción de revocación por incumplimiento de cargas es configurada por el Tribunal Supremo como personalísima (Ss. 3 dic. 1928 y 6 feb. 1954), y ya dije que el artículo 812 no debe desvirtuar la norma general del artículo 659; la fundada en superveniencia o supervivencia de hijos (cuyo ejercicio sólo sería factible al reversionario si tales hijos eran naturales reconocidos, por no impedir éstos el derecho de retorno) únicamente se transmite a los descendientes del donante, no a sus otros causahabientes (artículo 646-2.º); y la basada en la ingratitud del donatario no se transmite a los herederos del donante si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado (art. 653). Por tanto, resulta de todo lo expuesto que el reversionario sólo puede promover la revocación de la subdonación otorgada por su descendiente muerto sin posteridad si concurren estos dos requisitos: 1) que el subdonatario hubiese incurrido en causa de ingratitud; 2) que el subdonante no hubiera podido ejercitar personalmente la acción.

#### C) *Con relación a los legitimarios del donatario.*

Uno de estos legitimarios puede ser, y normalmente lo será el mismo donante. Y<sup>2</sup> hemos visto que, en tal caso, no se imputarán a su legítima los bienes reversibles, sino que recibirá éstos y aquella, independientemente.

La cuestión que ahora vamos a examinar es otra, y afecta a todos los herederos forzosos del donatario (incluido el reversionario, si ostenta ambas cualidades). Se trata, simplemente, de averiguar si los bienes de retorno se computan o no en la herencia para el cálculo de las legítimas; es decir, si la cuantía de éstas se determina sobre el valor de toda la herencia o previa deducción de los bienes reversibles. La solución del dilema no implica una investigación meramente académica, pues adquiere trascendental importancia cuando en la sucesión del descendiente concurre un ascendiente legítimo (sea o no también el reversionario) con un heredero voluntario del causante (27).

---

(27) Por ejemplo: Importe global de la herencia, 100; donación del abuelo materno, por valor de 20; resto, por tanto, de la herencia, 80. Concurren

Los autores españoles que han abordado el tema se muestran casi con unanimidad contrarios a la computación, siguiendo la pauta marcada en Francia por el Tribunal de Casación (probablemente Manresa constituye la única excepción clara a este criterio). Así, De Buen afirma que "cuando tiene lugar este derecho de retorno, se forma una masa de bienes especial, que se desgaja del caudal hereditario, y que no debe ser tenida en cuenta en la distribución general de este caudal (por ejemplo, para el cómputo de la legítima y de la parte de libre disposición)" (28).

Pérez Ardá es el autor que ha pensado más detenidamente en esta cuestión. Por lo pronto, hay en su razonamiento un punto de partida erróneo, al afirmar que exigen una misma solución el problema de la imputación de los bienes reversibles en pago de legítima y el de su computación para el cálculo de ésta; y que ambos, a su vez, se resolverán afirmativamente si se entiende que tales bienes forman parte del haber hereditario del descendiente donatario, y negativamente (como él cree) en el caso opuesto.

A lo largo de estas páginas ha quedado expuesto, quizá con reiteración, que el ascendiente, en hipótesis del artículo 812, adquiere por título mortis causa, "sucede", en unos bienes que son *plenamente* del donatario hasta el momento de su muerte, y que, por tanto, forman parte de su herencia. Por otro lado, no se me alcanza por qué razón se enlazan inexorablemente las dos cuestiones de la imputación y de la computación. Imputación en pago de la legítima ya dije que no existe, porque se trata de dos títulos sucesoriales autónomos, aunque los bienes reversibles integran la herencia del descendiente. La computación, en cambio, sí que procede, precisamente por esta última razón:

Para el cálculo de la legítima se atiende a los bienes que "quedaren" a la muerte del causante (art. 818), y los reversibles eran propiedad del donatario y, por tanto, "quedan" en su herencia al tiempo de su fallecimiento (29). Por ello se computan también los legados,

---

en la sucesión: el padre por su legítima, y un hermano del descendiente como heredero único. Con el criterio contrario a la computación el padre recibirá 40 por su legítima, y el hermano 40 como heredero; el abuelo recuperará los bienes donados. En cambio, con el criterio favorable a la computación de los bienes reversibles, la posición del abuelo no varía, pero el padre recibirá 50 por legítima y el hermano 30 por herencia.

(28) En igual sentido GÓMEZ MORÁN. Quizá también ROYO MARTÍNEZ, cuando dice que "el artículo 812 impone la no inclusión en el as hereditario de los bienes objeto de la donación..."; pero luego añade: "...y los atribuye directamente al ascendiente que los había donado". Por lo que queda la duda de si al formular aquella "no inclusión en el as hereditario" quiere decir solamente que los bienes reversibles siguen un curso independiente al del resto de la herencia (lo cual es cierto).

MEZQUITA considera la cuestión que nos ocupa "un tanto bizantina" (?).

(29) No es posible considerar los bienes reversibles como deudas o cargas, cuya deducción previa ordena el mismo precepto, puesto que el donatario nada debía al donante por causa de la donación de los bienes, ni era éste titular de ningún gravamen sobre ellos. Era sólo su destinatario mortis causa en virtud de una norma legal.



que, por cierto, son unos bienes —al igual que los reversibles— que a título singular mortis causa tienen un destino prefijado, independiente del cauce que siga la herencia (aunque ese destino específico lo señale en nuestro caso la ley en vez del testamento). Y se computan asimismo las donaciones, que son igualmente detracciones específicas del patrimonio del “de cuius” (aunque anteriores a su muerte).

En los tres casos (legados, donaciones, bienes reversibles) hay, pues, unós bienes que, a título singular, tienen marcado un destino concreto, y en los dos primeros la ley ordena expresamente que se computen; en el tercero, la ley calla; pero no creo que la diferencia sustancial, a saber, que ese destino de los bienes sea impuesto coactivamente y que no se desvíen de él por ninguna circunstancia (anulación, reducción) sea suficiente para quebrantar la aplicación analógica del mismo criterio: las donaciones y los legados siguen teniéndose en cuenta para el cálculo a pesar de haberse comprobado que no son ineficaces.

Desde un punto de vista práctico, es cierto que la computación puede atacar gravemente la libertad de disposición mortis causa del donatario, hasta llegar a excluirla (30). Pero a esta objeción, impresionante a primera vista, cabe oponer que el supuesto de una persona privada de hecho de la disponibilidad testamentaria de bienes no es extraño en nuestro Derecho. Recuérdese el caso del padre con un solo descendiente legítimo y dos o más hijos naturales reconocidos, cuyos derechos legitimarios absorben por completo la herencia. Y ello aun contra la voluntad expresa del testador.

Asimismo, las donaciones hechas a un extraño por quien tenga un único descendiente legítimo, si dichas donaciones agotan el tercio libre, dejan al causante en situación de indisponibilidad mortis causa, pues los legados que, en su caso, haya ordenado, habrán de anularse antes de reducir aquellas donaciones (art. 820, reg. 1.<sup>o</sup>). La única diferencia es que en esta hipótesis esa indisponibilidad proviene de haber otorgado una donación; y en la del 812 se origina, paradójicamente, de haberla aceptado; pero, al hacerlo, el descendiente donatario pudo conocer, y normalmente habrá conocido (por ejemplo, por el asesoramiento notarial), todas sus posibles consecuencias.

Por otro lado, la indisponibilidad no es absoluta, en un doble sentido: primero, porque no tiene que producirse necesariamente (a diferencia de lo que sucede en el supuesto primeramente citado), sino que depende de la valoración de los bienes referida al momento de la muerte del causante; segundo, porque si de hecho no advirtió el donatario el peligro (quizá porque ese excepcional desequilibrio entre los bienes libres y los reversibles sobreviene después de haber aceptado la donación) la susodicha indisponibilidad testamentaria se verá

---

(30) Así, en el ejemplo propuesto en la nota 27, si la herencia vale 100 y los bienes donados 50, la legítima del padre será de 50, o sea, que acapará todos los bienes libres y el hermano instituido heredero no recibirá cosa alguna del caudal.

paliada con la posibilidad de donar los mismos bienes reversibles (por ejemplo, en la forma cómoda de reservarse el usufructo), sacándolos así de la sujeción en que se hallaban y favoreciendo de esta manera a quien pretendiera hacerlo por testamento (siempre que no se trate, de la cosa donada, la norma que contempla un supuesto más parecido y 1.335). Ciertamente que esta donación se computará también para calcular, en su caso, la legítima del ascendiente donante, como otra donación cualquiera, pero en cuanto no sea inoficiosa podrá subsistir.

La semejanza entre la posición del descendiente del artículo 812 y la del fiduciario (sobre todo en la modalidad "si sine liberis decesse-rit", cumplida la condición) no desvirtúa la tesis favorable a la computación. Al morir el descendiente donatario, los bienes reversibles son suyos (el ascendiente "sucede" en ellos) y, por tanto, integran su herencia, aunque tengan un destino fijado coactivamente por la ley. En cambio, en la sustitución fideicomisaria (incluso en la forma más débil del fideicomiso de residuo) los bienes fideicomitados no integran la herencia del fiduciario; el fideicomisario no adquiere los bienes como heredero suyo, sino del fideicomitente. Como gráficamente expresa González Palomino, el fiduciario "no transmite, sino transporta" (31).

## VIII. FINAL

De todo lo anterior se obtiene, como más destacada, la conclusión de que hay numerosos casos en que ni los bienes donados ni ningún otro subrogado revertirán al donante, a pesar de concurrir circunstancias teleológicas estimables para ello. Tales supuestos, por su elevado número y fácil previsión, evidencian que no se trata de otros tantos "lapsus" del legislador; antes bien, revelan en éste un encomiable propósito de no dar a preceptos de excepción, como el comen-

(31) Con la tesis contraria a la computación se llega a algunos resultados manifiestamente injustos. Veámoslo en el siguiente ejemplo: *A* abuelo paterno donante de 20 a su nieto *B*; *C* madre de *B* y única legitimaria del mismo; *D* hermano de *B* y heredero voluntario suyo. La herencia vale, en total, 100. Según la tesis contraria a la computación, resultará que la legítima de *C* será de 40, por no tenerse en cuenta los bienes que retornan a *A*. En cambio, supongamos que *A* no hizo la donación a su nieto y que, siendo el valor de la herencia de éste 80 ("relictum"), el causante *B* había otorgado donación inter vivos de 20 a *X*. Entonces, se sumará:  $80 + 20 = 100$ , y la legítima de *C* será de 50.

¿Por qué esa diversidad de trato para el legitimatario, según que los bienes del descendiente hayan ido a parar al ascendiente que se los donó o a otra persona?

Si el resultado es inexplicable desde el punto de vista del ascendiente legitimario, lo es también tomando en consideración la voluntad del descendiente heredado, pues, en fin de cuentas, tanto en un caso como en otro la desviación o destino específico de bienes concretos ha sido provocada por él: bien directamente (por otorgar la donación a *X*) o bien indirectamente (por aceptar la donación de *A*). Y no hay razón para presumir que al hacer esto último tratara de reducir la cuantía de la legítima de su madre.

tado, un alcance desmedido. El legislador, como el médico, no debe acudir a remedios "heroicos" sino cuando la certeza y la gravedad del mal lo requieran imperiosamente. Una norma civil redactada con la vista puesta en conductas monstruosas, en situaciones insólitas, en hipótesis teatrales, es estéril en todos los casos en que no es injusta. La ley (y el testamento, ley al fin... "de vía estrecha") debe, con talento y con humildad, no caer en la tentación de ser demasiado providente. El artículo 812 del Código tiene, cuando menos, esta gran virtud.



## La conservación de las unidades agrarias (\*)

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

Letrado de la D. G. R. N.

SUMARIO: I. *Necesidad de normas especiales*: A. La subdivisión de la propiedad. B. La dispersión parcelaria.—II. *Régimen español respecto de la conservación de las unidades agrícolas*: A. Idea general. B. El sistema del Código civil. C. Los Derechos forales. D. La legislación sobre unidades mínimas de cultivo. E. Las unidades indivisibles de las zonas de concentración parcelaria. F. Las unidades indivisibles de las zonas de colonización. Los «patrimonios familiares».—III. *La cuestión en el Derecho comparado*: A. Indicaciones generales. B. Derecho italiano. C. Derecho francés. D. Derecho alemán. E. Derecho suizo.—IV. *Directrices para una reforma del Derecho español en materia sucesoria*: A. Necesidad de la reforma. B. Posibilidades de una acción legislativa. C. Principios fundamentales del nuevo sistema. D. Unidades agrícolas que deben conservarse. E. Determinación del favorecido con la atribución unitaria. F. Compensación a los coherederos.

### I. NECESIDAD DE NORMAS ESPECIALES

Determinado sector de la superficie agrícola se reparte a lo largo de las generaciones, cada vez en más propietarios y, paralelamente, las fincas se multiplican continuamente en diversas parcelas. El problema se plantea en una parte importante del territorio español (1).

A. *La subdivisión de la propiedad*.—Aunque parecen claras sus graves consecuencias económicas y sociales, no dejan de existir en el fenómeno aspectos que parecen justificarlo. Implica una explotación del suelo más intensiva (2), multiplica el número

---

(\*) Un extracto de cuanto, en este trabajo, puede tener valor informativo del sistema vigente en España ha sido enviado, con el título «La conservación de unidades agrícolas en el Derecho Español», al Congreso Internacional de Derecho Agrario, anunciado para 1960 en Italia.

(1) En España hay unos ocho millones de hectáreas que padecen de un acusado grado de parcelamiento con la correspondiente partida de empresarios agrícolas minifundistas que predominan en el Centro y Norte de nuestro país, GARCÍA DE OTEYZA, pág. 201. La superficie propiamente agrí-

de los propietarios, contribuye, según parece a primera vista, al arraigo en el campo de una mayor masa, naturalmente campesina, que habría de emigrar si la propiedad estuviese más concentrada y mecanizada, y evita, por tanto, los inconvenientes de una emigración proletaria (3). A pesar de todo, son mayores los inconvenientes económicos y sociales de la subdivisión. La propiedad triturada dificulta el cultivo. El trabajo del agricultor y familiares en explotaciones mínimas está peor remunerado, en muchas ocasiones, que el de los asalariados de la región, porque la productividad del trabajo es muy baja (4). Como la mano de obra no se emplea suficientemente se impone el doble oficio (la dispersión labora.) (5) con los inconvenientes de la falta de dedicación; pero con frecuencia ni siquiera es fácil encontrar medios de ingresos complementarios. La insuficiencia económica de la propiedad subdividida determina la degradación del labrador y la inestabilidad de la propiedad rural (6), la consiguiente posible ruptura de la tradición campesina con sus desventajas sociales y hasta económicas (7), la emigración de una masa destinada al proletariado (8) y

cola (excluidos monte y pastizal) es de poco más de veinte millones de hectáreas.

Es cierto que las posibilidades de trabajo fuera de la agricultura han determinado también un cierto movimiento de concentración de la propiedad agrícola. Pero esto no elimina la necesidad de considerar los obstáculos jurídicos que frenan esta tendencia.

(2) SCHWIND, pág. 674.

(3) Que no encontrará trabajo por falta de una industrialización adecuada: EVEREIDIS, págs. 593 y 585, que defiende, por esto, para Grecia la partición igualitaria de la herencia. En sentido similar, para Austria, SCHWIND, pág. 674. Respecto de Italia destaca la dificultad de las soluciones, por el arraigo en el campo de la población campesina, GERMANI: página, 298.

(4) CHOMBART DE LAUWE Y MORVAN, según recensión de M. G. de O. página, 256. En sentido análogo se ha pronunciado la 7.ª Asamblea General de la Conf. Europea de la Agricultura (reseña de R.R.M., página, 203): La situación de las pequeñas explotaciones «está considerada en todos los países de Europa como desfavorable e incluso francamente antieconómica. El beneficio obtenido por el trabajador es, en líneas generales, muy inferior al de las profesiones no agrícolas». La propiedad excesivamente fraccionada es—como recuerda BARASSI: pág. 342—, «miseria para todos».

(5) Lo que hasta cierto punto puede tener ventajas: amortigua, en la familia, las crisis económicas, SCHMERBER: pág. 77.

(6) En consecuencia, quiebra el elemento de estabilidad social constituido por los trabajadores de su propia tierra. Todo pueblo tiene interés—dice WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 577—en mantener sana y fuerte la clase campesina porque es una parte esencial de la población. Hasta se ha pensado que las normas que conducen a la subdivisión de la explotación familiar fomentan el anticoncepcionismo. «El padre de familia—dice DE JUGLART: *L'Exploitation...*, pág., 194—que quiere asegurar la transmisión integral tiene un medio sencillo: el hijo único».

(7) La familia campesina es escuela de la técnica de labranza y de las virtudes de laboriosidad y austeridad.

(8) DE JUGLART: *L'Exploitation...*, pág., 194, BASSANELLI: pág. 247. La emigración se observa incluso en las zonas de Derecho foral y sin du-

el predominio de los agricultores poderosos que absorben las propiedades insuficientes (en arrendamiento o en dominio) (véase nota 30). Si, en términos generales, ha podido afirmarse que en el campo sobra gente (9), con mayor razón valdrá esta afirmación en las zonas de propiedad subdividida. Por todo esto el Derecho debe estimular que en estas zonas haya menos profesionales de la agricultura (10) o, al menos, evitar que siga multiplicándose su número arraigando en precarias condiciones a mayor población. Naturalmente que estas medidas legislativas deben ir acompañadas de otras medidas políticas para resolver el problema del excedente de población (11).

B. *La dispersión parcelaria*.—Aquí el mal se presenta con toda claridad. Son numerosos los inconvenientes puestos de relieve con ocasión de justificar la concentración parcelaria (12). Pérdida de terrenos (camino de acceso, linderos). Multiplicación de servidumbres. Límites, muchas veces, más geométricos que orgánicos (consecuencia del deseo de igualar en las particiones) o complicados (incluso con enclavados). Dificil identificación y fácil

da es un factor importante la pequeñez y malas condiciones económicas de las propiedades rurales: respecto de Aragón, PALÁ: pág., 60. El éxodo rural no sólo se debe a los espejismos de la gran ciudad. Concretamente en España se observa en la distribución de la renta nacional que la renta *per capita* es muy inferior para la población agrícola que la que corresponde a la población activa industrial, comercial o de servicios. Cálculos recientes determinan que la producción obtenida por la agricultura, selvicultura y pesca significa menos de la cuarta parte de la renta nacional, mientras que la población agrícola supone casi la mitad de la total.

(9) Para absorber la plena capacidad de trabajo de la población rural se requiere que por lo menos un 25 por 100 se dedique a actividades ajenas a la agricultura, CAVESTANY: págs., 21, 28, 29 y 31.

(10) Parece imposible la acción directa (por ej. la expropiación del pequeño propietario); se obligaría al pequeño labrador desterrado al cambio de oficio.

(11) Este problema no vendría creado por las medidas legislativas que impidieran la subdivisión. Ya hemos visto como la misma subdivisión hasta fomenta el éxodo rural. Puesto que el problema del excedente es ineludible es preferible que, además, no concorra el mal de la subdivisión. Claro es que en determinada situación (por ejemplo, densa población sin otra colocación) es difícil impedir la subdivisión. B. O. BINNS: pág. 20, estima que, entonces, sólo cambios básicos en la organización económica o social pueden remover las causas de la subdivisión, pero también indica que hay pocas regiones en que se presente tan agudamente el problema. El excedente de población tiene soluciones orgánicas dentro de las medidas civiles que evitan la subdivisión (véase nota 255). Pero son convenientes otras medidas políticas complementarias (cfr. B. O. BINNS: pág. 21 y sigs.). En primer lugar debe reducirse lo más posible aquel excedente ampliando las posibilidades del campo (reforma agraria, regadíos). Deben tomarse también aquellas medidas que evitan los desplazamientos de población (industrias agrícolas, industrias en zonas rurales) y, cuando éstos sean inevitables, deben ser encauzados dentro y fuera del país.

(12) Cfr. BINNS: págs. 17 y sigs.; SCHMERBER: págs. 67 y sigs.; BASANELLI: pág. 246; Exposición de Motivos del Proyecto que después fué Ley belga de 25 junio 1956, sobre concentración legal de fincas rústicas. SENAT de Belgique, Seance 24 noviembre 1954, 27, pág. 4.

usurpación de las fincas. Desconexión de Registro y realidad. Mayores gastos por formas e impuestos (tráfico inmobiliario, crédito territorial) de la propiedad dispersa. Mayor dificultad para obtener crédito territorial. Sistemas inorgánicos de distribución de aguas. Pleitos de dominio, de servidumbres, de linderos, de aguas. Pérdida de tiempo y energía de personas, animales y máquinas. Menor rentabilidad de los abonos. Dificil vigilancia de la propiedad (dificil residencia sobre la tierra cultivada). Mayor facilidad para epidemias de animales y plantas. Dificil utilización de maquinaria (quizá cuando más falta la mano de obra: recolección). El cultivo, de hecho, ni es el más apropiado—hay menos libertad para elegirlo—ni es completo. El propietario pierde interés en la propiedad y para sus mejoras (riegos, drenaje, caminos, etc.). La competencia con las grandes explotaciones se hace dificil. En resumen, se aumentan los gastos y disminuyen los productos, como ha puesto de relieve la comparación de las zonas concentradas con la etapa anterior a la concentración (13).

Ante este fenómeno es indudable la necesidad de que intervenga el legislador. En efecto, hay diferentes preceptos y medidas que tratan de remediar la dispersión existente. El Código civil concede el derecho de retracto a los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea (art. 1.525) (14). Se exime del impuesto sobre transmisión de bienes la permuta de bienes rústicos que se realice para agregar cualquiera de las fincas a otra colindante, si bien se limita a fincas de muy escaso valor (art. 6.º, A, 4.º, Reglamento de 15 de enero de 1959 del citado Impuesto) (15). Se establece, en favor del que sufre enclavados y situaciones similares, un derecho a imponer permutas para eliminar

(13) En algunas zonas se ha obtenido hasta un 40 por 100 de aumento de la producción bruta y hasta un 70 por 100 de incremento en el valor de la producción neta, GARCÍA DE OTEYZA: pág. 202. Para Francia, SCHMERBER: pág. 144, calcula la plusvalía anual que la concentración supone para las explotaciones agrícolas en un 150 á 200 por 100 del importe de las inversiones que exige la operación; sobre ventajas de la concentración cfr. también este autor, pág. 73.

(14) En este artículo se ve un atisbo de unidad legal de cultivo—la hectárea—sin duda, demasiado rígido (vale para secano y regadío). Debería ampliarse este retracto en función de extensiones-tipo más flexibles. En pro de la ampliación de los supuestos de este retracto, CASTÁN: *Familia y Propiedad*, pág. 82. Deben reconsiderarse las consecuencias fiscales para evitar que la amenaza del retracto suponga, de hecho, un desproporcionado mayor gravamen en la transmisión de fincas pequeñas.

(15) Debería ampliarse con este fin los supuestos de exención (quizá sería más justa la bonificación); en sentido análogo (propone exenciones) FOSAR: *Juicio crítico*... pág. 55. La exención de contribución territorial de la mínima propiedad rústica, en cambio, podría suponer un estímulo en contra de la extensión adecuada de las unidades agrícolas; cfr. artículo 42, Ley 26 de diciembre de 1957, que declara no sujeta a contribución la riqueza rústica imponible que, perteneciendo a un propietario, no exceda de 200 pesetas en un mismo término municipal.



los, exentas de impuestos (Ley 11 mayo 1959). Pero ninguna medida, a este respecto, ha sido más eficaz que la de la concentración parcelaria: se consigue por la acción directa de la Administración la reorganización profunda, total e inmediata de las propiedades dispersas de una zona (16). La legislación española sobre concentración parcelaria empezó con la Ley de 20 de diciembre de 1952, ulteriormente modificada y completada; actualmente se halla fundamentalmente contenida en el Texto Refundido de 10 de agosto de 1955. Sin embargo, la concentración tiene dos inconvenientes fundamentales: el restringido ámbito de actuación y su carácter de remedio provisional. En efecto, implicando la concentración métodos inevitablemente costosos, su ámbito de actuación no puede ser tan extenso y continuo como lo demanda la magnitud del problema. De otra parte, la concentración no resuelve el problema de modo permanente ni en la misma zona concentrada. Es cierto que en las zonas concentradas será mayor la fuerza cohesiva de la unidades agrícolas (17), la tendencia a la recomposición de las unidades partidas, las formas de utilización común (cooperativas, comunidades, arrendamientos) de instrumentos costosos (tractores) (18). Los que han conocido el bien que significa la concentración tardarán más en volver a la calamitosa dispersión parcelaria (19). Pero las fuerzas de dispersión (particiones hereditarias igualitarias) continúan operando. A lo largo de unas generaciones se habrá quebrantado gravemente la obra conseguida con inevitables perturbaciones y con tantos esfuerzos y sacrificios (20). La imagen de la tela de Penélope se ha hecho tópica en esta materia.

(16) Por eso se debe aumentar al máximo el radio de acción de la concentración. En este sentido se ha propuesto facilitar la concentración realizada directamente por los interesados (art. 40, L. 10 agosto de 1955), no exigiendo al efecto la unanimidad inicial; así FOSAR: *Juicio crítico...*, página, 65. Debe también buscarse la colaboración económica de los beneficiados, lo que, además de ser de justicia, aumentaría las posibilidades de acción.

(17) Que se fortalecerá si se dispersan las edificaciones por el campo. DE JUGLART: *Droit Rural...*, pág. 252, núm. 410.

(18) Estimular las comunidades y asociaciones de explotación significa un cierto remedio de las situaciones de dispersión. Respecto de entidades asociativas en nuestro Derecho, cfr. DE CASTRO: *El Derecho Agrario...*, pág. 395.

(19) Así lo ha demostrado la experiencia: STEUER: pág. 43, con referencia a la antigua provincia del Rin, concentrada antes de la primera guerra mundial.

(20) Cfr. B. O. BINNS: pág. 20. MARTÍNEZ DE BEDOYA: *Algo...*, páginas 66 y 67. «No es posible pensar que ningún Gobierno, y menos el español, de inferiores recursos a otros países en los que se han adoptados las medidas que jurídicamente pueden acordarse, invierta los millones de pesetas a que asciende el coste de la concentración para que, a los pocos años, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, vuelva la propiedad al estado que anteriormente tenía», Beneyto, actual Director del Servicio de Concentración Parcelaria: pág. 46. En análogo sentido, respecto de Francia: SCHMERBER: pág. 147. Respecto de Alemania, WÖHRMANN: *Progetti...*

## II. RÉGIMEN ESPAÑOL RESPECTO DE LA CONSERVACIÓN DE LAS UNIDADES AGRÍCOLAS

A. *Idea general.*—Sin duda hay medidas indirectas, como el fomento del crédito, que pueden evitar la necesidad de dividir (21). Recientemente se ha tratado de robustecer el crédito hipotecario: se admiten limitadamente cláusulas de estabilización del valor prestado y se refuerzan las medidas preventivas contra los actos del propietario (cfr. art. 219, Reglamento Hipotecario tras reforma de 17 marzo de 1959). Pero aún el crédito hipotecario es complicado formalmente y caro (impuestos, aranceles por las formas exigidas), sobre todo si ha de recaer sobre fincas pequeñas y dispersas. Por otra parte, la desconexión existente entre Registro y realidad no sólo obstaculiza la concesión de los créditos hipotecarios, sino que incluso dificulta la de créditos ordinarios (al hacer difícil conocer los elementos principales de la fortuna del deudor).

Pero aquí nos vamos a referir a las medidas que tratan directamente en el régimen español de evitar la mayor subdivisión de la propiedad y la continua dispersión parcelaria. El peligro es agudo en las particiones hereditarias. Por esto nos referiremos al régimen sobre ellas, en cuanto afecta a estas cuestiones. Unas medidas se dirigen inmediatamente a impedir la mayor subdivisión de la propiedad y, por consecuencia, impiden también la dispersión parcelaria; otras sólo tienen por fin evitar ésta.

Característica del sistema español en esta materia es la variedad y profusión legislativa. Además del texto fundamental del Código hay que contar con las diversas normas de las regiones forales. Hay además una serie de disposiciones generales que afectan a estas cuestiones: unas se aplican en todo el territorio nacional (legislación de unidades mínimas de cultivo); otras, en cuanto a las normas que ahora nos interesan, sólo alcanzan a zo-

---

página 310; STEUER: págs. 42 y 43, que da cuenta de una petición del «Bundestag» (11 junio 1953) al Gobierno Federal, para que dicte urgentes medidas que impidan las particiones y la destrucción de los resultados de concentración parcelaria.

Hay que tener en cuenta que en las zonas de concentración, como ha disminuido el número de fincas, se hace más difícil formar, en caso de herencia, lotes sin dividirlos, por lo que se hace más patente la necesidad de un Derecho Sucesorio distinto.

(21) Cuando el propietario necesita dinero y no hay facilidad para el crédito, lo obtendrá vendiendo parte de su explotación, quizá parte de una finca. La falta de crédito territorial determina, además, otras formas de crédito que por su carácter más oneroso (usura) o por sus modalidades (venta fiduciaria, pacto de retro) fácilmente desembocan en el desmembramiento de la unidad agrícola. De aquí las ventajas que, además de otras (mejor explotación, solución a desequilibrios temporales), tendrá toda medida que fomente el crédito agrícola. Estas medidas no han de ser sólo ni principalmente las que inspira un proteccionismo estatal (crédito oficial, imposiciones a las entidades de crédito). Es necesario estimular el desenvolvimiento ordinario del crédito.

nas especialmente determinadas (zonas de concentración parcelaria, zonas de colonización).

### B. El sistema del Código civil.

1. *Exposición*.—El Código español no está totalmente ausente del problema de la conservación de las unidades agrícolas. (Ya hemos aludido al retracto de colindantes con el que trata de remediar la excesiva dispersión parcelaria.) De hecho tienen amplia vigencia bajo su sistema instituciones basadas en la voluntad particular que *mantienen provisionalmente la unidad económica* de las explotaciones agrarias. Así, en la práctica, se vive la situación de indivisión de la comunidad conyugal disuelta y de la comunidad hereditaria hasta que los hijos se colocan o hasta que muere el cónyuge supérstite (22). También es muy frecuente que los cónyuges se asignen por testamento el usufructo viudal universal, que aunque en principio habría de rechazarse por ser un gravamen de las legítimas (art. 813), se viene a admitir al amparo de un precepto (art. 820, 3.º) que parece permitir el juego de la «cautela Socini» (23).

(22) Se ha señalado que la continuación de la familia no sólo no es favorecida por el Código sino que sólo trabas encuentra en él (cfr. artículos 1.051, II, 1.700 y 398) (así, por ejemplo, VALLET: *El Derecho patrimonial...*, pág. 8; LÓPEZ JACOISTE: pág. 11). Pero no hay que olvidar que la posición del cónyuge, en la familia, con la atribución de la mitad de gananciales y, recientemente, con el aumento de los derechos sucesorios está muy robustecida en el Código; cuando las razones de solidaridad o reverencia fallen, puede resultar eficaz, en multitud de casos, el temor del hijo disidente a la desconsideración en el testamento u otros actos del supérstite.

(23) VALLET (*El Derecho patrimonial...*, pág. 13) juzga que el amparo indirecto que obtiene la disposición testamentaria de usufructo universal a través de la «cautela Socini» (cfr. art. 820, C. c.) «en muchos casos puede resultar eficaz». Pero desde un punto de vista práctico, no puede haber muchos casos de ineficacia no sólo por la coacción que implica la «cautela» (reforzable con llamamientos a extraños) sino también, en último término, por la que supone la fuerte posición económica del cónyuge supérstite (véase nota anterior). Se juzga que debe admitirse claramente la disposición de usufructo universal en favor del cónyuge viudo (VALLET: *El Derecho patrimonial...*, pág. 16; CASTÁN: *Familia y propiedad*, pág. 81). Sin embargo, permitido en todos los ámbitos, rurales o no, y con carácter universal y vitalicio, puede significar una grave restricción de las legítimas, en perjuicio de los fines que las justifican.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 se expresa que con la reforma del Código que se introduce se trata de conseguir «una siempre deseable aproximación entre el régimen del Código civil y el de los Derechos Forales, generalmente considerados como más comprensivos y justos en este punto». Al efecto se ha aumentado la cuota usufructuaria, pero, no teniendo el usufructo viudal carácter universal, no elimina, durante su vigencia, la partición económica de la explotación. La aproximación se ha reducido a esta simple modificación cuantitativa, sin alteración alguna cualitativa. Así mientras el usufructo de las legislaciones forales tiene un fuerte sentido familiar, funcional, el del Código civil sigue teniendo carácter patrimonial. Por esto, el aumento de la cuota usufructuaria puede resultar incongruente en ciertos casos (supuesto de

El sistema sucesorio del Código permite, además, al testador la conservación de las unidades agrícolas. La legítima de los descendientes es amplia: dos tercios del haber hereditario. Pero sólo uno de los tercios ha de ser distribuido por igual entre los legitimarios. Además, esta legítima puede ser satisfecha en metálico (24), si así lo dispone el padre, para «conservar indivisa una explotación agrícola» (art. 1.056, II). En otras normas puede también encontrar amparo la integridad de las fincas o sus explotaciones (arts. 654, 821 y 822, 829, 838 y 840, 1.045 y sigs., 1.056, I). Más adelante, al examinar los Derechos forales, haremos indicación de una serie de instituciones que facilitan el tránsito de la explotación agraria de una a otra generación; en el Código civil no se dan todas o las mismas instituciones, pero dentro de los cauces del Código cabe conseguir resultados casi análogos (25).

---

nuevo matrimonio o vida deshonesto del supérstite). Tal aumento sigue la línea de favor que se contempla en la legislación española de carácter especial: lotes de colonización (art. 2.º, c., Decreto-Ley 7 enero de 1927); huertos familiares (Decreto 12 mayo 1950); «patrimonio familiar» (v. más adelante); «casas baratas», a título de derecho de habitación familiar (artículo 16, Decreto-Ley de 10 octubre 1924); arrendamientos urbanos de vivienda (art. 58, L.A.U.); arrendamientos rústicos (art. 18, Ley 15 marzo de 1935, según sentencias de 30 de diciembre de 1947 y 2 febrero 1953, véase FERRANDIS: págs. 849 y sigs.); indemnizaciones por accidentes de trabajo (arts. 28 y sigs. Decreto 8 de octubre 1932) y por seguro obligatorio de viajeros (art. 13, Reg. 26 julio 1929) (cfr. DE CASTRO: *Las indemnizaciones...*, págs. 46 y sigs.); clases pasivas (arts. 47, 48 y 82 y sigs., Estatuto Clases Pasivas); beneficios mutuales. El citado aumento establecido por la reforma de 24 de abril 1958 está plenamente justificado y aun resulta corto (cfr. art. 838) tratándose de sucesión *ab intestato*, dada la primacía del vínculo conyugal; pero debieron distinguirse los supuestos de sucesión forzosa y sucesión abintestato; el no haber distinguido estos supuestos puede dar lugar a resultados injustos (supuestos de desvinculación afectiva justificada que por múltiples razones no desemboca en separación legal; no hay que olvidar que el cónyuge ya tiene ordinariamente la mitad de gananciales).

(24) En principio los legitimarios tienen derecho a una *pars bonorum*, a una porción de bienes *in natura* (S. 28 mayo 1959). La doctrina no es unánime en este punto.

(25) Ya vimos la frecuencia práctica de instituciones como la indivisión de la comunidad conyugal disuelta y el usufructo viudal universal. La flexible institución de la mejora aproxima, en resultados prácticos, el sistema del Código al de los Derechos forales particularmente porque la mejora es posible por contrato *inter vivos* o en capitulaciones matrimoniales (arts. 825 y 827), es válida la promesa de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales (art. 826) y puede vincularse la mejora en sustitución fideicomisaria (arts. 782 y 824). Se estima que el papel de la sucesión contractual puede suplirse con las donaciones de todos los bienes más la declaración de que no son colacionables (con reserva, por ejemplo, del usufructo a efectos del art. 634, C. c.) (VALLET: *Apuntes...*, IV, 4, págs. 1.421 y 1.422; BALLARIN: *El Código...*, pág. 74); las cláusulas de reversión (art. 641) aproximará más a los heredamientos los resultados prácticos de estas donaciones; es cierto que toda donación, en cuanto implique mejora, puede estimarse revocable (cfr. FUENMAYOR: *La mejora de labrar...*, pág. 888); pero no, si se hace por capitulaciones matrimoniales (art. 827; cfr. también arts. 825 y art. 1.333). La flexibilidad en la elección del favorecido

En concreto, respecto del problema de la conservación de las unidades agrícolas en las particiones hereditarias, sean los herederos forzosos, voluntarios o abintestato, el principio es el de la partición igualitaria. «En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie» (art. 1.061). Pero no deja de haber normas que tratan de impedir el menoscabo de las unidades agrícolas. «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso de dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga» (art. 1.062; cfr. también arts. 401 y 404).

2. *Crítica.*—A pesar de la posibilidad jurídica de atribuir a uno solo de los herederos las unidades agrícolas, la tradición práctica predominante en los territorios sometidos al Código civil es que el causante no prevea tal atribución unitaria (26). En consecuencia se produce la partición igualitaria entre los herederos, ya sean éstos forzosos, testamentarios o abintestato. Así, pues, el sistema del Código juntamente con esta tradición han hecho frecuente la fragmentación de las explotaciones y la dispersión parcelaria. Esto sucede no tanto por sus normas imperativas, por las legítimas (27), como por la falta de un adecuado sistema impera-

— puede obtenerse mediante mejoras revocables (art. 827. C. c.) y delegando en el cónyuge la facultad de mejorar (art. 831); en este punto, sin embargo, no puede llegarse a los mismos resultados por la prohibición del testamento por comisario (art. 670) (cfr. VALLET: *El Derecho patrimonial...*, págs. 9 y 10). También la prohibición del testamento mancomunado (artículo 669) opone un nuevo obstáculo a la obtención de resultados unitarios en la distribución de los bienes hereditarios de marido y mujer (sobre cada patrimonio operará la partición *in natura*); podrían conseguirse, sin embargo, estos resultados unitarios, aunque no con la misma flexibilidad, con promesas de mejorar (art. 826) (cfr. VALLET: *El Derecho patrimonial...*, págs. 8 y 9).

(26) Se practica, con frecuencia, sin embargo, la atribución unitaria en Guipúzcoa y Asturias (FUENMAYOR: *La mejora de labrar...*, págs. 896 y 907; CASTÁN: *Familia y propiedad...*, pág. 73).

(27) Con frecuencia se ha destacado el sistema legitimario del Código civil como causa de la fragmentación de las unidades agrícolas; así por ejemplo, LÓPEZ JACOLSTE: pág. 11. En consecuencia se ha propuesto reducir el *quantum* de la legítima individual, conservando y ampliando la global o mejora: así sin precisión de cantidades, VALLET: *El Derecho patrimonial...*, pág. 16; para CASTÁN (*Familia y propiedad*, pág. 85) la legítima estricta de los descendientes podría ser una cuarta parte, dos cuartas partes mejora y el resto de libre disposición; según ROCA (*La necesidad...*, pág. 367) la legítima «debe ser la cuarta parte, o sea el *quantum* legitimario del Derecho Romano clásico» «y aún este tipo del cuarto resulta a veces excesivo según la experiencia demuestra en Cataluña» pues el heredero se ve en la necesidad de vender bienes del patrimonio familiar. En cambio, BALLARIN (*El Código...*, págs. 49 y 50) considera innecesario restringir la legítima, argumentando con cálculos técnicos tenidos en cuenta en la reciente Ley de patrimonios familiares. Por nuestra parte lo creemos también innecesario por cuanto cabe, como veremos, mantener indi-

tivo o, al menos, de carácter supletorio de la voluntad del testador que impida la fragmentación de las explotaciones y de las fincas por bajo de ciertas dimensiones. En las normas particionales del Código se consideran las unidades agrícolas como un elemento patrimonial indiferenciado, como un valor a repartir, y se descuida su aspecto de medio de producción y las consiguientes exigencias de la economía nacional y del bien común. A falta de disposición del testador, todos los herederos se encuentran equiparados, sin distinguir, respecto de las unidades agrícolas, a los que trabajan las tierras de los demás herederos; al no agricultor puede corresponderle el centro de la explotación o elementos esenciales de ella.

Los esfuerzos del antiguo titular, que quizá duraron toda su vida, para conseguir una explotación de buenas condiciones, quedarán, a su muerte, baldíos. Cada heredero tiene que volver a empezar. La natural fuerza cohesiva de la explotación, favorecida por el hecho de que todos los herederos no pueden colocarse en ella, se impondrá en algunos casos y un heredero terminará por hacerse con toda ella. Cuando así sucede, frecuentemente quedará empeñado por largo tiempo (con las fincas sobreendeudadas, sin crédito para la explotación y quizá víctima de usureros). Pero la falta de dinero y crédito, la necesidad que de aquél tienen los demás herederos, las rencillas familiares, el espíritu individualista, impedirán muchas veces la conservación de las unidades.

Es verdad que el Código apunta la solución de la subasta con admisión de licitadores extraños. Esta subasta encierra el peligro de que los bienes salgan de una familia tradicionalmente agrícola. La subasta, además, tiene tales inconvenientes que los agricultores preferirán la partición de las explotaciones y fincas. Pero sobre la solución de la subasta insistiremos al exponer la legislación española de unidades mínimas de cultivo.

El resultado del sistema será, pues, la trituration de las unidades agrícolas, especialmente aguda si, como sucede en la práctica a veces, se exagera al máximo el criterio de igualdad en los lotes y se divide cada finca en tantas tiras como herederos (28). La gravedad del fenómeno se contempla con más claridad si se observa a lo largo de las generaciones (29). Con una particularidad que empeora las consecuencias: queda deshecha la pequeña propiedad, pero los latifundios persisten y se aumentan (30). Con razón

---

visa la explotación mediante la atribución unitaria aun partiendo de ciertos criterios igualitarios.

(28) Así sucede en las Islas Canarias. VALLET: *El Derecho patrimonial...*, págs. 5 y 11.

(29) El proceso de pulverización se acelera en cada generación en progresión geométrica. Cfr. B. O. BINNS, pág. 16.

(30) Y esto porque los ricos tienen menos hijos que los pobres y porque les es más fácil ahorrar sus rentas, causas ambas que favorecen (BOULDING, pág. 192) la concentración creciente de la riqueza. También DE CASTRO: *El Derecho agrario...*, pág. 31, pone de relieve cómo falló

puede denominarse a este Derecho sucesorio «cáncer del campo» (31), «máquina de triturar el suelo» (32).

En conclusión, se presenta como una necesidad la reforma de los preceptos del Código en cuanto afectan a las sucesiones en los ámbitos rurales (33). A este respecto se han presentado como modelo los sistemas de los Derechos forales que expondremos seguidamente.

### C. Los Derechos forales (34).

1. *Exposición.*—Cada Derecho foral ofrece un sistema orgánico y peculiar de instituciones familiares y sucesorias; sólo debidamente conjugadas manifiestan su hondo significado social y económico. Pero, sin embargo, de todos ellos pueden inducirse una serie de directrices generales que responden a las exigencias de una sociedad campesina, a la concepción de la familia en sentido amplio y patriarcal y fuertemente unida, a la idea de mantener la explotación agrícola familiar después de la muerte de su titular y a través del suceder de las generaciones. La propiedad está temperada por un fuerte sentido familiar manifiesto en el retracto gentilicio o familiar, en el principio de troncalidad, en los amplios usufructos viduales, en la sucesión contractual, en las sustituciones fideicomisarias. Los aspectos funcionales de cada miembro de la familia quedan muy resaltados. Dentro de la familia, en general, el principio de igualdad deja paso al de desigualdad funcional, pero esto se manifiesta agudamente en los sistemas forales: ni siquiera los hermanos tienen la misma consideración jurídica. Estos principios estructurales, que tienen su reflejo en toda la orga-

---

el cálculo de Napoleón que con el Código civil pensaba «acabar con el poder económico social de las antiguas y poderosas familias que pudieran hacer sombra al «soberano». Quizá esto explique, en parte, la disminución del número de explotaciones (que se encuentran en menos manos) que se observa en países hasta hace poco de partición igualitaria *in natura*; en Francia, a fines del siglo XIX, había cerca de seis millones de explotaciones y en 1949 no llegaban a tres millones (datos más exactos en DE JUGLART: *Droit rural special*, pág. 256).

BOULDING: *loc. cit.*, señala también, sin embargo, fuerzas de dispersión de riqueza: los hijos de los ricos están con frecuencia corrompidos por un exceso de fortuna; cuanto mayor es la fortuna mayor es el riesgo de perderla (también alude a la «liberalidad de los filántropos» y al celo del Fisco como fuerzas de dispersión).

(31) TUOR, pág. 375.

(32) Frase atribuida ordinariamente a Napoleón. NOILHAN, pág. 360, de pasada, se la atribuye a Balzac.

(33) Véase nota 44. Señalan esta necesidad, por ejemplo, CASTÁN: *Familia y Propiedad*, pág. 131; VALLET: *El Derecho patrimonial...*, página 15.

(34) La cuestión tratada es central en los sistemas forales. Bibliografía sobre éstos en DE CASTRO: *Derecho civil...*, I, págs. 329 y sigs. Véase especialmente, ROCA: *La necesidad...*; MARTÍN BALLESTERO: *La casa...*; VALLET: *El Derecho patrimonial...*; PALÁ: *El patrimonio...*; FUENMAYOR: *La mejora de labrar...*

nización patrimonial de la familia, determinan también el destino del patrimonio familiar a la muerte de su titular. A la muerte de éste las instituciones funcionan para que la familia no se disuelva y para que el patrimonio familiar no se fraccione o disperse. En concreto, la conservación de las explotaciones agrarias se consigue en los territorios forales con las formas de propiedad colectiva familiar existentes aún en ciertas regiones (35), con la persistencia de las sociedades conyugales, a pesar de la muerte de un cónyuge (cfr., por ejemplo, arts. 53 y 54 del Apéndice Aragonés), con los usufructos viduales sobre el patrimonio del cónyuge difunto, que se distinguen por su fuerte carácter familiar y que implican en el viudo incluso facultades de disposición más o menos amplias (36). Ahora nos interesa destacar las directrices fundamentales de las instituciones sucesorias en cuanto evitan definitivamente la partición hereditaria de los patrimonios mediante su atribución a un solo heredero.

a) *La atribución unitaria de los patrimonios.*—En la gama de los Derechos protectores de las explotaciones agrícolas ante el fenómeno de la sucesión *mortis causa* los Derechos forales pertenecen, contra lo que a primera vista pudiera parecer, al grupo de Derechos en que se da una protección en más leve grado. Se contentan con no impedir que la explotación sea mantenida a voluntad del causante y con otorgar a éste grandes facilidades institucionales para que lo consiga. A este efecto se consagra una liber-

---

(35) Estas formas de propiedad son de remota tradición en muchos países. Sobre los orígenes de la comunidad tácita familiar: PUGLIATTI, pág. 197 y sigs.; G. DE VALDEAVELLANO, según el cual estas comunidades «fueron frecuentísimas en la Edad Media, y en Suiza se han conservado hasta nuestros días» (pág. 21); HINOJOSA: *La comunidad doméstica...* Sobre la *zadruga* serbia, bibliografía en FUENMAYOR: *La mejora de la brava*, pág. 893, nota 62. Un caso de supervivencia en España es la sociedad gallega; otras manifestaciones peninsulares en CASTÁN: *Derecho civil...*, tomo IV, 1956, págs. 590 y 591.

Modernamente se juzga que deben estimularse estas formas colectivas de propiedad familiar para conseguir la integridad del patrimonio agrícola. Así BASSANELLI, págs. 256 y 257, que atestigua la existencia en muchas regiones italianas de la costumbre de no dividir la herencia entre los hijos o nietos del difunto. En pro de la creación de sociedades familiares de explotaciones agrícolas. NOILHAN, pág. 363. Las formas familiares de propiedad como solución definitiva no dejan de presentar inconvenientes, particularmente si falta una tradición que las apoye (cfr. B. O. BINNS, pág. 24), sobre todo al cabo de un par de generaciones en que quedan diluidos los vínculos parentales y surgen los conflictos de toda situación comunitaria o los aspectos deshumanizados de las soluciones colectivistas o capitalistas.

(36) Viudedad aragonesa «legal» o «universal» (cfr. arts. 63 y sigs., Apéndice) con el posible pacto de «casamiento en casa» (ref. art. 60, Apéndice). «Fealdat» navarra. Viudedad catalana que es frecuente legar en testamento o establecer en capitulaciones; la posición del cónyuge catalán se refuerza por la frecuencia de las compras conjuntas con pacto de supervivencia (VALLET: *El derecho patrimonial...*, pág. 7). El usufructo universal testamentario es muy frecuente en Menorca, RIVERA: págs. 54 y sigs.



tad de disponer *mortis causa* suficientemente amplia o, lo que es lo mismo, se restringen mucho las legítimas tanto en su significado cuantitativo como en el cualitativo (no hay legítimas *individuales «in natura»*) (37). Pero si el causante no ha dispuesto nada que impida la partición, jurídicamente se impone la división de la herencia conforme al sistema particional general en España.

Frente a la levedad de estas medidas existe una fuerte tradición sociológica—nacida en defensa de la integridad y productividad de la propiedad (38)—de continuidad de la explotación rural indivisa. Prácticamente se vive un sistema orgánico de atribución unitaria de la explotación a uno de los sucesores. La falta de Ley se suple con la ley que con su voluntad impone el titular de la explotación, ya en su testamento, ya, frecuentemente, en los contratos sobre bienes con ocasión de matrimonio (capitulaciones matrimoniales) (cfr., por ejemplo, arts. 58 y 60, Apéndice Aragón). Así resulta ordinario que uno de los hijos sea nombrado heredero principal bien en los testamentos de su padre y madre, bien en las capitulaciones matrimoniales de éstos, bien en las capitulaciones matrimoniales del hijo mismo. En este último supuesto, el nombramiento puede ir acompañado de entrega de bienes más o menos universal y completa. Con frecuencia la previsión del titular impone su ley más allá de una generación merced a las variadas formas fideicomisarias.

b) *Favorecido por la atribución unitaria.*—El nombramiento puede hacerse de acuerdo con el otro cónyuge (en las capitulacio-

(37) La legítima catalana consiste en la cuarta parte de la herencia; se puede pagar—«pars debita»—en dinero o en inmuebles hereditarios (véase nota 40). En Aragón es legítima colectiva y consiste en las dos terceras partes (cfr. arts. 30 y 32, Apéndice; sobre el derecho de alimentos del legítimo, véase art. 30, II, Apéndice). En Vizcaya también la legítima es colectiva y consiste en las cuatro quintas partes; los legítimos no favorecidos son apartados «de la herencia con algo de tierra, poco o mucho» (Fuero). En Navarra la legítima es ficticia o nominal: «cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes» (costumbre reconocida en las Cortes de Navarra de 1688). Según el Fuero de Ayala, los ayalenses pueden disponer libremente de sus bienes «apartando a sus hijos con poco o con mucho—legítima ficticia o nominal—como quisieren e por bien tuvieren». La jurisprudencia aplica en Baleares las legítimas justinianeas (la mitad o el tercio, según los legítimos pasen o no de cuatro). (La cuestión es doctrinalmente discutida y en la práctica, a veces, se entiende que la legítima consiste en la cuarta parte). En Galicia rigen las legítimas del Código civil, pero se pagan en metálico o en rentas en saco (especie de censo) por costumbre foral (FUENMAYOR: *La mejora de labrar...*, pág. 902).

(38) El sistema de atribución unitaria de la explotación a uno de los herederos extendida en diversos países de Europa no es una institución germánica, como se ha creído frecuentemente por los investigadores alemanes, sino una institución feudal en defensa de la productividad de la propiedad; proviene la idea no del Derecho de familia o sucesorio, sino del Derecho de propiedad (FEHR, pág. 229). Debe su origen al interés del propietario o señor directo de la tierra en que no se fraccionaran los predios que daba en arrendamiento perpetuo» (HINOJOSA: *El régimen señorial...*, págs. 163 y sigs.). En sentido análogo sobre la «mejora de labrar y poseer» en Galicia, FUENMAYOR: *La mejora de labrar...*, pág. 892, nota 58.

nes matrimoniales, en testamento mancomunado). A veces en las capitulaciones no se hace el nombramiento definitivo del hijo nacedero que ha de ser el heredero, sino que simplemente se hace la designación para el supuesto de que no haya nombramiento testamentario en favor de otro. Otras veces se dan simplemente reglas que restringen la designación, confiriendo potestad para determinarla exactamente a los propios padres, al supérstite de ellos o a otras personas. Se admiten frecuentemente también el testamento realizado por apoderado o comisario (39) y las herencias de confianza.

Para el nombramiento se atiende a las condiciones de sexo, edad, estirpe, etc., pero no imperan en la práctica criterios absolutos: el elegido puede ser el varón primogénito o el hijo que se elige por sus méritos y aptitudes.

c) *Compensación a los demás hijos.*—No hay problemas de valoración, ni cuentas de partición. La atribución del patrimonio hereditario es integral. Los demás hijos obtienen protección de la «casa». Si quieren, pueden continuar en la casa y entonces trabajan para ella. Si marchan de la casa, reciben una cantidad como colocación o como dote (40). Si fracasan, tienen un cobijo en la casa familiar.

Los padres viven juntos con el hijo favorecido. Al hacerle la donación de sus bienes se reserva la administración y usufructo con facultades de disposición o la facultad de disponer de ciertos bienes (41), con lo cual queda asegurada la propia posición del padre y asegurado el cumplimiento de los deberes que éste, como tal padre, tiene respecto de los demás hijos. Con el mismo fin se otorga también facultades suficientes al cónyuge supérstite (cfr por ejem. arts. 54, IV y 72 6.º, Apéndice de Aragón). El propio hijo, constituido heredero, recibe la carga de tener a los demás legitimarios en la casa o de entregarles determinadas cantidades para su colocación o como dote.

2. *Crítica.*—El resultado de los sistemas forales ha sido saludable «económica y socialmente» (42). De aquí que hayan sido tan alabados, como más adecuados que el sistema del Código civil

(39) Incluso en Galicia ha sido frecuente, sobre todo hasta la sentencia de 16 de marzo de 1932, la delegación testamentaria en un cónyuge de la facultad de mejorar (FUENMAYOR: *La mejora de labrar...*, págs. 903 y sigs.).

(40) En Cataluña la reciben en concepto de legítima y suele ser menor de lo que corresponde. Es posible que entonces la hija («dote contenta», Libro Sexto de las Decretales del Derecho canónico) o el hijo (por costumbre) se dé por pagado en sus capitulaciones matrimoniales prometiendo no más pedir. Cuando no hay renuncia cabe la acción de suplemento (*Nozela* 115, de JUSTINIANO), pero está mal visto ejercitarla.

(41) Los padres viven juntos con el hijo favorecido con la donación de todos los bienes. Se produce una cesión paulatina de poderes a medida que avanza la edad del padre.

(42) VALLET: *Apuntes...*, AN. DER. CIV., VIII, 2, pág. 458. La opinión, aceptable en términos generales, es muy compartida.

a la realidad agraria (43) y que se haya propuesto su generalización a todo el territorio nacional (44). Sin embargo, el enjuiciar los sistemas forales no deben confundirse los sistemas normativos con una realidad sociológica. Lo encomiable es, particularmente, ese modo de vivir, esa estructura social, ese conjunto de tradiciones que han dado por resultado el arraigo de una familia en el campo y el mantenimiento de las unidades agrícolas, sin menoscabo, en general, de los mismos descendientes apartados que han encontrado en la casa apoyo a sus empresas y amparo en la desgracia (véase nota 255). Los sistemas normativos forales se han limitado a facilitar estas tradiciones sociológicas que resultan apoyadas únicamente, desde un punto de vista jurídico, en la soberana voluntad del titular de la explotación, de modo que ni por vía subsidiaria tratan aquellos sistemas de suplir la voluntad del titular, impidiendo la partición de la explotación. Esto hace que tales sistemas sean totalmente ineficaces en los países en que se carezca de análogas tradiciones sociales. Aunque se generalizase cualquier sistema foral a toda España no se habría conseguido gran cosa (45). Ya vimos como el sistema del Código civil no es tan distinto de los sistemas forales y, sin embargo, el del Código civil se manifiesta inoperante para mantener las unidades agrícolas. Esta característica puramente negativa, pasiva, de dejar hacer, que es típica de los Derechos forales, no sólo los inhabilita para fuera de sus propios territorios sino que, incluso, los hace insuficientes dentro de los mismos territorios forales donde falte la tradición del heredero único o mengüen o se desnaturalicen, como de hecho ocurre (46), las tradiciones existentes.

Los sistemas forales se resienten también de principios sobre la organización de la sociedad hoy ya superados. La minimación de las legítimas venía determinada no sólo por consideraciones económicas sino por una excesiva subordinación de los fines de

(43) Cfr. DE CASTRO: *El Derecho agrario...*, pág. 386. Sus instituciones coinciden—dice BALLARÍN: *El Código civil...*, págs. 14 y 18—con «la última moda de la evolución jurídica relativa a la agricultura», constituyen «la máxima perfección en la materia»; BALLARÍN, sin embargo, en este mismo trabajo, manifiesta defectos de los sistemas forales (amparo de grandes explotaciones, minimación de los derechos legitimarios, quiebra de la explotación en la sucesión intestada).

(44) Véase autores citados por CASTÁN: *Familia y propiedad*, págs. 79 y 80. CASTÁN también es partidario de una cierta generalización.

(45) No son suficientes, como pretende ROCA (*La necesidad...*, págs. 376 y 377), «normas elásticas que permitan el libre juego de la voluntad de los interesados». La libertad de testar no constituye por sí sola, sin el clima «moral y social» apropiado, remedio alguno en las regiones en que se acostumbra la partición igualitaria; cfr., en este sentido, VALLET: *Apuntes...*, AN. DER. CIV., VIII, 2, págs. 457 y sigs. DE CASTRO (*El Derecho agrario...*, pág. 380) advierte también los fuertes peligros de la libertad de testar por la pérdida progresiva de vigor de los usos.

(46) En veinticinco años ha decrecido el número de las capitulaciones en más de un 50 por 100. Los Anuarios de la Dirección General de los Re-

cada persona al nombre y poder de la familia (47). Toda exageración de los fines de la familia, en detrimento de los fines primarios de la persona, apunta una forma de totalitarismo limitada por la extensión del grupo social, pero no por su importancia (48). Estos principios superados son los que dan lugar a dos consecuencias que no se convienen con las nuevas exigencias sociales: una es que facilita la conservación, a través de los tiempos, de grandes propiedades, y otra, apuntada por los mismos defensores de los sistemas forales, la posible falta de ayuda suficiente, por el favorecido con el patrimonio familiar, a todos los miembros de la familia para el cumplimiento de sus fines vitales.

gistros y del Notariado de 1922, 1935 y 1957 señalan las siguientes cifras de «contratos por razón de matrimonio»:

AÑOS	Aragón	Baleares	Cataluña	Navarra	Vizcaya	Alava
1922 ... ..	874	61	2.696	510	427	162
1935 ... ..	548	40	1.157	277	257	85
1957 ... ..	314	23	1.100	250	119	59

Los datos de los años intermedios confirman, en su conjunto, el índice general decreciente.

Se nota, además, cierta decadencia en la práctica catalana de otorgar viudedad. Cfr. CASTÁN, tomo IV, 1942, pág. 530.

La falta de determinación del derecho de colocación y amparo da lugar en la práctica a abusos. Frecuentemente el «hereu» se considera sin más deber que el pago de la legítima (VALLET: *El derecho patrimonial...*, página 12). «La concepción individualista del liberalismo ha arraigado bastante, demasiado, desgraciadamente» (VALLET: *Loc. cit.*).

(47) En Cataluña se extiende la legítima de la cuarta parte a todo el territorio por la Constitución de 1585 «deseando la conservación de las casas principales». La facultad de nombrar heredero a uno solo de los hijos se concede en las Cortes de Aragón de 1307 a los nobles *ut casalia eorum conserventur in bono statu*. En el Fuero de Navarra para los villanos regla la sucesión forzosa igualitaria y, en cambio, los hijosdalgo, caballeros y ricos hombres, podían dejar a unos más que a otros; la libertad de testar se introduce por costumbre, que se reconoce por las Cortes de Pamplona de 1688 para los no labradores; y sólo, más tarde se generaliza a todas las clases (cfr. CASTÁN: tomo IV, 1942, págs. 482, 485 y 488. Véase, sin embargo, nota 38).

(48) Al mantener indivisa la explotación se mantiene fuerte una familia. Con una buena política matrimonial la fuerza de la familia se redobla («juntar casas»). A la larga el poder de una familia determinada aumenta, pero, en ciertos casos, eliminando o abatiendo las familias que habían de constituir los hermanos del favorecido. Para estos casos, se trate de familias nobles o no, vale lo que JOVELLANOS, pág. 161, decía de los mayorazgos: «Nada es más repugnante que ver sin establecimiento ni carrera, y condenados a la pobreza, al celibato y a la ociosidad los individuos de las familias nobles, cuyos primogénitos disfrutaban pingües mayorazgos». Ante los casos de desigualdad, en términos no exigidos por la conservación de unidades agrícolas, en que un «hijo se queda con todo y los demás no perciben casi nada», es difícil oponer que su crítica «constituye un mal enfoque del problema, el cual debe ser tratado desde un plano superior funcional, biológico, social y económico» (cfr. ROCA: *La necesidad...*, pág. 375).

D. *La legislación sobre unidades mínimas de cultivo.*—(En adelante, u. m. de c.).

1. *Exposición.*—El sistema de u. m. de c. se establece para todo el territorio nacional por Ley de 15 de julio de 1954 (49), «para evitar que se continúe produciendo la atomización de la propiedad en las zonas no concentradas» (Preámbulo de la Ley). Pretende la Ley mantener indivisas determinadas fincas, aun en el supuesto de partición de herencia.

a) *Fincas indivisibles.*—Las fincas indivisibles no son sólo las fincas iguales o inferiores a la u. m. de c. (50). La u. m. de c. es un concepto métrico que determina la relativa indivisibilidad de todas las fincas. Consiste en aquella extensión de propiedad (51) mínima permitida en las resultas de cualquier división o segregación de una finca. Esto determina: 1.º Que no sólo son indivisibles las fincas que miden una u. m. de c. o menos, sino todas las que tengan extensión inferior al doble de la u. m. de c. (art. 5.º, I, Ley 1954). 2.º Que las demás fincas, por grandes que sean, no pueden dividirse sino respetando la u. m. de c. (art. 2.º, I, inciso 2.º, Ley 1954).

La extensión se determina por zonas o comarcas agrícolas homogéneas de cada provincia (art. 1.º, Ley 1954 y Decreto de 25 de marzo de 1955). La determinación se hace administrativa-

(49) El régimen jurídico en relación con las u. m. de c. viene constituido, además de por la citada Ley de 1954, por los Decretos 25 marzo y 22 septiembre 1955 y Orden del Ministerio de Agricultura de 27 de mayo de 1958. Más adelante indicaremos las disposiciones especiales para las zonas de concentración parcelaria. El artículo 5.º de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 considera aplicable a las propiedades forestales el régimen de indivisibilidad establecido por la Ley de 15 de julio de 1954; únicamente da reglas especiales sobre la determinación de la u. m. de c. para los montes. Véase también artículo 69, 4.º, Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956.

(50) La posible confusión arranca de los mismos textos legales. En determinados preceptos se establece que las parcelas, fincas o extensiones iguales o inferiores a la u. m. de c. son indivisibles (art. 2.º, I, inciso 1.º, Ley 1954; arts. 4.º y 5.º, Decreto 25 marzo 1955; arts. 9.º, Ley de Concentración Parcelaria 20 diciembre 1952, y 62 de la de 10 agosto 1955; artículo 5.º, 2) de la Ley de Montes). Pero el juego de la indivisibilidad es mucho más amplio, como resulta, de modo evidente, del conjunto de los textos legales. Sin embargo, la confusión ha dado origen a defectos normativos manifiestos (cfr. arts. 4.º y 5.º, Decreto 25 marzo 1955).

(51) El nombre, «u. m. de c.», no se conviene exactamente con la figura. Esta unidad no mide las extensiones de cada cultivo (véase, sin embargo, Díez GÓMEZ: págs. 514 á 519) sino las de cada finca o superficie delimitada de tierra pertenecientes a un mismo propietario; lo que se prohíbe es la división de los predios (cfr. art. 2.º, Ley 1954) no la de los cultivos. El nombre equivoco proviene de la legislación italiana (*mínima unità colturale*); en contra de la denominación italiana BASSANELLI: página 248, nota (2), donde propone, en sustitución, el nombre de unidad predial (*unità fondiaria*). Ahora bien, como se determinan u. m. de c. distintas para secano y para regadío, parece que, dentro de cada finca, habrá que distinguir como distintas las parcelas de una y otra clase de cultivo.

mente (52) previo informe de los órganos adecuados de las diferentes provincias (53). «Dicha extensión será, en secano, la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio (54), y en cuanto al regadío y zonas asimilables al mismo por su régimen de lluvias, el límite mínimo vendrá determinado por el que se señala como superficie del huerto familiar» (art. 1.º, Ley 1954). En concreto, por Orden del Ministerio de Agricultura de 27 de mayo de 1958 se fija la superficie de la u. m. de c. en secano y en regadío, distinguiendo ordinariamente cada uno de los términos municipales de las distintas provincias españolas.

La indivisibilidad que deriva de la u. m. de c. no requiere, para su eficacia general, publicidad especial en los Registros inmo-

(52) La determinación que, de conformidad con la Ley, había de hacerse por Decreto, de hecho y al amparo de disposiciones de rango inferior, se hace por orden ministerial. En efecto, según el artículo 1.º de la Ley de 1954, «el Ministerio de Agricultura... señalará por Decreto aprobado en Consejo de Ministros la extensión de las u. m. de c. dentro de cada zona o comarca de la provincia». La necesidad del Decreto es evidente, aunque la expresión es claramente incorrecta (si se señala la extensión por Decreto, no puede decirse que se señala por un Ministerio). Por Decreto de 25 de marzo de 1955 se establece, sin embargo, que la concreta determinación de las u. m. de c., corresponde al Ministerio de Agricultura. En este Decreto se señalaban, por provincias, máximos y mínimos de la extensión de la u. m. de c., pero por otro Decreto de 22 de septiembre de 1955 se faculta a dicho Ministerio para reducir los mínimos «cuando se trate de terrenos que por estar dedicados al cultivo de árboles, arbustos o de plantas especiales hayan adquirido un valor excepcionalmente elevado». En la Orden de 27 de mayo de 1958 por la que se determinan en concreto las u. m. de c. de cada provincia, el Ministerio ha usado en términos amplísimos de la facultad excepcional de reducir los límites mínimos: se han reducido no en terrenos determinados, sino en provincias enteras, para el regadío (Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife) o para el secano (Balears).

La u. m. de monte se señalará «por Decreto aprobado en Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Agricultura» (art. 5.º 1) Ley de Montes); en la Ley de Montes no se expresa el procedimiento y órganos para la tramitación previa a la propuesta.

(53) Según la Ley, la determinación se había de hacer «a propuesta del Servicio de Concentración Parcelaria y previos los informes de las Jefaturas Agronómicas y de las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias» (artículo 1.º, Ley 1954). Conforme al Decreto de 25 de marzo de 1955 estos informes se concretan en informes-propuestas de Comisiones provinciales, especialmente constituidas, y entre cuyos miembros se encuentran representantes de las Jefaturas Agronómicas y de las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias. En estas Comisiones no hay ningún miembro que, por razón del cargo, sea técnico en las repercusiones jurídicas de una u otra extensión de la u. m. de c.: en pro de la participación de Notarios y Registradores de la propiedad, CAMY: pág. 432.

(54) Se atiende, pues, a un criterio puramente utilitario—el del rendimiento—(compárese art. 846, Código italiano, véase nota 155). En sentido análogo la Ley de Montes: Se señalará «la unidad mínima de monte, dentro de cada zona, comarca o región, de acuerdo con sus condiciones y características forestales... habrá de ser la suficiente para que pueda desarrollarse racionalmente su explotación» (art. 5.º, 1).

liarios, por su carácter de cualidad derivada directamente de la Ley (55). La inexactitud de los datos registrales sobre las características de hecho que determinen la relativa indivisibilidad de la finca no merma la eficacia de la Ley (56) (cfr. art. 5.º, II, Ley 1954). Tampoco la merma la ausencia de la indicación de «indivisible» que, según el artículo 5.º de la Ley, es de constancia obligada, respecto de las fincas inferiores al doble de la u. m. de c., en toda descripción de la finca, se haga en título notarial o en la inscripción registral (57).

b) *Medidas para conseguir que las fincas se mantengan indivisas.*—Con este fin se dan reglas para impedir la división prohibida y para atribuir en la partición de la herencia las fincas indivisibles.

(55) Véase nota 143. Cfr. art. 26, 1, Ley Hipotecaria. La determinación administrativa de la u. m. de c. no implica que la prohibición deba «su origen inmediato a una resolución administrativa» que expresamente la declare (cfr. art. 26, citado, 2.º). Aquí la determinación administrativa no opera sobre cada bien en concreto, sino que es una simple *conditio juris* de una prohibición legal de índole general; en sentido análogo, BASSANELLI: pág. 254. Parece, en todo caso, que la nulidad no puede afectar a terceros hipotecarios, cuando ni de los asientos vigentes, ni de los datos reales de la finca que se adquiere (puede ser una parcela mayor que la u. m. de c.) resulte que ella fué formada por división o segregación prohibida por la legislación de u. m. de c. (cfr. arts. 34 y 37, Ley Hipotecaria). No puede obligárseles a conocer toda la historia de la finca. Sin embargo, respecto del derecho de colindantes, aunque no sea propiamente retracto, véase art. 37, 3.º, Ley Hipotecaria; en contra del amparo del tercer adquirente frente a tal derecho, DÍEZ GÓMEZ: pág. 527).

(56) «Toda descripción de finca rústica deberá contener su medida superficial con expresión de si el cultivo a que está dedicada es de secano o de regadío» (art. 5.º, I, Ley de 1954) y «en su caso la superficie aproximada destinada a uno y a otro» (art. 51, 1.º, R. H.). En los casos de fincas mixtas de regadío y secano, se determina la superficie de uno y otro cultivo, sin determinar la de las parcelas respectivas, que pueden ser múltiples y alejadas entre sí. No resulta, pues, claro el grado de indivisibilidad.

«La inexactitud en la medida superficial de las fincas inscritas no puede—dice el art. 5.º, II, Ley 1954—favorecer a la parte que ocasionó la falsedad, ni enervará, por tanto, los derechos establecidos en la Ley, que podrán ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción». La inexactitud sobre la clase de cultivo—regadío o secano—debe tener la misma consideración que la inexactitud de la superficie (así, CAMY: pág. 399). Tanto el dato de la superficie como el de la clase de cultivo son datos de hecho a los que no alcanza la fe del Registro (principios de legitimación y fe pública registral). Por esto parece que la inexactitud debe ser indiferente para ejercitar las acciones establecidas por la Ley de u. m. de c., y esto aunque la inexactitud no pueda imputarse a falsedad ocasionada por el perjudicado por las acciones.

(57) Esto es así por lo mismo que las limitaciones legales del dominio para surtir sus efectos, no necesitan inscripción separada y especial (art. 26, 1.º, Ley Hipotecaria). Por eso la constancia de la indivisibilidad es bastante inútil. Resulta, además, incongruente que se exija sólo respecto de ciertas fincas, siendo así que la indivisibilidad por razón de la u. m. de c. restringe y condiciona la divisibilidad de cualquier finca. Puede resultar la consignación, además, perturbadora cuando administrativamente se decida bajar las u. m. de c. en la comarca respectiva. Finalmente, en

a') *Sanciones de las divisiones prohibidas.*—Esta prohibida toda división de un predio que dé origen a parcelas de extensión inferior a la u. m. de c. (58), salvo en supuestos excepcionales legalmente determinados (59) (art. 2.º, I y II, Ley 1954). La prohibición se extiende incluso a las divisiones ordenadas por el testador (art. 4.º, I, Ley 1954). Las divisiones prohibidas serán inválidas y determinan, en favor de los colindantes, un derecho de adquisición de las parcelas que resulten de extensión inferior a la u. m. de c. (60).

las fincas mixtas de secano y regadío sera muchas veces difícil precisar la indivisibilidad.

(58) Son casos claros de divisiones o segregaciones a que se refiere la Ley de u. m. de c. aquellos en que concurre con las modificaciones objetivas de la finca un acto de disposición del dominio de, al menos, una de las partes resultantes de la división o segregación. Surgen dudas cuando no concurre acto dispositivo alguno, cuando el que concurre es de constitución de un derecho real y cuando meramente se dispone a título obligacional del goce de porción concreta de una finca. Respecto del primer supuesto de duda la doctrina no es concorde: basta la división o segregación (CAMY: pág. 491; LEAL: *La Ley...*, págs. 24 y 25); no basta, se requiere la disposición simultánea de porción concreta de la finca (MARTÍNEZ DE BEDOYA: *Observaciones...*, pág. 171). En pro de la primera tesis argumentos: «simultáneamente» (art. 2.º, I, Ley de u. m. de c.); «en cualquier forma» (art. 3.º). En cuanto a si de requerirse un acto dispositivo, basta la constitución de un derecho real sobre una parcela, hay supuestos en que, conforme a la finalidad de la Ley, pudiera bastar (hipoteca, usufructo); otros son más dudosos (determinadas servidumbres). Se ha planteado especialmente cuestión sobre el arrendamiento (véase nota 145). Se estima que los arrendamientos deben respetar las u. m. de c. (así MARTÍNEZ DE BEDOYA: pág. 172; Díez GÓMEZ: pág. 520). Esta opinión tiene cierta base en la finalidad de la Ley de u. m. de c. (interesa incluso más mantener unidades orgánicas de cultivo que unidades de propiedad y, además, el arrendamiento con el tiempo—*beati possidentes*—pasa, con facilidad, a propiedad), sobre todo, respecto de los arrendamientos protegidos dado el fuerte contenido del derecho del arrendatario (prórrogas, retractos, acceso a la propiedad) y, también, respecto de los inscribibles. Pero tal opinión es muy peligrosa para la estabilidad de los arrendamientos de parcelas inferiores a la u. m. de c. Por otra parte, someter todo arrendamiento a la Ley de u. m. de c. no se compagina con la potestad del propietario (reconocida por Díez GÓMEZ: pág. 519) de distribuir como quiera sus cultivos dentro de la finca, a pesar de los preceptos de la citada ley.

(59) Dos son los supuestos prescritos legalmente: 1.º Cuando la parcela o parcelas «se adquieran simultáneamente por propietarios de terrenos colindantes con el fin de unir las que ya posean, para formar de este modo una nueva finca que cubra el mínimo de la unidad de cultivo» (art. 2.º, I, Ley 1954). Los propietarios adquirentes han de ser, pues, propietarios de fincas rústicas colindantes. 2.º Cuando sobre las parcelas «vaya a efectuarse cualquier género de edificación o construcción permanente» (art. 2.º, II). Sobre la asimilación a este supuesto, del caso de segregación para transformación en regadío, Díez GÓMEZ: pág. 523. Se nota la falta de referencia a otros supuestos (fines industriales sin construcciones). No parece que haya duda de que, en todo caso, cabe la segregación de las parcelas que hayan dejado de ser rústicas.

(60) Tanto el ejercicio de este derecho como la declaración de la invalidez «se tramitarán por las reglas de los incidentes ante el Juzgado de Primera Instancia» (art. 6.º Ley 1954). No se ve la razón del procedimiento especial (que no debe introducirse sin grave razón: cfr. GUASP: pá-



a'') *Invalidez*.—La ineficacia de las divisiones prohibidas es legalmente un supuesto de nulidad (61); se trata de actos prohibidos por las leyes (art. 4.º, C. c.; arts. 2.º y 4.º Ley de 1954) y, por tanto, son nulos de modo absoluto, «ipso jure» e insubsanable (62). Por vía administrativa, mediante el Decreto de 22 de septiembre de 1955, se ha tratado de considerar válidas las segregaciones o divisiones prohibidas por la Ley: los Notarios y Registradores, según su artículo 3.º, pueden autorizar o inscribir tales segregaciones o divisiones (63), lo cual no sería posible si se partiera de la invalidez. De prosperar esta interpretación, teniendo presente la inoperancia práctica del derecho de los colindantes, vendría a quedar reducido a la nada tanto aparato legislati-

gina 1.063). Respecto del derecho de adquisición, bastaba la asimilación al juicio de retractos. En cuanto a la invalidez, dado el tamaño de las fincas a que principalmente afecta, no será frecuente el juicio de mayor cuantía. En contra, también, Díez GÓMEZ: pág. 534.

(61) Entre los autores no hay unanimidad sobre si las divisiones prohibidas son válidas, anulables o nulas. Ampliamente sobre la cuestión FOSAR: *Deberes...*, págs. 351 y sigs. La tesis de la validez absoluta es la más endeble, pues la propia Ley expresa que no son válidas (art. 2.º, I); la Ley no tendría ningún sentido para las fincas sin colindantes. La tesis de la anulabilidad, seguida por LEAL (*La Ley...*, págs. 22 y 23) tiene un cierto apoyo de Derecho Comparado (sistema italiano) y parece abonarla la expresión «podrán los interesados anular» (art. 4.º, II, Ley 1954). Ciertamente en el sistema italiano, que tanto ha influido en la Ley de u. m. de c., la infracción da lugar, como veremos, a anulabilidad; la sanción en el sistema italiano «es el resultado de un desgraciado compromiso entre las exigencias de la práctica, que reclaman la certeza del negocio, y la natural consecuencia de una prohibición impuesta por una norma imperativa» (BASSANELLI, pág. 254). En el sistema español no hay textos que funden esta desviación de la regla de nulidad de los actos prohibidos. La expresión «podrán los interesados anular» es una deficiencia técnica más de la Ley; se trata de un supuesto excepcional (división entre herederos forzosos) en que los mismos infractores de la Ley pueden hacer ineficaz la división prohibida; como supuesto de anulabilidad sería incongruente con el sistema general (cfr. art. 1.302, C. c., inciso 2.º); el supuesto es claramente de revocación del acto prohibido para evitar la otra de las sanciones (la adquisición por los colindantes). La sanción de la nulidad es, además, la que con toda claridad, como veremos, se produce en las zonas de concentración, para lo que se emplean incluso textos del mismo tenor (sólo será válida»: art. 2.º, I, Ley de u. m. de c.; art. 9, Ley de Concentración Parcelaria de 20 de diciembre de 1952; art. 62, I, Ley de 10 de agosto de 1955).

(62) En consecuencia, los Tribunales, Autoridades o funcionarios de toda clase, se abstendrán de reconocer efectos a los referidos actos. Los Notarios deben negar su autorización (art. 145, II, Reglamento Notarial). Las divisiones o segregaciones no pueden inscribirse. Ni siquiera es posible—dice FOSAR: *Juicio...*, pág. 41—el cambio de nombre en el Catastro.

Puede pedir la declaración de esta nulidad cualquier interesado. GÓMEZ GÓMEZ, pág. 447, juzga que está legitimado el Ministerio Fiscal e incluso «cualquier persona en interés de la Ley». No parece, sin embargo, que pueda accionar cualquiera de los infractores.

(63) «Los Notarios y Registradores, al autorizar o inscribir documentos en los que se realicen segregaciones o divisiones que den lugar a fincas inferiores a la u. m. de c. harán constar en el título y en la inscripción el derecho que asiste a los colindantes...» (art. 2.º del Decreto citado).

vo y administrativo montado para las u. m. de c (64). Pero las disposiciones administrativas ni pueden modificar las leyes (65) ni sus interpretaciones tienen carácter verdadero de auténticas (66).

b'') *Derecho de adquisición de los colindantes.*—En caso de que se realice una división los colindantes tienen derecho a adquirir las parcelas resultantes; inferiores a la u. m. de c., por el justo precio judicialmente determinado (art. 3.º, Ley 1954). Se trata de un derecho real de adquisición, pero no de un retracto: puede no haber habido venta de las parcelas resultantes y no hay adquisición por el tanto (subrogación). Así y todo valdrá para el régimen de este derecho gran parte de la doctrina sobre el retracto de colindantes, a salvo siempre las peculiaridades establecidas por la Ley de u. m. de c. (67). Esta regulación plantea numerosos problemas (68).

(64) En este sentido, FOSAR: *Juicio...*, pág. 41. Con la interpretación que da el Decreto de 1955, sin duda, se pretendía evitar la huída del tráfico hacia la documentación privada, lo que habían puesto de manifiesto diversos autores (MARTÍNEZ DE BEDOYA: *Observaciones...*, pág. 179; *Medidas...*, pág. 77. GÓMEZ GÓMEZ: pág. 452. SALAS MARTÍNEZ: págs 455 y 463. Díez GÓMEZ: pág. 510). La documentación privada será en todo caso, sin embargo, frecuente en el ámbito de fincas a que afecta principalmente la Ley de u. m. de c. (las fincas de extensión reducida).

(65) Cfr. DE CASTRO: *Derecho civil...*, págs. 400 y sigs.

(66) A pesar de que no se puede negar que la Administración, en su ámbito, puede y debe interpretar las disposiciones legales que ha de aplicar, en todo caso resulta claro que «la interpretación hecha por Orden o Decreto de una Ley, tiene el valor subordinado de lo reglamentario y no vincula a los Tribunales» (DE CASTRO: *Derecho civil...*, 2.ª ed. 1949, pág. 466, nota 2). Tal interpretación—según este autor (3.ª ed. pág. 519)—no puede estimarse interpretación auténtica: «puede tener valor orientador, pero no vinculante».

(67) Así vale la doctrina del retracto de colindantes sobre qué es finca rústica (véase nota 259), sobre el concepto de colindante, sobre la necesidad de que sea rústica la finca del colindante. Esto último es evidente por la misma finalidad de la Ley de u. m. de c.; en sentido análogo, LEAL: *La Ley...*, pág. 26.

(68) ¿Deben adquirir los colindantes todas las parcelas o sólo las limítrofes? Según LEAL: tienen *derecho* a adquirir todas (*La Ley...*, pág. 28). La Ley parece exigir que las fincas del colindante linden con las parcelas resultantes. Bien se les niegue el derecho a adquirir todas, bien se permita a los colindantes no adquirir todas, el resultado del ejercicio del derecho de adquisición puede ser consagrar una división prohibida.

¿Tiene todo colindante, cualquiera que sea el tamaño de su propiedad, derecho a adquirir las parcelas? No, cuando, incluso con la parcela segregada no cubre la u. m. de c. (GÓMEZ GÓMEZ, pág. 448; en contra, Díez GÓMEZ, pág. 522). En favor de la tesis negativa, argumento artículo 2.º, I, *fine*, Ley 1954.

Supuesto de concurrencia de varios derechos de adquisición. Para el supuesto de ejercicio del derecho por varios colindantes la Ley contiene (art. 3.º, inciso 2.º) una regla especial que deja a salvo el acuerdo de los concurrentes (por ejemplo, para repartirse la finca, LEAL: *La ley...*, pág. 26) y, a falta de acuerdo, se prefiere al primero en el tiempo y, en igualdad de tiempo, al que fuera dueño de la finca colindante de menor extensión (cfr., en cambio, art. 1.523, III, C. c.). Sobre colisión con derechos de adquisición de otra clase, Díez GÓMEZ, págs. 527 y 528.

El derecho caducará a los cinco años de realizarse la segregación indebida (art. 3.º, Ley 1954) (69). También el Decreto de 22 de septiembre de 1955 ha tratado de introducir aquí modificaciones de fondo, reduciendo el plazo «a un año a contar de la fecha de la inscripción» (art. 3.º del Decreto) (70), pero esta disposición no puede tener eficacia por ser claramente contraria a la Ley (véanse notas 65 y 66).

Cuando se trata de división prohibida «motivada por herencia o por donación a favor de herederos forzosos» (71), el ejercicio del derecho del colindante está sometido a requisitos especiales (art. 4.º, II, Ley 1954). El colindante debe hacer «previamente una notificación fehaciente acreditativa» del propósito de ejercitar el derecho. «Durante el término de treinta días siguientes a la notificación podrán los interesados anular la división practicada o rectificarla ajustándola a los preceptos de esta Ley» (72). «Transcurrido dicho término sin haberlo efectuado, podrá el colindante ejercitar los derechos».

Para el ejercicio del derecho se exige el previo afianzamiento del precio de la parcela a satisfacción del juzgador (art. 7.º, Ley de 1954). Como no hay subrogación no hay obligación de reembolsar los gastos de la división y disposición prohibidas. Sobre los efectos de la adquisición de los colindantes sobre los gravámenes de la finca que se divide ilegalmente y de la finca cuyo propietario ejercita el derecho de adquisición, Díez GÓMEZ, págs. 530-1.

(69) Hay dificultades, en general, para determinar el inicio del plazo de los cinco años (LEAL, págs. 28 y 29). En un supuesto especial la Ley señala el comienzo del cómputo; en el caso de segregación para edificación o construcción permanente, el derecho de adquisición podrá ser ejercitado «transcurrido un año sin que éstas se inicien, siempre que la edificación no se hubiere comenzado en el momento de ejercitar la acción» (art. 2.º, II, Ley 1954). *Quid* si se inician las obras y después se suspenden (cfr. CAMY, pág. 406).

(70) Según el Preámbulo se acorta el plazo «toda vez que la presunción de abandono del derecho en que la *prescripción extintiva* se funda, tiene en este caso como base la *publicidad* que se deriva de la inscripción». Pero ni el plazo es de prescripción, sino de caducidad (cfr. art. 3.º, Ley 1954), ni es cierto que la publicidad que proporciona el Registro deba entenderse en el sentido de que sus asientos equivalgan a notificaciones o edictos.

(71) Surgen aquí nuevos problema. La herencia ¿juega en todo caso o sólo cuando sea a favor de herederos forzosos? Los interesados en la partición que no sean herederos forzosos, ¿tienen la misma consideración que éstos a los efectos del derecho de adquisición de los colindantes? Así parece, aunque ello suponga incongruencia con su situación cuando no intervengan herederos forzosos.

(72) Son interesados los posibles afectados con la adquisición de los colindantes. Ya dijimos (nota 61) que el supuesto no es de anulación, sino de revocación. Parece que puede revocar un interesado sin contar con los demás. El resultado es la vuelta a la indivisión. Puede cuestionarse cuál es el alcance de la revocación respecto de toda la partición hereditaria. Según FOSAR (*Juicio...*, pág. 90), la partición hereditaria es válida en cuanto a los demás bienes. Los interesados pueden también, como dice la Ley, rectificar la división prohibida; pero esto exigirá acuerdo unánime o partición judicial.

b') *Cómo se atribuyen las fincas que deben mantenerse indivisas en las particiones hereditarias.*—La atribución se hará según «la voluntad expresa» del testador (art. 4.º, I, Ley 1954) (73). A falta de voluntad expresa del testador, las reglas que establece la Ley de u. m. de c. son similares a las que señala el artículo 1.062, C. c., para las cosas indivisibles. Faltando el «convenio entre los coherederos» (74), procede la subasta. Pero mientras, según el citado artículo 1.062, basta «que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga», según el artículo 4.º, I, de la Ley de u. m. de c. la licitación sólo procede entre los coherederos y sólo «si todos éstos manifestaren su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta».

2. *Crítica general.*—La legislación de u. m. de c. no ha sido muy afortunada. La técnica no es buena y los problemas que plantea son múltiples. El desarrollo reglamentario peca de inadaptación a los preceptos legales. El resultado de la legislación es prácticamente nulo. Parece una legislación inspirada hasta cierto punto en los preceptos de la legislación italiana; se ha tratado de implantar en España un sistema que en Italia estaba aún por desarrollar, sin duda por la desconfianza de sus buenos resultados. La u. m. de c. se concibe también con excesiva rigidez (75) y su aplicación está llena de dificultades (76). La sanción de invalidez,

---

(73) La voluntad del testador prevalece sobre el principio de composición proporcional *in natura* de las legítimas, tanto en favor como en contra del designado para la atribución de la finca indivisa.

(74) Así se expresa el art. 4.º, I, de la Ley de u. m. de c. El convenio requiere la unanimidad conforme a los principios del Código civil (cfr. artículos 1.062 y 1.059).

(75) Con lo que resulta poco adaptada a las necesidades concretas. Sólo se distingue en cada zona entre regadío y secano. Se tropieza, pues, inevitablemente, con un doble escollo (*Scila y Caribdis*). Si las u. m. de c. son demasiado pequeñas se tendería a un grado demasiado bajo de concentración con los inconvenientes que esto tendría (dispersión parcelaria). Si son demasiado grandes (aparte de los inconvenientes en las zonas de policultivo) se impide la formación de huertos familiares (huertos para las horas y días de paro, Declaración V, punto 4, Fuero del Trabajo) para los que basta una extensión pequeña, por ejemplo, de cinco a veinte áreas (cfr. art. 5.º, Decreto 1.º mayo 1950). Decir, respecto de las zonas de regadío, que «el límite mínimo vendrá determinado por el que se señala como superficie del huerto familiar» (art. 1.º, Ley 1954) es no resolver la cuestión en ningún sentido. También notan el peligro de que desaparezca la posibilidad de nuevos huertos familiares: CAMY, págs. 431, 433; SALAS MARTÍNEZ, págs. 465. FOSAR, en cambio (*Juicio crítico...*, págs. 42 y 43), defiende la legislación de u. m. de c. por consideraciones de economía nacional. Las ventajas de los huertos familiares parecen evidentes: se equilibra y distrae al hombre—quizá proletario industrial—con un trabajo humano y distinto en sus horas libres; se le da un complemento importante para atender sus necesidades; se le hace propietario de algo.

(76) Ya es difícil distinguir las fincas rústicas. Con la legislación de u. m. de c. habrá que distinguir, dentro de ellas, las de regadío y las de secano. La diferencia es cuantitativa (grado de humedad con cierta per-

más que para conseguir la finalidad pretendida, servirá para extender la inseguridad jurídica y apartar de la titulación pública —lo que es fácil no siendo constitutiva la inscripción (77)—, del Registro y de las oficinas fiscales a las operaciones inmobiliarias afectadas por la Ley. Ya vimos, además, cómo había quedado tal sanción desnaturalizada en interpretación administrativa. El derecho de colindantes está regulado de modo tal que será difícil que haya un caso en que se ejercite: hay que promover un pleito, enemistarse con el vecino, y todo para conseguir las parcelas «por su justo precio» (78).

Un error fundamental del sistema es no distinguir suficientemente entre las divisiones del tráfico «inter vivos» y las hereditarias. Las medidas represivas son, en términos generales, innecesarias respecto de las divisiones o segregaciones «inter vivos». La realidad demuestra que en los actos «inter vivos» (compras, permutas, etc., e incluso, aunque impliquen segregaciones) la tendencia predominante es hacia la concentración y mejor composición de las unidades agrícolas, en función ya de las necesidades económicas de cada finca o explotación, ya de las fuerzas de acción y necesidades de cada familia. Para evitar los casos más frecuentes de divisiones perturbadoras «inter vivos» basta probablemente con fomentar el crédito agrícola, común o hipotecario. Pero es que además de inútiles, las medidas represivas «inter vivos» pueden resultar contraproducentes, y esto no sólo por las perturbaciones que suponen en la vida jurídica sino también, y aunque sea paradójico, porque pueden suponer un obstáculo al movimiento natural de reorganización de las unidades agrícolas, en el doble aspecto apuntado, económico y familiar (79).

Es en las divisiones hereditarias donde son más necesarias medidas eficaces. Y, sin embargo, es aquí donde la legislación de u. m. de c. resulta más ineficaz. La sanción que supone el derecho de los colindantes resultará aquí particularmente inoperante: el colindante ha de amenazar antes con el ejercicio y entonces los infractores tienen la posibilidad de volverse atrás. Naturalmente no es concebible que exista un colindante que se atreva a declarar la guerra sin esperanza de conseguir resultado alguno. La posibilidad de rectificación supone, por otra parte, un motivo injus-

---

manencia). ¿A qué grado de humedad empieza el regadío? (Cfr. MARTÍNEZ DE BEDOYA: *Observaciones...*, pág. 175; Díez GÓMEZ, pág. 518).

(77) MARTÍNEZ DE BEDOYA (*Algo...*, pág. 80) propone, para conseguir la conservación de la concentración parcelaria, la inscripción constitutiva.

(78) En análogo sentido, CAMY, pág. 434; GÓMEZ GÓMEZ, pág. 434; LEAL, *La Lev...*, pág. 37.

(79) Estudios recientes—dice SCHMERBER, pág. 209—han puesto de manifiesto que el crecimiento de la familia empuja al agricultor a ponerse a la cabeza de una explotación mayor e inversamente, por lo que es indispensable, desde este punto de vista, prever y facilitar cambios de explotaciones o las modificaciones de superficie.

tificado de inseguridad de las particiones hereditarias (80). Pero es que, además, regulado el derecho de colindantes de modo operante, habría resultado una sanción perturbadora al tener como resultado desposeer a una familia de fincas que tradicionalmente son de la misma.

En cuanto a las reglas de atribución a los herederos de las fincas indivisas, la crítica no puede ser tampoco favorable. Serán tan fuertes, con frecuencia, los obstáculos para un acuerdo entre los coherederos para la asignación unitaria a uno de ellos o los inconvenientes del sistema de subasta que los mismos herederos, sobre todo los que sean agricultores, preferirán, a pesar de la sanción de nulidad, la partición física. Con el sistema de subasta, particularmente si no se permiten licitadores extraños, se corre el peligro de que el precio sea muy inferior al justo (lo que es especialmente irritante si el adjudicatario no es el heredero cultivador). El heredero que más puede pagar—preferencia de criterios capitalistas—no suele ser el heredero agricultor; los agricultores carecen frecuentemente de dinero disponible. La Ley de u. m. de c. limita la licitación a los coherederos para no mermar «el principio de conservación de los bienes en la familia» (preámbulo), evitando que por voluntad de un heredero (cfr. artículo 1.062, C. c.) todos ellos sean desalojados de las tierras (81). Pero lo que interesa es que los bienes pasen a aquellos miembros de la familia que continúan la tradición agrícola de ella y evitar el aumento de rentistas y especuladores del campo. Puede ser que por vía de acuerdo o en la subasta entre coherederos quede con la finca indivisible el heredero agricultor, pero, en muchos casos, por un precio superior al de su valor de rendimiento y para pagar a los demás habrá de soportar con frecuencia la usura, tendrá agotado el crédito (tan necesario para la explotación) quizá para toda la vida, y se verá compelido a desprenderse, más pronto o más tarde, de elementos esenciales para la explotación. De otra parte, los herederos no adjudicatarios, si no reciben el dinero en el acto, tendrán una problemática esperanza de recibirlo (82).

No es extraño, pues, que los herederos acuerden la partición prohibida. No habrá miedo a los colindantes, que tienen que avisar antes de ejercitar su derecho. La sanción de nulidad—tan aguada por el Decreto de 22 de septiembre de 1955—no será suficiente tampoco para impedirla. ¿Quién va a hacer valer esta sanción?. El tiempo consolidará las situaciones ilegales. La fuerza de los hechos se impondrá a las declaraciones de la Ley. El

(80) Se presta además a combinaciones entre herederos y colindantes para conseguir la rectificación de particiones (DÍEZ GÓMEZ, pág. 533).

(81) Y se hagan medieros, braceros o abandonen el campo (BASSANELLI, pág. 258).

(82) El heredero insiste muchas veces en percibir un lote físico de tierra, porque no hay otro medio de hacer efectivos sus derechos (B. O. BINNS, pág. 23).

obstáculo que opone es demasiado teórico (83). Otros peligros más tangibles y conocidos de los labradores se han manifestado insuficientes. El labrador ama la integridad de las unidades agrícolas y, sin embargo, las deshace porque, en muchos casos, con las normas vigentes, tiene más inconvenientes cualquier otra solución.

E. *Las unidades indivisibles de las zonas de concentración parcelaria.*

1. *Exposición del sistema.*—En la legislación sobre concentración parcelaria existen algunas medidas tendentes a hacer permanentes los resultados de la concentración. Las principales medidas (84) tratan de mantener indivisas las fincas de reemplazo de determinadas características, ya en función de la u. m. de c., ya en función de las unidades-tipo de aprovechamiento:

a) *La u. m. de c. en las zonas de concentración parcelaria* (en adelante de C. P.).—El concepto de u. m. de c. se aplica primero en la legislación especial sobre C. P. (85) y después se generaliza a todo el territorio nacional. El régimen vigente en estas zonas está constituido por el texto refundido de la legislación sobre C. P. aprobado por Decreto de 10 de agosto de 1955 (86) y, después, por la legislación general de u. m. de c. (87). Es de no-

---

(83) Diversos autores han propuesto robustecer las sanciones de las divisiones prohibidas: Beneficios de créditos y exenciones tributarias para el colindante que ejercite su derecho de adquisición (FOSAR: *Juicio crítico...*, pág. 55). Expropiación de parcelas indebidamente segregadas (FOSAR: *Loc. cit.*; LEAL: *La Ley...*, pág. 37; MARTÍNEZ DE BEDOYA: *Algo...*, pág. 78). Resolución a petición de adquirente a transmitente con ventajas para el que la ejercita o también recargos impositivos (LEAL: *Loc. cit.*).

Estas propuestas no parecen mejorar de modo notable el sistema. La expropiación como el derecho efectivo de los colindantes a la adquisición, es una sanción demasiado dura y perturbadora (sobre todo en particiones hereditarias). La resolución ventajosa propuesta es un premio a la deslealtad del cómplice en una acción ilícita. Los recargos impositivos tienen una clara justificación: indemnización al interés público dañado (manifiesto sobre todo en las zonas concentradas); pero apartarán el tráfico de la documentación pública y es difícil conocer las infracciones y mover el aparato administrativo.

(84) Hay otras normas que tratan de mantener los resultados de la C. P.: Sustitución, en los casos de ejecución de sentencia sobre dominio de las parcelas aportadas, de la división de la finca de reemplazo (de cualquier extensión) por indemnización (art. 43, Ley 10 agosto 1955). Autorización al Consejo de Ministros para sustituir por indemnización la rectificación de la concentración ordenada en recurso contencioso-administrativo (art. 53, II, de la misma Ley).

(85) Arts. 3.º y 9.º de la primera Ley de C. P., de 20 de diciembre de 1952. Antes de esta Ley se pueden señalar como precedentes las unidades de explotación señaladas en la legislación de colonización.

(86) Se refieren también a u. m. de c. en las zonas de C. P. la O. conjunta de Justicia y Agricultura de 24 de noviembre de 1955 y la O. de Agricultura de 27 de mayo de 1958.

(87) A pesar de que existen normas peculiares para las zonas de C. P. sobre determinación de u. m. de c. y sobre medidas para conse-

tar que en el desarrollo reglamentario sobre u. m. de c. en las zonas de C. P. se insiste en la peculiaridad del régimen de las u. m. de c. en relación con el sistema general (88). Para cada zona de C. P. se señalan u. m. de c. especiales independientes de las vigentes en el resto del término municipal por aplicación de la legislación general (89). Y se estima que «los preceptos de la Ley de u. m. de c., en orden a las consecuencias de la división ilegal de fincas, no son aplicables a las zonas de C. P.» (Preámbulo de

guir la indivisión, hay que partir de la aplicación del sistema general de u. m. de c. (en este sentido también, MARTÍNEZ DE BEDOYA: *Medidas...*, pág. 76), sin perjuicio de las disposiciones especiales. Así resulta: 1.º De los artículos 30 y 58 O. C. de Justicia y Agricultura de 22 de noviembre de 1954 (véase art. 67 del texto refundido). 2.º Del propio texto refundido: a) Suprime el límite máximo de las tres hectáreas para las u. m. de c. fijado por el artículo 3.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952 (cfr. disp. final 1.ª de la Ley 20 julio 1955); la O. de Agricultura de 27 de mayo de 1958, sin embargo, vuelve a considerar vigente este límite, aunque sin gran convencimiento, pues la misma orden permite rebasarlo. b) Se refiere expresamente a la legislación general sobre u. m. de c.: determinación de su extensión (art. 32, I); casos en que es válida la división de la que resultan parcelas inferiores a la u. m. de c. (art. 62, I); asimilación parcial de las unidades-tipo de aprovechamiento a las u. m. de c. (art. 62, II). 3.º De la Orden conjunta de Justicia y Agricultura de 24 de noviembre de 1955 a *sensu contrario*, pues sólo considera que ciertas normas del sistema general son inaplicables a las zonas de concentración parcelaria.

(88) Probablemente para evitar la aplicación de la interpretación administrativa que dejaba inoperante el sistema general y que contrastaba claramente con los textos peculiares de las zonas de C. P., particularmente desde la Ley de 20 de julio de 1955 que robustece la ineficacia de las divisiones ilegales.

(89) El propio texto refundido contiene normas especiales para la determinación de u. m. de c. en las zonas de C. P. (art. 32, I). Por Orden de Agricultura de 27 de mayo de 1958 se establece que las u. m. de c. fijadas conforme a la legislación general de u. m. de c., no serán aplicables a las zonas de concentración parcelaria, donde se fijarán en cada caso de modo especial. De hecho se hacen determinaciones de u. m. de c. para cada zona de concentración parcelaria: unas veces resultan mayores que las u. m. de c. vigentes en la comarca conforme al sistema general (por ej. Hinetrosa (Burgos), O. de 8 de mayo de 1956) y otras—lo que es, sin duda, curioso—menores (por ej. Cantalapiedra (Salamanca), O. de 2 de octubre de 1953; Azuqueca (Guadalajara), O. 16 de mayo 1956).

La indivisibilidad ha de mencionarse, como conforme a la legislación general de u. m. de c., en la titulación de las fincas de reemplazo (art. 37, I, Texto refundido de 10 de agosto de 1955) y en su inscripción (modelo oficial aprobado por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1956). Puede plantearse cuestión, en los supuestos en que la u. m. de c. fijada para la zona de concentración sea superior a la general de la comarca, de si la peculiar indivisibilidad de las fincas de concentración afecta a terceros, aun cuando haya dejado de constar en el Registro la calidad de «finca de reemplazo» o resultante de la concentración; dado que el perímetro de la zona a concentrar exige una expresa declaración administrativa, deberá constar en el Registro para su eficacia respecto de terceros, el carácter de finca de reemplazo, el cual, sin duda, determina la extensión del derecho que se inscribe, puesto que limita las facultades del adquirente (cfr. art. 26, 1.º, Ley Hipotecaria; y 51, 6.º, Reglamento Hipotecario).



la O. C. de Justicia y Agricultura de 24 de noviembre de 1955). Esto lleva a la conclusión de que «en las zonas de C. P. no existe el derecho de adquisición preferente instituido a favor del colindante por la Ley de u. m. de c.». (Preámbulo citado) (90). Las medidas para conseguir que las fincas de reemplazo o resultantes de la C. P. se mantengan indivisas se reducen, pues, a la nulidad de las divisiones prohibidas, sanción a la que se dedican en el texto refundido una serie de preceptos destinados a hacerla indudable y efectiva (91), y a la aplicación de las reglas establecidas en la legislación general sobre u. m. de c., para atribuir en las particiones hereditarias las fincas indivisibles (92).

b) *Las unidades-tipo de aprovechamiento*.—Se trata de fincas de reemplazo que se adjudican tras la concentración en concepto de unidad-tipo y que, en consecuencia, son indivisibles, aun en el supuesto de divisiones de herencia. Fueron establecidas y reguladas por la Ley de 20 de julio de 1955; el régimen de las unidades-tipo fué recogido en el texto refundido de 10 de agosto de 1955.

a') *Fincas indivisibles por constituir unidades-tipo de aprovechamiento*.—Así como la indivisibilidad derivada de la u. m. de

(90) Lo que no es tan seguro, si se tiene en cuenta: 1.º La indiscutible aplicación, en principio, del sistema general (cfr. nota 87): si se negara, habría que negar la de sus reglas sobre la partición de herencia (lo que sería incongruente con lo establecido sobre las unidades-tipo, artículo 62, II, Texto refundido) y no podrían rebasar las u. m. de c. las tres hectáreas (véase la citada nota 87). 2.º Que las medidas establecidas especialmente se fijaron no para mermar sino para reforzar las de la legislación general. 3.º Que en los textos que las establecen si bien no recogen el derecho de los colindantes tampoco lo niegan: no parece bastar la expresión relativa a las divisiones prohibidas, de que «no producirán efecto entre las partes ni con relación a terceros» (art. 63, I, Texto Refundido). Con tal expresión se trata de insistir en la ineficacia absoluta que caracteriza la nulidad de los actos contra ley.

En favor, sin embargo, de la tesis contraria al derecho de los colindantes en las zonas de C. P.: argumento de la regulación sobre unidades-tipo, art. 29, I. y II «igualmente», Ley 20 de julio de 1955, en relación con el 62, II, Texto refundido, que no aplica el derecho de los colindantes de la legislación general de u. m. de c. a las unidades-tipo.

(91) «No producirán efectos entre las partes ni con relación a terceros» (art. 63, I) (véase, no obstante, nota 89, *fine*). Los Tribunales, Autoridades o funcionarios de toda clase se abstendrán de reconocerles efectos (art. 63, II). Los Notarios deben negar su autorización (art. 63, III). No es posible tampoco la alteración del nombre del propietario contribuyente en las Oficinas Fiscales (cfr. art. 64). Se reconoce especialmente acción al Servicio de C. P. «para pedir judicialmente la declaración de nulidad» que se tramitará por los incidentes (art. 66).

Además, por Orden conjunta de Justicia y Agricultura de 24 de noviembre de 1955 expresamente se excluye la aplicación a las zonas de C. P. de los artículos del Decreto de 22 de septiembre de 1955, que venían a imponer, por vía de interpretación administrativa, como ya hemos visto, la tesis de la validez de las divisiones prohibidas por la legislación general de u. m. de c.

(92) Lo que es claro, ya que incluso se declaran aplicables respecto de las unidades-tipo (art. 62, II).

c. deriva directamente de la Ley, la establecida por razón de unidades-tipo exige una afectación especial y concreta: que la finca de reemplazo o resultante de la C. P. se adjudique a una persona precisamente en concepto de unidad-tipo (cfr. art. 32, III, Texto Refundido). Responden a una extensión-tipo «de aprovechamiento agrícola con medios modernos de explotación según las características de la zona», la cual será prefijada «por el Ministerio de Agricultura, a propuesta del Servicio de C. P.» (art. 32, II). Se adjudican a los participantes de la C. P. sólo si voluntariamente las solicitan (art. 32, III); pero se fomenta con diversas medidas la constitución de tales unidades-tipo (93). Dado que la condición de unidad-tipo no deriva directamente de la Ley, sino que exige una resolución administrativa que expresamente la establezca en concreto sobre determinada finca, no puede producir efectos frente a terceros hipotecarios si no consta inscrita en el Registro (94).

b') *Cómo se consigue que las fincas se mantengan indivisas.*— Respecto de la indivisibilidad tienen aplicación las mismas reglas aplicables en las zonas de C. P. a las fincas indivisibles por razón de u. m. de c. y que antes hemos visto (art. 29, Ley de 20 de julio de 1955) (95), salvo que se autorice la división por el Consejo

(93) Los participantes en la C. P. pueden solicitar «que se les adjudiquen, siempre que ello sea posible, tantas unidades-tipo como permita su aportación» (art. 16, II, Texto Refundido); son preferidos «los que ofrezcan la constitución de mayor número de unidades-tipo» (art. 16, II, citado). Para estimular su formación se establecen las siguientes ventajas: 1.º Las tierras del Instituto Nacional de Colonización «se destinarán con preferencia por el Servicio de C. P. a los que ofrezcan voluntariamente la constitución de unidades-tipo» (art. 16, Texto Refundido), de modo que, sólo después de constituidas las unidades-tipo que se hubieran solicitado, se destinarán a completar la propiedad de aquellos que no reúnan superficie suficiente para alcanzar la u. m. de c. o incrementar propiedades para la mejor utilización de las parcelas (art. 17). Es decir, se da preferencia a la finalidad económica—producir más—sobre la finalidad social—reparto más justo de la propiedad, evitar las propiedades míseras—. Las tierras se adquieren «con las facilidades de pago señaladas a los parceleros o colonos del Instituto Nacional de Colonización, pero sin que queden sujetas a las restricciones que rigen para éstos» (art. 18, Texto Refundido). 2.º Las fincas constituidas en unidades-tipo estarán exentas del recargo del 5 por 100 de la Contribución Territorial que opera sobre las fincas resultantes de la C. P., en general (art. 16, III, Texto Refundido). 3.º Tendrán, además, derecho a disfrutar de los beneficios señalados en el artículo 4.º de la Ley 15 julio 1952 sobre explotaciones agrarias ejemplares (art. 16, III, citado).

(94) Véanse las razones en nota 89 al final; en el supuesto de las unidades-tipo las razones son aún más claras, pues suponen tales unidades una afectación administrativa más concreta dentro de la zona de C. P., también administrativamente delimitada. La expresión de la indivisibilidad y la causa especial de ésta, está prevista en el modelo oficial sobre inscripciones de fincas de reemplazo que constituyen unidades-tipo (modelo oficial, R. 17 enero 1956).

(95) ¿Es posible la división en los casos especialmente exceptuados en la Ley de u. m. de c.? (véase nota 59). A la vista de los párrafos I y II, artículo 29 de la Ley de 20 de julio de 1955, parece imponerse la contestación afirmativa («igualmente indivisibles») que las fincas de reemplazo que

de Ministros (96). En consecuencia, se aplican las mismas reglas relativas a la nulidad de las divisiones prohibidas (art. 29, Ley de 20 de julio de 1955, arts. 32, III y 62, 63, 64 y 66. Texto refundido y O. conjunta de 24 de noviembre de 1955). Expresamente se establece que rigen las reglas establecidas en la legislación sobre u. m. de c., para atribuir las fincas indivisibles en las particiones hereditarias (art. 62, II, Texto Refundido) (97).

2. *Crítica.*—El sistema para las zonas de C. P., cuya legislación, evidentemente ya fructífera, está aún en la etapa experimental (Preámbulo, Ley de 20 de julio de 1955), no varía esencialmente del sistema general. Pueden oponérsele, pues, casi iguales motivos fundamentales de crítica que a éste. La legitimación del Servicio de C. P. robustecerá la sanción de nulidad, si bien se tropezará con la dificultad para conocer los actos impugnables y mover los mecanismos públicos. Es de notar también, que la legislación de C. P. ha venido a contribuir, aunque en parte justificadamente, al pluralismo de regímenes jurídicos de la propiedad: las u. m. de c. de las zonas de C. P. son distintas de las establecidas con carácter general; se introducen, además, las unidades-tipo; es distinto el régimen de indivisibilidad por razón de unas y otras unidades y distinto también con relación al de las fincas indivisibles por razón de las u. m. de c. de carácter general. En el régimen de favor con que se establecen las unidades-tipo hay una preponderancia, quizá excesiva, de los criterios de productividad (98). Además, en la posibilidad de dividir las unidades-tipo previa autorización administrativa se dan los inconvenientes de todo control administrativo, y a los cuales aludiremos más adelante (véase F).

La conservación de las unidades agrícolas es un problema del máximo interés en relación con la C. P. Hay que tender a hacer permanentes los costosos resultados de la concentración. En el momento actual la cuestión constituye una de las preocupaciones

---

sean indivisibles por razón de las u. m. de c.). En el artículo 62, II Texto Refundido se expresa, en cambio, que las unidades-tipo «serán indivisibles en todo caso» (véase, sin embargo, la referencia a art. 4.º, I, de la Ley de u. m. de c.).

(96) «El Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, podrá excepcionalmente autorizar la división de las unidades-tipo en casos particulares» (art. 62, II, inciso 2.º, Texto Refundido). Pero mientras no haya autorización el acto será nulo, como expresa el art. 63; no cabe, por tanto, la inscripción al amparo y con las modalidades previstas en el art. 98, III, Reglamento Hipotecario, tras la reforma del Decreto 17 marzo 1959.

(97) Estas reglas, las del artículo 4.º, I, de la Ley de u. m. de c., son las únicas de esta Ley que son aplicables a las unidades-tipo (MARTÍNEZ DE BEDOYA: *Medidas...*, pág. 76).

(98) DE CASTRO (*El Derecho Agrario...*, pág. 391) señala el peligro de la tendencia legislativa general hacia una pluralidad de regímenes en el campo y hacia propiedades privilegiadas en pro de un resultado económico inmediato.

primordiales de los órganos españoles encargados de estos servicios.

F. *Las unidades indivisibles en las zonas de colonización. Los «patrimonios familiares».*

1. *Idea general del sistema:* Es natural que el legislador se preocupara también de mantener indivisas las unidades de explotación establecidas a consecuencia de la actividad colonizadora. La acción del Instituto Nacional de Colonización (en adelante I. N. de C.) es múltiple y multiples también son, en correspondencia, los regímenes resultantes de la misma. En las zonas de colonización hay tierras reservadas a los antiguos propietarios (99) y «tierras en exceso» adjudicadas a los beneficiarios (Ley de 21 de abril de 1949 de grandes zonas regables). Las adjudicaciones del Instituto, en general, tienen fines diversos que modalizan el régimen del establecimiento en la tierra (100). La configuración de los lotes o parcelas adjudicadas no responde a criterios únicos: hay huertos familiares (101), lotes de carácter familiar (102)

(99) Las tierras reservadas a los propietarios en la colonización de las grandes zonas regables, que hubieren alcanzado la intensidad de cultivo prevista en el Plan de la Zona quedan, en principio, «sujetas a las normas generales que regulan la propiedad inmueble» (art. 30, III, Ley 21 abril de 1949). Pero existen peculiaridades de régimen: se prohíbe la transmisión de extensiones disgregadas de las tierras reservadas inferiores a la unidad de explotación de tipo medio. La cabida de la citada unidad será fijada en el Plan de la Zona y no podrá exceder de 18 hectáreas (arts. 3.º b) y 4.º d), Ley 1949). La infracción se castiga con la expropiación de la parte o partes transmitidas y de la superficie del predio necesaria para completar el lote, del que no podrá ser beneficiario el adquirente de la porción inferior (art. 32, Ley citada). La prohibición de dividir tiene una excepción: el establecimiento de huertos familiares, previamente autorizado por el I. N. de C. (art. 30, III, Ley).

(100) Facilitar el acceso a la propiedad de arrendatarios y aparceros. Asentar en la tierra a nuevos colonos. Promover la creación de huertos familiares. Constituir unidades-tipo o u. m. de c. o incrementar propiedades en las zonas de C. P. (véase nota 93). Engrosar o constituir patrimonios comunales de los municipios (Dcra. 5 julio 1944 y 12 mayo 1950).

(101) A ellos se refiere ya la Declaración V, punto 4 del Fuero del Trabajo (véase nota 75). Pueden formar o no parte de los lotes que se adjudican en concepto de comunales de los municipios y serán disfrutados por las familias a quienes no hubiera podido atribuirse lotes familiares (artículo 2.º Decreto 5 julio 1944; cfr. también art. 3.º a) y 30, III, Ley 21 abril de 1949 y núm. 1 de la Orden 27 de mayo 1953). La adjudicación a los Ayuntamientos de fincas para establecimiento de huertos familiares se regula en el Decreto 12 mayo 1950. En este Decreto se define el «huerto familiar» como «toda pequeña parcela de regadío, próxima a un poblado, en la que una familia campesina puede obtener, empleando en su cultivo las horas libres de trabajo, productos hortícolas con los que atender a sus necesidades elementales de consumo directo» (si el clima lo permite, pueden implantarse en terreno de secano); la extensión en regadío estará comprendida entre cinco y veinte áreas (art. 5.º del citado Decreto). Sobre huertos familiares, véase: LEAL: *Las unidades...*, pág. 26; BONET RAMÓN: págs. 211 y 212; FOSAR: *Huertos familiares...*, pág. 5.

(102) En la antigua Ley de colonización de 1907 los lotes habían de tener la extensión necesaria para el sustento de una familia en la comarca

y «unidades superiores» (103). Las medidas que tienen por fin la conservación de las unidades de colonización aparecen, ya, respecto de los lotes adjudicados en virtud de la Ley de Colonización y Repoblación Interior de 30 de agosto de 1907 (104) o conforme al R. D. Ley de 7 de enero de 1927 (105). Y, más recientemente, aun antes de la Ley de Patrimonios Familiares, se dieron medidas con el mismo fin respecto de los huertos familiares (106) y respecto de los lotes adjudicados, para la etapa de adjudicación provisional (107) y para después de la adjudicación definitiva (108).

---

(art. 5, 1.º). Los lotes de carácter familiar adjudicados por el I. N. de C. deben tener la extensión suficiente para el sustento de una familia bien acomodada, y en fincas de nuevos regadíos no serán inferiores en ningún caso a dos hectáreas (Decreto 5 julio 1944). La idea de los ingresos de un patrimonio familiar es la que mide la cuantía que debe tener cada participación en el supuesto de atribución de una finca a varios beneficiarios (art. 5.º, Decreto 14 marzo 1947).

(103) El Decreto de 5 julio 1944 prevé la adjudicación de lotes que son de mayor extensión que los de carácter familiar, pero que pueden definirse también como de carácter familiar mediante cultivo mecanizado. Conforme a la Ley de 21 abril 1949 pueden establecerse «unidades superiores» cuya cabida no podrá exceder en ningún caso de 125 hectáreas (art. 3.º, c).

(104) En principio el lote es indivisible a *perpetuidad*, incluso en caso de herencia, pero cabe autorización especial y motivada del Gobierno (artículo 5.º, 8.ª de la citada Ley). Sucederá en el lote: 1.º el sucesor señalado testamentariamente, siempre que sea apto para el cultivo y cumpla las condiciones de colonización; 2.º si la sucesión recae indivisa en varias personas y no designan de acuerdo titular, procederá la venta (arts. 50 y 52 del Reglamento 23 de octubre de 1928).

(105) Se sujetan a régimen especial mientras no se obtenga el título definitivo de propiedad: Cada parcela, objeto de la concesión, es indivisible, salvo autorización administrativa (art. 2.º, a), Real Decreto de 9 de marzo de 1928, elevado a Ley por la de 9 de septiembre de 1931). Sucederá en el lote: 1.º la viuda; 2.º el hijo que se comprometa a abonar a los coherederos la cantidad correspondiente; 3.º a falta de acuerdo sobre este extremo, se hará nueva adjudicación, entre los sucesores o entre extraños, compensando a los perjudicados las amortizaciones ya abonadas del importe del lote (art. 2.º, c) del referido Decreto-Ley de 9 de marzo 1928).

Se dieron, también, facilidades de crédito con el fin de conservar o completar los pequeños patrimonios agrarios concedidos o que se concedieren por disposiciones que sustituyeran al citado Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 (cfr. arts. 16 y 21 del Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario de España y de la Caja para el fomento de la pequeña propiedad, aprobado por Decreto-Ley de 4 de agosto de 1928, y art. 138 del Estatuto del Banco Hipotecario de España, aprobado por Real Decreto de 3 de noviembre de 1928).

(106) El disfrute del huerto familiar establecido en finca adjudicada a los Ayuntamientos corresponde, muerto el titular, a la viuda. En defecto de ella, «a los hijos solteros que continúen viviendo bajo el mismo techo». Y «en otro caso, será designado titular del huerto aquel de los hijos cuya familia sea más numerosa, siendo preferido en circunstancias análogas, el varón a la hembra y el de más edad al menor. En ningún caso podrá corresponder al mismo beneficiario el disfrute de dos o más huertos familiares» (art. 6.º, Decreto de 12 de mayo de 1950).

(107) Hasta la amortización de la parcela, el adjudicatario lo es en concepto provisional y no tiene la propiedad sino el disfrute a título de concesión en las condiciones que el I. N. de C. señale en el otorgamiento

Queremos destacar, para evitar una información demasiado profusa, el régimen de los llamados «patrimonios familiares» (109). Se regulan por la Ley de 15 de julio de 1952 y Orden de 27 de mayo de 1953. Estas disposiciones vienen a realizar de manera especialmente limitada (zonas de colonización) la idea del «patrimonio familiar inembargable» propugnada por la Declaración XII del Fuero del Trabajo. A nuestro respecto nos interesa destacar uno de los principios fundamentales que inspira esta regulación: la conservación del patrimonio familiar indiviso tras la muerte de su titular.

a) *Constitución del «patrimonio familiar»*.—En principio, aunque las excepciones no son escasas (110), los lotes de tierra que el I. N. de C. adjudique con carácter definitivo servirán de base a la constitución de patrimonios familiares (artículo 1.º Ley de 1952 y núm. 1, O. 27 mayo 1953; véase también art. 30 y disposición final 7.ª de la Ley 21 abril 1949), los cuales se constituirán en base sólo de aquellos lotes o en unión de los bienes que los

---

(art. 30, Ley de 21 de abril de 1949 respecto de la colonización de grandes zonas regables; véase también art. 2.º, I, Orden de 20 de mayo de 1945 y art. 3.º Decreto de 14 de marzo de 1947). Ya antes de la existencia de los «patrimonios familiares» se establecía que ni pueden dividirse las parcelas ni sobre las mismas o parte de cada una puede transmitirse derecho alguno sin autorización del Director General de Colonización, y, superado el período preliminar, el de tutela o aparcería, se aplican las reglas del Real Decreto-Ley de 9 de marzo de 1928 (véase nota 105) (arts. 4.º, Decreto 5 de julio de 1944, y 5.º, Orden de 30 de mayo de 1945; véase también, art. 3.º, Decreto de 14 de marzo de 1947).

(108) Durante los diez años siguientes a la adjudicación definitiva se requiere autorización del I. N. de C. para las enajenaciones, en todo o en parte, de los lotes o parcelas; en caso de infracción el Instituto tiene derecho a la reversión de la parcela o parte de parcela enajenada (arts. 1.º y 2.º, Decreto de 12 de febrero de 1948). Caso de que se adjudique una finca en común a varios beneficiarios, será condición de la adjudicación definitiva que tanto por herencia como *inter vivos* la participación «habrá de transmitirse íntegra a una sola persona» (número fijo de participantes) y, además, el I. N. de C. se reserva la facultad de expropiar al beneficiario que se proponga promover la división de la finca atribuida en comunidad (arts. 7.º d) y 8.º, Decreto de 14 de marzo de 1947) (véase nota 35)

(109) Sobre los «patrimonios familiares» a que se refiere esta Ley véanse SAPENA, LÓPEZ JACOISTE y AGÚNDEZ, obras citadas. Respecto del patrimonio familiar inalienable, indivisible e inembargable en favor de indígenas de la Guinea Española, véanse artículos 8 y 9, Ley de 4 de mayo de 1948.

(110) Se exceptúan: los lotes que constituyan huertos familiares de obreros; las «unidades superiores» a que se refiere la Ley de 21 de abril de 1949; los lotes que procedan de fincas en arrendamiento o aparcería, adquiridas por el I. N. de C. para dar acceso a los arrendatarios o aparceros; los destinados a patrimonios comunales de municipios, a que se refieren los Decretos de 5 de julio de 1944 y 12 de mayo de 1950; las tierras que, en las zonas de C. P., se destinan a constituir unidades-tipo, u m. de c. o a incrementar propiedades (núm. 1.º Orden de 27 de mayo de 1953 y arts. 16 y sigs. del Texto Refundido sobre C. P. de 10 de agosto de 1955).

adjudicatarios aporten (arts. 1.º y 4.º Ley de 1952). Constituirán «una unidad económica integrada por las tierras a él adscritas la casa de labor, elementos de trabajo, ganado, granjas y, en general, los bienes y derechos inherentes a la explotación» (art. 2.º, Ley 1952). El «patrimonio familiar ha de reunir los requisitos siguientes: a) Suficiencia económica de la producción de la tierra en orden a la satisfacción de las necesidades de una familia campesina (111). b) Parcelamiento conveniente (112); y c) Absorción de la capacidad de trabajo de una familia campesina (113) (art. 3.º, Ley 1952).

«El patrimonio familiar se constituirá por documento público inscrito en el Registro de la Propiedad» (art. 4.º, Ley 1952).

b) *Cómo se consigue que se mantengan indivisos.*—La adjudicación del lote, aun después de que llega a ser definitiva, está siempre condicionada (art. 11, Ley 1952; núms. 25 sigs., O. 27 mayo 1953) y determina un régimen especial de propiedad (114). Interesa, ahora, destacar que «los bienes inmuebles que integran el patrimonio familiar quedarán afectos a éste formando con él una unidad jurídicamente indivisible» (art. 6.º Ley 1952); la división—ya sea transmitiendo parte del patrimonio entre vivos, ya produciéndose entre los herederos del titular fallecido—sin cumplirse los requisitos prescritos para la desintegración en nuevos

---

(111) En el núm. 2.º de la Orden de 27 de mayo de 1957 se dan datos que precisan más esta idea: debe satisfacer tales necesidades dentro de un decoroso nivel de vida; son las necesidades de una familia compuesta del matrimonio y dos hijos menores de catorce años; en ningún caso los ingresos netos anuales calculados han de ser inferiores al importe anual de lo que perciba por su trabajo un «obrero agrícola fijo».

(112) «Estará formado por una o varias parcelas, pero cada una de éstas deberá tener la extensión suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con rendimiento satisfactorio» (núm. 3, Orden de 27 de mayo de 1953).

(113) Debe «absorber una unidad de trabajo durante todo el año». La extensión «no podrá exceder de aquella que el titular pueda cultivar directa y personalmente; se entenderá que el cultivo es directo y personal cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente por el titular o por sus familiares, en su más amplio sentido, que con él convivan bajo su dependencia económica, no utilizando asalariados más que circunstancialmente, por exigencias estacionales del cultivo y sin que en ningún caso el número de obradas de estos asalariados exceda del 25 por 100 del total que sea necesario para el adecuado laboreo de la finca» (núm. 2.º, O. de 1953).

(114) La transmisión *inter vivos* exige requisitos especiales y, particularmente, autorización del Ministerio de Agricultura (art. 7.º, Ley 1952). Los bienes inmuebles que constituyen la base del «patrimonio» son, en principio, inembargables (véase art. 9.º, Ley 1952). En conjunto, el régimen a que está sometida la propiedad del titular recuerda la situación de un concesionario especialmente condicionado. La estabilidad del titular no sólo depende del cumplimiento de las obligaciones legales sobre la propiedad y cultivo, sino también del cumplimiento de los deberes primordiales de familia; la infracción de unas u otros se sanciona con la expropiación.

Según DE CASTRO (*El Derecho agrario...*, pág. 399, nota 52) no parece, sin embargo, que el titular «carezca de la condición de propietario y se convierta en un funcionario o fiduciario».

«patrimonios familiares» (véase art. 6.º, Ley 1952), será sancionada con la expropiación del «patrimonio» (art. 11 Ley 1952, números 27, 3.ª y 4.ª y 29, Orden 1953). El «patrimonio familiar» ha de transmitirse íntegramente a un solo heredero. Veamos cómo se determina este heredero y cómo se compensa a los demás (115).

a') *Favorecido por la atribución unitaria.*—No se exige capacidad especial para la explotación (116). El favorecido se determina por el siguiente orden de criterios (arts. 13 y 14, Ley 1952) (117). 1.º *Designación testamentaria.* No cabe designación de varios sucesores simultáneos, sino de uno solo (118). «Si al fallecimiento del causante existieren herederos forzosos, sólo será válida la designación de sucesor cuando recayer en alguno de ellos, a menos que los designados hubieren incurrido en justa causa de desheredación» (art. 12, Ley 1952). 2.º *Designación legal supletoria* «por el orden que establezca la legislación civil aplicable». 3.º *Preferencia del que viviere cultivando habitualmente* el patrimonio. 4.º *Preferencia de los varones* respecto de las hembras. 5.º *Preferencia del de mayor edad* (119).

b') *Compensación a los coherederos.*—El problema se plantea crudamente cuando para el pago de las «legítimas» no existen bienes suficientes en la herencia (120) o no es posible la desintegra-

---

(115) Mientras la adjudicación es provisional, si el concesionario muere antes de la definitiva, «el Director general del I. N. de C. transmitirá la concesión a la persona a quien correspondería suceder en la propiedad del patrimonio» (núm. 14, 3.º, Orden 1953). No se expresa claramente lo que ocurre con las amortizaciones y anticipos ya reintegrados por el beneficiario muerto (véase núms. 12 y 14, 1.ª, Orden 1953).

(116) Es cierto que «la explotación del patrimonio familiar deberá realizarse mediante cultivo personal y directo del titular» (art. 5.º, Ley 1952; núm. 18, Orden 1953) de modo que la resistencia a la realización de este tipo de cultivo es una de las contravenciones sancionadas con la expropiación del patrimonio (núms. 27, 2.ª, y 29, Orden 1953). Pero los mismos preceptos que imponen la obligación del cultivo personal y directo, «exceptúan los casos de imposibilidad del titular y de los familiares que con él conviven bajo su dependencia económica, derivada de las circunstancias de edad, sexo, enfermedad y ausencia o prohibición legales en los que se admitirá el cultivo directo».

(117) En caso de expropiación del «patrimonio familiar» por haber contravenido el titular alguno de los preceptos fundamentales de la Ley de Patrimonios Familiares o incumplido sus deberes primordiales de familia, tendrá derecho preferente a la adjudicación «la persona que, en defecto del expropiado, habría sido llamada a suceder en la titularidad del patrimonio», pero «dicha preferencia no podrá ser invocada por quien de cualquier modo hubiese coadyuvado al fraude» (art. 11, Ley 1952).

(118) Se exceptúa el caso de que sea posible la desintegración en otros tantos «patrimonios familiares» en las condiciones legales (art. 13, I, Ley 1952). En consecuencia, «se reputarán ineficaces las designaciones excesivas» (art. 13, II, Ley 1952). Entre los varios designados regirán los mismos criterios de preferencia que entre los varios sucesores «abintestato»; así también SAPENA, pág. 720.

(119) Criterio, entre ascendientes, desacertado por contrario a la mayor permanencia en la titularidad (SAPENA, pág. 721).

(120) «Los patrimonios familiares tendrán el carácter de bienes colacionales en la partición de la herencia» (art. 16, III, Ley 1952). Son,



ción del patrimonio en otros varios con las condiciones legales (cfr. art. 16, I y II, Ley 1952). Para hacer efectivos los derechos de los legitimarios, los únicos que la Ley considera respecto del patrimonio familiar (121), se emplea un doble sistema de satisfacción sin desembolsos y satisfacción mediante indemnización. Los derechos del cónyuge viudo encuentran ordinariamente solución por vía distinta de la indemnización (122). Ciertos legitimarios tienen

pues, colacionables, aunque la titularidad venga determinada *ex lege* (*quid* supuesto del art. 1.037 C. c.) y tanto para computarlos en la regulación de las legítimas (sentido impropio de colación) como para computarlos en la cuenta de la partición (sentido propio) (cfr. art. 1.035 C. c.). Así SAPENA, págs. 727 a 729, que cree aplicable la colación incluso en Aragón, a pesar del art. 45, I, Apéndice. ¿Significará la colación en sentido propio que si el «patrimonio familiar» excede del haber hereditario que corresponde a su titular, éste estará obligado a llevar a la masa hereditaria el valor del exceso? Naturalmente sólo puede plantearse la cuestión si se estima que, conforme al Derecho común, el heredero debe aportar a la herencia el valor de lo colacionable en cuanto exceda de su cuota hereditaria (sobre este problema, muy discutido, VALLET, *Apuntes...*, VIII, 2, págs. 429 y sigs.). Respecto de la cuestión que se plantea en concreto a propósito de los «patrimonios familiares» SAPENA contesta negativamente, ya que tal patrimonio «es intangible en absoluto» (pág. 729). A nuestro parecer, aunque no hay intangibilidad absoluta (cfr. arts. 9 y 10, Ley 1952, y 20 O. 1953), parece claro que, en el sentir de la Ley, sólo puede quedar afectado el «patrimonio familiar» por razón de «legítimas» y, por tanto, sólo en la cuantía que éstas exijan con el límite del tercio establecido por el artículo 16, I, Ley 1952. Pero si el nuevo titular del «patrimonio» tuviere otros bienes ¿estará obligado a detraer de ellos, para llevarlo a la herencia, el referido valor de exceso? También ha de contestarse negativamente, puesto que si se reducen las legítimas que pesan sobre el «patrimonio» que adquiere, sin consideración a los otros bienes que pueda tener, con mayor razón éstos quedarán libres de toda afección por razón de colación.

(121) No sólo no es posible, habiendo herederos forzosos, dejar el «patrimonio familiar» a un extraño, sino que tampoco parece posible que el testador grave al adquirente del «patrimonio familiar» con instituciones, mandas o legados en favor de extraños, ni siquiera tampoco en favor de los mismos legitimarios más allá de las «legítimas». La Ley sólo ha puesto la afección por «legítimas».

(122) En efecto, le corresponde «el usufructo vitalicio» del patrimonio familiar (cfr. art. 15, Ley 1952). No queda claramente resuelto cómo se conjuga este derecho de usufructo con los derechos sucesorios ordinarios del cónyuge viudo, puesto que, uno y otros, sobre todo en Derecho común, tienen distintos supuestos, distinto alcance cuantitativo y distinta naturaleza. Para SAPENA (pág. 730) es un derecho independiente de la cuota legitimaria en usufructo que corresponde al viudo por Derecho común; parece claro, sin embargo, que, al menos, el «patrimonio familiar» sobre el que tenga usufructo vitalicio el cónyuge viudo, no debe computarse para determinar la cuota usufructuaria de Derecho común que le corresponda.

El usufructo vitalicio no tiene lugar si existen hijos del titular habidos en matrimonio anterior (art. 15 citado) (*quid* si existen hijos naturales). Según SAPENA (págs. 729, 730) esto no está justificado si el nuevo titular del «patrimonio» es hijo del cónyuge superviviente. Pero las colisiones no sólo pueden darse entre «usufructuario» y titular, sino también con los que tienen derecho de amparo (cfr. art. 16, VI, Ley 1952).

Sólo se prevé expresamente como causa de resolución del usufructo vitalicio, en principio, las ulteriores nupcias (art. 15, Ley 1952); sin em-

frente al patrimonio un derecho de amparo fuertemente protegido (123) y con independencia, en su caso, de este derecho (124). Tienen también derecho a las correspondientes indemnizaciones. No se dan reglas sobre valoración del «patrimonio familiar» a efectos de determinar estas indemnizaciones. Las únicas reglas son las que limitan la cuantía de la indemnización y las que señalan condiciones para su pago.

a'') *Límites de la indemnización.*—Las indemnizaciones debidas a los legitimarios por el titular del «patrimonio familiar» son por «las legítimas o porción de ellas» (125) que no hayan podido ser pagadas con otros bienes de la herencia y sólo hasta un límite máximo equivalente al tercio del valor del patrimonio (126).

bargo, debe darse juego a otras causas (véase art. 11 de la Ley de 1952 y núms. 28 y 29 Orden 27 mayo 1953), con lo que el usufructo vitalicio se parecerá más a los usufructos viudales de los Derechos forales.

(123) Lo tienen los incapacitados, los varones menores y solteros y las mujeres solteras, aunque sean mayores, mientras no puedan obtener un medio de vida decoroso. Consiste en poder «continuar viviendo a expensas del patrimonio familiar en condiciones análogas a las en que se hallaban cuando murió el causante, interpretándose las dudas conforme a las costumbres de una familia campesina de la comarca de capacidad económica semejante» (art. 16, VI, Ley 1952). El abandono de los citados legitimarios por el titular del «patrimonio» es considerado contravención de los preceptos fundamentales de la Ley de Patrimonios Familiares (núm. 27, 6.ª, Orden 1953) que será sancionada con la expropiación del «patrimonio» (núm. 29, Orden 1953; art. 11, Ley 1952).

(124) Según la expresión legal «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior» (art. 16, VI, Ley 1952), este derecho es independiente y acumulativo al de percibir la legítima (SAPENA, pág. 726). Ahora bien, cuando todos los legitimarios puedan percibir lotes iguales—supuesto de existencia de bienes bastantes en la herencia además del «patrimonio familiar»—parece que al formar los lotes debiera ser tenida en cuenta la existencia de este derecho frente al «patrimonio familiar» por exigirlo el criterio de igualdad (cfr. art. 1.061 C. c.).

(125) ¿Qué se entiende por «legítimas»? SAPENA (págs. 722 y 723) sigue una concepción restrictiva que viene a colocar en mejor posición, en su caso, a los ascendientes que a los descendientes (nota 73 de su trabajo), que hace inmune al «patrimonio familiar» frente a lo dejado por mejora y que determina que en Aragón, Vizcaya, Navarra y Ayala el hijo no pueda proceder contra el patrimonio por lo que se haya deferido en pago de legítima. El carácter excepcional de las reglas sucesorias de la Ley de «patrimonios familiares» no consiente una interpretación que conduce a resultados aún más excepcionales que otras interpretaciones posibles. Por supuesto, la equivalencia en esta Ley entre «legítima» y legítima estricta viene descartada por la necesidad de dar sentido a la reducción ordenada en el artículo 16, I, Ley 1952. En consecuencia, el tercio de mejora será, pues, «legítima» también a los efectos de esta Ley. Igualmente lo será, en los regímenes forales, lo asignado por cualquier disposición del causante, bien dentro de las legítimas colectivas, bien en pago de legítimas. Es más, en los supuestos de sucesión abintestato las exigencias prácticas (piénsese, por ejemplo, en Navarra) abonarían quizá una solución aún más amplia. El límite del tercio del valor del «patrimonio familiar» a que se refiere el artículo 16, I, Ley 1952, impide los peligros de cualquier interpretación amplia o amplísima.

(126) Los herederos forzosos que sufren la restricción de su legítima serán preferidos, «en cuanto fuere justo y posible», en la atribución de lo-

b'') *Reglas del pago* (art. 16, IV y V).—El pago se efectuará «en el plazo máximo de seis años, contados a partir de la apertura de la sucesión». Las cantidades aplazadas devengan el interés legal. «Para garantizar el pago de la porción legitimaria que afecte al patrimonio familiar se establece hipoteca legal, cuya constitución podrá ser exigida por el heredero o herederos forzosos» (127)

3. *Critica de la legislación de colonización*.—También esta legislación ha venido a contribuir, y en gran escala, al pluralismo de regímenes jurídicos de la propiedad, siendo muy destacado y peculiar el del «patrimonio familiar». Las peculiaridades de estos regímenes ofrece con frecuencia, como hemos visto, un marcado tinte intervencionista que presenta los inconvenientes de todo control administrativo. El control administrativo complica el aparato burocrático y supone una rémora del tráfico y posibles arbitrariedades, todo lo cual hace que sólo en supuestos excepcionales sea justificable. Estos inconvenientes se agudizan en el «patrimonio familiar» en cuanto el control recae sobre la misma vida privada y familiar de su titular y se hace depender de ésta la continuación en la titularidad del «patrimonio». La clara figura de la propiedad, asiento de la libertad y dignidad de la persona, no sólo se ve enturbiada, en estos supuestos, con matices que la acercan a la concesión, sino también con la fiscalización de la esfera personal del titular por órganos administrativos que pueden decidir la expropiación, quebrando, pues, doblemente la estabilidad institucional de la propiedad, que únicamente debe ceder ante la utilidad pública o el interés social. De otra parte, el carácter que tienen los inmuebles del «patrimonio» de ser, en principio, inembargables, presentará dificultades al crédito agrícola.

En cuanto al problema de la conservación de las unidades agrícolas, aunque la Ley en sí misma, por su ámbito de aplicación, suponga una solución demasiado localizada y, por tanto, poco efectiva, aporta sin duda soluciones a tener en cuenta en una reforma de la legislación general (128). Tales son la atribución unitaria del «patrimonio» a un solo sucesor, los criterios de preferencia para la determinación de éste, las facilidades para el pago de indemnizaciones a los demás coherederos, las garantías de éstos. La Ley, que se ha inspirado en los Derechos forales, ha conseguido sus ventajas, incluso superándoles (129).

---

tes por el I. N. de C., si reuniesen «las condiciones exigidas con carácter general para ser adjudicatarios de los mencionados lotes» (art. 16, p. final, Ley 1952).

(127) Mientras no se constituye hipoteca rige la garantía que ofrece el artículo 15, Ley Hipotecaria (SAPENA, pág. 726).

(128) Se ha llegado a calificar (así SAPENA, pág. 731) a esta legislación de «excelente pauta» para la regulación del patrimonio familiar agrícola con carácter general.

(129) Las influencias del Derecho foral son manifiestas (usufructo vital de carácter familiar, derecho de amparo de los legitimarios, reducción de legítimas). Sus ventajas son superiores a las de los sistemas forales por sus normas supletorias o imperativas. Por esto ha podido decirse que la Ley

Pero también, en el mismo campo sucesorio, presenta esta Ley motivos de crítica. La regulación tan peculiar de la sucesión del «patrimonio familiar» plantea agudos problemas al tener que ser conjugada con el Derecho común o con el Derecho foral respectivo. La misma solución que presenta en cuanto al problema de las indemnizaciones a los coherederos peca de poco precisa, pues maneja el concepto de «legítimas» que tan distinto alcance tiene según se aplique el Código civil o los Derechos forales, e incluso dentro del Código, donde el término «legítimas» no tiene un único significado. Además no ha resuelto la cuestión de las indemnizaciones en el terreno más fácil, en el de la valoración del «patrimonio familiar», y ha acudido a un remedio, el de la desigualdad legal cuantitativa entre legitimarios, que difícilmente podrá ser extendido en reformas de tipo general.

#### IV. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

A. *Indicaciones generales.*—Interesa conocer en estos problemas, aún por resolver en el Derecho español, las diversas soluciones adoptadas en el Derecho comparado por lo que puedan tener de aleccionador para una reforma legislativa. En los diferentes sistemas legislativos nos encontramos con diversas medidas que tienen por fin reprimir directamente los actos de división de las unidades agrícolas, mediante un control del tráfico inmobiliario en general (130) o, en concreto, de las divisiones (131) o prohibiendo

de Patrimonios Familiares constituye «un ejemplo de buen proceder», porque inspirada en los Derechos forales consigne el resultado querido, abandonando y contradiciendo la regulación foral y acudiendo a normas imperativas (DE CASTRO: *El Derecho agrario...*, pág. 387).

(130) Medidas de este orden se han tomado ya en algunos países. Tienen especialmente por fin, además de el de impedir la fragmentación de las explotaciones y la división excesiva de las fincas, el de evitar que la tierra vaya a manos de rentistas o de especuladores. En Francia, para los actos dispositivos y particiones, se exigió por Leyes de 16 de noviembre de 1940 y 8 de septiembre de 1941 la autorización del Prefecto del Departamento; pero la legislación, que retrasó o impidió las transacciones inmobiliarias, se suprimió en la Ordenanza de 2 de noviembre de 1945 (PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, I, pág. 974 y sigs, núm. 2.880 y sigs.).

En Alemania las medidas arrancan el año 1918 y se recrudescen antes y durante la última Guerra Mundial. Conforme a la «Reicherbhofgesetz» de 29 de septiembre de 1933 sólo podría enajenarse el «Hof» (institución que veremos más adelante) o un bien particular de él, previa autorización oficial: frente a la prohibición no estaba protegido ni el adquirente de buena fe; no cabían tampoco embargos ejecutivos. Por Ley núm. 45 del Consejo Aliado de Control de 20 de febrero de 1947 las enajenaciones y constitución de ciertas cargas serán nulas si no tienen la aprobación oficial; por distintas Ordenanzas se especifica, por territorios, las causas de oposición, dentro del marco legal, y se asegura la efectividad de las medidas mediante diferentes sanciones coercitivas. El Proyecto de Ley sobre tráfico inmobiliario, recientemente presentado al Parlamento, sigue esta dirección (nombrá expresamente como motivo de oposición, frente a los actos dispositivos, la excesiva fragmentación de la tierra). Se precisa que son necesarias medidas intervencionistas, además de para conseguir los fines generales antes indi-

directamente éstas cuando no respeten las unidades mínimas prediales (132). No son éstas las medidas que más nos interesa examinar, puesto que recuerdan otras, ya vistas, de la legislación española y que hemos descartado por sus inconvenientes y por su inoperancia. Tampoco insistiremos en los llamados «patrimonios familiares» que implican, respecto de unidades específicamente constituidas con afectación de ciertos bienes, regímenes de fuerte protección de la integridad de las mismas, tanto en los actos *inter vivos* como en los actos *mortis causa* (133). En cuanto los patri-

cados, para encajar en la agricultura a los hijos desplazados por las normas hereditarias sobre explotaciones familiares, a los trabajadores agrícolas y a los huérfanos de Este. (Cfr. KOBLER, págs. 343, 345, 347, 351; WÖHRMANN: *Progetti...*, págs. 308-310; *Vom Reichs...*, pág. 579.)

En Suiza el artículo 218 del Código de las obligaciones de 30 de marzo de 1911 reservaba a la legislación cantonal el derecho de establecer que el adquirente de una explotación agrícola no puede revender parcelas hasta que transcurra cierto plazo; la mayor parte de los Cantones han hecho uso de esta facultad, pero, prácticamente, la disposición quedó en letra muerta (FEHR, pág. 227). Por Ley Federal de 1 de junio de 1951, en vigor desde 1 de enero de 1953, además de establecer retractos familiares y permitir a los Cantones establecer el de colindantes, se autoriza a aquéllos para disponer que la enajenación sólo sea válida si transcurra cierto plazo sin que por la autoridad se ejercite oposición; hay tres motivos de oposición: la acumulación de propiedad, el paso de ella a no agricultores y el *fraccionamiento* irracional (OSSWALD, pág. 367 y sigs., principalmente 376 a 379). Véase también nota 132.

En Holanda desde 1952 los actos dispositivos de tierras deben ser aprobados por la Oficina Inmobiliaria; se fiscaliza, entre otros aspectos, el precio (tasa máxima) y la fragmentación de la explotación agrícola (POLAK y SAMKALDEN, págs. 455 y 456).

(131) En general, la exigencia de determinados requisitos para las divisiones ha llegado a ser lugar común en la legislación de concentración parcelaria (B. O. BINNS, pág. 23). Así, por ejemplo, en Francia, queda sometida, bajo pena de nulidad, cualquier división, dentro de la zona de concentración, a la autorización de la Comisión del Departamento (art. 31 L. 9 marzo 1941); la Ley está recogida en el Código rural de 1955, arts. 19 y sigs. En cambio, en la Exposición de Motivos del Proyecto belga de Concentración legal (citado en nota 12), página 4, se estima prematuro establecer la indivisibilidad de las fincas concentradas o exigir para la división autorización, tanto más cuanto en esta materia se toca a los principios fundamentales del Derecho civil y a usos seculares.

(132) El artículo 702 del Código civil suizo prevé que la Confederación, los Cantones y los Municipios pueden establecer restricciones en cuanto concierne al fraccionamiento de la propiedad. Y más expresamente, según el artículo 616, los Cantones pueden prescribir que los fundos no pueden ser fraccionados más allá de un mínimo, cuya extensión se fijará según los distintos tipos de cultivo. La mayor parte de los Cantones han hecho uso de esta autorización, siendo los mínimos más frecuentes: bosques, 36 áreas; prado, 18 áreas (TUOR, pág. 376).

En Portugal (arts. 107, D. 16.731 de 13 abril 1929) es nula la división si las parcelas resultantes son inferiores a la media hectárea (FOSAR: *Deberes impuestos...*, pág. 358).

En Dinamarca para dividir por bajo de la unidad mínima de cultivo se requiere autorización del Ministerio de Agricultura.

Más adelante consideraremos especialmente la legislación italiana.

(133) La institución se conoce por diversos nombres según los países: «Homestead», «Bien de famille», «Heimstätte», «Asiles de famille», «Ca-

monios familiares» aportan una solución al problema de las particiones hereditarias, suponen un ejemplo a seguir y extender, en lo posible, con carácter general. Los «patrimonios familiares» si no, suponen una solución sólo en casos singulares (134). Las medidas de Derecho comparado que particularmente destacaremos son aquellas que tratan de conseguir la conservación de las unidades agrícolas—explotaciones y fincas—a la muerte de su titular, es decir, a pesar del fenómeno sucesorio.

El principio de división igualitaria tuvo una gran acogida como resultado de la profunda influencia del Código de Napoleón sobre la legislación de muchos países europeos durante el siglo XIX y merced a las tendencias igualitarias de la Revolución (135). Actualmente, a la vista de los dañinos resultados (136), se reacciona contra la partición de las unidades agrícolas. En algún caso la reacción consiste fundamentalmente en aumentar la libertad de testar o en establecer, como ya hemos dicho, la represión de las divisiones. Pero también otras veces viene a sustituirse el sistema igualitario por un sistema orgánico de atribución unitaria de la unidad agrícola al heredero más apropiado, que debe compensar a los demás su cuota igual o restringida. Esta solución, en sus líneas fun-

sal de Familia». En Francia se prevé la constitución del «bien de famille» por Ley de 12 de julio de 1909, completada y ampliada por las de 14 de marzo de 1928, 22 de febrero de 1931, 13 de febrero de 1937, 3 de septiembre de 1947 y 7 de julio de 1948. Al constituirse no pasará del millón de francos (cifra actualmente insignificante, SCHMERBER, pág. 148). Muerto el titular, si hay hijos menores, queda en indivisión hasta la mayoría del más joven. El «bien de famille» pasa al designado por el difunto; en su defecto, al cónyuge copropietario; en su defecto, al heredero designado por la mayoría y, en defecto de ésta, se saca a la suerte. El «bien» se atribuye por la estimación acordada por los interesados y, en defecto de acuerdo, por la fijada por el «Office agricole» del Departamento, con la homologación judicial; no hay reglas para esta valoración. (SCHMERBER, pág. 148; PL NIOU-RIPERT-BOULANGER, III, pág. 979, núms. 3.090-3.093; DE JUGLART: *L'explotation...*, pág. 196).

El Código Civil Italiano, en los artículos 167-176, regula el «patrimonio familiar» que comporta la inalienabilidad de los bienes y el destino de los frutos en pro de la familia (art. 167). Pero la vinculación de los bienes tiene un carácter muy provisional en favor de los hijos menores (cfr. arts. 175, 176 y 722).

El Código Suizo permite a los Cantones (arts. 349-359) establecer y regular los *Asiles de famille* con carácter de inalienables; muerto el titular sólo subsisten por disposición *mortis causa* especial.

La *Reichsheimstätten-gesetz* es de 16 de mayo de 1920. El significado del «Hof» en Alemania excede al particular de la institución mencionada (véase más adelante, Derecho Alemán).

Sobre el patrimonio familiar véase las obras citadas de FERRARI, ANTÓN CANO y PALÁ (véase también nota 109). Más bibliografía en CASTÁN: *Familia y Propiedad*, págs. 94 y 134, y en FUENMAYOR: *La mejora de labrar...* página 892, nota 38.

(134) Se trata, además, de una institución que no siempre ha tenido éxito. Concretamente, en Francia ha fracasado (cfr. BALLARÍN: *La evolución...*, pág. 50, y *El Código civil...*, pág. 48).

(135) B. O. BINNS, pág. 14.

(136) El efecto triturador de las normas sucesorias se da en mayor o

damentales, responde además a la tradición de muchos países (véase nota 38). Disposiciones de este tipo se han dictado, como veremos, en Italia, Francia, Suiza y Alemania. También se han dictado o se proyectan, en otros países (137).

B. *Derecho italiano*.—En Italia hay un sistema general en el que se reacciona contra la partición de las unidades de cultivo, pero está falto aún del debido desarrollo, y sistemas especiales en que se da solución orgánica a la necesidad de mantener indivisa la explotación agrícola a la muerte de su titular.

1. *Sistema general*.—Entre las normas que reflejan la protección de las unidades agrícolas nos importa, a nuestra objeto, destacar las existentes a propósito de la partición de la herencia (138). En el sistema italiano se fijan las unidades que deben mantenerse en la partición hereditaria y se señalan normas para resolver los estados de indivisión; así, pues, el principio de división igualitaria *in natura* de la herencia (arts. 718 y 727) no es tan absoluto que imponga el fraccionamiento de las unidades agrícolas.

a) *Bienes que deben mantenerse*.—El artículo 720 del Código civil italiano se refiere a los inmuebles no cómodamente divisibles o cuyo fraccionamiento perjudique a la economía pública o a la salud pública. El 722 sujeta al mismo régimen, en orden a la división hereditaria, a los bienes declarados legalmente indivisibles en interés de la economía nacional. Esta indivisibilidad se define en función de la u. m. de c. No se consiente la división que no respete la u. m. de c. (art. 846. I). Se entiende por u. m. de c. (art. 846, I y II) la extensión de terreno destinado al cultivo o susceptible de cul-

---

menor medida según que la partición *in natura* se establezca en contra de la voluntad del causante (legítimas *in natura*), a falta de esta voluntad (regla abintestato de partición *in natura*) o sólo si el causante la establece expresamente.

(137) Grecia era de tradición igualitaria, pero el Código Griego de 1946 ha cambiado el sistema. Puede, conforme al Código, atribuirse la explotación agrícola al heredero más idóneo, si la pide e indemniza inmediatamente a los otros coherederos según el precio corriente de la propiedad, muy superior en Grecia al valor de rendimiento; los herederos, de acuerdo, pueden dividir la explotación o fundo sin restricción alguna. Respecto de la gran propiedad expropiada y parcelada entre cultivadores pobres, sólo tienen derechos hereditarios los campesinos sin suficiente propiedad. (EVELPIDIS, págs. 593 y 595; SIDERIS, pág. 542).

En Austria los dos sistemas son tradicionales, según las comarcas: el de partición de la explotación (Burgenland, Vorarlberg) y el de atribución unitaria del «Hof» a un heredero (el más extendido). En 1954 estaba en preparación una ley federal ajustada al sistema de atribución unitaria; frente a ella tomaban posiciones los países de tradición igualitaria (SCHWIND, página 674).

En 1952, en un Proyecto de Ley, se propone para Israel, que la explotación agrícola sólo puede ser atribuida al heredero idóneo para mantenerla; el Tribunal fijará qué bienes constituyen la explotación agrícola, su valor, plazos de pago y garantías de las indemnizaciones, etc. (LEVI, páginas 317 y sigs.).

Respecto de Holanda, cfr. POLAK y SAMKALDEN, pág. 455.

(138) Las reglas de la división de la herencia se aplican a la división

tivo necesaria y suficiente para el trabajo de una familia agrícola y, no tratándose de terreno «*appoderato*» (139), para llevar a cabo un cultivo conveniente según las reglas de la buena técnica agraria (140). La extensión de la u. m. de c. será determinada distintamente por zonas teniendo en cuenta el plan de producción y la situación demográfica local y mediante resolución administrativa (141), oídas las asociaciones profesionales (142). Se entiende que esta indivisibilidad no requiere especial publicidad para su general eficacia (143). Sin embargo, las disposiciones relativas a estos bienes declarados legalmente indivisibles no tienen efecto, porque aún no se han determinado administrativamente, en concreto, las extensiones de las u. m. de c. (144).

b) *¿Cómo se atribuyen las unidades que deben mantenerse indivisas en las particiones hereditarias?*

a) *Reglas generales a todos los bienes indicados antes.*— Cuando la partición de la herencia no pueda efectuarse sin su fraccionamiento se comprenderán, de modo preferente, por entero, con la carga de compensar el exceso, en la porción de uno de los coherederos que tienen derecho a la cuota mayor o, también, en la de varios coherederos, si lo piden conjuntamente. Si ninguno de los coherederos está dispuesto a esto se procederá a la venta en subasta (art. 720 y 722).

b) *Reglas especiales aplicables a los bienes indivisibles por razón de la indivisibilidad de la u. m. de c.*—Cualquier acto que

de cosas comunes, a salvo las reglas establecidas especialmente para ésta (artículo 1.116).

(139) Territorio de «*bonifica*» o colonización constituido en *unità poderali* de que hablaremos seguidamente.

(140) El concepto guarda relación con el concepto italiano de «*pequeña propiedad campesina*»: propiedad que no es inferior a la superficie mínima necesaria a una racional explotación familiar ni superior a la que puede ser cultivada por la familia del propietario» (art. 20 Reglamento de 23 de enero de 1928). La legislación italiana fomenta estas propiedades con ayudas y exenciones fiscales. (Cfr. FRASSOLDATI, pág. 163; D'AVANZO, páginas 64 y sigs.).

(141) La Ley no prevé expresamente ningún remedio contra la resolución administrativa. Debe considerarse admisible el recurso al Consejo de Estado por violación de Ley, incompetencia o exceso de poder (DE MARTINO, pág. 180).

(142) En 30 de noviembre de 1954 el Ministerio de Agricultura presentó a la Cámara de los Diputados un Proyecto de Ley con normas para la determinación de la u. m. de c. Se realizaría por un órgano descentralizado y colegiado (con reserva al Ministro de la facultad de modificación) teniendo en cuenta el plan de producción, la variedad de las condiciones agrícolas y las exigencias agrícolas y demográficas de las diversas zonas del territorio nacional.

(143) Como cualidad general de la propiedad rural que deriva de la Ley. No requiere publicidad especial porque la Ley no la requiere para su eficacia frente a los sujetos de la relación y respecto de terceros (DE MARTINO, págs. 177 y 181; BASSANELLI, págs. 253-254).

(144) La jurisprudencia es firme en este sentido (DE MARTINO, pág. 78, nota 2; BARASSI, pág. 345 (71-9); MENEGGI, pág. 6). Ni cabe aplicación ana-



da lugar al fraccionamiento de la u. m. de c. (145)—y, en concreto, las divisiones—puede ser anulado por la autoridad judicial a instancia del Ministerio Público (146), y la acción prescribe a los tres años a contar desde la transcripción del acto (arts. 846 y 848). La sanción es, pues, de anulabilidad (147).

2. *Sistemas especiales*.—Son los que rigen la sucesión de las «unidad poderali» de las zonas de colonización y la de los «masi chiusi».

a) *Sistema sucesorio de las «unidad poderali»* (148).—Se establece en la Ley de 3 de junio de 1940, cuya vigencia persiste después del Código civil (149). Rige en las zonas de colonización («comprendorri di bonifica») (150). En él se dispone la atribución unitaria de la «unidad poderale» a un heredero, el cual ha de compensar a los demás.

a') *La «unidad poderale»*.—Es cada uno de los lotes asignados a los campesinos cultivadores directos. Se establecen en la ejecución de la colonización («bonifica») y, por tanto, según los criterios adoptados para ésta (151). Esta unidad es indivisible; para que sea oponible a terceros debe constar la indivisibilidad

lógica de la Ley de 3 de junio de 1940 por su naturaleza excepcional (FRASSOLDATI, pág. 164).

(145) Aún las disposiciones testamentarias (DE MARTINO, pág. 178). La doctrina discute la inclusión de los arrendamientos: no están incluidos porque no son «asignación» (DE MARTINO, pág. 181) y por el carácter excepcional del precepto (FRASSOLDATI, pág. 164). Si está incluido (BASSANELLI, página 252).

(146) O de cualquier interesado: así DE MARTINO, pág. 183, y art. 3.º del Proyecto citado en nota 142. En contra BASSANELLI, pág. 255.

En el Proyecto citado se castiga con multa de 10.000 a 40.000 liras al notario o funcionario público que reciba o testimonie alguno de los actos prohibidos y no los comunique al Jefe de la Inspección Provincial de Agricultura, quien, a su vez los comunicará al Ministerio Público (art. 4.º).

(147) BARASSI, pág. 343; DE MARTINO, pág. 177; véase nota 61.

(148) Cfr. DE MARTINO, págs. 176 y sigs.; GERMANI, pág. 209; BASSANELLI, págs. 246 y sigs.

(149) DE MARTINO, pág. 176.

(150) (Cfr. arts. 857 y sigs. del Código Italiano). Rige esta Ley sobre los lotes «asignados» a los campesinos en los territorios en que se aplican las leyes de reforma agraria de 12 de mayo de 1950 (para la Sila) y de 21 de octubre de 1950 (Ley «Stralcio») (FRASSOLDATI, pág. 163). Existe un régimen sucesorio especial de los fundos «asignados» a consecuencia de la reforma agraria (Leyes «Sila», «Stralcio» y «Sicilia»), cuando el «asignatario» muere antes de haber pagado enteramente el precio (ha de pagarse en treinta años). Subentran los descendientes o, en su defecto, el cónyuge no separado legalmente, siempre que sean trabajadores agrícolas y no sean propietarios o enfiteutas de fundos rústicos. En otro caso vuelve al organismo encargado de la reforma agraria, previo reembolso de lo pagado e indemnización de las mejoras (D'AVANZO, pág. 89 y sigs., que se trata, también, de la naturaleza de la «asignación» de esta sucesión).

(151) Según las Leyes «Sila» y «Stralcio» el lote no puede ser inferior a la capacidad de trabajo de la familia a que se asigna. Conforme a la Ley regional de reforma de Sicilia de 27 de diciembre de 1950, los lotes no serán superiores a 6 hectáreas ni inferiores a 3. (Cfr. FRASSOLDATI, página 163).

en el Registro. La autoridad judicial puede decidir la divisibilidad cuando, por circunstancias sobrevenidas, sea posible, según in forme técnico administrativo, constituir varias unidades orgánicas inmobiliarias.

b') *Cómo se atribuye la «unidad poderale»:*

a'') *Indivisibilidad.*—Cualquier acto que dé lugar al fraccionamiento de una «unidad poderale», *inter vivos* o *mortis causa*, es anulable (152) a instancia del titular de ella, de los consorcios que hicieron la «asignación» o del Ministerio público, y la acción dura cinco años. Ni el testador puede fraccionar la «unidad poderale».

b'') *Favorecido por la atribución unitaria.*—Lo es por este orden: 1.º El designado en el testamento del propietario. 2.º El coheredero idóneo para la explotación que esté dispuesto a aceptar la atribución; en caso de desacuerdo decide la autoridad judicial según las condiciones y aptitudes personales. También se prevé la atribución judicial en comunidad a los coherederos en condiciones que hacen muy inestable la permanencia de la situación comunitaria. 3.º Si ningún heredero está dispuesto a aceptar la atribución se vende la «unidad poderale».

c'') *Compensación a los coherederos.*—Si no pueden ser satisfechos con los demás bienes de la herencia, el favorecido por la atribución les pagará la cuota respectiva antes de diez años y con el interés legal.

b) *Sistema sucesorio de los «masi chiusi»* (153).—La institución de los «masi chiusi» existente en los territorios italianos del Alto Adige (Tirol del Sur) se corresponde con la de los «Höfe» austríacos (véase nota 137). Esta institución tradicional estaba regulada por la Ley Tirolesa de 12 de junio de 1900. Tras la incorporación de estos territorios a Italia fué derogada esta Ley, pero en la práctica la institución siguió viviendo (154). Esta institución se reconoce de nuevo por las Leyes provinciales de Bolzano 1 y 2 de 29 de marzo y 2 de septiembre de 1954. Se establece la atribución unitaria del «maso chiuso» a un heredero, el cual ha de compensar a los demás.

a') *El «maso chiuso».*—Se trata de un complejo de bienes (muebles, inmuebles, vivienda y edificio para la explotación) que constituyen una explotación agrícola. No todas las explotaciones agrícolas están incluidas. Están fuera las de rendimiento insuficiente para el sostenimiento de cinco personas y las de rendimiento que excede del triple del necesario. La declaración de «maso chiuso» ha de inscribirse en el Registro inmobiliario.

b') *Cómo se atribuye el «maso chiuso».*—El «maso chiuso»

(152) Así lo califica DE MARTINO, pág. 177.

(153) Cfr. D'AVANZO, págs. 59 y sigs., con referencias bibliográficas.

(154) PUGLIATTI, pág. 207; en este autor también hay referencias bibliográficas sobre el *maso chiuso*.

es, en principio, indivisible, por lo que se ha de atribuir unitariamente a una sola persona. El favorecido se determina por este orden: 1.º El designado por el testador. 2.º El designado (abintestato) por la Ley (se prefiere en primer lugar a los descendientes legítimos, a quienes se equiparan los legitimados o adoptivos). 3.º Si hay varios llamados, el que no sea propietario de otro «maso». 4.º Se prefiere a los varones y, si hay varios del mismo sexo, el de más edad.

c') *Compensación a los coherederos*.—El titular pagará a los coherederos o legatarios la suma fijada por el *de cuius*. Si no la fijó y no hay acuerdo entre los interesados, pagará la fijada por una comisión local. Esta fijación será realizada conforme a los coeficientes de valoración señalados por la Ley y de modo que la deuda pueda ser soportada por el rendimiento del fundo.

3. *Crítica general*.—El sistema sucesorio general italiano dista mucho de ser satisfactorio. En gran parte pueden oponerse los mismos motivos de crítica que al sistema español tras Ley de u. m. de c. Las u. m. de c. se conciben con excesiva rigidez (155). La persona que se queda con los fundos indivisos puede, con mucha facilidad, no ser el heredero vinculado al campo. No se prevén facilidades para la compensación a los herederos no favorecidos con la atribución del fundo. No es aceptable como solución ordinaria la venta de los fundos a extraños. El propio Estado italiano parece dudar de la bondad del sistema cuando aún no le ha dado el desarrollo previsto, determinando las u. m. de c. La doctrina italiana estima que la reglamentación de la sucesión de la pequeña propiedad campesina en el Código civil está necesitada de revisión (156). Y al efecto de impedir la fragmentación de la propiedad se considera «más positiva» la disciplina sobre los territorios de colonización («bonifica») (157). Pero tampoco en este sistema se estima acertada la regulación de la compensación a los coherederos, pues difícilmente podrá satisfacerla el asignatario dados los modestos márgenes de las ganancias del campo (158).

### C. *Derecho francés*:

1. *Sistema*.—Las disposiciones del Código de Napoleón frecuentemente determinaban la fragmentación de los inmuebles, particularmente al establecer el principio de partición *in natura*, que

(155) Y su definición da pie para temer la imposibilidad de formar nuevos huertos familiares. DE MARTINO, pág. 179, espera que con una prudente determinación de la u. m. de c. se remedie el peligro. BASSANELLI, página 250, cree que la u. m. de c. debía responder a este único criterio elástico: «que sea suficiente para llevar a cabo un cultivo conveniente según las reglas de la técnica agraria».

(156) GIORGIANNI, pág. 327; DE MARTINO, pág. 178; BASSANELLI, página 256. En el Preámbulo del Proyecto citado en nota 142 se estima, en cambio, que la solución que da el Código puede considerarse completamente satisfactoria.

(157) GERMANT, pág. 299; BASSANELLI, págs. 246 y sigs.

(158) DE MARTINO, pág. 182, nota 1.

en la práctica, además, se observaba de una manera rígida (159). Las consecuencias desastrosas fueron previstas al redactarse el Código, pero se adoptó este principio por la presión de necesidades políticas (160). Recientemente, en una serie de disposiciones que van desde 1938 a 1955 (161), se ha modificado el Código civil adoptando medidas de conservación de las explotaciones agrícolas, las cuales se reflejan en diferentes normas sucesorias (162). Entre todas destacan las que establecen la posibilidad de la atribución unitaria de las explotaciones agrícolas de condiciones determinadas a un sucesor (163) que debe compensar en metálico a los demás (164).

(159) Este principio se consagraba en los artículos 826 y 832. Este artículo podía haber dado apoyo a una interpretación más armónica con las exigencias de la agricultura: en su inciso segundo establecía la proporcionalidad de los lotes *in natura*, «si es posible», y en el inciso 1.º ordenaba «evitar, en cuanto sea posible, fraccionar las heredades y dividir las explotaciones». En la práctica Notarios y Tribunales respetaban de una manera rígida la igualdad *in natura* (PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, pág. 973, núm. 3.073; DE JUGLART: *L'exploitation...*, págs. 190 y 206. Tampoco resultaban debidamente protegidos los intereses de la agricultura con la regla de que si los inmuebles no pueden dividirse cómodamente, debe procederse a la venta en subasta judicial (art. 827). Además la exigencia de la colación *in natura* (arts. 859 y 866) desembocaba en fragmentaciones.

(160) Así lo expresa DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 190: MALEVILLE, BIGOT DE PRÉAMENEU y, sobre todo, PORTALIS vieron las consecuencias de la partición *in natura* y comprendieron que la ruina de la agricultura llegaría a ser un día u otro inevitable.

(161) Ley de 7 de febrero de 1938; Decreto-Ley de 17 de junio de 1938; Leyes de 20 de julio y 9 de noviembre de 1940, 15 de enero de 1943 y 28 de octubre de 1955.

(162) Se exceptiona el principio de división *igualitaria in natura* en cuanto lo exija la conservación de las heredades y explotaciones (art. 832, I y II). Si los inmuebles no pueden ser cómodamente divididos o atribuidos en las condiciones previstas por el presente Código, debe procederse a su venta en subasta (art. 827). No se impone que se haga *in natura* la colación de legados o donaciones de inmuebles o explotaciones rurales que se hacen sin expresar la obligación de colacionar *in natura*; la colación se hace en valor, según el que tuvieran los inmuebles en la época de la donación (no en la del fallecimiento) y con posibles plazos hasta diez años (arts. 860, 866, 859 y 922); en general, se facilita la transferencia integral de la heredad familiar por donación o testamento (cfr. DE JUGLART: *La protection...*, pág. 204). Otras normas sucesorias que mantienen indivisas las explotaciones son las relativas al *bien de famille* y a las situaciones temporales de indivisión (que ya tenían antecedentes en la práctica familiar) en favor del cónyuge sobreviviente o de los descendientes menores (art. 815) (Sobre estas situaciones PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, págs. 873, 883, 885 y 879; núms. 2.774, 2.806, 2.813 y 3.090).

(163) El sistema de la atribución unitaria de ciertas explotaciones agrícolas se aplica por la jurisprudencia también a la liquidación de la comunidad conyugal por el reenvío a las reglas de las particiones hereditarias que hace el artículo 1.476. La *Cour de Cassation*, 9 de noviembre de 1954, lo aplica incluso al caso de separación de cuerpos; sobre los obstáculos de la doctrina en el supuesto de separación de cuerpos, ROBERT, págs. 260 y siguientes. En el Proyecto adoptado por la Comisión plenaria para la reforma del Código Civil (*Traçaux*, 1949-1950, pág. 333, art. 68, II y IV) se da la atribución, en ciertas condiciones, en los supuestos de liquidación, si la

a) *Explotación agrícola que puede ser objeto de atribución unitaria.*—Lo es toda explotación agrícola de alcance familiar. La Ley precisa más esta idea (art. 832):

a') *Debe ser una «explotación agrícola (no se considera cada finca en particular) que constituya una unidad económica»* (165) que, por tanto, puede tener «elementos mobiliarios o inmobiliarios». Los arrendamientos pueden constituir un elemento de la explotación (166). La unidad económica puede venir constituida en parte por los bienes de los que era ya propietario o copropietario al abrirse la herencia quien tiene la facultad de pedir la atribución (167).

b') *Debe ser una explotación familiar* y más concretamente «que tanto por su superficie como por los elementos mobiliarios o inmobiliarios que la componen puede mantener a una familia campesina ayudada, en caso de necesidad, por uno o dos criados permanentes, y puede ser explotada por esta familia». Quedan excluidas las grandes explotaciones; al efecto se señalarán, según la Ley de 15 de enero de 1943, máximos de valor y superficie; la fijación de estos máximos queda para la autoridad gubernativa (168). Se

---

disolución se debe a fallecimiento, ausencia o desaparición de un cónyuge; pero se descarta el caso de divorcio «porque implica graves complicaciones» (*Travaux*, pág. 302).

(164) Bibliografía en DE JUGLART, *L'explotation...*, 207, nota (19).

(165) La noción «explotación agrícola, unidad económica» ha suscitado muchos problemas interpretativos, (PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, tomo III, pág. 884, núm. 2.810).

(166) VOIRIN, pág. 558; DE JUGLART, *La protection...*; en contra NOILHAN, pág. 362. Cuando la explotación descansa en parte en tierras propiedad del titular de aquélla y en parte en arrendamientos, la jurisprudencia estima—con la mayoría de la doctrina—que se cumplen las condiciones legales para la atribución; cuando sólo descansa en el arrendamiento, la jurisprudencia—en contra de la mayoría de los autores—niega que se cumplan tales condiciones. LEGEAIS, págs. 255 y 256. (Sobre la cuestión, cfr. también PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, pág. 884, núm. 2.810).

(167) Así lo determina el artículo 832 tras la Ley de 28 de octubre de 1955 (cfr. también art. 815). Según la doctrina judicial (PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, pág. 884, núm. 2.810) las tierras poseídas personalmente por quien pide la atribución no han de ser consideradas, entonces, para determinar si se sobrepasa el máximo de superficie (véase seguidamente).

(168) Artículo 3.º, Ley de 15 de enero de 1843. Antes de esta Ley se fijaba en el propio texto legal del Código el valor de la explotación (200.000 francos, Decreto-Ley de 17 de junio de 1938; 400.000, Ley de 20 de julio de 1940). Después de esta Ley se da un concepto genérico de explotación agraria de tipo familiar y se deja al Departamento de Agricultura la fijación de los máximos de valor y superficie. Por Resolución de 19 de septiembre de 1947 se fijó el máximo en cinco millones de francos; por la de 7 de febrero de 1952 se elevó a doce millones; el valor se aprecia en el día del fallecimiento (SCHMERBER, pág. 149) según ha decidido la jurisprudencia. La superficie máxima se determina según los departamentos por Resoluciones de 22 de julio y 12 de diciembre de 1944 y 27 de febrero de 1948; en todos excede el máximo de las quince hectáreas, salvo para ciertas tierras del Alto Rin; en unos 50 departamentos, llega a 30 hectáreas; los terrenos de vegetación pobre se cuentan, a estos efectos, por el tercio o

piensa que por la misma delimitación que hace el Código quedan excluidas también las explotaciones que bajen de cierto mínimo (169).

b) *Cómo se atribuye la explotación familiar:*

a') *Carácter de la atribución unitaria.*—Se da a falta de disposición del *de cuius* (170). Si se dan las condiciones legales, los Tribunales han de conferirla imperativamente (171).

b') *Favorecido por la atribución unitaria.*—Lo es, según el artículo 832, III, tanto el cónyuge como cualquier heredero (172), siempre que uno y otro resulte «copropietario» de la explotación (173), la habite al abrirse la herencia y la cultive o participe directamente en el cultivo (174). Si son varios los que piden la atribución, como la Ley no prevé ningún orden de preferencia, la jurisprudencia ha entendido que corresponde al órgano judicial elegir entre los solicitantes con las condiciones legales a aquel que parece más apto para regir la explotación y permanecer en ella (175).

por la mitad. Datos más precisos sobre los máximos de superficie en DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 198.

(169) Las necesidades de la vida independiente de una familia rural suponen también un *minimum* a fijar en cada caso por los tribunales, pero la jurisprudencia no es firme en este sentido (DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 25. También en sentido afirmativo. VOIRIN, pág. 554).

(170) Una jurisprudencia abundante defiende esta solución, confirmada por la «*Cour de Cassation*», DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 209.

(171) Un fallo aislado (AMIENS, 15 de noviembre de 1956) declara la atribución facultativa para los Tribunales. Es un fallo contrario al artículo 832 y al espíritu de todo la jurisprudencia anterior e inspirado por las singularidades del caso concreto (SAVATIER, comentario, en *Rev. Tr. Dr. civil*, de 1957, pág. 369). Sobre si pueden ordenar la partición cuando concurren varios peticionarios, véase nota 175.

(172) Incluso frente a la oposición de algún Tribunal, el «legatario universal», puesto que el Código equipara sucesores abintestato y testamentarios (PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, pág. 980, núm. 3.095). Se niega (cass. civ. 12 julio 1956) el beneficio del artículo 832 a los colegatarios de la explotación agrícola (RIPERT-BOULANGER: *Mise à jour*, pág. 42).

(173) La duda que podría existir respecto del cónyuge la ha resuelto en este sentido la jurisprudencia.

(174) Presenta dificultades tanto la condición de habitar como la de cultivar o participar en el cultivo. La participación puede consistir no sólo en trabajos manuales, sino también en dirección intelectual (PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, pág. 980, núm. 3.095).

La doctrina estima, en su conjunto, que la participación puede darse antes de la partición, aunque no se diera al tiempo del fallecimiento; según la «*Cour de Cassation*» debe darse al tiempo del fallecimiento; ciertos autores temen que ello implique negar la atribución a los hijos que son menores al tiempo de abrirse la herencia (o disolverse la comunidad) (DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 120, núm. 160); para este autor el cónyuge puede, en cierto modo, *representar* a sus hijos menores que tienen una especie de vocación en potencia para el cultivo del dominio). Sobre el remedio de la indivisión durante su menor edad, véase nota 162.

(175) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (III, pág. 980, núm. 3.096) creen que

c') *Compensación a los coherederos.*—La atribución se hace «por vía de partición» (art. 833); por tanto, el favorecido, a falta de otros bienes hereditarios, ha de compensar a los demás interesados:

a'') *Valoración de la explotación.*—Se hace por peritos elegidos por las partes interesadas o, a falta de acuerdo, nombrados de oficio (arts. 824 y 832, III). El valor que ha de fijarse, según la jurisprudencia, es el que la explotación tiene al tiempo de la partición (176).

b'') *Las cuentas de la partición: el salario diferido.*—Frecuentemente podrá haber compensación, al menos parcial, entre lo debido por el favorecido y el salario diferido que le debe la comunidad hereditaria. El salario diferido es un crédito que tiene todo descendiente cultivador frente a la herencia del ascendiente y, en ciertos casos, frente a la del suegro, como indemnización por el trabajo que hizo sin recibir remuneración (177).

c'') *Pago de compensación a los demás interesados* (art. 832 IV). La mitad del importe debe pagarse, salvo pacto en contrario, inmediatamente (178). Para el pago de la otra mitad puede obtener plazos no superiores a cinco años y con el interés legal disminuido en 1 por 100. La cantidad aplazada se hace inmediatamente exigible en caso de venta total del inmueble; en caso de ventas parciales se entregará el producto a los copartícipes y se imputará a la cantidad aún debida.

Se han adoptado disposiciones fiscales favorables para el pago de las compensaciones (179).

2. *Crítica general.*—Sin duda «aporta una mejora notable» (180). Es de destacar la prudencia con que elige el tipo de explotación que trata de mantener íntegra: la explotación fami-

el Tribunal también puede, ante la imposibilidad de la elección, ordenar la partición.

(176) Se trata de una valoración distinta de la verificada para conocer si la explotación excede del máximo legal (cfr. nota 168).

(177) La figura del salario diferido se establece por Decreto-Ley de 29 de julio de 1939 (arts. 63-74). Viene a suponer la mitad del salario anual del obrero agrícola alojado y mantenido o de la «servente de ferme», igualmente alojada y mantenida. Sólo se le concede si el titular del salario diferido permanece agricultor el día de la apertura de la herencia (PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, págs. 983-4, núms. 3.098-3.103).

(178) Desde el día en que la partición es «consumada y firmada», Nancy, 2 diciembre 1954, comentado por SAVATIER: *Rev. tr. Dr. civil*, 1955, páginas 529 y 530. En el supuesto del fallo el favorecido por la atribución, aunque solvente, no tenía líquido disponible; con la solución que da el Tribunal se le da un medio para retrasar la exigibilidad: retrasar la partición (SAVATIER estima que la atribución se consuma con la decisión del Tribunal).

(179) Llegan estas disposiciones hasta la exención de derechos (PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, pág. 982, núm. 3.097; DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 215).

(180) SCHMERBER, pág. 148.

liar (181). Peca, sin embargo, de incerteza, como demuestran las múltiples cuestiones planteadas, en parte inevitables, por la imprecisión irremediable de los conceptos claves (unidad económica, habitación y cultivo de la explotación). La amplitud concedida a la decisión judicial tiene la ventaja de la adecuación a las exigencias del caso concreto; pero los criterios discrecionales provocan al pleito —gastos, pérdida de la paz familiar— y, para evitarlo, la partición de las unidades agrícolas. No resulta enteramente satisfactorio el sistema de compensación a los coherederos (sistema de valoración; cortos plazos de pago) que puede impedir la atribución o imponer al favorecido y a la explotación graves sacrificios (182). La idea del «salario diferido» es enteramente justa en su fundamento, aunque un tanto arbitraria en su desarrollo. Respecto de las fincas dispersas o unidades que no llegan a constituir explotaciones familiares, la solución existente—lotes de composición desigual sorteados (arts. 832, I y II y 834), venta en subasta (art. 827) (véase nota 162)—no responde a los intereses de la agricultura.

#### D. Derecho alemán.

a) *Antecedentes*.—En Alemania tradicionalmente la explotación agraria («Hof») se transmitía a uno de los hijos—al mayor o al menor, según las costumbres—; la familia venía a ser el verdadero propietario, y el que era tenedor del «Hof» en un momento determinado venía a ser sólo el administrador, idea que en la ordenación de los «fideicomisos familiares» se recibió de la manera más amplia. Con la recepción del Derecho Romano se introdujo en muchas comarcas en lugar del sistema antes descrito («Anerbensitte»), el de la «Realteilung»; la herencia, aunque constituyera una explotación agraria, se repartía «in natura» entre todos los herederos. Son, pues, dos las tradiciones existentes: la del «Anerben» o heredero único de la explotación, que se mantuvo en el Norte, Noroeste y algunas comarcas del Sur; y la de la «Realteilung» o «Freiteilung» (partición «in natura»), que se recibe en los demás lugares (183).

b) *La codificación*.—El Código Civil Alemán (B. G. B.) consagró el principio de partición «in natura» mientras los objetos puedan dividirse sin disminución de valor (§ 752); si no fuere posible la división, procede la venta y reparto del precio, y, si no es posible la venta a tercero, se verificará la licitación entre los copartícipes (§ 753). Pero el artículo 64 de la Ley de Introducción

(181) «El Derecho francés es un Derecho agrario à l'échelle humaine... En ninguno o en pocos Derechos agrarios se observa tanto esa obsesión por proteger la explotación de tipo familiar» (BALLARÍN: *Aspectos y problemas...*, pág. 194).

(182) En este sentido, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, n. 3.097, página 982; SAVATIER, pág. 516.

(183) BAUR, pág. 159.



del B. G. B. mantiene, sin embargo, el Derecho Territorial sobre el «Anerbenrecht».

c) *La «Reichserbhofgesetz» de 29 de septiembre de 1933.*— Con esta Ley el Nacional Socialismo llevó al extremo los principios del «Anerbenrecht». Desde 1 de octubre de 1933—fecha de entrada en vigor de la Ley—, las explotaciones agrícolas del territorio alemán que reunían determinadas condiciones de tamaño quedaron sometidas como «Erbhöfe» a normas hereditarias singulares que imponían la trasmisión integral de la explotación a un solo heredero: el nuevo Derecho Hereditario venía a afectar a cerca de 700.000 explotaciones (184).

d) *La reacción frente al sistema nacional socialista.*—*La nueva ordenación de los Höfe.*—La Ley de 1933 levantó una fuerte oposición. En las zonas de la «Realteilung», al contrariar la tradición de partición «in natura», había de levantar protestas, sobre todo por parte de los herederos agricultores postergados. En las mismas comarcas del «Anerbenrecht» no fué bien recibida por las restricciones legales que su extremismo imponía a la libertad de disposición del titular de las explotaciones (185). Después de la Guerra Mundial, la citada Ley fué derogada por la Ley número 45 del Consejo Aliado de Control de 20 de febrero de 1947 (en vigor desde 24 de abril), que restituye la propiedad a la situación anterior a la Ley, recuperando, en consecuencia, su vigencia los antiguos Derechos Territoriales.

En algunos territorios han aparecido nuevas disposiciones, bien con el fin de determinar el antiguo Derecho sobre el «Anerbenrecht» que es aplicable en cada comarca, bien para dar nueva regulación a la materia según el sistema de transmisión unitaria de la explotación agrícola a un solo heredero. Entre estas disposiciones destaca la V. O. número 84 de 24 de abril de 1947 para la Zona británica, que entra en vigor al derogarse la Ley de 1933: se encuentra en vigor en gran parte de Alemania (Norte-Rin-Westfalia, Schleswig-Holstein, Baja Sajonia y Hamburgo); algunos territorios no son de tradición de «Anerbenrecht» (jurisdicciones de Colonia y Düsseldorf) (186). En el territorio de Renania-Palatinado rige la Ordenanza de 7 de octubre de 1953, «cuidadosamente elaborada»; en este ámbito aún no había adquirido carta de naturaleza el principio de los «Höfe» (187).

En 1956 estaba en el Parlamento alemán un proyecto de Ley federal que trata de adaptar a las nuevas exigencias económicas y sociales la ordenación de los «Höfe» en la Zona Británica (188).

(184) WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, págs. 577 y 582; KOBLE, pág. 343.

(185) WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 579.

(186) Cfr. WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 582. Este mismo autor cifra el alcance objetivo de la nueva regulación de la Zona Británica en 154.669 «Höfe», según la situación del segundo trimestre de 1953 (*Vom Reichs...*, pág. 581).

(187) HEDEMANN: *Gesamstand...*, págs. 200 y 224.

(188) WÖHRMANN: *Progetti...*, págs. 308 y 311 y sigs.

2. *Directrices fundamentales de las normas sucesorias sobre los «Höfe» (189).*

a) *La explotación agrícola objeto de transmisión integral.*

a') *Ley de 1933 (190).* Conforme a esta Ley se consideraban sujetas a ella y constituyendo, por tanto, «Erbhöfe», todas las explotaciones agrícolas comprendidas entre 7,5 y 25 hectáreas. El «Ackernahrurg» suponía un límite mínimo imperativo; en consecuencia, la explotación debía cuando menos, ser tan grande que con ella se pudiera alimentar, incluso en tiempo de crisis, una familia campesina (de aquí que quedaran fuera de la regulación legal unos tres millones de pequeñas explotaciones). En cambio, el límite de las 25 hectáreas permitía excepciones (hasta latifundios podían obtener la calidad de «Erbhof»).

La calidad de «Erbhof» se imponía con carácter imperativo, es decir, incluso contra la voluntad del propietario.

b') *Ordenanza de la Zona Británica.*—En principio se refiere a explotaciones de determinadas características que, por eso, tienen la calidad de «Höfe». Pero también las demás explotaciones pueden ser asignadas unitariamente por el Tribunal a uno de los herederos, conforme a los principios que inspiran la transmisión de los «Höfe» (191).

a'') Para que se dé el «Hof» se requiere que se trate de una explotación agrícola o forestal, con una apropiada posición de las tierras de la propiedad exclusiva de una persona física o de los cónyuges. Comprende los inmuebles de la explotación y sus accesorios (ganados de la explotación, utensilios de la casa y de la explotación, abonos, provisiones para la producción). También se quiere excluir las explotaciones que no son suficientes para mantener una familia; el límite mínimo se fija, no por la superficie, sino por el valor fiscal: su valor fiscal ha de importar, al menos, 10.000 marcos (192).

b'') En principio la calidad de «Hof» es imperativa. Pero los Gobiernos de cada territorio tienen la posibilidad de ordenar por disposiciones particulares que se pueda perder aquella calidad a

---

(189) Los Tribunales que entienden de las cuestiones que plantea la sucesión de los «Höfe» tienen la peculiaridad, en la Zona Británica, de integrar en las tres instancias a dos agricultores que sustituyen a los peritos y constituyen un firme lazo con la vida campesina, eliminándose así el peligro de que el juez se mueva en un mundo extraño para él (WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 593. WÖHRMANN es presidente del Tribunal de Apelación de Celle).

(190) WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, págs. 578 y 579; KOBLE, pág. 343.

(191) BAUR, pág. 164.

(192) El valor fiscal es dieciocho veces el importe de la renta líquida anual. El límite de los 10.000 marcos se estima actualmente demasiado esquemático, por lo que se comprenden como «Höfe» muchas explotaciones cuya producción no es suficiente para mantener una familia rural. Por esto en el proyecto antes referido, presentado al Parlamento, se quiere exigir la previa comprobación de que la producción de la explotación es suficiente para mantener una familia campesina (WÖHRMANN: *Progetti...*, pág. 312).

simple petición del propietario (193). La calidad de «Hof» se confiere «*ipsa lege*»; la inscripción de esta calidad en el Registro no tiene eficacia constitutiva sino sólo declarativa (194).

b) *Cómo se atribuye la explotación.*—El principio de mantención se manifiesta particularmente (195) en que ha de transmitirse íntegramente a un solo heredero («*Hoferbe*») (196). En el apartado anterior hemos visto hasta qué punto se impone la calidad de «Hof» al causante. Veamos ahora cuál de los herederos es el favorecido por la atribución unitaria y cómo se compensa a los demás coherederos:

a) *Favorecido por la atribución unitaria.*—De las distintas condiciones exigidas por la legislación del III Reich (honorabilidad, capacidad para la explotación, nacionalidad alemana, etc.) la Ordenanza de la Zona Británica sólo mantiene la capacidad para la explotación—técnico, agrícola y financiera—, concepto que se interpreta con cierta amplitud (197). El favorecido se determina por el siguiente orden de criterios:

1.º *Designación voluntaria por el titular del «Hof»:* Conforme a la Ley de 1933 la designación estaba sujeta a fuertes res-

---

(193) Según WÖHRMANN (*Vom Reichs...*, pág. 582) sólo ha usado de esta facultad el territorio del Norte Rin-Westfalia y únicamente para las comarcas de tradición de «*Realteilung*» (territorios jurisdiccionales de Colonia y Düsseldorf). Los resultados, en estas comarcas, son favorables a la persistencia del «Hof»; en 1 de julio de 1953 en el territorio de Colonia persistían como «*Höfe*» 5.913 explotaciones y se había cancelado esta calidad respecto de 4.183; en el de Düsseldorf persistían 10.173 y se habían cancelado 2.263.

(194) WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 582. En cambio, en otros territorios se da una especie de *vinculación facultativa*. El titular de la hacienda agrícola puede inscribirla en el Registro destinado al efecto con lo que queda bajo el imperio del régimen de vinculación usual en la comarca de que se trate. Pero el titular conserva aún el derecho de ordenar de nuevo mediante testamento, de forma distinta a la que resulte de ese régimen, su sucesión hereditaria (HEDEMANN: *Derechos reales*, pág. 295).

En Renania-Palatinado la inscripción en el Registro especial es requisito esencial. Pero inscrito sólo se permite la revocación por motivos de importancia tasados legalmente (así respecto del «Hof» matrimonial, la disolución del matrimonio). Para desvincular un inmueble se requiere autorización del Comité de los «*Höfe*» (HEDEMANN: *Gesamstand...*, pág. 582).

(195) Sobre las limitaciones a las enajenaciones véase nota 130.

(196) A la muerte del propietario, el heredero, por una sucesión singular, se hace, en virtud de la Ley, propietario del «Hof», tanto conforme a la Ley de 1933 como conforme a la Ordenanza de la Zona Británica. La adquisición funciona como en el legado *per vindicationem*, por lo que se establece una clara situación jurídica en las reacciones de propiedad del «Hof» y se evitan innecesarias disputas entre coherederos. Si funcionara como legado *per damnationem*, el favorecido adquiriría no la propiedad del «Hof», sino un derecho personal a los coherederos le confieran el «Hof» contra el pago de las correspondientes indemnizaciones (WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 583).

(197) Se pierde la capacidad para la explotación por un delito de robo, puesto que con él se pierde la capacidad de crédito y la de ser ayudado por los demás. Sentencia 7 junio 1953 del Tribunal Federal de Karlsruhe (Tribunal Supremo en Derecho agrario). WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 586.

tricciones que imponían al titular del «Hof» un determinado orden aun dentro del círculo de la «Sippe» (198). En la nueva legislación (Zona Británica, Renania-Palatinado) se deja al titular mayor libertad de modo que, en principio, puede libremente determinar el heredero del «Hof», ya en disposición por causa de muerte, ya durante su propia vida (199). Esta tendencia a una mayor amplitud de la libertad de testar se manifiesta, sobre todo, en el Proyecto, antes citado, presentado al Parlamento (200).

2.º *Designación legal supletoria* según el orden de parentesco establecido por la Ley: En la Ordenanza de la Zona Británica primero están los descendientes, después el cónyuge, después, y por orden determinado, los demás parientes.

3.º *Preferencia de sexo*: La radical desconsideración de la mujer en la Ley de 1933 es suavizada en la regulación vigente. En la Ordenanza de la Zona Británica se llama a las mujeres, pero en cada grupo son preferidos los varones. La Ordenanza de Renania-Palatinado equipara hijos e hijas, pero prefiere al padre respecto de la madre. La equiparación de sexos establecida por la Ley Fundamental de Bonn ha planteado el problema de la subsistencia de la preferencia masculina, el cual ha sido resuelto afirmativamente (201); sin embargo, para el futuro se piensa en la equiparación (202).

4.º *Preferencia de edad*.—En la Ley de 1933 era preferido el hijo de menos edad, salvo que hubiera en la comarca un uso determinado en favor del mayor. Por el contrario, en la Ordenanza de la Zona Británica se da preferencia al mayor, salvo el uso que en la comarca hubiere en favor del menor. En la de Renania-Palatinado rige la preferencia del mayorazgo, pero se da primacía

(198) WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 591.

(199) Cfr. respecto de la Ordenanza de la Zona Británica: BAUR, página 161; HEDEMANN: *Derechos reales*, pág. 294. Según esta Ordenanza el agricultor que quiere preterir, respecto del «Hof», a sus descendientes, requiere el asentimiento del Tribunal. Respecto de Renania-Palatinado, cfr. HEDEMANN: *Gesamstand...*, pág. 225; en el Proyecto correspondiente se quería confiar la elección a un Consejo de parientes.

(200) Se piensa que las limitaciones a la libertad de testar establecidas en orden al «Hof» están en contradicción con las normas del Derecho civil común e incluso con las leyes precedentes sobre el heredero único («Anerben») (WÖHRMANN: *Progetti...*, págs. 313-314).

(201) Así lo decidió el Tribunal Superior Territorial de Celle. La razón de la preferencia no es puramente biológica, sino sociológica y funcional, y además el artículo 64 de la Ley de Introducción del B. G. B.—precepta en que se basaba la mantención del «Anerbenrecht», al cual se equipara el «Höferecht» (legislación sobre los «Höfe») —no ha sido mencionado en la Ley de desarrollo del citado principio constitucional («Gleichberechtigungsgesetz», en vigor desde 1 de julio de 1958) (LANGE, pág. 1.503). Información bibliográfica sobre la cuestión, MELÓN, pág. 59, nota 177.

(202) En el citado Proyecto presentado al Parlamento, hijos, padres o hermanos, sin distinción de sexo, tienen los mismos derechos en la sucesión hereditaria de un fundo (WÖHRMANN: *Progetti*, págs. 312-313).

a la voluntad del propietario fallecido manifestada por el modo y extensión con que dió ocupación a un hijo en el «Hof» (203).

b') *Compensación a los coherederos.*—No habiendo en la herencia otros bienes se plantea agudamente el problema de compensar a los herederos apartados de la explotación. La Ley de 1933, para evitar el endeudamiento de las explotaciones, había abandonado el sistema de indemnizaciones a los descendientes del causante no favorecidos con la asignación del «Hof»; estos descendientes tendrían simplemente un derecho a los alimentos y educación hasta la mayor edad, a ser instruídos en una profesión, al equipo para el matrimonio (204) y, en caso de necesidad, al asilo en el hogar paterno a cambio de adecuados trabajos. En la nueva regulación (Ordenanzas de la Zona Británica y de Renania-Palatinado) se vuelve al sistema de indemnizaciones con un régimen de favor para el heredero del «Hof» (205); únicamente los derechos del cónyuge viudo encuentran solución por vía distinta de las indemnizaciones (206).

a'') *Valoración de la explotación:* Ya antes de la Ley de 1933 se hacía estimación del «Hof» no por su valor en el tráfico sino por el que tuviera en razón de su rendimiento, que, en caso necesario, había de ser determinado pericialmente. En la Ordenanza de la Zona Británica se tiene en cuenta como valor el valor fiscal, que está en función del rendimiento (véase nota 192), descontando las obligaciones que pesan sobre el «Hof» (207). En el nuevo Proyecto citado

(203) Se trata de una singular indagación de la voluntad del propietario, aun cuando no haya hecho testamento: «Si por el modo y extensión de la ocupación de un hijo en el «Hof» el causante da a entender que debe asumir el «Hof», este hijo precederá a los demás. Si el causante dió ocupación en él a varios hijos con la misma intensidad, sin dar a entender cuál de ellos debe asumirlo, éstos precederán a los demás hijos y entre ellos rige el derecho de mayorazgo». (Cfr. HEDEMANN: *Gesamstand...*, pág. 226.)

(204) La jurisprudencia interpretó tan ampliamente el concepto de «equipo» que prácticamente se venían a conservar las antiguas indemnizaciones (WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 589).

(205) En cuanto tal titular del «Hof». De aquí que la Ordenanza de la Zona Británica disponga que si el heredero enajena el «Hof» a un extraño a la familia, antes de los quince años, debe satisfacer las indemnizaciones a los coherederos conforme al sistema del Código civil (cfr. BAUR, págs. 162-163).

El régimen de indemnizaciones que establece esta Ordenanza es subsidiario de las medidas que el propietario hubiera tomado en el testamento o en el contrato de entrega del «Hof».

(206) Según la Ordenanza de la Zona Británica, cuando el cónyuge no es heredero del «Hof» tiene derecho: 1.º A la administración y usufructo hasta que el heredero haya cumplido veinticinco años. 2.º En defecto de la administración y usufructo y renunciando a los otros derechos como heredero, al «Altenteil» o renta a entregar *in natura*. El «Altenteil» implica, en principio, prosecución de la vida común (cfr. BAUR, páginas 160 y 163).

(207) Cfr. WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, págs. 588-590.

el valor de rendimiento se establece, en cada caso, por medio de peritos (208).

b') *Cuantía de la indemnización.*—La ordenanza de la Zona Británica vuelve al sistema del «Voraus» o ventaja, existente antes de la Ley de 1933: el heredero favorecido detraía esta ventaja y el valor del resto se compartía con los demás. Conforme a la Ordenanza de la Zona Británica la ventaja del heredero del «Hof» consiste en 3/10. En la de Renania-Palatinado las cuotas se computan según el Derecho civil común, pero el Tribunal puede rebajar las indemnizaciones, establecer moratorias o ambas cosas (209).

3. *Critica general.*—En Alemania se produce una «copiosa diversificación» (210) de regímenes sucesorios. La conservación indivisa del «Hof» en las herencias no rige en todos los territorios, ni donde rige, se regula con las mismas normas. De una parte, el sistema del Código civil no responde a los intereses de la Agricultura; de otra, la acción de las normas del «Anerbenrecht» (211) y del Erbhofrecht» ha sido, en suma, bienhechora (véase nota 241). Pero la misma idea del «Hof», meollo del actual Derecho Agrario Alemán, no está ausente de la crítica de los agraristas (212). La determinación del favorecido responde a criterios (edad relativa, sexo) más útiles que justos. Se estima demasiado rígida (cfr. notas 192 y 208) la referencia al «valor fiscal» para la determinación del «Hof» y de las indemnizaciones a los herederos apartados. Pero, en cambio, es acertado tener en cuenta, a este respecto, el valor de rendimiento. La idea, de que se hace aplicación concreta, de que las ventajas del heredero del «Hof» sólo deben mantenerse en tanto se mantiene titular del «Hof» (véase nota 205) es enteramente justa. En general, se alaba el

---

(208) Con esto se obvian los inconvenientes del sistema del valor fiscal. Se juzga que en Alemania los valores fiscales son inactuales y que no guardan proporción con el precio de los productos; mientras el valor fiscal estaba fijo, el precio de los productos se había duplicado (WÖHRMANN: *Progetti...*, pág. 331; *Von Reichs...*, pág. 590). En la práctica no se ha admitido que, en concordancia con las variaciones fundamentales que han sufrido las relaciones económicas, deba ser aumentado el valor fiscal, con lo que los herederos apartados del «Hof» resultan insoportablemente desconsiderados (RÖTELMANN, pág. 75). Pero contra el sistema de determinación pericial se objeta el peligro de litigio (WÖHRMANN: *Progetti...*, pág. 313).

(209) «Cuando peligra la conservación del «Hof» por las pretensiones de los herederos, el Tribunal puede rebajar las pretensiones, ordenar moratorias o ambas cosas. Deben ponderarse mutuamente los intereses del «Hof» y los legítimos intereses de los herederos» (Cfr. HEDEMANN: *Gesamstand...*, págs. 202, 226 y 227).

(210) Cfr. HEDEMANN: *Derechos reales*, pág. 293.

(211) Así ROSSEL y MENTHA, I, pág. 674: La institución del «Anerbenrecht», que es «más feudal, más arbitraria y más tiránica» que las medidas tomadas por el Código civil suizo, ha ejercido una acción, en suma, bienhechora.

(212) HEDEMANN: *Gesamstand...*, pág. 223.

equilibrio entre los intereses del «Hof» y los de los herederos apartados (213).

#### E. Derecho suizo.

1. *Sistema.*—También en Suiza eran dos las tradiciones existentes en orden a la partición de la herencia. La del «Anerbenrecht» o de transmisión íntegra de la explotación agrícola al heredero principal y la de la partición «in natura» (214).

Eugenio Huber, el autor del Anteproyecto del Código civil, pensó elaborar un derecho hereditario campesino protector de la continuidad de las explotaciones, pero de modo que fuera tolerable en las comarcas de una y otra tradición, y consideró que el mejor medio de evitar particiones hereditarias irracionales consistía en extender el poder de disposición del «de cuius» de modo que pudiera el mismo formar los lotes, ya en testamento, ya en pacto sucesorio, sin necesidad de cumplir con la igualdad «in natura» (215). En el Código civil se tomaron estas y otras medidas (216) e incluso se establecía la posibilidad de la atribución unitaria por el valor del rendimiento (arts. 620 y sigs.), pero tal atribución no se practicaba en las regiones de tradición de partición «in natura» (217). Po:

(213) En la regulación de la Ordenanza para la Zona Británica puede ser calificado de feliz (las durezas del caso singular pueden ser evitadas por disposición del propietario) (BAUR, pág. 163) y ha dado lugar a escasas disputas judiciales (WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 590). HERDMANN (*Gesamstand...*, pag. 226) informa que la Ordenanza de Renania-Palatinado ha sido censurada por la exagerada protección de los intereses del «Hof». El no participa en esta crítica.

(214) Cfr. FEHR, pág. 229. También HUBER: *Exposé des Motifs...*, páginas 299-301.

(215) Podría así atribuir a un heredero la explotación agraria íntegra y sin carga alguna, mientras no rebasara la cuantía disponible en favor de ese heredero (legítima del mismo y cuota disponible). Cfr. FEHR, pág. 229; ROSSEL y MENTHA, I, pág. 675.

(216) La partición por el causante se consagra en el artículo 608. Se establece la indemnización por trabajos de hijos mayores en pro de la familia (art. 633). Se permiten restricciones cantonales de los fraccionamientos (véase nota 132) y el establecimiento de «Asiles de famille» (véase nota 133). «Los bienes hereditarios que no pueden dividirse sin sufrir notable disminución de su valor se atribuirán a uno de los herederos. Aquellos sobre cuya partición o atribución no se ponen los herederos de acuerdo serán vendidos y el precio repartido» (art. 612, I y II). Se regulan las situaciones comunitarias («indivisión», «indivisión en participación») en que de modo estable puede encontrarse incluso toda la herencia (arts. 336 y sigs.). Cfr. HUBER: *Exposé des motifs...*, págs. 208 y sigs.

(217) Conforme a la redacción originaria del artículo 621 «en caso de oposición de un heredero o de competición, la autoridad decidirá la atribución u ordenará ya la venta, ya la partición, teniendo en cuenta los usos locales y, en defecto de usos, la situación personal de los herederos». Esta referencia a los usos habría de producir que en los países de Derecho francés en que la partición es la regla, la autoridad habría de ordenar la partición o venta (ROSSEL y MENTHA, I, pág. 693); la jurisprudencia, en cambio, no estimaba equiparadas las tres posibilidades—atribución unitaria, partición o venta de la explotación—y entendía que dándose los requisitos objetivos para la atribución y existiendo herederos aptos no cabía, en base

esto se pensó en reformar la legislación (218) y por Ley de 12 de diciembre de 1940 sobre el desendeudamiento de bienes agrícolas (en vigor desde 1 enero 1947) se da nueva redacción a los artículos 619, 620, 621 y 625 y se introducen los artículos 621bis, 621ter, 621quater y 625bis; con todos estos preceptos se hace más efectivo el sistema de atribución unitaria de las unidades agrícolas a un heredero compensando a los demás (219).

a) *Unidad agrícola que puede ser objeto de atribución unitaria.*—La es toda explotación agrícola que ofrece medios de subsistencia suficientes (art. 620):

a') *Debe ser una «explotación agrícola»* (220) (pero, a veces, se hace consideración de los fundos en particular) (221) que «constituye una unidad económica» (art. 620). Se da unidad de explotación entre parcelas dispersas cuando son cultivadas desde el mismo centro, bajo la misma dirección y con las mismas fuerzas de trabajo (222); puede comprender el ganado, material, provisiones (cfr. art. 620), vivienda (véase nota 224), etc.

b') *Debe ofrecer medios de subsistencia suficientes.*—No existe límite máximo, pero cuando la empresa agrícola, en razón de su extensión y naturaleza, se preste a ser dividida en varias explotaciones viables y varios herederos aptos se declaren dispuestos a la recepción, puede ordenarse la división en varias explotaciones autónomas atribuidas por su valor de rendimiento (art. 621

---

a los usos locales, decidir la partición o enajenación (TUOR, págs. 381 y 382). El caso es que las esperanzas de HUBER no se realizaron; la experiencia manifestaba que los testamentos servían frecuentemente para establecer la partición o para imponer al favorecido con la atribución unitaria de la explotación un precio superior al legal (valor de rendimiento); en los países en que era tradicional la partición *in natura* la atribución unitaria por el valor de rendimiento no se practicaba (FEHR, pág. 321).

(218) Los primeros proyectos, inspirados en la Ley alemana de 1933, tendían a suprimir el derecho de disposición del *de cuius*, a prohibir a los herederos partir una explotación que constituyera una unidad económica y a establecer imperativamente la atribución a un heredero por el valor del rendimiento (FEHR, pág. 232).

(219) Por Ley de 1 de junio de 1951 se establecen otras medidas para la conservación de la propiedad inmobiliaria rural (en vigor desde 1 de enero de 1953) (cfr. nota 130).

(220) Cuando una industria accesoria está ligada inseparablemente a una explotación agrícola que constituye la empresa principal, se asignará por el valor venal al atributivo de la explotación agrícola que la reclame y parezca capaz de encargarse del todo. En caso de oposición, la autoridad competente puede decidir la atribución, venta o separación de la industria accesoria, teniendo en cuenta los medios de existencia ofrecidos por los dos elementos y la situación personal de los herederos (art. 625).

(221) Los cantones tienen derecho a disponer que en las zonas montañosas y en aquellas en que la propiedad inmobiliaria está fraccionada, la partición pueda operarse por atribución de ciertos fundos a determinados herederos, sin que deba, por regla general, resultar por eso que los fundos se fraccionen; las zonas en que rige esta excepción deberán ser exactamente determinadas en la disposición correspondiente que será sometida a la sanción del Consejo Federal (art. 621quater, I y III).

(222) TUOR, pág. 379 sobre el texto del Código anterior a la reforma.



ter) (223). En cambio, la jurisprudencia estima que existe límite mínimo, porque no hay interés en mantener explotaciones mínúsculas; la explotación debe proporcionar el sustento de su titular (224).

b) *Cómo se atribuye la explotación:*

a') *Carácter de la atribución unitaria.*—La partición prescrita por el «de cujus» es inoperante cuando uno de los herederos reivindica la atribución de la propiedad entera por el valor de rendimiento. Pero los herederos pueden, sin embargo, ordenar la partición a su gusto. El «de cujus» puede también partir la propiedad en vida y eliminar así las reglas de partición del Derecho sucesorio (225).

b') *Favorecido por la atribución unitaria.*—Es favorecido cualquier heredero que pida la atribución y que sea capaz de encargarse de la empresa (226) (art. 620). «En caso de oposición entre coherederos, la autoridad competente decidirá la atribución teniendo en cuenta los *usos locales* (227) y, en defecto de usos, la *situación personal* (228) de los herederos» (art. 621, I). Los herederos que tratan de *explotar la empresa por sí mismos* tienen derecho preferente a reclamar la atribución integral» (art. 621, II). «Si ninguno de los hijos quiere encargarse personalmente de la explotación (preferencia del sexo masculino), las hijas pueden pedir que les sea atribuída, cuando ellas mismas o sus maridos tengan capacidad para dirigirla (art. 621, III) (229).

c') *Compensación a los coherederos.*—El precio de la explotación o industria atribuidas a un heredero se imputa a su parte hereditaria (arts. 620, 625). Esto traerá, como consecuencia, que

(223) Cfr. TUOR, pág. 380.

(224) FEHR, pág. 230. Debe ser tan grande que una familia pueda encontrar en ella su alojamiento (de ahí, generalmente, la necesidad de vivienda) y principal sustento (TUOR, pág. 380).

(225) FEHR, págs. 232 y 240.

(226) La jurisprudencia del Tribunal Federal no estima con carácter estricto la regla que exige la capacidad; basta la capacidad media, según la comarca respectiva, e incluso no se exige la aptitud para la explotación directa (TUOR, pág. 381, para el texto del Código antes de la reforma citada).

(227) Tales usos se mantienen en pocas regiones (FEHR, pág. 230). A veces, según ellos, se prefiere al hijo menor (TUOR, pág. 380; HUBER: *Exposé de Motifs...*, págs. 300 y 309).

(228) Entre las condiciones a tener en cuenta en relación con la situación personal de los herederos se cuentan la mejor aptitud, ocupación, salud corporal, buena fama, estado civil (si está soltero o casado), clase y proximidad de parentesco, cuantía de la cuota hereditaria, facilidad de compensar a los herederos y también el deseo de la mayoría de éstos (TUOR, pág. 382).

(229) Cuando el difunto deja descendientes menores, los herederos deben, en principio, mantener la comunidad hereditaria o formar una «indivisión» hasta el momento en que, según las circunstancias, pueda tomarse una decisión en cuanto a la atribución unitaria (art. 621 bis).

el favorecido, a falta de otros bienes hereditarios, deba compensar a los demás herederos.

a") *Valoración de la explotación.*—Los inmuebles rurales y explotaciones agrícolas se estiman por su valor de rendimiento. El heredero puede exigir además que el ganado, material y provisiones que sirvan a la explotación le sean atribuidos por el valor que representan para ésta (arts. 620 y 621 *quater* y 625) (230). Los artículos 617 y 618 contienen reglas sobre la valoración de inmuebles rurales a efectos de la partición: los inmuebles rurales se atribuyen al heredero por su valor de rendimiento en la época de la partición; a falta de acuerdo entre los herederos se fija el valor por los peritos oficiales y, si no es suficientemente conocido, se reputa en tres cuartos del valor en venta. El artículo 620, que antes hacía referencia a estas reglas, en su nueva redacción dispone que el valor de rendimiento o precio de la atribución unitaria de la explotación agrícola se fije conforme a la Ley sobre desendeudamiento de las propiedades agrícolas. En un principio se estimó que la determinación del valor de rendimiento tenía graves dificultades (231); no existían elementos de estimación seguros para el cálculo, que fueron establecidos más tarde por el Secretariado suizo de campesinos; los métodos actuales son tan exactos que el valor de rendimiento es reconocido, en todas partes, como una base segura (232).

Como justo contrapeso se dispone (art. 619) que cuando todo o parte de un inmueble, atribuido a un heredero por precio in-

---

(230) En las regiones de carácter urbano los cantones pueden autorizar atribuciones por un precio superior al valor de rendimiento; las regiones en que rija esta excepción deberán ser determinadas exactamente en la disposición correspondiente que será sometida a la sanción del Consejo Federal (art. 621, *quater*, II y III). La industria accesoria que se asigna con la explotación agrícola (véase nota 220) se asigna por su valor venal (art. 625).

(231) ¿Qué rendimiento habría de considerarse, el obtenido en concreto o el que normalmente habría debido obtenerse? ¿Cuál es el tipo de capitalización? (ROSSEL y MENTHA, I, pág. 686). El valor de rendimiento—explicaba TUOR (pág. 377) antes de la reforma del Código—corresponde al importe capitalizado de los diversos rendimientos de un inmueble durante un número de años, es decir, que depende del rendimiento neto del bien y del tipo de interés habitual. Para determinar el valor de rendimiento los peritos pueden usar diferentes métodos científicos, pero con relación a todos vale, sigue diciendo TUOR, lo que expresaba VON DER GOLTZ: «La fijación del rendimiento neto no es muy fácil y llega a ser casi imposible cuando el agricultor no lleva con exactitud libros como sucede, hasta ahora, en la mayoría de los casos.» El interés habitual es fluctuante, según la situación del mercado de dinero, debiendo considerarse suficiente un tanto por ciento relativamente bajo, dado que la posesión de inmuebles es la inversión más segura; la Oficina de estimación de la Liga de Campesinos de Brugg lo estableció en el 4 por 100 y más tarde en el 4,5 por 100. El valor venal es, en general—concluye—TUOR—más fácil de encontrar, pues basta el examen comparativo de un número de ventas de inmuebles en condiciones semejantes y de la misma comarca.

(232) FEHR, pág. 231.

ferior al valor venal, se venda dentro de los quince años (233) siguientes a la partición, los coherederos tienen derecho a reclamar la correspondiente cuota parte de la ventaja, si anotaron este derecho en el Registro inmobiliario cuando la partición (234).

b'') *Las cuentas de la partición: sacrificios por la familia.*—En bastantes supuestos podrá facilitarse la indemnización a los coherederos si el que ha de indemnizar hizo sacrificios por la familia: «Los hijos mayores de edad que conviviendo con sus padres han consagrado su trabajo o sus ganancias a la familia, pueden reclamar, al hacerse la partición, una indemnización equitativa, a menos que expresamente hayan renunciado a ella» (art. 633) (235).

c'') *Pago de la compensación a los coherederos.*—Para evitar los inconvenientes—sobreendeudamiento de la propiedad inmobiliaria, ruina económica (236)—a que podría conducir la exigencia del pago inmediato y total, se establece la posibilidad, en ciertos supuestos, de aplazar la partición, rigiendo, entonces, entre los herederos, una *indivisión en participación* (art. 622, II), (cfr. arts. 336 a 348, especialmente art. 347).

El aplazamiento se produce a petición del heredero favorecido con la atribución. Este heredero puede pedirlo cuando por la liquidación de los derechos de sus coherederos en esta explotación sus inmuebles se encontrarían gravados por más de las tres cuartas partes del precio por razón de las garantías que habría de suministrar, comprendidas las cargas en ellos existentes (art. 622, I). El mismo heredero está autorizado, salvo pacto en contrario, a pedir, en cualquier tiempo, la disolución de la indivisión (arts. 623, II).

Pedido el aplazamiento, cada uno de los restantes herederos tiene derecho: 1.º A exigir, en cualquier tiempo, que, en lugar de permanecer en la indivisión, su parte le sea entregada bajo la forma de un crédito garantizado por el fundo indiviso. Si este fundo resultara gravado también, más allá de las tres cuartas partes del precio de atribución, el favorecido por la atribución sólo está obligado a entregarle por el excedente una «lettre de rente successorale», denunciabile lo más pronto pasados diez años, y el interés no puede ser superior a la tasa de las «let-

(233) Originariamente el plazo era de diez años. En las regiones de carácter urbano puede ser elevado hasta veinticinco (FEHR, pág. 231).

(234) No pueden, sin embargo, los coherederos recibir nada, más allá de lo que habrían obtenido si el inmueble hubiera sido atribuido en la partición por su valor venal; y ellos no tienen derecho a las plusvalías que resulten de mejoras, construcciones, repoblación forestal u otras causas semejantes (art. 619).

(235) El precepto responde al principio de igualdad entre herederos; no se trata de un caso de *rappori* (colación), pero no está excluido de la expresión alemana correspondiente, *Ausgleichung* (ROSSEL y MENTHA, I, pág. 714). En los supuestos en que el acreedor a las indemnizaciones no sea el favorecido con la atribución unitaria, el precepto supondrá un obstáculo más a la efectividad de las compensaciones a los coherederos.

(236) Cfr. THOR, pág. 384.

tres de renta» (art. 624) (237). 2.º A denunciar, en otro caso, la «indivisión», cuando el favorecido por la atribución adquiera medios de liquidar su situación sin gravar sus bienes hasta el límite fijado (art. 623).

c) *Imposibilidad de atribuir la explotación sin fragmentarla.* «Si resulta imposible atribuir una empresa agrícola enteramente a uno o varios herederos o dividirla en varias explotaciones viables, cada heredero puede exigir la venta del todo. La venta se hará por subasta si lo reclama un heredero; a falta de acuerdo, la autoridad competente decidirá si se hará en pública subasta o si no tendrá lugar más que entre coherederos (art. 625 bis) (cfr. nota 216).

2. *Crítica general.*—Ciertamente es uno de los sistemas más concordantes con la necesidad de mantener las explotaciones. Pero se imputa aún al sistema que cabe en él la evasión al principio de indivisión de las unidades agrícolas (238), lo que, sin embargo, puede estimarse, en general, como un signo de prudencia. Más peligrosa es la amplitud concedida a la decisión judicial, si bien orientada por criterios encomiables; el poder discrecional del juez, aunque está de acuerdo con las ideas cardinales del sistema civil suizo (cfr. art. 1.º Código civil suizo) y ofrece las ventajas de la mejor adecuación al caso, presenta, por la incerteza que produce, los peligros que indicamos respecto del sistema francés (239). Supone en cambio, un gran acierto tener en cuenta el valor de rendimiento a los efectos de la atribución unitaria y, también, el paliativo ideado para los supuestos de enajenación ulterior por quien es heredero de la explotación. La solución que se da al pago de las cuotas a los demás coherederos, la posible situación de indivisión, la entrega de créditos garantizados o «lettres de rente successorales» son ideas que pueden ser muy útiles.

#### IV. DIRECTRICES PARA UNA REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL EN MATERIA SUCESORIA

A. *Necesidad de la reforma.*—Esta viene impuesta por el dato experimental de que la división y subdivisión de las unidades agrícolas, con las consiguientes fragmentación de la propiedad y disper-

(237) Mal garantizadas y de interés modesto, será difícil negociar estas letras, «mientras no tengamos—decían ROSSEL y MENTHA, I, pág. 699—*Rentenbaken* como en Prusia».

(238) En los casos de partición por acuerdo de los herederos o de partición por el causante durante su vida (FEHR, págs. 238 y 240). Se imputa también a todo el sistema agrario suizo la falta de coherencia entre las diversas leyes (FEHR, págs. 238 y 239), así por ejemplo, se nota la falta de una definición unitaria de inmueble rural (pág. 239). En el Código Suizo no hay otro criterio que el del destino del bien (ROSSEL y MENTHA, I, pág. 686).

(239) Cada vez que varios hijos han pretendido la atribución unitaria, la determinación del causahabiente ha dado lugar a grandes dificultades y frecuentes procesos (FEHR, pág. 230).

sión parcelaria, es consecuencia fundamentalmente de las particiones hereditarias igualitarias. Por el contrario, con un Derecho sucesorio adecuado se desarrollará naturalmente un proceso de reorganización económica y social del campo. Los esfuerzos del titular hacia la mejor conformación de las unidades agrícolas no quiebran con su muerte, y los éxitos, en este aspecto, de las generaciones precedentes se suman a los de las sucesivas. Un buen Derecho sucesorio puede conseguir la adecuación del tamaño de las unidades existentes a las necesidades económicas y sociales con la amplia eficacia—espacial y temporal (240)—, con el equilibrio y solidez y con el recato que caracteriza a las medidas de Derecho civil (241).

B. *Posibilidades de una acción legislativa*.—El que el fenómeno sucesorio desemboque en la continuación del patrimonio indiviso o en una partición más o menos igualitaria responde a una distinta concepción social y tradicional de la familia y del patrimonio familiar—siempre tan arraigada (242), pero especialmente en los ámbitos rurales por el espíritu conservador (243) de la familia campesina—que, juntamente con los factores económicos y demográficos, limitan y condicionan la actuación del legislador (244). La

---

(240) Pero también, con lentitud. Su acción, por eso, debe completarse con otras medidas, principalmente con la C. P.

(241) Así resulta que el grado de fragmentación es mucho menor en los países en que no se ha practicado la división *in natura*, como sucede en Inglaterra o Noruega (B. O. BINNS, pág. 14). En Alemania se observa una distribución de la propiedad y de la configuración de los campos, según el sistema sucesorio tradicional; en el ámbito del *Anerbensitte* predomina la explotación grande y mediana—aproximadamente de 10 hectáreas—; en el de la *Freiteilung* se encuentran pequeñas e ínfimas explotaciones y el campo está fragmentado en innumerables parcelas (BAUR, pág. 159). En el Norte de Alemania, es decir en el ámbito clásico del *Anerbenrecht*, existen cientos, miles de «Höfe» que se encuentran en la misma familia de modo comprobable desde hace siglos (WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 575). En Francia, en 1929, se estimaba que 10 millones de hectáreas estaban excesivamente parceladas (B. O. BINNS, pág. 14). En Italia hay—según estadísticas recientes—más de cinco millones de fincas de superficie menor a la media hectárea (MENGI, pág. 11). Sobre la situación en España, véase nota (1).

(242) De aquí que «el Derecho privado sea por esencia un elemento permanente y aun retrógrado en la vida social» (FEHR, pág. 241).

(243) FEHR, pág. 242. BALLARÍN: *Aspectos y problemas...*, pág. 176.

(244) Siempre que las soluciones no tienen una base histórica o consuetudinaria «se corre el riesgo de llevar a los Códigos o las leyes normas que la vida jurídica deja inoperantes y pueden ser además de estériles, perturbadoras». (CASTÁN: *Familia y Propiedad...*, pág. 132). Y más concreta y tajantemente llegó a afirmarse (por SCHAEFFLE, en 1884, según HUBER: *Exposé des motifs...*, pág. 303) que en las comarcas en que se aplica actualmente el sistema de partición por igual, la introducción del derecho del heredero principal sería cosa prácticamente imposible. Sin embargo, no debe exagerarse el condicionamiento histórico de la legislación; a este respecto (BALLARÍN: *Aspectos y problemas...*, pág. 176) recuerda la indudable eficacia social de novedades legislativas como la prórroga forzosa del arrendamiento y el retracto arrendaticio.

conclusión no debe ser, sin embargo, puramente pasiva, posición que vendría apoyada, además por un temor, hasta cierto punto justificado (245), a las novedades legislativas. El Derecho comparado nos manifiesta cómo puede operarse eficazmente con nuevas normas en zonas de tradición igualitaria. Pero el condicionamiento histórico del sistema particional, su enraizamiento en la estructura íntima de la sociedad obliga a un especial meditación del que debe sustituirlo y de sus repercusiones sociológicas y económicas, respecto de las cuales no caben en este ensayo más que conclusiones particularmente provisionales.

Declarar simplemente la indivisibilidad de las unidades agrícolas es únicamente enunciar una meta jurídica, pero por sí misma resulta una norma tan optimista como ineficaz e incluso perturbadora (recuérdese la crítica de la Ley de u. m. de c.). El nuevo sistema debe ser orgánicamente estructurado, robusteciendo jurídicamente el interés del heredero que coincide con los fines pretendidos (con lo que será un colaborador para conseguir la indivisibilidad) y facilitando fórmulas para la viabilidad de las nuevas soluciones. En la confección del nuevo sistema deben tenerse presentes las soluciones de Derecho comparado y el efecto social producido por las mismas, las instituciones de los Derechos forales (246) y las disposiciones especiales que establecen sucesiones anómalas (247), particularmente las de carácter agrario (248). Después la prudencia legislativa deberá determinar el ámbito de las instituciones reformadas (249), el territorio en que

---

(245) Una de las características que debe tener el Derecho es la estabilidad. Toda novedad, por tanto, es perturbadora (problemas transitorios; desajuste del sistema normativo incluso en esferas aparentemente ajenas de la reforma). Máxime si la novedad afecta a instituciones fundamentales y, en contraste, es fruto de improvisación. En España, sin embargo, comparativamente, no han sido, hasta hace poco tiempo, muy abundantes las reformas civiles (compárese la abundante legislación civil francesa).

(246) Lo que será «garantía de medida y, sobre todo, escudo frente a la acusación de excesos innovadores» (DE CASTRO: *El Derecho Agrario...*, página 386).

(247) Las disposiciones sobre sucesiones anómalas manifiestan mejor la moderna concepción de la familia (véase nota 23). En Francia, como ya hemos dicho, las nuevas normas de sucesión rural tuvieron precedentes en las disposiciones sobre *bien de famille* y casas baratas. Para Italia (GIORGIANI, pág. 328), propone aplicar al campo los principios de las sucesiones anómalas.

(248) También en las disposiciones especiales de Derecho Agrario se encuentran principios para una posible regulación general. Se ha calificado a tales disposiciones de «portadoras de la *ratio juris*, de «regulación jurídica apropiada, *natural*, según la actual conciencia jurídica», de modo que, por tanto, el campo a ella sometido no lo está a disposiciones «excepcionales», sino que, por el contrario, se encuentra liberado de la «situación jurídica anticuada y antinatural» que implica el Derecho codificado (DE CASTRO: *El Derecho Agrario...*, pág. 389).

(249) El aspecto considerado es uno de los esenciales del Derecho Sucesorio y del Derecho patrimonial de la Familia. La posible reforma puede limitarse a éste aspecto y concretarse en una ley especial que por su ca-

deben regir las nuevas normas (250) y la intensidad con que se adopta un nuevo sistema (251). Por último no debe descartarse

rácter novedoso difícilmente alcanzaría la madurez requerida para su incorporación al Código (posición semejante respecto del Derecho Agrario, en general, CASTÁN: *Familia y Propiedad*, pág. 132; FOSAR: *Juicio...*, página 42). Podría, también, pensarse en una extensión de las nuevas reglas sucesorias de las unidades agrarias a cualquier unidad económica (cfr. BALLARÍN: *La evolución...*, pág. 49; y art. 68, II del Proyecto adoptado por la Comisión Plenaria para la Reforma del Código Francés, *Travaux*, 1949-1950, pág. 333). Otro posible punto de vista más ambicioso «prematuro», (CASTÁN: *Familia y Propiedad...*, pág. 128), sería pretender la *concentración* legislativa de las dispersas disposiciones agrarias en una regulación orgánica y coherente inspirada en los nuevos principios, en lugar del mosaico actual de Leyes, que responden a criterios diversos, casuísticas unas, otras de ámbito local, otras de carácter experimental. De otra parte, se afirma que es una necesidad para las regiones del Código Civil, un nuevo Código de Familia y de Sucesiones (VALLET: *El Derecho patrimonial...*, pág. 15). No parece, sin embargo que puedan remitirse las soluciones de urgencia a una reconsideración total de los problemas de la familia y sucesiones. Mucho menos admisible sería hacer depender la reforma de la sucesión rural de la futura revisión del Código que ha de adecuarse a las nuevas concepciones de la persona, la familia y la propiedad. Existe incompatibilidad entre la urgencia de las soluciones mantenedoras de las unidades agrícolas con la obra necesariamente lentísima de una codificación civil.

(250) El alcance nacional de las normas es, sin duda, el más ajustado a las necesidades que tratarían de satisfacer. Además, implicaría la unificación del Derecho Español en una materia muy importante, por el recto camino de diferenciar «lo rural y lo urbano en el Derecho Sucesorio» (cfr. DE CASTRO: *Derecho Civil...*, pág. 269, nota 1), es decir, sustituyendo la diversidad actual, tantas veces artificial por no distinguir las exigencias de economías diversas (rústica y urbana), por un sistema unificado dentro del cual se hagan distinciones orgánicas. Pero quizá fuera conveniente antes de dar carácter nacional a normas de tanta gravedad, limitarlas a zonas muy determinadas (las zonas de concentración, más susceptibles de novedades por tener un ambiente social más acogedor) que servirían para experimentar las profundas consecuencias—sociológicas, económicas, jurídicas—del nuevo sistema. En todo caso sería necesario un largo período de *vacatio legis* para la debida información del pueblo y consiguientes medidas testamentarias de reacción.

(251) La atribución unitaria de las unidades agrícolas puede hacerse en contra de la voluntad del testador o, como resultaría menos violento, a falta de su voluntad, y siempre, o sólo, en favor de personas determinadas (sucesores *ab intestato*, cultivadores directos). Un mínimo es suprimir la necesidad de legítima *in natura*, en cuanto lo exija la conservación de las explotaciones o fincas, no sólo respecto del testador (cfr. art. 1.056, II, C. c. y nota 24 y, en general, el sistema del Código Civil, en este trabajo), sino también para las particiones que no se hagan por convenio entre coherederos (sobre los inconvenientes de la legítima *in natura*, DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 228). El Código Social de Malinas (arts. 28 y 81) se manifiesta, también, contrario a la pulverización del patrimonio familiar «por su reparto forzoso en especie». A la prudente decisión del legislador incumben otros muchos aspectos. Puede considerarse como unidad agrícola la explotación familiar de determinadas características (el beneficiado es uno) o sólo fincas particulares (que se distribuyen entre los herederos beneficiarios). Los sistemas de valoración de las unidades agrícolas atribuidas unitariamente, y de compensaciones y pago pueden también respetar la superior voluntad del causante. En la medida en que las normas sean imperativas para el causante habrá que impedir el juego de las cláusulas res-

el empleo de medios que preparen adecuadamente el ambiente social (252).

C. *Principios fundamentales del nuevo sistema.*—La partición de la comunidad hereditaria (y de los bienes de las comunidades conyugales) parte de dos principios que deben ser superados: 1.º Las fincas constituyen un valor patrimonial indiferenciado; su precio es el del mercado. 2.º Entre los herederos no se establece por Ley distinción alguna (253).

La economía agrícola, la sociología campesina, las mismas exigencias del bien común y, por tanto, de la justicia, imponen otros dos puntos contrarios: 1.º Las fincas y explotaciones, *las unidades agrícolas*, constituyen antes que una mercancía o un medio de colocar el capital, un *instrumento de la producción* (de la manutención) nacional. «La riqueza, no podrá... ser destruída indebidamente» (art. 30, III, Fuero de los Españoles). Las unidades agrícolas deben ser mantenidas. 2.º Entre los *herederos* deben establecerse las distinciones exigidas por la naturaleza de las bienes a partir entre ellos (*desigualdad funcional*). Deben preferirse las soluciones que impiden el desdoblamiento de las titularidades de dominio y cultivo y la especulación con el campo (el aumento de rentistas y especuladores). «Es aspiración del Estado arbitrar los medios conducentes para que la tierra, en condiciones justas, pase a ser de quienes directamente la explotan» (Declaración V, 6, Fuero del Trabajo).

Estos principios determinan: que cada unidad agrícola se

---

trictivas de derechos para quienes no se conformen con la voluntad del testador o la evasión por particiones o donaciones en vida. Al menos de momento, es preferible dejar amplio margen a la voluntad del causante, correctivo casi siempre posible y muy eficaz frente a las disonancias de la rigidez del nuevo sistema posibles respecto de casos concretos (hijos necesitados no favorecidos, diferentes hijos agricultores), cuya contemplación hace siempre dudar de la bondad de una reforma que supusiera una desconsideración de los mismos.

(252) El obstáculo psicológico, frente a las innovaciones en este punto, puede ser muy fuerte (EVELPIDIS, pág. 593, censura al nuevo sistema griego, por no cuadrar con la concepción psicológica igualitaria de los campesinos). De ahí la importancia de la «formación de la mentalidad agraria» y de la gran eficacia de una acción vulgarizadora, que ponen de relieve VALLET: *Apuntes...*, An. D. c., VIII, 2, pág. 460; B. O. BINNS, págs. 21 y 25; STEUER, pág. XLIII; POLACK y SAMKALDEN, pág. 455. La introducción de la Ley del III Reich sobre el «Erbhof», habría sido inconcebible sin el trabajo intensivo de información política llevado a cabo por el partido (FEHR, página 242).

(253) «La codificación—como dice DE CASTRO: *El Derecho agrario...* pág. 379—hace visible y establece la victoria de la concepción burguesa y urbana. Labrador, finca rústica, deber de cultivo son conceptos de mínimo importancia jurídica. Hay propietarios y hay cosas; unos y otros se miden conforme a una denominación común por lo que «valen», por su valor en dinero». En contraste, una de las afirmaciones fundamentales de las nuevas disposiciones de Derecho agrario es que atienden «a la condición de las personas y a la cualidad de los objetos para darles, respectivamente, la regulación adecuada» (pág. 380).



atribuya indivisa a uno de los herederos (254); que entre éstos sea preferido el más apropiado para la función económica de la unidad agrícola; que la compensación a los demás se haga en condiciones tales que normalmente puedan ser soportadas por la unidad agrícola, no en cuanto mercancía, sino en cuanto instrumento de producción. Frente a la legislación vigente, demasiado simple, se impone una legislación inevitablemente complicada y de difícil estructuración si se quiere mantener la paz en los campos.

La atribución de la unidad agrícola indivisa a uno de los herederos tiene los inconvenientes que parecen existir en toda medida que trata de impedir la subdivisión de la propiedad y que ya vimos al indicar los aspectos que parecen justificar este fenómeno. Pudiera parecer que el resultado sería el desarraigo de la población naturalmente agrícola (herederos postergados). Pero las normas que establecieran la atribución unitaria no desarraigarian a los agricultores, sino que simplemente impedirían el arraigo de la población que no tiene cabida (los agricultores no pueden multiplicarse indefinidamente). De otra parte, frente a los motivos que parecen imponer la partición igualitaria debe oponerse que no se puede triturar el campo, base fundamental de la satisfacción de las necesidades primarias de la población nacional, para satisfacer exigencias económicas privadas de índole subordinada. Es cierto que el Derecho no puede obedecer a puros criterios económicos, pero los resultados de la regulación orgánica propuestos según la experiencia de los territorios forales y de los países del heredero único manifiestan su conveniencia económica y social para la sociedad en general e incluso, en términos generales, para los herederos apartados de las unidades agrícolas (255). El terruño es asidero estable, pero mediocre, y también rémora, ancla o traba para el espíritu emprendedor, para otras soluciones más problemáticas, pero también más brillantes.

Las nuevas medidas podrían recordar otras, los mayorazgos—podría hablarse ahora de mayorazgos de clases medias—

---

(254) Así también BASSANELLI, pág. 261.

(255) Los segundones «no engrosan los suburbios, sino que suelen ser magníficos profesionales, preparados artesanos, emprendedores comerciantes o pequeños industriales» (VALLET: *Apuntes*, AN. DER. CIV., VIII, 2 pág. 460); el comercio y la industria en Cataluña se ha creado con el esfuerzo de los segundones y con el de los herederos que velaban por ellos desde la masía lejana» (VICENS VIVES, citado por VALLET: *Loc. cit.*, nota 1277. En sentido análogo, ROCA: *La necesidad...*, pág. 375).

ROSSEL y MENTHA (t. I, pág. 672) citan una encuesta en Westfalia demostrativa de que más de las dos terceras partes de los sucesores apartados de la explotación familiar («Abfindlinge») consiguió crearse una situación independiente en la agricultura (43 por 100), industria (24 por 100) y carreras liberales (12 por 100); el 3 por 100 emigró y el 15 por 100 tuvo que resignarse a colocarse al servicio de otro como obreros, criados o jornaleros.

que se juzgan incompatibles con la ideología moderna (256). Pero es otro el espíritu que alienta. No es ya la conservación del poder de determinados grupos sociales y una concepción demasiado absoluta de la propiedad—la voluntad del propietario perpetúa el orden sucesorio—(257). Por el contrario, las nuevas medidas son consecuencia del fuerte sentido social de la propiedad, de la función económica de la propiedad rural, que no puede ser quebrantada (258). El diferente punto de partida trae consecuencias trascendentales. Así para la determinación de las unidades agrícolas que deben permanecer indivisas: entre ellas no se incluyen aquellas que por su excesivo tamaño no estén en armonía con dicha función social (los latifundios); por el contrario, habría de pensarse en normas imperativas que impidieran su perpetuación en disposiciones *mortis causa*. Y también significará consecuencias trascendentales respecto de la compensación a los demás coherederos: se trata de establecer entre ellos sólo las diferencias impuestas por la necesidad de conservar las unidades agrícolas, pero manteniendo, por lo demás, en cuanto sea posible, en la distribución de la herencia, el principio de igualdad económica.

D. *Unidades agrícolas que deben conservarse.*—Las nuevas medidas, si afectan sólo a las zonas rurales, plantean un problema previo, el de determinación del ámbito de lo rural, problema común a diferentes preceptos y que no siempre se resuelve en ellos de modo unitario (259). El criterio mejor parece ser el del destino primordial económicamente preferible desde el punto de vista objetivo: «La riqueza no podrá permanecer inactiva» (art. 30, III, Fuero de los Españoles). En consecuencia, deberían considerarse incluidas ciertas fincas no destinadas, de momento, al cultivo agrícola (o a provechamiento ganadero o forestal), pero que deben ser destinadas al mismo (fincas abandonadas, fincas de recreo) y también deben considerarse incluidas las situadas en zona urbana o de reserva urbana o próximas a zonas industriales, si sigue sien-

(256) Esto determinó que en el siglo XIX se extendiera la idea de que la transmisión unitaria de la propiedad a un solo heredero no era ya de nuestro tiempo (cfr. HUBER: *Exposé des Motifs...*, pág. 303).

(257) Cfr. BALLARÍN: *El Código...*, pág. 47.

(258) La necesidad de asegurar la alimentación del pueblo alemán fué un factor determinante de la nueva regulación alemana (WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 587).

(259) Sobre el concepto de finca rústica, véanse: Decreto-Ley del Catastro 3 abril 1952; artículos 2.º Ley Arrendamientos Rústicos 25 marzo 1935 y 2.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 abril 1959; artículo 2.º, 4. Ley Arrendamientos Urbanos 13 abril 1956; artículo 62 y siguientes Ley del Suelo 12 mayo 1956. Sobre la cuestión, ROCA: *Derecho Hipotecario*, tomo II, págs. 63 y sigs.; DE CASTRO: *El Derecho agrario...*, págs. 396 y 397. El Tribunal Supremo (Sentencias 29 noviembre y 17 diciembre 1958) niega que pueda generalizarse el concepto de finca rústica que se establece en la legislación especial sobre arrendamientos rústicos; para decidir qué son fincas rústicas a efectos del retracto de colindantes, aplica los criterios de situación y destino (véanse también sentencias 8 mayo 1944, 14 junio y 31 diciembre 1951 y 10 junio 1954).

do preferible en ellas el destino agrícola (por ejemplo, para huertos familiares) (260). En cambio ciertas fincas o partes de fincas cultivadas deben considerarse excluidas si el destino primordial debe ser distinto de la explotación agrícola (261).

Determinado el ambiente de lo rural son dos los problemas fundamentales. ¿Deben mantenerse indivisas las fincas o la explotación agraria? ¿Deben mantenerse indivisas todas las unidades o debe hacerse excepción con las que excedan de cierto tamaño?

1. *¿Deben mantenerse indivisas las fincas o la explotación agraria?*—Estamos ante un problema de prudencia legislativa. Los precedentes de Derecho comparado, el ejemplo de los territorios de Derecho foral, la necesidad de evitar el quebranto económico de la explotación, particularmente manifiesto en ciertas regiones (zonas de montaña, policultivo) y la de impedir la excesiva fragmentación de la propiedad agrícola inducen a considerar que es la explotación misma la que debe ser objeto de atribución unitaria. Pero podría también pensarse que tiene ventajas la tesis de que basta con distribuir indivisas entre los herederos las fincas que constituyen la explotación que se disgrega (262). Es menos violento el cambio legislativo; el sistema es más adecuado habiendo varios herederos agricultores establecidos (con fincas propias, de su mujer o en calidad de arrendatarios o aparceros), sobre todo en cierto tipo de explotaciones en que el quebranto de la disgregación es mínimo (por ejemplo, cereales) (263).

Para adoptar una y otra tesis será muy importante la posición que se adopte sobre la explotación agraria como unidad económica distinta en relación con las fincas, es decir, con la tierra (264). Para

(260) Cfr. DE CASTRO: Loc. últimamente citada. Véase, no obstante, nota 300 de nuestro trabajo.

(261) La industria accesoría, ligada inseparablemente a la explotación rural, puede presentar problema de si debe seguir o no el mismo destino que ésta.

(262) Lo disgregación de la explotación plantearía el problema del destino de los ganados (véase BALLARÍN: *El Código...*, pág. 68), aperos, instrumentos, abonos, semillas, edificaciones auxiliares, afectos muchas veces a la explotación más que a una finca determinada. Podrían establecerse preferencias entre los herederos o vincularlos, proporcionalmente, a las fincas.

(263) Y también en las explotaciones que padecen en sí mismas la dispersión parcelaria. La explotación rural fraccionada no constituye más que un agrupamiento rural artificial (DE JUGLART: *Droit rural...*, pág. 250, número 406). Pero, a veces, la dispersión parcelaria de la explotación es una situación inevitable, ya físicamente (sólo zonas aisladas son cultivables), ya económicamente. En las zonas montañosas, la diferencia de cultivos en ámbitos estrechos, fuerza, naturalmente, a una cierta división del suelo, de las distintas clases de cultivo, entre todos los poseedores (TUOR. pág. 379).

(264) La explotación es un complejo orgánico y unitario de bienes diversos, muebles (semovientes o no) e inmuebles (fincas y edificaciones). La relación unitaria entre los bienes se manifiesta en la unidad de dirección, de fuerzas de trabajo, de instrumentos y en la relación espacial. La explotación puede tener, y de hecho en muchos casos tiene, un valor superior a

unos la tierra «no es más que uno de los elementos del capital de la explotación. Aún más, de modo progresivo deja de tener en este capital el papel dominante», y así se comprende que «el centro del Derecho de bienes deje de encontrarse en tal o cual bien individual y especialmente en la propiedad de la tierra, para trasladarse a un nuevo bien que no es otro que la unidad económica de producción... la empresa, la explotación» (265). Para otros en la hacienda agrícola, «la parte—esto es, el fundo—es jurídicamente más importante que el todo—esto es, la hacienda» (266). En nuestro Derecho ha predominado hasta ahora esta última idea, si bien se apunta la consideración jurídica unitaria de la explotación, sobre todo en la Ley de Patrimonios Familiares (267).

Prácticamente no parece haber posibilidades de legislación muy eficaz por el camino de conservar las fincas y no las explotaciones. En cuanto hubiera más fincas que herederos beneficiarios no sería fácil establecer reglas claras para la distribución de las fincas. Por este camino no podría irse mucho más allá de reconocer exclusividad en las fincas a los herederos cultivadores directos o agricultores, de permitir en la partición sin convenio la desigualdad cualitativa de los lotes, de conceder, en caso de adjudicación

---

la suma de los valores de los bienes que la constituyen. El problema de *lege ferenda* es si debe protegerse ese mayor valor al liquidar y distribuir el patrimonio hereditario, aun en contra de otros intereses protegibles. No basta con descubrir ese valor, hace falta medir su intensidad y la de los intereses contrarios. En todo patrimonio puede observarse ordinariamente una cierta armonía ideada por el titular para asegurar la marcha de sus negocios y la satisfacción de sus necesidades y, sin embargo, no por respetar esta armonía se debe siempre eliminar jurídicamente la liquidación.

(265) SAVATIER, pág. 513. Ya vimos la importancia del concepto de explotación agrícola en el Derecho sucesorio francés. Bibliografía francesa sobre la empresa, en ROBERT, pág. 247, nota 2.

(266) VALERI citado por BARBERO, pág. 132. BARBERO, de acuerdo con esta idea, afirma que «la empresa agrícola es una especie particularmente cualificada: cualificada por la presencia inderogable del fundo en la hacienda» (pág. 135). También para DE CASTRO (*El Derecho agrario...*, página 384): «La venta de un predio (de tierra de pan llevar, dehesa, prado, huertos) o la enajenación de bienes raíces que forman un patrimonio familiar significan la transmisión de un especial inmueble y no el traspaso de una empresa o de un negocio... La impronta del empresario, justificadora, duradera y aislable del fundo, sobre la organización económica de la empresa difícilmente se da en el cultivo agrícola.»

El Código italiano no nombra a la «hacienda agrícola» (BARBERO, páginas 132 y 133). Sobre la cuestión en el Derecho italiano, con la bibliografía fundamental, MARIO LONGO: *Ob. cit.*

(267) Según BALLARÍN (*La evolución...*, pág. 34), en nuestro Derecho «resulta difícil remontarse por encima del mero vínculo pertenencial» Comp. arts. 1.056 C. c. y 8.ª Ley Hipotecaria y 44 Reglamento Hipotecario. En la Ley de Expropiación Forzosa (arts. 26 y 27) se parte de la idea de que las fincas complejas hipotecarias tienen un valor distinto de la suma de sus elementos. Respecto de la Ley de Patrimonios Familiares, DE CASTRO (*El Derecho agrario...*, pág. 398) estima que ni en el «patrimonio familiar» se llega a formar una unidad jurídica separada; «sólo los bienes inmuebles, es decir, la finca con el *instrumentum fundi* (y éste sólo como tal) es objeto de la regulación agraria y la que queda especialmente vinculada».

«pro indiviso», el derecho a pedir la venta en subasta entre los copropietarios. De acogerse, por el contrario, la idea de mantener la explotación misma debe permitirse la disgregación en fincas a voluntad del testador (268). En todo caso debería facilitarse la asignación indivisa de aquellas fincas que siendo inferiores a cierto tamaño pertenecieran a explotaciones que por sus dimensiones (véase seguidamente) no deban ser mantenidas en caso de partición hereditaria. Por último, debe advertirse que la necesidad de mantener indivisa la explotación misma es más evidente en las zonas de montaña o policultivo (269).

2. *¿Deben mantenerse indivisas todas las unidades o debe hacerse excepción con las que exceden de cierto tamaño?*—No parece que deba existir problema de tamaño mínimo. Por pequeña que sea una unidad agrícola ésta debe ser mantenida indivisa para no aumentar más el grado de subdivisión de la propiedad y de dispersión parcelaria. Pero ¿qué hacer con las grandes unidades agrícolas? El Derecho comparado y las razones de tipo social (270)

(268) WÖHRMANN (*Vom Reichs...*, pág. 583) aconseja para las comarcas alemanas sin tradición de atribución unitaria, hacer depender de la voluntad del propietario, no la originación del «Hof» sino su extinción. En cambio, parece que sería excesivamente leve y de poco éxito la limitación del especial régimen sucesorio a patrimonios familiares singularmente constituidos, propuestos para España (incluso dando Proyectos de la posible Ley) por PALÁ y ANTÓN CANO, obras citadas.

(269) En este tipo de explotaciones los elementos que las constituyen guardan una armonía especial: unas fincas no se conciben sin otras de diferente cultivo. El policultivo—como se hace notar—asegura la satisfacción de las necesidades de la casa y la subsistencia del ganado en un sistema de economía autónoma y, además, distribuye el trabajo familiar durante todo el año. Administrativamente habrían de señalarse las zonas de policultivo y los máximos (que serían bastante bajos) de cada clase de cultivo en la explotación que se transmite indivisa a un heredero.

(270) Estas razones están sintetizadas en la doctrina pontificia: Se debe «procurar sean muchísimos los propietarios. De esto, si se hace, resultarán notables provechos, y en primer lugar será conforme a equidad la distribución de bienes. Porque la violencia de las revoluciones ha dividido a los pueblos en dos clases de ciudadanos, poniendo entre ellos una distancia inmensa. Una poderosísima porque es riquísima, que como tiene en su mano todas las empresas productoras y, sobre todo, el comercio, atrae a sí para su propia utilidad y provecho todos los manantiales de riqueza y tiene no escaso poder aun en la misma administración de las cosas públicas. La otra es la muchedumbre pobre y débil con el ánimo llagado y pronto a amotinarse» (León XIII, *Rerum Novarum*). De otra parte, «sólo aquella estabilidad que arraiga en un patrimonio propio hace de la familia la célula vital más perfecta y fecunda de la sociedad, reuniendo espléndidamente con su progresiva cohesión a las generaciones presentes con las futuras» (Pío XII, Radiomensaje sobre «La cuestión social», 1 junio 1941).

La propiedad de tipo familiar ofrece «la imagen de una propiedad cortada a la escala humana», «fija a la familia en la tierra, previene el éxodo de los campos y la proletarianización de las poblaciones rurales que, de otro modo, sufren la atracción de la ciudad y del trabajo en las fábricas» (VOIRIN, pág. 552). Con esta propiedad se «fija en el suelo de los antepasados mayor número de descendientes» (DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 229). En favor también de la propiedad de tamaño familiar: BONET RAMÓN, págs. 213.

y quizá incluso las de tipo económico (271) inducen a señalar un máximo más allá del cual debe proceder la división de la unidad agri-

(271) La cuestión, en este terreno, parece dudosa. Unos opinan que sólo la gran propiedad, con los amplios medios de que dispone, está en situación de equiparse para una explotación casi industrializada (así la doctrina economista citada por BARASSI, pág. 347, y por VOIRIN, pág. 552). Según CAVESTANY (pág. 26) el Instituto de Investigación económica de Oxford ha llegado a la conclusión, en estudio reciente, de que existe una positiva relación entre tamaño y eficiencia en las explotaciones meramente agrícolas y, en cambio, no existe ninguna en la ganaderas. En concreto, en Rusia, en 1932, se propugnaba la explotación agrícola más grande del mundo, con una extensión de 220.000 hectáreas (VICENZO VISOCCHI según reseña de M. G. de O., págs. 276-277).

En cambio, otros estiman que «la agricultura es el ámbito en que la empresa puede, más fácilmente, permanecer a la medida de la familia. Mientras que las empresas industriales manejan la materia, la empresa agrícola tiene como carácter propio manejar la vida vegetal o animal, con sus caprichos y sus imprevistos... Esto impide en la agricultura el éxito de las empresas gigantes, cuyas instrucciones preparadas con anticipación y en serie no pueden hacer a tiempo las correcciones necesarias» (SAVATIER, página 519). En sentido análogo, aunque sin afirmarlo tajantemente, BOULDING, págs. 351 y 352; véase también págs. 563 y 564. También FRAUMONT, citado por BALLARIN: *La evolución...*, pág. 38. Si la productividad de las máquinas y edificaciones está en función de la extensión de las tierras cultivadas, en cambio, la fertilidad del suelo, el empleo de mejores rotaciones de cultivo, el equilibrio entre la población animal y la superficie de explotación y, sobre todo, la productividad del trabajo humano sólo alcanzan su óptimo en las explotaciones pequeñas o medias (VOIRIN, pág. 552). Y particularmente se alcanza esta productividad en el cultivo directo que hará producir a la tierra frutos en mayor abundancia, «porque el hombre, cuando trabaja en terreno que sabe que es suyo, lo hace con un afán y un esmero muchos mayores» (León XIII, *Rerum Novarum*; cfr. también VOIRIN, pág. 551). La unidad agrícola familiar es la unidad más al margen de los problemas (escasez, encarecimiento) que puede presentar la mano de obra, con especial agudeza en la etapa de la recolección (cfr. SCHIMBERBER, págs. 148 y 149). Es verdad que los tractores exigen cierta extensión mínima (el límite inferior de utilización del tractor parece que es alrededor de una hectárea, NOILHAN, pág. 362); pero, aparte de la esperanza en la capacidad inventiva que lo adapte a explotaciones inferiores (NOILHAN, pág. 361), éstas pueden beneficiarse del tractor «mediante cooperativas de cultivo o, aún más ampliamente, por la asociación de dos, tres o cuatro agricultores» (NOILHAN, pág. 362), y siempre es posible la coordinación técnica de varias haciendas familiares (cfr. BARASSI, pág. 406). Se estima (FRAUMONT, profesor de Economía Rural de la Universidad de París, citado por BALLARIN: *La evolución...*, pág. 38) que, de hecho, la mayor rentabilidad, en Dinamarca, Estados Unidos y Suiza corresponde a la explotación media.

La VII Asamblea General de la Conf. Europea de Agricultura concluyó (pág. 23) que «la pequeña explotación campesina es para los países europeos no sólo la forma habitual de cultivo, sino también una necesidad de orden social, económico y político» y su importancia «radica, en primer lugar, en la producción relativamente elevada por unidad de superficie, en los elevados rendimientos por hectárea cultivada y en el número importante de personas que viven de este trabajo».

En favor, véase también DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 229, y CASTÁN: *Familia y propiedad*, págs. 110-117, si bien se muestra partidario de una coexistencia de las explotaciones familiares y directas—que deben ser fomentadas—con las de tipo mayor, en la proporción que sea conveniente para cada pueblo y momento

cola (272). Los principios inspiradores de este criterio se recogen en el Fuero del Trabajo (273) y han orientado ya diferentes preceptos de la legislación española (274).

Debe evitarse la subdivisión de la propiedad y la dispersión parcelaria no a una escala máxima, sino en el grado que, según el momento, convenga económica y socialmente. Este grado, en principio, es el que inspira la explotación familiar (de familia de tipo medio) de cultivo personal y directo y para satisfacción de las necesidades según el tenor del campesino español. Queda a la prudencia del legislador (presente el problema del excedente de población) determinar si, como criterio, debe pensarse o no en cultivo mecanizado. La necesidad de que el máximo fijado se adecue a circunstancias muy concretas (275), impedirá señalar un máximo de superficie con carácter general (al estilo del art. 1.523 C. c.). Incluso la misma determinación administrativa de extensiones por zonas o comarcas y tipos de cultivo, con precedentes en el Derecho comparado y en la legislación española de u. m. de c., resulta rígida al no hacer más distinciones que las de secano y regadío y poco precisa por manejar estas distinciones (véanse notas 51, 75 y 76). Si, como parece necesario, cada unidad agrícola debe ser estimada siempre que se presente problema de atribución unitaria por su valor de rendimiento, puede fijarse, en principio, administrativamente un máximo (unidad máxima de cultivo en valor de rendimiento) más allá del cual sea posible la división respetando a su vez los mínimos establecidos (véase nota 272). Así y todo es conveniente, a causa de las diferentes condiciones locales, acomodar a estas las cifras de valor e incluso puede resultar inevitable, en cuanto a las normas relativas a las fincas en concreto, señalar por zonas y tipos de cultivo los máximos y mínimos de extensión (276).

(272) Si son las explotaciones las unidades que deben, en principio, mantenerse indivisas, procedería entonces su división en varias explotaciones autónomas hasta cierto tamaño, respetándose, a su vez, la integridad de las fincas mientras no rebasen ciertas dimensiones. Si las unidades que deben permanecer indivisas son directamente las fincas, procedería su división entre los herederos, pero respetando una unidad mínima.

(273) «El Estado asume la tarea de *multiplicar* y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana: el hogar familiar, la heredad de la tierra y los instrumentos o bienes de trabajo para uso cotidiano» (Decl. XII, 2).

(274) Expropiación de latifundios, privación de retracto arrendaticio, reservas a los propietarios de fincas sitas en zonas regables, unidades de colonización (que ya examinamos). Cfr. DE CASTRO: *El Derecho agrario...* págs. 397 y 398; LEAL: *Las unidades...*, pág. 19 y sigs.

(275) Calidad de los suelos, tipos y técnica de cultivo, condiciones sociales y económicas locales. (Cfr. SCHMERBER, pág. 78; B. O. BINNS, páginas 21 y 22.)

(276) Como estas medidas no irían acompañadas de la rigidez que impone la indivisibilidad entre vivos de las unidades agrícolas, éstas podrían modificarse mediante actos «entre vivos» para cumplir dos finalidades: 1.ª Su adaptación a las necesidades de cada familia (véase nota 79). 2.ª La formación de huertos familiares (véanse notas 75, 101 y 155). Pero

E. *Determinación del favorecido con la atribución unitaria* (277).—El primer criterio de determinación debe ser la voluntad del titular de la unidad agrícola que no debe encontrar cortapisas por razón de legítimas «in natura». Habiendo descendientes parece que la elección deberá limitarse entre ellos (278). También podría darse juego a la voluntad del cónyuge sobreviviente, sobre todo previo encargo del causante y particularmenté en combinación con la indivisión de la herencia durante la menor edad de los descendientes (279).

El problema se plantea con acritud cuando falta la designación voluntaria formulada directamente o por comisario más o menos condicionado, hay diferentes herederos, legales o voluntarios, y va-

quizá en la misma herencia podría darse algún juego a estas dos finalidades: 1.ª Poniendo el máximo indicado en función de la familia actual del favorecido por la atribución unitaria. 2.ª Estableciendo que en determinadas zonas muy industrializadas o próximas a los núcleos de población (medio kilómetro) o a los centros de trabajo de los herederos—en otras sería antieconómico—sea posible la división de las unidades agrícolas para huertos familiares.

(277) Si la explotación ha de disgregarse en varias explotaciones o en las fincas que la constituyen, en lugar de un favorecido, lo que procede es determinar varios favorecidos y el modo asignación a los mismos.

(278) Sobre el juego de la voluntad del causante en cuanto a la indivisión de las unidades agrícolas véase nota 251. Se proponen otras restricciones a la libertad de testar: Habiendo próximos parientes debe negarse la sucesión testamentaria (GIORGIANNI, pág. 328). En la sucesión en favor de no descendientes deben establecerse limitaciones de tipo troncal (PALÁ, páginas 69 y 70).

(279) Este juego de la voluntad del supérstite puede concebirse en combinación o no con situaciones de favor, que hemos visto ya en diferentes sistemas, para el supérstite (usufructo universal, situación de indivisión con independencia de la condición de los descendientes) o para los descendientes menores (indivisión hasta la mayor edad del último). Todas estas situaciones tienen la ventaja de mantener provisionalmente las unidades agrícolas. Están además de acuerdo con el movimiento moderno de favorecimiento de la situación del viudo en la herencia del consorte; el supérstite puede continuar así en el hogar familiar (cfr. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, III, pág. 977, núm. 3.084; DE JUGLART; *L'exploitation...*, pág. 198). Ya hemos visto las tendencias favorables del Derecho comparado. En Italia se estima «como prudente freno a la fácil disolución de la comunidad» (así BASSANELLI, pág. 259) la propuesta de indivisión contenida en el Proyecto de Ley sobre prohibición de fraccionamiento de las *unità poderali* asignadas a los cultivadores directos por los entes de colonización, redactado por el Observatorio Italiano de Derecho agrario (véase reproducido por BASSANELLI, págs. 265-267); GIORGIANNI, pág. 329, también propugna la indivisión entre cónyuges e hijos. En España, VALLET: *El Derecho patrimonial...*, pág. 15, estima que debe permitirse que se ordene la indivisión por los cónyuges.

Ahora bien, si estas situaciones han de durar más allá de la mayor edad del hijo menor, difícilmente pueden invocarse razones tuitivas en su justificación y, además, pueden significar una grave restricción de las legítimas en perjuicio de los fines que justifican la sucesión forzosa, particularmente si se extienden a todos los ámbitos, rurales o no, y a todos los bienes. (Sobre el usufructo universal, véase nota 23.) En cambio, está especialmente justificada la indivisión, en sentido tuitivo, es decir, en favor de los hijos no emancipados (por tanto puede terminar a voluntad de los órganos que tienen a su cargo su protección) e incluso concediendo al cónyuge su-



rios de ellos pretenden la atribución unitaria (280). Confiar a la autoridad la decisión del caso concreto, oyendo o no a los parientes, tiene las ventajas de que el resultado se adaptaría mejor a las circunstancias del caso (281). Pero son preferibles los criterios automáticos, porque los discrecionales, como ya vimos al exponer el Derecho comparado, provocan pleitos y, además, para evitarlos y evitar los gastos y disputas consiguientes, se llevarán a efecto con frecuencia la partición de las unidades que habrían de mantenerse indivisas.

En primera línea debe darse preferencia a los agricultores, prefiriendo a sus vez a los cultivadores directos y personales y más aún a los que lo sean de la misma unidad agrícola (arrendatario, aparcerero, colaborador del cultivo familiar) (282). Se evita así el desdoblamiento de las calidades de propietario y cultivador y a la vez se realiza un postulado de justicia social—que la tierra sea de quien la trabaja—con las consiguientes ventajas del cultivo directo, para la producción y para la sociedad campesina (283). La admisión

---

pérsite poderes de disposición en orden al cumplimiento de los deberes familiares. Esta situación facilitará un trato igual a todos los hijos en cuanto a su mantenimiento, educación y colocación. El principio inspirador se manifiesta en diferentes leyes especiales: las casas baratas pasan a los hijos menores o incapacitados en defecto del cónyuge (art. 16, R. D.-L. 10 octubre 1924); el disfrute del «huerto familiar» pasa, igualmente, en defecto de la viuda, «a los hijos solteros que continúen viviendo bajo el mismo techo» (art. 6.º, D. 12 mayo 1950). Fácilmente ocurrirá también que, por razón de la edad del posible elegido para la atribución unitaria, no pueda hacerse el nombramiento antes del fallecimiento del causante. Entonces resulta aún más justificada la situación de indivisión hasta que los herederos lleguen a la mayor edad, quedando, mientras tanto, aplazada la determinación del heredero favorecido con la atribución unitaria. Las circunstancias irán precisando quién debe ser éste (cfr. DE JUGLART: *L'exploitation...*, pág. 198; PALÁ, pág. 70). Resulta entonces indicado que el cónyuge superviviente pudiera tener facultades para designar al favorecido (ROCA: *La necesidad...*, pág. 369; BALLARÍN: *El Código civil...*, págs. 52 y 53; CASTÁN: *Familia y propiedad...*, pág. 81, también propone la admisión del testamento por cónyuge comisario nombrado tal en capitulaciones o en testamento). Véase nota 25.

(280) Si ninguno de los herederos tiene interés en la conservación de las unidades agrícolas, aunque la Ley ordenara la indivisibilidad e indique que proceda la venta en pública subasta, no habrá mucha seguridad de su efectividad. Cuando el heredero es el Estado debe procurarse la adjudicación de las unidades agrícolas a cultivadores directos y personales y en condiciones de pago similares a los que se fijan respecto de los herederos.

(281) PALÁ (pág. 69) propone que la designación corresponda a organismos locales especiales; para ANTÓN CANO (pág. 63), a falta de acuerdo de los herederos, se hará la designación libremente por el Juez asesorado por una Comisión especial.

(282) Habrá dificultades de apreciación en diferentes supuestos límites: trabajos directivos, trabajos en industrias accesorias, trabajos con carácter temporal, trabajos típicos de la mujer (economía y manufactura, cuidado de animales, ayuda en faenas extraordinarias). En todo caso, si se admite la división para «huertos familiares» (véase nota 276), no puede exigirse el carácter de agricultor profesional y en cambio deben exigirse las condiciones (vecindad) que hagan posible su cultivo directo y personal.

(283) Para las ventajas del cultivo directo véase nota 271. Reconocer

de esta preferencia; por sí sola, eliminaría ya, en muchos casos, las perturbaciones ocasionadas por la partición. También se ha pensado en exigir un minimum de capacidad técnica para la explotación (284).

El problema vuelve a surgir si en ninguno concurre las mencionadas circunstancias de preferencia o bien concurren por igual en varios. Podría valer entonces el criterio de la mayor cuota (índice de la preferencia del causante). Pero frecuentemente habrá igualdad de cuotas. Los posibles criterios de tipo social (pobreza, cargas familiares) (285) o económico (colindantes (286), heredero más solvente (287)) presentan indudables inconvenientes. Tam-

el apuntado criterio de preferencia, tan acusado ya en el Derecho comparado, es realizar el principio formulado en el Fuero del Trabajo, Decl. V, 6, fine, que ha inspirado ya diversos preceptos concretos (retractos arrendaticios, derecho de acceso, asignaciones en la zona de colonización) y que debe entenderse no en sentido clasista, sino en beneficio común por las ventajas para la producción, las garantías de arraigo a la tierra y como postulado de justicia social (cfr. DE CASTRO: *El Derecho agrario...*, páginas 394, 399 y 402). En contra del desdoblamiento de las calidades propietario-cultivador, BATLLE, prólogo a la obra citada de ANTÓN CANO, pág. 5. La supresión del desdoblamiento citado es aspiración común de casi todos los programas de reforma agraria (ANTÓN CANO, pág. 14). En favor de la preferencia del hijo que trabaja con sus propias manos (GIORGIANNI, página 329).

(284) Como hemos visto que sucede en Alemania. Las condiciones de Alemania en los años de la postguerra exigían imperiosamente que sólo se permitiera la explotación de un «Hof» a las personas aptas para obtener el máximo en pro de la alimentación del pueblo alemán (WÖHRMANN, pág. 587). Estas condiciones de aptitud parecen necesarias en quien ha de heredar una explotación si se quiere que ésta no sufra perturbaciones (cfr. BAUR, pág. 161). Dentro de esta dirección podría preferirse al mejor labrador, si no fuera porque supone introducir un criterio poco objetivo y, por tanto, propenso a pleitos.

(285) Han sido empleados ya con distintos matices respecto de huertos familiares (familia numerosa, Decreto de 12 de mayo de 1950), casas baratas (número de hijos y pobreza, art. 16 Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924), arrendamientos urbanos (cargas familiares, art. 53, 2, L.A.U.). Un correctivo a estos criterios supondría el no preferir a un coheredero respecto de otro, si a la edad de éste no tenía más cargas. En todo caso resulta un tanto arbitrario fijarse en la situación social concreta de los coherederos en un momento determinado (el de la partición): la fortuna es voluble. Además es difícilmente comprobable la cuantía de los bienes (fácil ocultación).

Podrían pensarse también en portergar a los ya propietarios de propiedad suficiente (cfr. DE JUGLART: *Droit Rural...*, pág. 34, núm. 22). Así se multiplicaría la propiedad (cfr. Decl. 12, Fuero del Trabajo). Presenta los mismos inconvenientes antes apuntados. Además la unidad agrícola que se ventila puede ser superior a la que tiene el postergado.

(286) Preferir al heredero colindante, sin duda, es fomentar la concentración de la propiedad. Pero el criterio se presta con facilidad a negociaciones peligrosas, a veces en detrimento de la integridad económica de la unidad agrícola (compra a colindantes, a precios, quizá, abusivos, en vista de herencias futuras).

(287) Este criterio es propuesto por BASSANELLI, pág. 263. Responde al interés social de evitar el sobreendeudamiento de las unidades agrícolas y a la necesidad de compensar a los coherederos. Sin embargo, sobre ser

bién los presenta el criterio de preferir al que decida la mayoría de intereses, absoluta o relativa, de la comunidad o al que se haga con mayor cuota (288). En distintos sistemas se establece la preferencia del sexo masculino (289) o la del heredero de más o de menos edad (290). Difícilmente estos últimos criterios pueden resultar justificados por razones intrínsecas; responden más bien a un razón de utilidad: la necesidad de la indivisión de las unidades agrícolas exige encontrar criterios objetivos de determinación del favorecido. En último término podría emplearse en sustitución de ellos el criterio de la suerte (291) si no fuera porque

una preferencia del capitalista, puede conducir, por el deseo de adquirir la solvencia inmediata (préstamos usurarios, fuertes hipotecas), a la situación de quebranto económico que se trata de evitar.

(288) El criterio de mayoría de intereses se sigue en artículo 4.º de la Ley sobre arrendamientos rústicos de 23 de julio de 1942. Este criterio y el de hacerse con la mayor cuota se prestan a negociaciones peligrosas que quebrantarían la integridad económica de la unidad agrícola.

(289) En Alemania se ha planteado agudamente el problema de la justificación de este criterio de preferencia con motivo de la equiparación de sexos establecida por la Ley fundamental de Bonn.

No obstante la equiparación, se ha tratado de mantener la preferencia de los varones por entenderla justificada en razones sociológicas y funcionales (véase el sistema alemán, sobre todo, nota 201; cfr. WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, págs. 584 y 585); los campesinos se oponen a la supresión porque están convencidos de que la preferencia se funda en la antiquísima tradición del campo y de que responde al orden natural en los fundos rústicos (WÖHRMANN: *Progetti...*, pág. 313). En Suiza se combate la preferencia por los autores por inconciliable con las ideas modernas y se juzga que su mantención responde únicamente a razones prácticas (disminuir el número de los pretendientes) (FEHR, pág. 230).

En todo caso, antes que al sexo masculino debe darse preferencia a la calidad de cultivador directo y personal, preferentemente sobre la misma unidad agrícola. El resultado práctico será, en los casos más frecuentes, que resulten designados los varones, pero el punto de partida para llegar a este resultado estará mejor fundado. Habrá casos en que, entonces, resulten preferidas mujeres por su condición de labradoras, pero, en tales casos, ello es lo justo. E incluso parece que para conceder la preferencia debe bastar que la dedicación al cultivo se dé en el cónyuge, aunque falte en el mismo heredero.

(290) En los sistemas jurídicos se da preferencia al mayor o al menor, nunca a los de edad intermedia. En favor de la preferencia del mayor concurren estas razones: su primacía moral en la familia en correspondencia a las especiales cargas morales manifiestas en caso de viudez prematura (cfr. también arts. 184, 220, 227, 230, 295 y 1.066 C. c.); su clara determinación desde que nace; recibe mayor aprendizaje; asegura mejor la continuidad de la explotación evitando largos interinazgos (arrendamientos quizá). En favor de la preferencia del menor están las siguientes: disminuye la frecuencia de los cambios de titular y sus perturbaciones consiguientes (cambios de dirección, endeudamiento para indemnizar a los coherederos); se fomenta el matrimonio precoz, pues, la explotación puede pasar al hijo sin tantas cargas familiares como en el supuesto del mayorazgo (ya están educados y colocados los demás hijos). Sobre la preferencia del mayor o menor (cfr. BAUR, pág. 159; WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, página 586; FUENMAYOR: *La mejora de labrar*, pág. 904, nota 92).

(291) Empleado en la sucesión de casas baratas, artículo 16, Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924.

fácilmente los interesados se pondrían de acuerdo para partir antes que entregarse al azar; por eso cualquiera de los apuntados es mejor que éste. También se ha pensado en sacar la unidad agrícola a subasta entre los herederos en quienes concurren por igual las circunstancias de preferencia, por ejemplo, entre los cultivadores directos (véase nota 280 y II, D, 2).

F. *Compensación a los coherederos*.—Siempre que no haya bienes en la herencia para compensar a los demás coherederos se plantea el problema de las compensaciones en metálico, el problema «más delicado» (292), la cuestión «cardinal» que es «especialmente difícil» (293). El peligro de las compensaciones (cuantía, efectividad inmediata) está: en el sobreendeudamiento de las unidades agrícolas, el cual aumenta progresivamente (aun descontando, como es debido, las deudas al hacer la valoración), si suceden las generaciones antes de que las compensaciones a los coherederos sean pagadas; en que agotan enteramente el numerario del favorecido, cuando no le obliguen a tomar dinero prestado en condiciones con frecuencia onerosas (294), poniendo en peligro a la explotación misma; en el temor de la ejecución judicial que hará indeseable la profesión de agricultor, ya mal compensada; en la misma necesidad que, quizá, en definitiva, tenga de desprenderse de la propiedad (295). Para la agricultura no sólo es perjudicial una trituración física de las unidades, sino también una trituración económica (296). Pero a la vez es necesario tener en cuenta los justos intereses de los demás coherederos, procurando, en principio, una cierta igualdad de trato. Para conseguir el justo equilibrio, partiendo de la necesaria continuidad de las unidades agrícolas, la idea fundamental debe ser considerar que el heredero favorecido no recibe la unidad por lo que vale en el mercado, sino por lo que rinde. Esto determinará que su estimación se haga por el valor de rendimiento y que las condiciones de pago de las compensaciones venga en función de los rendimientos anuales, puesto que las unidades agrícolas deben soportarlas en cuanto producen y no en cuanto mercancías.

1. *Valoración de las unidades agrícolas*.—En muchos países, y también en España, hay una gran desproporción entre el valor que las unidades agrícolas tienen en el mercado y el que tienen si se considera sus rendimientos concretos (297). Como, confor-

(292) ROSSEL y MENTHA, I, pág. 694.

(293) WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 588.

(294) A este respecto no podrá esperarse demasiado del crédito público; respecto de Francia, así SAVATIER, pág. 517.

(295) Cfr. autores citados en nota 182. También: EVELPIDIS, pág. 595; ROSSEL y MENTHA, I, pág. 694.

(296) Hay que tender no sólo a que el favorecido reciba explotaciones o fincas jurídicamente enteras sino también económica y financieramente enteras (cfr. BAUR, págs. 162 y 163).

(297) El fenómeno obedece a diferentes causas: inmisión en el mercado de la tierra de rentistas (inversión segura del dinero) y especuladores

me a las nuevas tendencias, se trata de que el nuevo propietario sea a la vez el cultivador, es lógico que, en principio, sólo se considere en la partición de la herencia el valor que el suelo tiene para el favorecido, es decir el valor en renta, el valor en función de su rendimiento concreto y no el valor venal (298). El valor venal sólo existe en función del supuesto indeseable de venta de la unidad agrícola, es decir, si se considera la tierra más como objeto de especulación, como mercancía, que como instrumento de producción.

Para facilitar esta valoración podrían establecerse índices objetivos de valoración del mismo modo que se establecen las actuales u. m. de c., es decir, por zonas y clases de cultivo (299).

La estimación por el valor de rendimiento debe tener un correctivo. Si su justificación reside en que se trata de valorar un bien en cuanto que sólo vale porque produce productos agrícolas, carece de justificación en los supuestos en que el bien cumple otras funciones económicas. Por eso, si en cierto plazo (10 ó 30 años) el heredero vende la unidad agrícola, o cambia su naturaleza agrícola (quizá también si la arrienda), los coherederos deben tener un derecho alternativo, cuya disyuntiva recíprocamente

---

(fácil ganancia pensando en la progresiva elevación de los precios de la tierra); ansia de tierra del labrador; escasez de ella en determinadas regiones. En ciertos supuestos la desproporción es especialmente acusada: enclavados, huertos familiares. En diferentes países se han tomado ya medidas especiales: respecto de Suiza cfr. OSWALD, pág. 373; véase también nota 130 de nuestro trabajo. La desproporción entre las dos valoraciones repercute en último término, en el labrador (comprador, arrendatario) con frecuencia, a costa de una insuficiente remuneración de sus esfuerzos.

(298) Cfr. FEHR, pág. 230. Partiendo de esta valoración no puede haber peligro de que, por razón de la partición de herencia, las unidades agrícolas se endeuden en modo que sus rendimientos no puedan soportarlo (cfr. THOR, pág. 377). No hay que ocultar, sin embargo, que el establecimiento de estos criterios de valoración tropezará con fuertes obstáculos en un ambiente acostumbrado a criterios igualitarios y simplistas por lo que, quizá, no pueda llevarse a cabo en una primera etapa legislativa.

(299) Es necesario dar criterios objetivos de valoración (quizá sea posible la referencia, por ejemplo, a la capacidad de siembra o de siega) para atenuar los peligros de pleito, tan inminentes por la existencia de encontrados intereses. En caso de litigio sobre la valoración o, en general, sobre estas materias, puede entender la jurisdicción ordinaria (PALÁ, pág. 71, propone, en cambio, respecto de los patrimonios familiares especialmente constituidos, Tribunales especiales); pero sería conveniente acudir, en estas cuestiones (criterios de preferencia, valoración), a labradores del lugar en vez de a peritos técnicos.

Parece que la valoración debe referirse al momento de la adquisición de cada unidad agrícola. Se valora capitalizando el rendimiento (deducidos gastos, importe por trabajos personales, interés del instrumental y restante capital (excluida la tierra) y beneficios de empresario); el tipo de interés debe ser, en cambio, bajo (la tierra es inversión segura); del valor restante deben detraerse las cargas y deudas que pesan sobre la unidad agrícola. En esta materia (dado que el pago a los coherederos se hace en plazos y que los coherederos tendrían derecho a la cuota del plus valor en caso de venta) sería indicado el empleo de índices de estabilización (tasa del trigo).

completa la función del derecho: 1) el de retracto (o derechos de adquisición análogos, según el supuesto); 2) el derecho a la cuota en la diferencia entre el valor de rendimiento y valor en venta (300).

2. *Cuantía de los derechos de los coherederos.*—Podría pensarse que la necesidad de mantener la integridad, incluso económica, de las unidades agrícolas justificaría la introducción de cierta desigualdad no sólo cualitativa sino también cuantitativa. Así se ha propuesto reducir las cuotas hereditarias e incluso las legítimas de los herederos no favorecidos (301), admitiendo, en cambio, un derecho de colocación y refugio (302). No parece, sin embargo, que sea necesario, para mantener la integridad de las uni-

---

Deberían evitarse que estas valoraciones tuvieran tales repercusiones fiscales (revalorización de bases fiscales) que resultaran más gravadas las unidades agrícolas cuya integridad económica se trata de conseguir.

(300) Este segundo extremo está recogido, como vimos, en Alemania y en Suiza, dado que desaparece el fundamento de la valoración por el rendimiento (cfr. BAUR, pág. 163). Admitiendo, además, el retracto, se elimina el peligro de fingir bajos precios a que se presta (cfr. ROSSEL y MERTHA, I, pág. 688) la solución de conceder únicamente a los coherederos un derecho a la cuota respectiva en el plus del precio de venta sobre el valor de rendimiento. En la transmisión a extraños debe presumirse, para evitar fraudes, la causa de venta. La duración temporal del derecho de los coherederos está justificada en la necesidad de no complicar excesivamente el tráfico. Fácilmente se desprende que quedaría prácticamente paralizado, durante ese tiempo, el tráfico sobre las unidades agrícolas. Otro posible correctivo de la estimación por el valor en renta, sería hacer excepción, respecto del sistema sucesorio especial, con las unidades agrícolas cuyo valor en venta fuera desproporcionalmente superior al acostumbrado.

(301) Véase nota 27; si el adjudicatario de la unidad agrícola es rico, las restricciones no tienen justificación alguna. SAPENA (pág. 726) propone, a propósito de la Ley de Patrimonios Familiares, la desafección patrimonial en cuanto a las legítimas no pagadas, cuando su titular no dejase a su vez herederos forzosos o por lo menos si falleciese sin disponer, o si continuase viviendo en la casa.

(302) La idea del derecho de colocación y refugio con exclusión de un *quantum* legítimo se vive, como vimos, en los Derechos forales. Inspiró también la Ley alemana de 1933, pero pronto fué rechazada por implicar una preferencia injusta y exagerada del atributario del «Hof» (WÖHRMANN: *Vom Reichs...*, pág. 589). ANTÓN CANO (pág. 63) la propone en términos estrictos, en su Proyecto de Ley para la constitución de patrimonios familiares. CASTÁN (*Familia y Propiedad*, pág. 12) propone, siguiendo a CARLOS ARAUZ DE ROBLES, que se admita el derecho de colocación o amparo haciendo expresa determinación del derecho. En la Ley española de Patrimonios Familiares se admite, como vimos, un derecho de refugio bastante precisado, además de el de «legítimas».

Si se estableciera el derecho de refugio o un derecho de alimentos de carácter preferente frente al favorecido con las unidades agrícolas, debiera permitirse tanto al titular del mismo, como al obligado, optar, concurriendo justa causa, por una pensión (cfr. art. 149, C. c.). La admisión de este derecho daría pie para disminuir las cuotas de los coherederos, aun partiendo del principio de igualdad: la disminución estaría justificada en concepto análogo al de primas del seguro, en este caso de refugio.

También podría pensarse que si, en principio, procede la valoración de las unidades agrícolas en función de los rendimientos, este principio debe excepcionarse frente al necesitado de alimentos: podría estimarse, pues,

dades agrícolas, una vez que se parta de la valoración por el rendimiento, introducir por Ley desigualdades cuantitativas ni siquiera en las cuotas de los herederos abintestato. Se establecería pues, entre los herederos meramente una desigualdad cualitativa. Desde el punto de vista de los herederos apartados de las unidades agrícolas, el sistema podría reputarse por sus resultados, injusto. Pero ya vimos (véase IV, C. y nota 255) que no es así, en términos generales, por cuanto implica sobre cierta equiparación económica, una análoga equiparación en cuanto a las posibilidades de colocación en la vida (302 bis). Hasta tal punto el hijo labrador no es realmente un privilegiado que su propia situación de entrega al campo viene a justificar la sucesión contractual, por la necesidad de compensar aquella situación de entrega con la garantía de la estabilidad o seguridad. Aún más, deben llevarse a la cuenta de la partición las ganancias que corresponden al hijo agricultor por los trabajos realizados en favor de la casa mientras sus hermanos podían dedicarse al aprendizaje de oficios o a trabajos en beneficio particular (303). Y, por el contrario, deben declararse siempre colacionables los gastos extraordinarios por carrera o aprendizaje de profesión (304).

3. *Condiciones del pago de las indemnizaciones a los coherederos.*—En cuanto al pago de las cuotas, una idea cardinal debe

que el favorecido por la atribución unitaria debe alimentos a los coherederos por el importe de la cuota correspondiente en la diferencia entre el valor en venta y el valor en renta.

(302 bis) Bajo el propio sistema igualitario los padres, conocedores de que en el campo no caben todos sus hijos, orientan con frecuencia a los que sobran hacia otras profesiones y éstos, al llegar la herencia, dejan las tierras a los que quedan en el campo a cambio de indemnizaciones. El sistema que se propone estimula y consagra esta solución. No es justo que los que abandonaron la tierra sean llamados a la parte *in natura* con los fieles a la tierra.

(303) Ya vimos como esta idea es ya acogida en Francia—de modo ciertamente singular—y en Suiza. La solución podría estar en que el hijo agricultor pudiera llevar a la cuenta de la herencia el salario que no ha cobrado, según las tablas *vigentes* (para evitar las perturbaciones de la depreciación de la moneda) al tiempo del fallecimiento del causante; a soluciones más justas y más convenientes a la integridad económica de la unidad agrícola puede llegarse considerando al que va a ser beneficiado como asociado del padre.

(304) Cfr. art. 32, párrafo final Apéndice Aragón y en cambio, artículo 1.042, Código civil; sobre la referencia en este artículo, al perjuicio de legítimas VALLET: *Apuntes...*, AN. DER. CIV., VIII, 2, págs. 323 y sigs. En el Derecho Comparado las posiciones son diversas. En el Código Francés no son colacionables los gastos de educación y aprendizaje (art. 852), pero sí los de establecimiento (art. 851). En el Código Alemán son colacionables los gastos hechos para la preparación de una profesión, que no están en proporción con la fortuna del difunto (§ 2.050), por ejemplo, los gastos de la preparación de una carrera o profesión en medida desproporcionada (BINDER, pág. 256). En el Código Suizo no son colacionables, salvo que se pruebe ser otra la voluntad del difunto, los gastos de educación e instrucción más que en la medida en que excedan los desembolsos ordinarios, pero ha de indemnizarse a los hijos aún no educados y a los impedidos (art. 631); no se consideran gastos de educación e instrucción ni los de

presidir su regulación, con lo que se evitan las consecuencias perturbadoras de su exigencia inmediata. El favorecido por la atribución de la unidad agrícola recibe, según hemos dicho, un bien en cuanto produce y no para que lo reduzca a metálico; por tanto, los coherederos no pueden exigir el inmediato pago del capital importe de sus cuotas, sino que esta exigencia debe estar en función de lo que recibe el favorecido con la unidad agrícola (305). Ahora bien, es justo reconocer a los coherederos las máximas garantías de la efectividad de sus derechos, sobre las mismas unidades agrícolas. Las fórmulas de posibles desarrollos de estas ideas son muy variadas (306). Incluso podría pensarse en instituciones de crédito oficialmente estimuladas para el descuento inmediato de los derechos de los coherederos, con lo que éstos, en caso de necesidad, conseguirían que el plazo les afectara lo menos posible.

establecimiento (ROSSEL y MENTHA, I, pág. 712) ni los gastos por estudios universitarios si exceden de la medida ordinaria seguida con los demás hijos. (TUOR, págs. 385 y 386).

(305) En sentido análogo SNAMA-STERNEGG, citado por HUBER: *Exposé des Motifs...*, pág. 304.

(306) Véanse las expuestas en los distintos sistemas jurídicos. Se ha propuesto retrasar la adjudicación de las unidades agrícolas hasta la efectividad o garantía real de las compensaciones y, con este fin, se ha propuesto la continuación de la comunidad, de modo que el adjudicatario lleve la explotación y reparta las ganancias previa detracción de su sueldo (cfr. B. O. BINNS, pág. 24 y sistema suizo); o también que el adjudicatario sea mientras tanto un arrendatario (así SAVATIER, págs. 516 y 517). Para la adjudicación debe bastar con la constitución de la garantía real; los sistemas de indivisión con carácter permanente presentan indudables inconvenientes (véase nota 35). Para conseguir la garantía real puede valer la afección a que se refiere el artículo 15, L. H., la anotación preventiva, una hipoteca legal o la figura de los censos, introduciendo, en todo caso, las necesarias adaptaciones. Las indemnizaciones habrían de pagarse por el sistema de amortizaciones (en las que se computarían los intereses), fijas o en función de los rendimientos; con plazos más o menos numerosos y largos, o admitiendo, además, supuestos de vencimiento del total (mejor fortuna del adjudicatario, venta de la unidad agrícola). Véase la propuesta del profesor CONRAD, hecha en 1884 para el Código civil Alemán, reseñada por HUBER: *Exposé des Motifs de l'avantprojet*, págs. 304 y siguientes. Se ha propuesto establecer enfiteusis en lugar de reembolso; así la Comisión de la Asamblea Legislativa italiana al informar sobre el proyecto de Código civil (cfr. FUENMAYOR: *La mejora de labrar...*, págs. 895-896) y así también el Observatorio Italiano de Derecho Agrario en su propuesta de febrero de 1939 (cfr. FUENMAYOR: *Loc. cit.* y BASSANELLI, págs. 260 y 265; en págs. 265 y sigs. reproduce este autor, como ya hemos dicho, el proyecto de Ley del Observatorio); BASSANELLI (págs. 263 y 264) se manifiesta partidario de esta solución. Estas cargas familiares de tipo real deben ser liberadas fácilmente: si no pueden ser liberadas, en general, con facilidad, será, probablemente, porque al determinar el valor de rendimiento no se ha valorado bien las detracciones que deben hacerse por trabajos personales y beneficio de empresario para calcular el rendimiento neto básico para la valoración total.

Al establecer las condiciones de pago de las indemnizaciones hay que tener en cuenta que en la medida en que la unidad agrícola esté sometida a un usufructo (por ejemplo el viudal), no podrá considerarse la misma como entregada a efectos de indemnizar a los coherederos.



## OBRAS CITADAS

- AGÚNDEZ: *El patrimonio familiar*, Madrid, 1954.
- ANTÓN CANO: *El patrimonio familiar agrícola*, Murcia, 1945.
- AVANZO (d'): *Appunti di Diritto agrario*, Roma, 1956.
- BALLARÍN: *El Código civil y la Agricultura*, «Rev. Est. Agr. Soc.», n.º 2.
- — *La evolución jurídica en Francia hacia un moderno Derecho agrario*, Conf. Semana Not. de Santander, Madrid, 1953.
- — *Aspectos y problemas del Derecho agrario en veinticinco países*, ANUARIO DERECHO CIVIL, IX, 1.
- BARASSI: *Proprietà e comproprietà*, Milán, 1951.
- BARRERO: *Fondo e azienda nell'impresa agraria*, «Atti» (\*), II.
- BASSANELLI: *Il problema della tutela giuridica della minima unità colturale*, «Riv. D. Agr.», 1942, julio-septiembre.
- BAUR: *Der landwirtschaftliche Betrieb als juristische Einheit nach deutschen Recht*, «Atti» (\*), II.
- BENEYTO: *Ensayo de concentración parcelaria en España*. Conferencia pronunciada en el I. N. de E. J., Madrid, 1955.
- BINDER: *Derecho de sucesiones*, trad. Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953.
- BINNS (B. O.): *Le remembrement des exploitations agricoles*, Washington-Roma, diciembre 1950. FAO.
- BONET RAMÓN: *Progresión legislativa y directrices del Derecho agrario en España*, «Rev. Esp. Leg. y Jur.», número del Centenario.
- BOULDING: *Análisis económico*, trad. Bramtot, 2.ª reimpresión, Madrid, 1951.
- CAMY: *Ley sobre cabidas mínimas de las parcelas cultivables*, «R. C. D. I.», 1955.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Familia y Propiedad (La propiedad familiar en la esfera del Derecho civil y en la del Derecho agrario)*, Madrid, 1956.
- — *Derecho civil español común y foral*, 5.ª ed., tomo IV, Madrid, 1942.
- — con el concurso de CALVILLO: *Derecho civil español, común y foral*, 8.ª ed., IV, Madrid, 1956.
- CASTRO (De): *Derecho civil de España*, I, Madrid, 2.ª ed., 1949; 3.ª ed., 1955 (cuando se cita la 2.ª ed., se dice expresamente).
- — *Las indemnizaciones por causa de muerte*, AN. DER. CIV., IX, 2.
- — *El Derecho agrario en España. Notas para su estudio*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, 2.
- CAVESTANY: *Menos agricultores y mejor agricultura*, «Rev. Est. Agr. Soc.», 1955, octubre-diciembre.
- DÍEZ GÓMEZ: *En torno a la Ley de unidades mínimas de cultivo*, «Rev. D. Not.», 1955, julio-diciembre.
- EVELPIDIS: *La réforme agraire en Grèce*, «Atti» (\*), I.
- FEHR: *La protection du sol agraire en Droit Suisse*, «Atti» (\*), II.
- FERRANDIS: *Sucesión en los arrendamientos rústicos*, AN. DER. CIV., VIII, 3.
- FERRARI: *Leyes de protección a la familia*, «Rev. I. del Not.», julio-septiembre de 1957.
- FOSAR: *Deberes impuestos a Notarios y Registradores por la legislación de unidades mínimas de cultivo*, «Rev. D. Not.», XX, abril-junio de 1958.
- — *Huertos familiares*, Pretor, julio-agosto, 1958.
- — *Juicio crítico de la legislación de mínimas unidades de cultivo*, «Rev. Est. Agr. Soc.», 1957, octubre-diciembre.
- FRASSOLDATI: *Sulla autonomia giuridica del Diritto Agrario*, «Atti» (\*), I.
- FUENMAYOR (de): *La mejora de labrar y poseer*, AN. DER. CIV., 1948, 3.
- G. DE VALDEAVELIANO: *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho Español Medieval*, Salamanca, 1956.
- GARCÍA DE OTEYZA: *Recensión a un trabajo de la O.E.C.E.*, «Rev. Est. Agr. Soc.», octubre-diciembre, 1957.
- GERMANI: *Lineamenti del ordinamento della proprietà fondiaria nel Diritto Positivo Italiano*, «Atti» (\*), II.

- GIORGIANI: *Per uno statuto della piccola proprietà contadina*, «Atti» (\*), II.
- GÓMEZ GÓMEZ: *Acercas de la Ley de unidades mínimas de cultivo*, R.C.D.I., 1955.
- GUASP: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956.
- HEDEMANN: *Gesamstand des Agrarrechts in der Bundesrepublik*, «Atti» (\*), I.
- — *Tratado de Derecho Civil*, («Derechos Reales»), trad. Díez Pastor-González Enríquez, Madrid, 1955.
- HINOJOSA: *La comunidad doméstica en España durante la Edad Media*, «Obras», II, Madrid, 1955, pág. 329 y sigs.
- — *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña*, «Obras», II, pág. 33 y sigs.
- HUBER: *Exposé des motifs de l'avant-projet*, Berna, 1902.
- JOVELLANOS: *Informe sobre la Ley Agraria*, Inst. Est. Pol., Madrid, 1955.
- JUGLART (de): *Droit Rural Spécial*, París, 1950.
- — *L'exploitation rural*, París, 1949.
- — *La protection de l'unité économique du bien rural*, «Atti» (\*), II.
- KOBLER: *Die Regelung des land-und forstwirtschaftlichen Grundstücksverkehrs in des deutschen Gesetzgebung*, «Atti» (\*), II.
- LANGE: *Über den Einfluss des Gleichberechtigungsgesetz auf die Hofeordnung (frühere BrZ)*, «Neue Jur. Wochenschrift», 11 octubre, 1957, Año X, cuaderno 41, pág. 1.593.
- LEAL: *La ley de unidades mínimas de cultivo*, «Rev. Est. Agr. Soc.», 1955, abril-junio.
- — *Las unidades objetivas en el Derecho Agrario Español*, Madrid, 1957.
- LEGEAIS: *Le droit au bail dans le partage*, «Rev. Tr. Dr. c.», 1950.
- LEÓN XIII: *Rerum Novarum*, «Editorial Ibérica», Madrid, 1931.
- LEVI: *Caratteristiche della legislazione agraria in Israel*, «Atti» (\*), I.
- LONGO: *La empresa en el Código Civil Italiano*, «Rev. Est. Agr. Soc.», número 10, 1955, enero-marzo.
- LÓPEZ JACOISTE: *El patrimonio familiar rústico*, Madrid, 1958.
- M. G. DE O.: *Reseña sobre la obra de Vincenzo Visocchi, «L'impresa agricola di dimensione familiari»*, «Rev. Est. Agr. Soc.», 1955, julio-septiembre.
- — *Recensión de la obra de Chombart de Lauwe y Morvan, «Les possibilités de la petite entreprise dans l'agriculture»*, «Rev. Est. Agr. Soc.», 1955, julio-septiembre.
- MARTÍN BALLESTERO: *La casa en el Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1944.
- MARTÍNEZ DE BEDOYA: *Algo sobre las medidas conservatorias de la concentración parcelaria*, «Rev. Est. Agr. Soc.», 1955, octubre-diciembre.
- — *Observaciones a la Ley sobre fijación de las unidades mínimas de cultivo*, R.C.D.I., 1955.
- MARTINO (de): *Della proprietà*, «Comm. del C. c.» Scialoja-Branca, 2.ª ed., Bolonia-Roma, 1954.
- MELON: *El Derecho de Familia en Alemania*, AN. DER. CIV., 1959, XII, 1.
- MENGI: *La minima unità colturale*, «Coloquio Int. de Droit Rural», París, 1957 (multicopista).
- NOILHAN: *Le concept d'unité d'exploitation agricole et sa protection juridique*, «Atti» (\*), II.
- OSSWALD: *Idées directrices et structure de la loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale*, «Atti» (\*), II.
- PALÁ: *El patrimonio rural vinculado*. 1.ª Semana Derecho Aragonés de Jaca, 1942, Zaragoza.
- PLANIOL-RIPERT-BOULANGER: *Traité élémentaire de Droit Civil*, I, París, 1950; III, París, 1951.
- POLAK Y SAMKALDEN: *Le Droit agricole neerlandais*, «Atti» (\*), I.
- PUGLIATTI: *La proprietà nel nuovo Diritto*, Milán, 1954.
- R.R.M.: *Reseña sobre la 7.ª Asamblea General de la Conf. Europea de la Agricultura*, «Rev. Est. Agr. Soc.», 1955, octubre-diciembre.
- RIPERT-BOULANGER: *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, IV, París, 1959.

- RIVERA SIMÓN: *Modalidades de Derecho Foral subsistentes en Menorca*, D.C.D.I., 1955.
- ROBERT: *Le divorce et l'exploitation familiale*, "Rev. Tr. Dr. c.", 1957, abril-junio.
- ROCA: *Derecho Hipotecario*, tomo II, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1954.
- — *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho Sucesorio*, «An. Ac. Matr. Not.», 1945, págs. 331 y sigs.
- ROSSEL y MÉNTHA: *Manuel du Droit civil Suisse*, I, Lausanne.
- RÖTELDMANN: *Das landwirtschaftsrecht im letzten Jahre*, *Monatshr. für Deutsches Recht*, 1958, febrero.
- SALAS MARTÍNEZ: *Las unidades mínimas de cultivo y el Registro de la Propiedad*, R.C.D.I., 1955.
- SAPENA: *En torno a la Ley de Patrimonio familiar*, «Rev. Der. Priv.», 1955, septiembre.
- SAVATIER: *L'évolution des structures du Droit Agricole Français*, «Atti» (\*), I. (Se cita siempre por esta obra, salvo cuando otra cosa se expresa).
- — *Notas de jurisprudencia*, «Rev. tr. Dr. c.», 1955 y 1957.
- SCHMERBER: *La reorganisation foncière en France*, París, 1950.
- SCHWIND: *Osterreichische Agrarpolitik im Spiegel des Gesetzes*, «Atti» (\*), I.
- SIDERIS: *Il Diritto Agrario e il nuovo Codice Civile Greco*, «Atti» (\*), I.
- STEUER: *Flurbereinigungsgesetz*, Munich y Berlín, 1956.
- «TRAVAUX» (Reforma Código Civil francés), 1949-1950.
- TUOR: *Das schweizerische Zivil Gesetzbuch*, Zürich, 1940.
- VALLET: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, AN. DER. CIV, IV, 4, y VIII, 2 (sólo se citan estos fascículos).
- — *El Derecho patrimonial familiar y sucesorio en el Código Civil y en su aplicación práctica*, Barcelona, 1946 (separata La Notaría).
- VOIRIN: *La propriété rurale en Droit Français contemporain*, «Atti» (\*), II.
- WOHRMANN: *Progetti di legge della Repubblica Federale Tedesca nel campo del Diritto Agrario*, «Riv. D. Agr.», octubre-diciembre, 1956.
- — *Vom Reichserbhofgesetz zur Hofeordnung*, «Atti» (\*), II.

---

\* Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto Agrario, Milán, 1954.



# VIDA JURÍDICA

## I. NOTICIAS

### Nueva redacción de la Ley de Introducción al Código civil brasileño

Sin alejarse demasiado de la línea general anterior, la Ley de 1.º de agosto de 1957 ha redactado de nuevo la de Introducción al Código civil, en cuyo ámbito se incluían las normas relativas a sus esferas personal, temporal y espacial de vigencia.

Las leyes tienen, en efecto, eficacia general e inmediata, sin perjuicio del respeto debido a los actos jurídicos perfectos, a los derechos adquiridos y a la cosa juzgada. Repútase acto jurídico perfecto el ya consumado conforme a la Ley anterior; considéranse adquiridos tanto los derechos que algien podía inmediatamente ejercer según aquella ordenación, como aquellos cuyo ejercicio tenía ya un término prefijado en ella o dependía de una condición preestablecida e inalterable. Cosa juzgada es la decisión judicial contra la que no quepa recurso alguno.

La vigencia de las leyes federales se inicia en todo el territorio brasileño a los cuarenta y cinco días de su publicación oficial, salvo disposición expresa en contra; en los Estados que hubieren reconocido esa vigencia, a los tres meses de su publicación. Las modificaciones de una Ley se reputan leyes nuevas. La legislación propia de los Estados señalará el plazo de "vacatio legis" de sus propias ordenaciones.

Salvo que la vigencia de una Ley esté expresamente limitada en el tiempo, se considerará vigente hasta su modificación o revocación por otra. La Ley posterior deroga la anterior cuando así lo declare, cuando sea incompatible con ella o cuando regule de nuevo enteramente la materia a que ambas se refieren. La derogación de la Ley nueva no supone restablecimiento de la anterior, a menos que expresamente así se disponga.

Además del principio universal de la no excusa del cumplimiento de la norma por ignorancia, se contienen otros dos de interés interpretativo: En la aplicación de las leyes el Juez atenderá a la finalidad social que las inspira y a las exigencias del Bien común; las omisiones en los textos legales se suplirán a través de la analogía, de la costumbre o de los principios generales del Derecho.

El sistema de Derecho internacional privado brasileño sigue basándose en la Ley del domicilio con algunas concesiones al fuero personal y la siempre presente reserva en favor del orden público interno. A aquéllas se refieren todas las cuestiones relacionadas con el nacimiento y fin de la personalidad, la familia y el nombre.

En materia matrimonial, la ley brasileña es de aplicación respecto de la forma e impedimentos dirimentes. Sin embargo, los contrayentes extranjeros podrán contraer el vínculo ante la autoridad consular acreditada que les sea común.

El régimen de bienes del matrimonio se somete a la Ley del domicilio conyugal, pero el extranjero casado que se naturalice podrá optar para el futuro por el sistema legal brasileño de comunidad, haciendo constar así en el Registro correspondiente y sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

Sólo se reconoce eficacia al divorcio cuando ambos cónyuges fueren extranjeros; en otro caso, se reconoce respecto del cónyuge extranjero pero quedando sometido a la limitación de no contraer nuevo matrimonio en Brasil.

El estatuto de los bienes inmuebles viene determinado por la Ley de su situación; el de los muebles por la del domicilio de su propietario. La prenda por la del domicilio de su poseedor.

La calificación de las obligaciones resulta remitida a la ley del lugar en que se constituyeron; los contratos se entienden celebrados en aquel donde resida el oferente. La forma se sujeta a la regla "locus regit actum" salvo que la obligación haya de ser cumplida en el Brasil y la ley brasileña someta aquélla a algún requisito constitutivo especial.

Cualquiera que sea la naturaleza de los bienes, la Ley del país en que el causante estaba domiciliado rige la sucesión. Sin embargo, se aplicará la brasileña cuando fuere más favorable que la extranjera a los derechos del cónyuge o de los hijos brasileños del fallecido o desaparecido. La capacidad del heredero o legatario se somete a la Ley de su domicilio.

La ley del lugar de constitución determina el estatuto aplicable a las personas jurídicas de interés colectivo. Ni éstas ni los Gobiernos extranjeros pueden adquirir ni poseer en Brasil otros bienes inmuebles que los destinados a representaciones diplomáticas o consulares. La misma norma se aplica a cualesquiera bienes susceptibles de expropiación.

Sólo la autoridad judicial brasileña es competente para conocer de las acciones relativas a inmuebles sitos en el país. Lo es igualmente en materia de obligaciones cuando éstas deban cumplirse en el Brasil o el demandado estuviere allí domiciliado. El Juez nacional puede exigir la prueba de la Ley extranjera que desconozca. La prueba de los hechos acaecidos en el extranjero se regirá por la ley foránea, pero el juez brasileño puede rechazar los medios ignorados por su propio ordenamiento.

Las sentencias extranjeras sólo se ejecutarán cuando reúnan los requisitos siguientes: a) Haber sido dictadas por Juez o Tribunal competente; b) Haber sido oídas las partes o procedido legalmente en rebeldía; c) Revestir las circunstancias exigidas para ser ejecutada en el lugar donde fueron proferidas; d) Haber sido homologadas por el Tribunal Supremo salvo que se refieran al estado de las personas.

Las leyes o sentencias extranjeras y las declaraciones de voluntad que ofendieren la soberanía nacional o el orden público brasileños, así como las contrarias a las buenas costumbres, carecerán de eficacia en Brasil.

## II. DICTAMENES

### Dictamen sobre deslinde de montes

Ante el Letrado más abajo firmante comparece don M., mayor de edad agricultor, vecino de Benasque (Huesca), que me dice actuar en nombre propio y en representación —que tiene formalmente conferida— de los demás condóminos del Monte denominado Estós, sito en el mismo término municipal de Benasque, y me requiere para que emita dictamen sobre los extremos que más adelante se precisarán en base a los siguientes

#### ANTECEDENTES

1.º Según resulta del Registro de la Propiedad de Boltaña, don N., y ciento ochenta y cuatro condóminos más, tienen inscrito a su favor el dominio de la siguiente finca:

«Un monte llamado Estós, sito en el término municipal de Benasque, de mil cuatrocientas sesenta hectáreas, once áreas y quince centiáreas, que linda: Oriente y Mediodía Monte Común: Poniente. Montes de Plan y San Juan y Norte, términos de Francia (según resulta de la inscripción 4.ª, obrante al Folio 174 del Tomo 210 del Archivo, Libro 5.º del Ayuntamiento de Benasque, finca 143 duplicado).»

2.º La finca antes aludida linda con otro monte que figura inscrito registralmente a favor del Ayuntamiento de Benasque, en el Tomo 252 del Archivo, Libro Séptimo del Ayuntamiento de Benasque, Folio 37, inscripción primera de la finca número, 1.139. El texto de la inscripción es el siguiente:

«Rústica.—Monte denominado *Derecha del Río Esera*, sito en el término municipal de Benasque, catalogado con el número veintinueve de aprovechamiento forestal, que produce maderas de pino, abeto y avellano y pastos, *de ignorada extensión*, que linda: por el Norte con término; Sur y Este con Monte común, y Oeste con término de Eriste. El Ayuntamiento de Benasque posee esta finca desde hace más de treinta años, en que la adquirió en virtud de leyes desamortizadas, como procedente de los bienes propios del Ayuntamiento de Benasque, figurando así en el inventario y careciendo de título de dominio, en cuya virtud y no existiendo asiento que lo impida, inscribo a favor del Ayuntamiento de Benasque la posesión de esta finca, sin perjuicio de tercero de mejor derecho.»

«Así resulta de una certificación expedida por duplicado el 25 de febrero último por el Secretario de dicho Ayuntamiento don Ricardo Blasco Balfagón, con el visto bueno del Alcalde ejerciente del mismo don F. R., constando más por extenso en la inscripción primera de la finca número 1.131, al folio 29 de este tomo, a la que me refiero. Exento del impuesto. Boltaña, 4 de abril de 1944. D. L.—Rubricado.»

3.º El monte denominado «Derecha del Río Esera» antes aludido, figura inscrito a favor del Ayuntamiento de Benasque en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la Provincia de Huesca, con el número 29, y en los siguientes términos:

*Número 29.*

*Término municipal:* Benasque.

*Nombres:* Valle de la derecha del Río Esera.

*Pertenencia:* A la villa de Benasque y anejas.

*Limites:* N. con frontera francesa.

E. con Río Esera.

S. con monte público denominado Puyarbal de Eriste (Sahun) y propiedades particulares.

O. con monte Puyarbal ya citado y frontera francesa.

*Especies:* Pinus Sylvestris.

*Cabida total:* 8.735 hectáreas.

*Cabida forestal:* 8.735 hectáreas.

(Datos tomados de una certificación oficial.)

4.º En el Boletín Oficial de la Provincia de Huesca de fecha 13 de marzo de 1957, se publicó un anuncio emanado del Distrito Forestal de Huesca cuyo texto literal es el siguiente:

«Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial. Anuncio de declaración de estado de deslinde.

En uso de las facultades que me confiere el artículo 16 de las Instrucciones aprobadas por Real Decreto Ley de 17 de octubre de 1925, he acordado declarar en estado de deslinde el Monte número 29 del Catálogo de los de Utilidad Pública de esta Provincia, denominado «Valle de la Derecha del Río Esera», de la pertenencia de la Villa de Benasque, y sito en su término municipal; en su virtud, mando a los dueños de las fincas colindantes o enclavadas en el citado monte que pretendan realizar aprovechamientos solicitarán en esta Jefatura se les señale la faja o zona prohibitiva que debe ser respetada.

Todas las autoridades y agentes de la Autoridad impedirán el quebrantamiento de lo dispuesto en el presente anuncio y denunciarán cuantas infracciones se cometan.»

5.º En la memoria preliminar formulada por la 4.ª Sección del Distrito Forestal de Huesca, se justifica la necesidad del deslinde del Monte particular de Estós, con el monte perteneciente al Ayuntamiento de Benasque denominado Valle de la derecha del Río Esera (Monte 29 del Catálogo).

Se pone de relieve que la finca Estós tiene dos límites fijos e inmutables, el Norte que da con la frontera francesa y al Oeste con el Monte de Plan y de San Juan, que es línea separatoria de términos municipales. Consi-



dera que las dudas y pretensiones se pueden presentar en los límites Este y Sur. Se dice textualmente:

«Proponemos un deslinde que tiene por objeto fijar y materializar sobre el terreno los límites Este y Sur de la finca, de modo que quede una superficie cerrada, con la cabida total que consta en el título que la ampara.»

La misma memoria, después de reseñar los antecedentes de un deslinde iniciado en 1921, que dió lugar a una fijación de una zona prohibitiva y de otra no prohibitiva en el Monte Estós, que quedó firme por Real Orden de 23 de noviembre de 1923, hace alusión a las características topográficas de la zona y recalca que es «una de las más abruptas del Pirineo Aragonés», lindando con la nación francesa y con cotas comprendidas entre los 1.000 y 3.375 metros de altitud.

Refiriéndose al Monte 29 dice: «como su nombre indica, forma la vertiente derecha superior del río Esera, afluente del Cinca».

Terminase diciendo que se considera que «con los antecedentes obrantes en el Ayuntamiento de Benasque y Distrito Forestal relativos a actuaciones de la Administración Forestal... podrán resolverse todas las dudas o cuestiones».

6.º Acordada la práctica del deslinde, la mayoría de los propietarios (condóminos) del Monte Estós comparecieron en el expediente incoado por la Jefatura Forestal de Huesca, presentando dentro del plazo de que disponían una serie de pruebas que, a su juicio, acreditaban la extensión geográfica de su situación posesoria, extensión muy por encima de las 1.460 Ha., a cuya fijación, antes de abrir el deslinde, el Ingeniero operador proponía concretar éste.

Se presentó en aquél trámite y con fecha de 17 de julio de 1958, un escrito exponiendo a la Administración el punto de vista sustentado por los condóminos.

La enumeración de estas distintas pruebas y alegaciones se hará más adelante en el dictamen al realizar su estudio analítico, por lo que se juzga innecesario reiterar su exposición en estos Antecedentes.

7.º Una vez informadas estas reclamaciones por la Abogacía del Estado de Huesca, se procedió a realizar sobre el terreno la diligencia de apeo, en la cual los propietarios reiteraron sus protestas sobre lo que entendían ser su derecho, protestas, por cierto, corroboradas expresamente por el representante del Ayuntamiento de Benasque, propietario del Monte público de cuyo deslinde se trata. Reiterando a su vez el Ingeniero el criterio único de la cabida, y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo se trazaron dos líneas de apeo distintas expresivas de las dos posiciones indicadas. Con fecha de 2 de diciembre de 1958, el Ingeniero operador eleva un «Informe y propuesta relativos a la ejecución del deslinde parcial del Monte número 29 del Catálogo de los de Utilidad pública de la Provincia de Huesca, denominado Valle de la Derecha del Río Esera, perteneciente a la Villa de Benasque y anejas, sito en su término municipal, en su colindancia con la finca Estós». Este «Informe y propuesta», tras deses-

timar íntegramente todas las pruebas posesorias aportadas por los condóminos del Monte Estós, y después de una larga serie de argumentos y consideraciones, justifica la línea de apeo por él sostenida y elevada a propuesta definitiva de deslinde, justificándola en el dato único de la cabida registral de la finca Monte Estós, lo que equivale a reducir la extensión de ésta a la cuarta parte de lo que sus propietarios sostienen ser la verdadera superficie.

Del informe del Abogado del Estado, de las incidencias del apeo y del «Informe y propuesta» del Ingeniero operador se tratará en el dictamen con cierta detención, por lo que parece innecesario intentar resumirlos en estos Antecedentes.

8.º Posteriormente se ha otorgado a la propiedad del Monte Estós un plazo de vista y audiencia en el expediente de deslinde que concluyen de evacuar sin que hasta el momento se haya producido decisión.

#### CONSULTA

En base a los anteriores Antecedentes, y facilitándome todos los documentos y planos a ellos relativos, incluso copias de los informes oficiales obrantes en el expediente de deslinde, que se han obtenido en el trámite de vista del mismo, el compareciente me requiere para que emita dictamen sobre los siguientes extremos:

1.º Si la propuesta de deslinde elevada por el Ingeniero con fecha 2 de diciembre de 1958 entre las fincas Monte Estós y Monte del Valle de la Derecha del Río Esera, está o no fundada en derecho, tanto en cuanto a los principios de que parte sobre la función propia de un expediente administrativo de deslinde, como por lo que hace a los criterios materiales y de hecho en ella utilizados.

2.º Si por su parte, la línea de apeo propuesta por los condóminos privados de Monte Estós se ajusta a derecho en cuanto a los mismos términos de los principios propios de un deslinde administrativo y de la valoración material de las pruebas obrantes en el expediente.

Y este Letrado, aceptando dicho requerimiento, tiene el honor de formular el siguiente

#### DICTAMEN

##### I

#### LA IDENTIFICACION DE LAS DOS FINCAS Y EL PROBLEMA DE SU DESLINDE

1. *Las fincas se identifican por su situación y linderos, siendo la cabida un dato secundario de individualización que cede siempre ante aquellos otros.*

Parece oportuno comenzar estableciendo algunas precisiones fundamentales a propósito del problema general de la identificación física de las fincas

rústicas y de su trascendencia en los expedientes de deslindes cuando una de las fincas es precisamente un monte público.

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina han elaborado de consuno la llamada *doctrina de los cuerpos ciertos* a propósito del problema de identificación de las fincas. El Derecho español recoge expresamente esta doctrina en dos preceptos esenciales: el art. 9 de la Ley Hipotecaria, en cuya regla 1.ª se reputan como elementos esenciales de identificación registral de la finca «la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles», siendo accidental «su medida superficial», que sólo se hará constar «si constare del título», y el art. 1.471 del Código Civil, donde se declaran «indispensables en toda enajenación de inmuebles» la expresión de linderos, y determinación completamente accidental la cabida de los mismos, resolviendo de una manera formal y categórica el conflicto o incongruencia entre los linderos y la cabida declarada a favor de aquéllos en el caso máximo de la venta de inmuebles—caso máximo, decimos, porque es en él cuando el problema trasciende a su más extrema gravedad, al convertirse en cuestión causal en un contrato bilateral oneroso, y afectando por consiguiente a la justicia esencial que entre las partes ha de asegurar el contrato—.

El Tribunal Supremo, Sala 1.ª, ha generalizado estos preceptos singulares en declaraciones expresivas de una seguridad de criterio excepcional, supuesta la cautela y discreción con que la jurisprudencia suele pronunciarse.

—Sentencia de 9 de noviembre de 1949: «Considerando que *la medida superficial de un inmueble es sólo un dato secundario de identificación, para la cual, conocida su naturaleza y situación bastan los linderos, únicos datos exigidos como indispensables por la Ley Hipotecaria en su art. 9.º para su inscripción.*

—Sentencia de 12 de marzo de 1948: «*El exceso o defecto de cabida significa en su sentido ideológico y literal, no la configuración de una finca nueva y distinta de aquella en que tal efecto se produce, sino el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida contenidas en la extensión territorial delimitada de modo exclusivo por sus linderos que constituyen el perímetro que determina la parte de la superficie terrestre objeto de consideración jurídica en cada caso.*»

—Sentencia de 29 de marzo de 1927: «Considerando que es precedente el primer motivo en que el recurso se funda, dadas las declaraciones que la Sala hace por haberse separado ésta de la teoría de los cuerpos ciertos cuando se determinan las fincas, olvidándose de lo que es la finca en el concepto del Derecho Civil, de la Ley Hipotecaria, del Catastro, de la jurisprudencia de este Tribunal y muy especialmente de las declaraciones hechas por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en materia de linderos y determinación de las fincas... porque la fisonomía de la finca la determina su naturaleza y sus linderos, y únicamente la cabida da y quita derechos cuando se transforman, se modifican, se agregan, se segregan; en una palabra, cuando la finca no conserva su primitiva naturaleza... La Ley Hipotecaria, la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos, las disposiciones nacionales y extranjeras en materia de Catastro siguen la misma regla del Código Civil [art. 1.471] integrando la finca en primer lugar su naturaleza y sus linderos y sólo si se modifican

*éstos es cuando la cabida marca y limita los derechos... Esta es la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.»*

Con independencia de esta doctrina general, en cuya importancia no parece necesario insistir, debe llamarse particularmente la atención sobre la declaración de la Sentencia de 12 de marzo de 1948, que acaba de citarse, según la cual, como se ha visto, la incongruencia entre cabida y límites, tan absolutamente frecuente, por otra parte, postula simplemente «el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida contenidas en la extensión territorial delimitada de modo exclusivo por sus linderos». Esta tesis, que es una consecuencia elemental de la doctrina del cuerpo cierto, se justifica en otra *Sentencia de la misma Sala 1.ª de 26 de junio de 1956*, aún no citada, calificando los defectos o excesos de cabida como «mero error de cálculo», supuesto que «la ley da prevalencia» a la individualización por la situación y los linderos.

Una aplicación legal, no ya jurisprudencial, de este criterio es la contenida en la Ley y Reglamento Hipotecarios al regular un procedimiento extrajudicial de rectificación de errores de cabida a simple iniciativa del titular inscrito, en tanto que de ninguna manera se prevé un procedimiento análogo para la rectificación de situación y límites: es decir, que así como esto último implicaría una alteración de la finca, la corrección de los datos de cabida se entiende que es una simple rectificación numérica de un error de cálculo, en las expresiones del Tribunal Supremo, que no afectan a la finca ni a su individualización. «Propiamente—dice el Catedrático de Zaragoza LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, pág. 97—no puede hablarse en tal supuesto ni de inscripción ni aun de inmatriculación de una superficie no inscrita, ya que *la superficie figura en el Registro si bien mal expresada: lo que hay es una rectificación de una medida superficial*. Por esto— dice Sanz Fernández— es exacto el art. 200 de la Ley (Hipotecaria) que habla de *hacer constar la mayor cabida de las fincas inscritas*, y, aún más, el art. 201, 2.ª, que habla de *rectificar la extensión*».

Hemos querido mostrar la solidez legal y jurisprudencial de la doctrina de los cuerpos ciertos antes de justificar sus razones de fondo. Por lo demás, esta razón de fondo es absolutamente elemental: la especificidad esencial de los bienes inmuebles, que es a lo que alude la calificación de «ciertos», y, negativamente, la imposibilidad de considerarlos (salvo pacto expreso, art. 1.469 del Código Civil: venta a medida) como cosas genéricas, expresables en medidas abstractas, que a tanto equivaldría atribuir carácter esencial de identificación a la cabida según unidades superficiales de medida. Así como los bienes muebles admiten ordinariamente una determinación genérica, no los inmuebles: alguien puede ser propietario de veinte kilos de trigo o de 2.000 pesetas y el tráfico no requiere especificación de que granos singulares de trigo en concreto ni de cuáles pesetas, atendida la numeración de los billetes, pero se es propietario de esta huerta, de aquella casa, del monte tal situado en tal sitio y con tales linderos, es decir, de un «cuerpo cierto», específico, singular y singularizable entre todos los análogos.

No se es propietario, pues, para ejemplarizar ya con el caso consultado.

de 1.460 hectáreas de monte genéricamente, sino de un monte cierto, el Monte Estós. El problema es luego individualizar este monte cierto y específico. ¿Es ello posible?

2. *La identificación física de las dos fincas a deslindar: Monte Estós y Monte del Valle de la derecha del río Esera.*

Todas las operaciones de deslinde que se proponen, desde la Memoria inicial, parten de la afirmación de la indeterminación absoluta de las lindes comunes entre los dos montes, el público, propiedad del Ayuntamiento de Benasque, llamado «Monte del Valle de la derecha del Río Esera» y del particular, propiedad de una extensa comunidad de propietarios y llamado «Monte Estós». Los títulos inscritos de ambos Montes, y el propio Catálogo, por lo que hace al Monte público, se limitan a afirmar que lindan entre sí, pero no declaran la situación concreta de esa línea divisoria.

Esa manera de describir las lindes, por simple referencia a las propiedades limitrofes, sin precisiones topográficas, es absoluta y totalmente común en el tráfico de inmuebles, como puede corroborar cualquiera que tenga la más mínima experiencia en la documentación respectiva, registral notarial, fiscal. No se trata, de ninguna manera, de una peculiaridad de estas fincas, sino de un uso general, y por eso no tiene sentido intentar imputar la imprecisión que de ello pueda resultar—sobre ello hablaremos inmediatamente—a culpa o malicia de los propietarios del Monte Estós, como viene a sugerir el Informe y propuesta de deslinde que formula el Ingeniero operador («nada habría costado aclarar en el momento de redactar el documento» la situación topográfica de las lindes). Aparte que lo mismo podría decirse de la entidad propietaria del Monte público, pues la divisoria es común, es lo cierto que se trata de una práctica absolutamente general, que, acaso pueda sorprender a un perito en mediciones y en planimetría, pero que de ningún modo causa extrañeza en cualquier jurista con alguna práctica del tráfico de inmuebles.

Ahora bien, es precisamente a esta práctica a la que nuestro Derecho aplica como hemos visto, la doctrina del cuerpo cierto con su correlato de la absoluta relatividad de los datos de cabida. La certidumbre y especificidad de la finca ha de deducirse entonces de otros datos que los que la localización topográfica de los linderos puede facilitar, y estos otros datos son típicamente dos: la remisión a una individualización conocida en el tráfico, y a la cual se remiten las partes del negocio, y la posesión. De la posesión nos ocuparemos más adelante; hemos ahora de detenernos en el otro criterio. El ilustre notario de Barcelona SANAHUJA SOLER, en su trabajo *Cuestiones sobre cabida en la venta de inmuebles*, publicado por el Colegio Notarial de Barcelona en el tomo *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, 1947, interpreta así la doctrina del cuerpo cierto:

«La disposición del Código consagra la doctrina de la venta de cuerpo cierto, refiriéndose a la venta de una cosa que es conocida por ambas partes y a la cual se remiten al contratar. La

expresión de cabida es sólo un dato para la identificación del inmueble..., pero sin que derive ningún efecto contractual entre las partes.» (Pág. 213.)

Es decir, que si se hubiese vendido el Monte Estós exactamente con los mismos datos de linderos imprecisos y de cabida que figuran en el Registro, se habría vendido el cuerpo cierto «que se conoce» como Monte Estós, y no sólo 1.460 hectáreas de monte a determinar, y esto según el art. 1.471 del Código. Ya notamos que este supuesto de la venta es el caso más extremo por afectar a la justicia intercontractual, y el que aun aquí se imponga la tesis del cuerpo cierto ilustra expresivamente sobre el carácter general de la misma.

El dato de la individualización física de la finca aceptada públicamente, es, pues, de primera importancia, porque es él el que está primariamente en el ánimo de las partes. Pues bien, respecto del caso consultado podemos concluir con absoluta seguridad que este dato basta por sí solo para resolver a imprecisión topográfica de las lindes. He aquí las razones:

—el uso popular de la designación toponímica «Monte Estós» se refiere precisamente a la unidad geográfica que como propia la comunidad propietaria reclama en el deslinde. Esto no ha podido rebatirlo el propio Ingeniero encargado y aun en su Informe hay datos decisivos que él mismo aporta en tal sentido, como veremos.

—el uso popular de la designación toponímica «Monte del Valle de la derecha del Río Esera», remite, como es natural, a lo que la designación describe en términos perfectamente inequívocos: a la parte derecha del Valle del Río Esera; se trata de una designación descriptiva que no admite confusión alguna y, menos que cualquiera, la de intentar extender la finca o a la izquierda del río Esera, o mucho menos, al valle de otro río distinto, como es el Estós; sin embargo, manipulando el único dato de la cabida del Monte Estós, esto es lo que resulta de la propuesta de deslinde, según veremos.

—es decisivo, a nuestro juicio, por encima del uso popular, cuál sea la creencia sobre la situación y localización de las fincas que está y ha estado siempre en el ánimo de los dos colindantes; y sobre cuál sea el ánimo de los propietarios del Monte Estós dejamos la palabra al Informe y propuesta de deslinde que eleva el Ingeniero encargado:

«En la mente de la mayoría de los propietarios ESTABA Y ESTA LA CREENCIA DE QUE POSEIAN LA TOTALIDAD DE LA SUPERFICIE QUE VIERTE AGUAS AL BARRANCO ESTOS».

Conviene advertir que, como el mismo Informe dice, los propietarios del Monte Estós constituyen el 90 % de los vecinos de Benasque, es decir, que se trata de una situación de publicidad difícilmente superable; tampoco es admisible la suposición de que nada menos que 185 comuneros sostengan tal afirmación de una fórmula maliciosa o interesada; los mismos términos de la afirmación del Ingeniero no dudan de la buena fe.

—en fin, que es esa la localización del Monte Estós que acepta y ha aceptado siempre la entidad propietaria del Monte del

Valle de la derecha del Río Esera lo precisáramos más adelante; bástenos ahora aludir a las rendiciones de cuentas que el Ayuntamiento ha hecho a la comunidad de propietarios, así como al hecho, que nos parece decisivo, de la *manifestación que en la propia diligencia de apeo hizo el comisionado del Ayuntamiento en el mismo sentido.*

En resolución, existe una indubitable publicidad que precisa el límite común de las dos fincas a deslindar de una manera cierta y específica, y esta publicidad material basta a suplir la posible insuficiencia de los datos del Registro, y concretamente consta que en esa creencia pública participan, y han participado siempre de buena fe, las dos entidades respectivamente propietarias, y, en fin, el carácter descriptivo de una situación geográfica absolutamente precisa e inconfundible que luce de manera inequívoca en la designación de una de las fincas corrobora categóricamente la localización exacta de esa línea divisoria común.

Para concluir este apartado puede ser oportuno insistir un momento sobre ese último argumento de la localización por los datos descriptivos que ofrece el nombre «Monte del Valle de la derecha del Río Esera». No es éste un nombre propio, como es elemental, sino inequívocamente descriptivo de una situación perfectamente concreta. Si la finca «Monte Estós» pretendiese estar situada en el mismo valle del Río Esera y en la misma parte derecha del mismo podría suscitarse el problema de la imprecisión de límites entre una y otra finca. Pero si resulta que «Monte Estós» está situado en el valle de otro río, y que *la divisoria entre ambos valles está dada por una línea de montañas cuyo extremo Norte es el Pico Perdiguero de 3.231 metros y cuyo extremo Este es el llamado precisamente Pico Estós de 2.532 metros, descendiendo luego rápidamente hacia el Sur hasta la confluencia de los dos ríos (se aconseja la consulta, siquiera sea elemental, de un plano), se comprende que toda duda debe ser desechada; hay que notar que esa crestería que divide tan netamente uno y otro valle, además de tales alturas absolutas, en altura relativa tiene significación no mucho menor, puesto que los valles respectivos andan en sus puntos medios alrededor de los 1.000 metros de elevación. Pocas divisorias de valles tendrán una notoriedad tan rotunda.*

El propio Ingeniero operador, que pretende extender ese «Valle de la derecha del río Esera» al valle opuesto, remontando tan formidable barrera y por lo pronto la totalidad del macizo del Pico Estós, con sus más de 2.500 metros de altura, se ve obligado a aceptar que:

**«el valle del río Estós es una unidad física y geográfica. Efectivamente, lo es, pero ello no quiere decir nada desde el momento en que en el mismo testimonio de Información posesoria se dan unos límites Este y Sur nada claros.»**

Ya sabemos que la réplica no es válida, y aunque no haya de ser ahora cuando entremos en la polémica con la propuesta de deslinde, bástenos observar que lo que es indudable es que el Monte descrito como situado en el «Valle de la derecha del río Esera» no puede confundirse en manera alguna con esa unidad física y geográfica situada en el lugar distinto que es el

valle del río Estós, por lo que la hipotética imprecisión de los límites Este y Sur de esta finca de ninguna manera puede aprovechar en nada, la extensión de aquella otra.

Pero hay que decir, y esto es decisivo, que con plena claridad a los fines de identificación de la finca, en dos ocasiones *el propio Informe del Ingeniero llama «Monte Estós» a la totalidad del valle del río Estós*. Dice así:

«No existe, por tanto, una posesión indudable, ni sobre la totalidad del Monte Estós...».

«Pero no puede ser demostrado por nadie que se haya poseído todo el Monte Estós—llamando así a toda la superficie de aguas vertientes al barranco de Estós».

Naturalmente, si llama Monte Estós a ese valle será porque «se llama» así. Nadie llama Toledo a Madrid. La localización concreta de la finca está, pues, fuera de toda duda, incluso para la Administración que instruye el expediente de deslinde.

3. *En cualquier caso, es principio esencial para la identificación de fincas, y en especial en los deslindes, que en defecto de límites precisos juega la posesión y de ninguna manera los datos de cabida.*

Sean o no compartidas las conclusiones del apartado anterior, en cualquier caso hay que dejar establecido que uno de los principios esenciales del régimen jurídico de todos los deslindes, y específicamente de los deslindes atañentes a montes públicos, es que si de los títulos de las fincas a deslindar no se obtienen con claridad unos límites precisos, el factor determinante para fijar éstos es la posesión, pero de ninguna manera los datos de cabida. Dejar firmemente establecido este principio es fundamental, pues el punto de partida radical de absolutamente toda la operación de deslinde que se informa es precisamente el principio contrario, el supuesto principio de que en defecto o imprecisión de los límites hay que dar relevancia absoluta a los datos de cabida que constan en el título. Así lo afirma el Ingeniero operador ya en la Memoria preliminar, lo reitera en su «Informe y propuesta» en justificación del apeo practicado y lo abona, en fin, el informe del Abogado del Estado, citando alguna Sentencia del Tribunal Supremo como supuesto apoyo.

El principio general de que en defecto de límites precisos prima la posesión está sancionado de un modo categórico por el artículo 385 del Código Civil en cuanto al régimen general de la propiedad:

«El deslinde se hará de conformidad con los títulos de cada propietario, y a falta de títulos suficientes por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes».

En cuanto al deslinde de montes públicos, las Instrucciones aprobadas por Decreto de 17 de octubre de 1925, artículo 22 reiteran el principio de la misma forma categórica e indubitable:



*«En los casos en que los títulos de los particulares no den a conocer claramente la línea límite de la finca se atenderán los Ingenieros al estado posesorio».*

No, pues, a la cabida, como tan declaradamente se pretende, sino al «estado posesorio».

*La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre deslinde de montes públicos ha reiterado este principio sin la menor excepción, afirmando siempre la relatividad completa de los datos formales de cabida tal como figuran en los títulos y la relevancia absoluta del estado posesorio.*

En lugar de intentar ofrecer aquí un elenco de Sentencias contencioso-administrativas sobre el particular, que podría ser extensísimo, y sin perjuicio de que examinemos alguna a continuación, nos parece especialmente expresivo comenzar con la transcripción de la doctrina de una de las *Sentencias civiles* de la Sala 1.ª a que ya nos hemos referido, la de 29 de marzo de 1927. En su primer «Considerando», transcrito más atrás, al formular la teoría de los cuerpos ciertos, afirmaba que ésta resultaba «del Derecho Civil, de la Ley Hipotecaria, de la del Catastro, de la Jurisprudencia de este Tribunal

*«y muy especialmente de las declaraciones hechas por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en materia de linderos y determinación de las fincas».*

Es, pues, de la jurisprudencia contencioso-administrativa de donde esta importante Sentencia obtiene «muy especialmente» la tesis de que «únicamente la cabida da y quita derechos cuando se transforman, se modifican, se agregan, se segregan» las fincas, pero no cuando éstas «conservan su primitiva naturaleza», que es lo que ocurre en los deslindes. Que esto es así concretamente nos lo declara en forma paladina en el último «Considerando», que sólo hemos transcrito parcialmente más atrás y que ahora reproducimos en su integridad:

*«Considerando que ésta es la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en Sentencias de 12 de marzo de 1898, 20 de abril de 1912 y otras, pero aún ha sido más frecuente en las Salas 3.ª y 4.ª de este Tribunal en materia de límites de fincas procedentes de la desamortización y en lindes de montes públicos, y en TODAS se recordó como determinación de la finca los linderos y no la cabida».*

Antes de entrar en el análisis de las dos Sentencias que, según el informe del Abogado del Estado, vendrían a decir lo contrario, citaremos sólo por expreso otras tres de las Salas de lo contencioso-administrativo, la de 27 de febrero de 1912, en la cual se invoca expresamente el principio del cuerpo cierto del artículo 1.471 del Código Civil para desestimar una protesta fundada en los datos de cabida de una de las fincas deslindadas, y dos recentísimas, que exponemos simplemente a este título, bastándonos para lo demás con esa referencia genérica que por nosotros hace la Sala 1.ª.

—Sentencia de 20 de febrero de 1958: «En los deslindes administrativos de montes han de tenerse en cuenta la eficacia de

los títulos inscritos de propiedad... siendo el título inscrito el primero de los tres criterios que señala el art. 22 del Real Decreto de 17 de octubre de 1928, *habiéndose de atender en defecto de esos títulos a los actos de posesión*».

—*Sentencia de 28 de febrero de 1958*: «Preciso es reconocer que los expedientes de deslinde de montes públicos son resultante y reflejo de una situación de posesión: por lo que aunque el párrafo primero del artículo 22 del Real Decreto de 17 de octubre de 1925 admita para ello la prueba de los títulos auténticos de dominio inscritos en el Registro, concretamente en cuanto al señalamiento de la *línea perimetral*, el párrafo segundo del mismo artículo 22 dice que *en los casos en que los títulos de los particulares no lo den a conocer claramente se atenderán los ingenieros al estado posesorio*».

Frente a esta doctrina, que parece categórica, el informe del Abogado del Estado pretende apoyar en dos Sentencias esta doctrina, que formula expresamente en los «Vistos» como uno de los fundamentos de su dictamen:

«g) En caso de discrepancia entre la cabida y los linderos o límites ha de darse preferencia a aquélla (Sentencias de 12 de marzo de 1929 y 3 de octubre de 1940)».

Parece claro que esta afirmación y la referencia de las Sentencias que la apoyarian se ha recogido literalmente del libro de A. GUAITA, *Régimen jurídico-administrativo de los montes*, Santiago de Compostela, 1951, página 91, y que se ha descansado en la autoridad de esta obra tal interpretación jurisprudencial. Pero es especialmente aconsejable en este caso una consulta directa de ambas Sentencias, y especialmente instructivo de la posición del Tribunal Supremo traer el resultado de esa consulta aquí. Y el resultado es éste:

—*Sentencia de 12 de marzo de 1929* (que reproduce extensamente el «Apéndice» de 1931 del Diccionario Alcubilla, páginas 1.031-2): «Que al ser las lindes uno de los factores, pero no el único, en esta materia, pues se ha de atender a la cabida al apreciar la imprecisión de aquéllas o la carencia de medios para su comprobación, *forzosamente ha de prevalecer la cabida y la posesión en qua de ella se esté si, como al presente acaece, ésta se halla inscrita hace más de treinta años y no hay dato revelador de su interrupción, sino por el contrario de que ha sido pública y pacífica durante tan largo periodo... Que la posibilidad de errores en la cabida por los frecuentes de medición llevó en materia de bienes nacionales a las disposiciones desamortizadoras a instaurar un principio de justicia cuando... se autorizó un margen de tolerancia para los excesos que no rebasaran una quinta parte, ampliado luego en más para legitimarlos mediante ciertas condiciones por las Leyes de Presupuestos de 1839, 1898 y 1905, principio que por equidad pudiera seguirse sin violencia en los deslindes como el que se trata teniendo en cuenta la situación y circunstancias de cada uno de los predios, accidentes del terreno, pedrizas, etc., y que la imprecisión de los linderos, como va dicho, no permite estimarlos en el caso de que resultara algún exceso prudencial sobre lo adquirido y poseído*».

Considerando que por cuanto se deja consignado lo que apa-

rece notorio es que en el deslinde relativo a la finca de que se trata por haberse desconocido a los recurrentes la posesión de terrenos en que venían por más de treinta años procede la rectificación del mismo».

La doctrina de esta Sentencia, como se ve, no sólo no contradice, sino que ratifica y autoriza de la forma más neta cuanto venimos diciendo. Se trata aquí de un supuesto en que se venía poseyendo más cabida que la que resultaba de los límites establecidos en el título, aunque conforme a la extensión superficial que el mismo título daba: *se toma aquí el dato de la cabida, no en cuanto criterio formal, sino en cuanto corroborado por la posesión efectiva de más de treinta años, y en cualquier caso para exceder de los límites, no para contraerlos, que es la tesis del Ingeniero. Por eso en el Considerando último, al fundamentar inmediatamente el fallo, se anula el deslinde «por haberse desconocido a los recurrentes la posesión de terrenos en que venían por más de treinta años», doctrina que de ninguna manera puede fundamentar la tesis que se combate de dar una relevancia absoluta a los datos de cabida cuando los límites resultan supuesta o realmente imprecisos. La exacta condensación de la doctrina de esta Sentencia se expresaría diciendo que en defecto de límites según el título y aún por encima de ellos, decide el estado posesorio, o, si se quiere, la extensión o cabida exactamente poseída.*

Vamos ahora con la segunda Sentencia.

—Sentencia de 3 de octubre de 1940: «Que si bien para el deslinde de las fincas del demandante... se atuvo el Ingeniero operador a la cabida superficial que a los predios se le asignaba en sus respectivos títulos prescindiendo de los linderos, ha de tenerse en cuenta que en el acta correspondiente, y con más amplitud y detalle en sus informes, adujo dicho funcionario las razones de haber procedido en esta forma, señalando como tales las siguientes: la indeterminación grande de los linderos que ya en el acta del apeo y antes de dar comienzo al mismo hubo de advertir hallándose presente el interesado; que la propia titulación demostraba la existencia de gran cantidad de roturaciones arbitrarias en la región donde se hallaban esos enclavados, cuyo extremo llega a afirmarse en una de las escrituras; que éstas se referían, en su mayor parte, a linderos con individuos entonces no existentes o apenas conocidos por tratarse en general de roturaciones arbitrarias y en épocas antiguas; que por ello le fuera sumamente difícil identificar las fincas por los linderos excepto cuando algún natural ha facilitado el trabajo; que por esto se atuvo a la cabida aproximada adjudicándole unas seis hectáreas más de lo que sumaban los títulos y respetando en todo caso aquellas zonas que, por estar cultivadas, acusaban una posesión efectiva y cierta, pero que no podía considerar como de pertenencia particular terrenos de carácter montañoso sobre los cuales la entidad propietaria del monte viniera de siempre ejerciendo actos posesorios... a alguno de los cuales, como el referente a las denuncias y multas, alude el mismo interesado en su escrito de reclamación.»

De nuevo lo decisivo no es la cabida declarada en los títulos, sino la posesión efectiva y ciertas, tanto del propietario privado como de la entidad

pública titular del monte colindante. Que es el dato de la posesión el defnitorio se ratifica en dos «Considerandos» más atrás de la misma Sentencia, donde el Tribunal Supremo dice:

«Que aun en la hipótesis, no admisible, de que las escrituras de 1860... hubiera que tomarlas en consideración y se les otorgase el valor probatorio que en sí lleva todo documento notarial de esta clase... sólo vendrían a demostrar que en fecha anterior en muchos años a la en que se llevó a cabo este deslinde general del Monte S. determinados trozos no pertenecían a la entidad propietaria del mismo..., pero ni de este simple hecho cabe deducir sin concreta y eficaz justificación, no aportada en este caso, que sea el señor J. el poseedor actual único y legítimo de la totalidad de las tierras comprendidas dentro de los linderos que aquéllas expresan... no poder tomarse en consideración para el deslinde más que las escrituras que afectan al señor J. que acreditaban su posesión de modo pleno».

En fin, y con esto concluimos este largo apartado, nada extraño tiene que las normas legales (art. 385 del Código Civil, art. 22 del Real Decreto de 17 de octubre de 1925) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sus Salas civiles y de lo contencioso-administrativo, incluso las mismas Sentencias a las que se hacía decir convencionalmente otra cosa distinta, remitan al estado posesorio cuando se trata de la identificación de las fincas a efectos de su deslinde, pues *un deslinde es siempre y necesariamente un reflejo del estado posesorio*, de tal manera que *incluso los títulos mismos se toman solamente como un simple índice de la posesión, frente a los cuales esta, cuando es cierta y efectiva, y en el caso especial de los Montes públicos cuando está acreditada por más de treinta años, ha de prevalecer siempre, como justamente vienen a decir las dos últimas Sentencias citadas*. No será preciso fundamentar demasiado esta doctrina observando que es justamente la que la misma Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, proclama y consagra. al decir en su artículo 15, apartado 1:

«El deslinde, aprobado y firme, declara con carácter definitivo el estado posesorio, a reserva de lo que resulte del juicio declarativo ordinario de propiedad».

La jurisprudencia corrobora unánime y reiteradamente esta concepción. que es sin duda la central de toda su doctrina.

## II

### LOS DEFECTOS DE LA PROPUESTA DE DESLINDE

Ha sido preciso detenerse con cierta atención en los problemas generales sobre la identificación de las fincas y sobre su deslinde para entrar equipados con esos conceptos elementales en la crítica analítica de la propuesta de deslinde que ha elevado el Ingeniero operador. Desde ahora declaramos ya que esta propuesta nos parece inadmisibile en términos estrictos de derecho. por las siguientes razones, que sucintamente pasamos a exponer:

- 1.º Toda ella se centra sobre el dato formal de la cabida declarada en el título, sin considerar siquiera la posibilidad de que exprese por defecto, como un «mero error de cálculo»—en la terminología del Tribunal Supremo—la cabida real, ni, en fin, la razón elemental de que, en cualquier caso, aun reduciendo la eficacia del título a tal extensión, la posesión efectiva y cierta por más de 30 años—que es de por sí otro título independiente—es suficiente para legitimar otra extensión mucho mayor.
- 2.º Contradice flagrantemente los límites de las dos fincas, tal como resulta de su descripción en el Registro y en el mismo Catálogo.
- 3.º Hace total abstracción del estado posesorio de los particulares y esto tanto para la zona del Monte Estós que atribuye al Monte público, como para la que reserva a la misma propiedad particular.
- 4.º Esa abstracción del estado posesorio se extrema respecto de la Administración, de la cual no ha podido probar ni un solo acto posesorio en la zona del Monte Estós que le atribuye, ni de interrupción de la posesión cumplida por los condóminos, justificándose tal atribución en el único motivo de la reducción de los límites de la finca privada a su cabida registral.
- 5.º Atenta flagrantemente contra la doctrina de los actos propios de la Administración, contradiciendo reiteradas declaraciones de la entidad pública propietaria del Monte limítrofe y de la propia Administración Forestal del Estado que han reconocido la propiedad y posesión privadas de la misma zona que ahora intenta integrarse en el monte público.

Examinemos una por una estas cinco objeciones.

- 1.º *Toda la propuesta de deslinde se justifica alrededor del dato formal de la cabida registral de Monte Estós; inadmisibilidad material y de procedimiento del punto de vista adoptado.*

a) Desde la Memoria preliminar, antes incluso de haber reconocido el terreno y, por supuesto, sin haber oído siquiera a los particulares colindantes, el Ingeniero explícita de una manera indubitable cuál va a ser el criterio central a seguir en la operación de deslinde que propone. Dice así, y hemos de agradecer su claridad:

*«En definitiva, el deslinde que proponemos tiene por objeto fijar y materializar sobre el terreno los límites Este y Sur de la finca «Monte Estós», de modo que quede una superficie cerrada con la cabida total que consta en el título que la ampara.»*

Hay que observar, por de pronto, que aunque el deslinde afecta, naturalmente, a la línea común entre «Monte Estós» y «Monte del Valle de la derecha del río Esera», toda la operación se planea declaradamente desde el comienzo como una contracción de los límites de la primera, no ya por el hecho de una usurpación—siquiera fuese apodicticamente afirmada—de

terrenos pertenecientes al Monte público por parte de sus propietarios, ni de conflictos prácticos de linderos que pudiesen haber surgido, sino por el simple hecho de que, figurando en el título registral de Monte Estós una cabida de 1.460 hectáreas, debe concretarse esta cabida sobre el terreno. El planteamiento no puede ser más categorico y, como veremos más inadmisiblemente.

El Abogado del Estado, en su Informe, aunque no llega tan allá como la propuesta final del Ingeniero, según veremos, viene a justificar el criterio central adoptado por éste, al citar como doctrina aplicable la supuestamente deducida de dos Sentencias del Tribunal Supremo que—como vimos—sostendrían la preferencia de la cabida sobre los linderos en los casos de discrepancia entre ambos datos, y aunque refiriéndose a una operación de deslinde anterior, cuyo examen nos ocupará más tarde, afirma expresamente:

«En ella el señor Ingeniero actuante, al existir discrepancia entre la cabida y los linderos consignados en la información, dió preferencia —ajustándose con ello a derecho— a aquélla.»

Siguiendo el curso del expediente, llegamos al acta del apeo, y en ella el Ingeniero justifica así ante las comisiones asistentes la línea de apeo que propone por esta única razón:

«Seguidamente expone que la continuación de esta línea se determinará tomando como base la superficie consignada en el título de propiedad... líneas de clara delimitación sobre el terreno que delimiten en su conjunto una superficie próxima a las 1.460 hectáreas que consignan el título».

Única y absoluta razón, pues, de la línea de apeo elegida y propuesta.

En fin, posteriormente el mismo Ingeniero eleva a la superioridad su «Informe y propuesta relativos a la ejecución del deslinde parcial». En ella se dice lo siguiente al justificar la línea de apeo que propone:

«Esta línea SE BASA en delimitar una superficie próxima a la que da para dicha finca (Monte Estós) la escritura correspondiente».

Más adelante expone el Ingeniero en el mismo Informe una justificación algo más pormenorizada, y tras una exposición de los principios legislativos que cree aplicar, vuelve a decirnos:

«Pero siendo totalmente imprecisos los límites Este y Sur de la finca, con arreglo a su descripción en la escritura, debemos atenernos a la cabida... (estableciendo) unos límites para el Este y Sur que... encierran en su interior la superficie citada».

Sobre este razonamiento base, la localización de la línea de apeo practicada se justifica en que siendo

«evidente que el límite Sur tiene infinitas soluciones, del mismo modo que ocurre con el límite Este que ni siquiera está obligado a pasar por ningún punto fijo... es natural que la localización sobre el terreno de ambos límites, Este y Sur, se haga siguien-

do el criterio más razonable, cual es el de elegir las líneas topográficas que resulten más claras».

Con esta operación, cuyo carácter puramente abstracto se nos declara tan planamente, y que se concreta en ese único dato de la claridad de determinados accidentes naturales.

«queda con ello completado el perímetro exterior de la superficie cuyo derecho a ser poseída por los copartícipes se deriva de su título de propiedad».

Este último párrafo es, en verdad, definitorio. El Ingeniero se declara no ya efectuando una localización de fincas por límites ciertos o por datos posesorios, que es lo único que debe proponer, sino declarando derechos, el derecho a ser poseída una determinada superficie.

Pero todavía sigue el Informe. Entra luego en el análisis de determinados hechos cuyo estudio nos ocupará más adelante, desestimando íntegramente las pruebas posesorias aportadas por la comunidad de «Monte Estós», para concluir al examinar la alegación hecha por los representantes de esta comunidad en el acta de apeo:

«Falta únicamente por responder al razonamiento que se hace de que el Valle del Río Estós es una *unidad física y geográfica*. Efectivamente lo es, pero ello no quiere decir nada desde el momento que en el mismo testimonio de información posesoria se dan unos límites Este y Sur nada claros, que nada habría costado aclarar en el momento de redactar el documento sin más que decir...»

(Y vienen a continuación unas precisiones topográficas propias de su especialidad técnica.)

Difícilmente podría estar más claro cuál es el criterio que ha presidido el deslinde desde su motivación inicial a su realización concreta. Aun a riesgo de reiteración, hemos ido siguiendo en el expediente las constantes, repetidas y paladinas declaraciones que nos lo confiesan sin lugar a dudas.

b) Pues bien, todo este planteamiento es, en términos estrictamente jurídicos, absolutamente inadmisibles. Bástenos recordar todo lo establecido en la primera parte del dictamen. «El derecho a poseer una determinada superficie, para utilizar la expresión reiterada por el Ingeniero, no dimana de los datos formales de cabida que figuran en un título, ni se concreta en esta extensión métrica superficial, sino que procede del derecho de propiedad, y la propiedad de inmuebles lo es siempre de un «cuerpo cierto» y específico y de ninguna manera de una medida abstracta de superficie. La expresión de cabida es un dato absolutamente relativo que cede siempre ante la situación y linderos de la finca, de modo que su defecto, como su exceso, expresa un mero error de cálculo», como ha afirmado el Tribunal Supremo, corregible en cualquier momento. La superficie que figura en el Registro, y la amparada, por tanto, por la inscripción, es la real que tenga la finca, como vimos que con todo rigor afirmaba el profesor Lacruz, y no la declarada en los datos formales de cabida del título, que

pueden siempre «rectificarse numéricamente» en la expresión del Tribunal Supremo. En fin, para aprovechar toda la precisión de la Sentencia de 29 de marzo de 1929, Sala 1.ª, que expusimos también más atrás, «únicamente la cabida da y quita derechos cuando (las fincas) se transforman, se modifican, se agregan, se segregan; en una palabra, cuando la finca no conserva su primitiva naturaleza», pero, en modo alguno cabe manejar el dato del defecto de cabida de una finca, cuya especificidad es indudable, según vimos, y se acepta expresamente por el mismo Ingeniero, para intentar restringir sus límites hasta que coincidan con la cabida que se exprese en el título, restricción drástica que llega en este caso hasta las tres cuartas partes de la finca real (el 100 por 100 virtualmente si atendemos a su valor en renta, pues la zona delimitada como monte Estós es un conjunto de glaciares y picos sin utilización posible).

c) Pero hay todavía que decir que toda esa operación sorprendente se justifica menos que en ocasión alguna en lo que es un simple expediente de deslinde. Un expediente de deslinde está hecho para identificar la extensión de fincas ciertas y específicas, de ninguna manera para hacer la declaración de un «derecho a poseer», como vimos que hace la propuesta del Ingeniero, y esa identificación ha de realizarse en último extremo por el estado posesorio. El deslinde ha de contraerse a reflejar los hechos, no a declarar o reconocer derechos, y mucho más cuando se trata del derecho de propiedad, cuya extensión es lo que pretende delimitar el Ingeniero, para lo cual le falta no sólo competencia técnica, evidentemente, sino también facultades funcionales pues la propiedad de los particulares no puede ser definida por la Administración y sí sólo por los Tribunales. Es completamente obvio que el estado posesorio, al que debe contraerse la práctica del deslinde, es el estado posesorio de hecho, no el que se tenga derecho a ostentar. Con toda claridad, sin embargo, el Ingeniero afirma que se contrae al *ius possidendi* y no al *ius possessionis*, utilizando estas mismas expresiones técnicas que no parece que le son, como sería natural, ajenas, haciendo así explícito su traspaso de atribuciones: el *ius possidendi* es una de las facultades del dominio, y en modo alguno compete a la Administración declarar su extensión o sus límites.

Recordemos, en concreto, que esta es la doctrina del Tribunal Supremo:

—Sentencia de 22 de junio de 1925: «Hay que partir de la base de no ser los deslindes de montes de utilidad pública otra cosa que *operaciones técnicas* de comprobación y rectificación de situaciones jurídicas plenamente acreditadas... *sin que en ningún caso puedan las mismas convertirse en juicios acerca de los derechos que se aleguen...*, pues entonces surgiría una cuestión litigiosa que sólo pueden apreciar y resolver los Tribunales ordinarios, que son los dotados de las debidas garantías de competencia».



2. *La propuesta de deslinde contradice la situación y límites de las fincas, tal como resulta de su descripción en los títulos.*

Ya notamos más atrás que los datos descriptivos de las dos fincas, según el Registro y los del Monte público según el Catálogo, aunque no precisen topográficamente la línea divisoria común, contienen datos que permiten una individualización de las fincas respectivas al menos en un cierto grado importante. Pues bien, la propuesta de deslinde contradice estos datos

1.º En cuanto extiende el monte llamado descriptivamente «del Valle de la derecha del río Esera» a un valle que no es del río Esera, y que está separado del mismo por una formidable cadena montañosa. Bien entendido, el hecho de que por ese otro valle discurra un río, el Estós, afluente a su vez del río Esera, no es una razón para que su individualización no sea completa por relación al Valle del río Esera estrictamente tal. La afluencia del río no expresa en este caso, como en tantos otros, que el valle del río afluente sea un valle secundario del otro; con la misma razón podría afirmarse estrictamente lo contrario. Se trata de una situación perfectamente particular, la de la total independencia geográfica de los dos valles, que el propio Ingeniero ha reconocido paladinamente, que consta en los datos de cualquier croquis elemental, que está expresa en el uso popular de los toponimicos respectivos sin lugar a dudas, de tal modo que sería imposible que se localizase la situación de una finca con el nombre de uno de los valles si, efectivamente, se extendiese también al otro. Por otra parte, valle es valle y no cuenca hidrográfica, según el lenguaje usual. Nadie podría decir razonablemente que León o Segovia están situados en el valle del Duero, y efectivamente nadie lo dice. El deslinde, sin embargo, pretende exactamente eso.

2.º Pero es que, además, y éste es un dato esencial, la línea de deslinde que se propone atribuye íntegramente al Monte del Valle de la derecha del río Esera la totalidad del macizo del llamado Pico Estós, tanto en la vertiente del Esera como en la del Estós. Que el monte llamado Estós, sin ninguna ulterior precisión (no «Estós de arriba», ni «de abajo», ni «de la derecha», ni «de la izquierda», sino Estós, a secas, no tenga nada que ver con el importante macizo cuyas faldas constituyen un monte frondoso y cuya cima, de más de 2.500 metros se llama precisamente Pico Estós, sería en verdad asombroso, y nos parece que sin paralelo posible. Que el Monte Estós no se refiere al monte de las faldas del imponente y majestuoso Pico Estós, sólo podría admitirse si se adujese alguna prueba concreta que permitiese excepcionar las reglas usuales del uso toponimico y de la sana crítica, pero, naturalmente, esta prueba ni se aporta ni sería, además, posible buscarla, ni, en fin, ha intentado tampoco investigarla el Ingeniero, en virtud del criterio de que lo que debe hacer no es identificar fincas, sino «materializar» extensiones superficiales que se tiene «derecho a poseer»; abstractamente, según unidades de medida.

3. *La propuesta de deslinde hace abstracción del estado posesorio de los particulares, que el propio Ingeniero reconoce.*

a) En definitiva, ya notamos que cumple al deslinde remitirse al estado posesorio, y esto tanto por el artículo 385 del Código civil, como por el artículo 22 de las Instrucciones aprobadas por el Decreto de 17 de octubre de 1925, como por la propia Ley de Montes.

Convendría matizar que esta remisión al estado posesorio para precisar la situación concreta de la línea divisoria opera a los efectos identificatorios de la finca, antes que referirse al problema de fondo de la usucapión o prescripción adquisitiva. «Lo que se ha tenido» siempre por una finca cierta y específica es lo que se ha venido poseyendo bajo el nombre de tal. Es esta identificación lo que el deslinde pretende y no la declaración de derechos. Ahora bien, esta diferencia entre posesión como índice de extensión concreta de una finca y posesión como título adquisitivo está, por de pronto, totalmente olvidada en la propuesta de deslinde. Como ésta viene a partir de la base, que es su verdadero punto de partida, de que todo lo que se conoce como monte Estós está incluido en el monte público, salvo justificación en contrario por parte de los propietarios, parece que viene a exigir una prueba estricta de usucapión concretada en todas y cada una de las parcelas de la finca. Podría entenderse, no obstante, que la exigencia de una posesión calificada de treinta años para ser tomada en consideración en el deslinde (art. 14, b), de la Ley de Montes) hace de esa diferencia entre estado posesorio y usucapión una sutileza de difícil manejo práctico. Con objeto de evitar la impresión de que estemos forzados a argumentar con sutilezas no hay inconveniente en razonar estrictamente sobre estados posesorios con duración continuada hasta la actualidad de más de treinta años, cubriendo así los dos efectos de la posesión.

b) La presunción posesoria que da el Registro (art. 38 de la Ley Hipotecaria) ampara por sí sola a los condóminos que tienen inscrita la finca «Monte Estós» a título de dominio, y contra esta presunción no puede ir la Administración sino a través de una impugnación judicial. Esta presunción posesoria afecta a la totalidad de la finca que se llama «Monte Estós», al cuerpo cierto en que la finca consiste, aunque su cabida o no conste (como es posible, art. 9 de la Ley Hipotecaria) o conste erróneamente. Es un error radical, que condenan nuestras leyes, nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina, según vimos más atrás, sostener que el Registro sólo ampara la extensión superficial que como cabida de la finca en él consta.

No vamos a insistir sobre esto, aun siendo esencial en derecho. No tenemos inconveniente en entrar a discutir la posesión, no ya como derivada de la presunción registral, sino como acreditada, en concreto, por actos posesorios indiscutibles. También aquí la situación de los propietarios, como vamos a ver, resulta perfectamente clara.

c) Hay, a nuestro juicio, en el informe del Ingeniero un reconocimiento totalmente explícito de que lo que los propietarios vienen poseyendo

inmemorialmente, sin actos obstativos ninguno, como monte Estós, es toda la totalidad del valle de este nombre. Se dice, literalmente transcrito:

«En la mente de la mayoría de los propietarios estaba y está la creencia de que POSEIAN la totalidad de la superficie del barranco que vierte aguas al barranco de Estós, pero a ninguno se le ocultaba, mayormente desde la denuncia del año 1921, que existían dudas sobre si la posesión era realmente a título de dueños o si estaban disfrutando unos pastos incluidos en el Plan de aprovechamientos como dentro del Monte número 29, de la propiedad de la Villa de Benasque y anejas».

Este párrafo es en verdad esencial. *Se afirma explícitamente, por una parte, la «creencia» común de una posesión del total de la finca que los propietarios reclaman como propia, pero también, por otra, que es algo más que una creencia, que han venido «disfrutando» los pastos de todo ese valle.* Estos hechos—la posesión es un hecho, artículo 430 del Código civil, y no el «derecho de poseer», confusión de planos constante en el Informe—se extienden al pasado y a la actualidad, sin interrupción, e incluso se señala casualmente una fecha, 1921, que permite constatar que el Ingeniero no duda de su continuidad por más de treinta años.

Sin embargo, el párrafo utiliza inmediatamente un argumento dialéctico para contradecir la significación de esos hechos como inequívoco estado posesorio, el siguiente; que «mayormente desde la denuncia de 1921» se dudaba «si la posesión era realmente a título de dueños» o si disfrutaban de pastos incluidos en el Plan de aprovechamientos del monte 29. Este argumento es de una debilidad notoria. Para que la posesión sea a otro título que a título de dueño debe hacerse *in alieno nomine* o con reconocimiento expreso de una titularidad dominical ajena; sin estas salvedades toda posesión es a título de dueño, y esto aun cuando el poseedor crea no ser el dueño; «el ladrón, v. gr., posee en concepto de dueño», dice G. Valdecasas, *La posesión*, Granada, 1953, página 22, muy oportunamente; aunque sea una posesión de mala fe, lo cual es un concepto que opera sobre materia distinta, pero que, naturalmente, no impide la prescripción adquisitiva (art. 447: «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio», ídem. art. 1.941), aunque alargue los plazos necesarios para ello (art. 1.959); basta, como dice el Código, artículo 430, «la intención de haber la cosa o derecho como suyos», aunque sea de mala fe. Ahora bien, esa intención está fuera de toda duda, y esto no sólo porque el juego de las presunciones posesorias la amparan, sino porque incluso con relación a los hechos de 1921, que más adelante estudiaremos, y a los que el párrafo transcrito del informe se refiere, consta positivamente que los propietarios estimaban todo el valle como comprendido dentro de su finca, como se prueba claramente por los recursos entablados contra la delimitación de una zona prohibitiva de talas, sin que la firmeza de este acuerdo (que no impidió todos los actos posesorios, y que, además, caducó por ministerio de la Ley el año siguiente) pudiese haber cambiado esta «intención» (en la aludida expresión del Código), pues se trató de una simple medida preventiva de la atribución posterior de titularidad, pero que no afirmó

en modo alguno la titularidad de la Administración de modo que los propietarios la reconociesen en adelante.

La otra alusión del párrafo del informe para impedir la calificación de «a título de dueño» sobre la posesión que viene a acreditar sobre el terreno discutido tiene, en verdad, un efecto contrario al que pretende. Dice que los propietarios podían haber poseído los pastos como incluidos en el Plan de aprovechamientos del monte 29. Es claro que esto hubiese admitido una prueba elemental y fácil, la de haber sido la comunidad de propietarios de monte Estós adjudicatarios de las correspondientes y preceptivas subastas de aprovechamientos del Monte del Valle de la derecha del río Esera, y la de haber operado bajo la vigilancia del Ayuntamiento propietario, y esto ni se prueba ni siquiera se alega. La hipótesis—que tal es—debe ser desechada, con la cual resplandece en los propios términos del informe la indiscutible y reconocida verdad de una posesión ininterrumpida por más de treinta años, pública como lo son los pastos de miles de cabezas, pacífica en cuanto no discutida hasta este momento, de la totalidad del valle del río Estós a título de dueño por la comunidad consultante.

d) Hay todavía otras dos ocasiones en que el Informe reconoce explícita y llanamente la posesión por los particulares del perímetro a que ellos llaman—y veremos que también el Ingeniero—monte Estós, y en que se hace patente de un modo paradigmático la confusión de planos en que el funcionario se sitúa. Dicen así esos dos párrafos:

1.º «No ha habido una posesión indudable. Quizá haya existido una tolerancia del Ayuntamiento en bien de la ganadería local, pero jamás se ha desconocido por el Ayuntamiento ni por los mismos particulares la duda que existía sobre los derechos que resultarían en su día a cada uno de ellos. No existe por tanto una posesión indudable ni sobre la totalidad del Monte Estós ni sobre la superficie comprendida dentro de los límites que se citan en el acta de demarcación de zona prohibitiva. Sólo existe un derecho a poseer una superficie de 1.460,115 hectáreas».

Este párrafo nos parece definitorio de toda la forma de practicar el apeo y de fundamentar la propuesta de deslinde. En él: primero, se reconoce explícitamente que «la totalidad del monte Estós» es el valle íntegro del río Estós; es decir, identifica categóricamente los límites ciertos de la finca; segundo, acepta que ha habido sobre ese valle actos posesorios consistentes en el aprovechamiento de pastos, pero éstos pretenden explicarse como «una tolerancia» del Ayuntamiento, argumento que exigiría prueba o que en caso contrario impediría en todos los casos la consumación de la prescripción adquisitiva; tercero, la única objeción que se encuentra es que «jamás se ha desconocido... la duda que existía sobre los derechos que resultarían» en un futuro deslinde, razón que es la que impide, a juicio del Ingeniero, que se trate de «una posesión indudable», con lo cual se confunden totalmente, como hemos demostrado, los dos conceptos esencialmente distintos de posesión de buena y mala fe, con posesión a título de dueño, siendo así que ésta, aun con mala fe, es suficiente en materia de montes públicos para prescribir incluso frente al Catálogo siempre que se

prolongue durante treinta años; cuarto, y, finalmente, el informe abstrae inmediatamente la cuestión posesoria para pasar al tema, que de ningún modo le compete, de declarar «un derecho a poseer». El párrafo no admite, en verdad, desperdicio.

El segundo texto sobre el que queremos llamar la atención es el siguiente:

«En cuanto a los aprovechamientos de maderas, realizados además sin conocimiento de la Administración forestal, han sido de tan pequeña cuantía y de modo tan aislado, que el hecho de la rendición de unas cuentas por el Ayuntamiento a favor de los coparticipes no demuestra una posesión ininterrumpida, sino tal vez una dejación de derechos por parte del Ayuntamiento.»

Además del disfrute de pastos acepta, pues, el Informe el aprovechamiento de maderas sobre la zona que la propuesta de deslinde niega a la propiedad privada. Sus objeciones a esta posesión prototípica son, en verdad, curiosas: que han sido sin conocimiento de la Administración forestal, lo cual podrá ser causa tal vez de una sanción, pero que no parece que impida su calidad de acto posesorio; que se han efectuado de modo aislado, lo cual, aunque fuese cierto, se salva sobradamente con el principio del artículo 453 del Código civil («el poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario»); que se trata de un aprovechamiento «de pequeña cuantía», argumento que evidentemente desconoce lo que es la posesión, que no es una cuestión de cantidad; en fin, y esto es fundamental, que se trate *tal vez* de una dejación de derechos por parte del Ayuntamiento. ¿Pero de qué estamos hablando, hay que preguntar? He aquí, flagrantemente, que frente a un hecho posesorio indiscutido y reconocido paladinamente vuelven a aparecer los famosos «derechos». La generalización del argumento impediría, como es obvio, toda usucapión y aún más el reconocimiento de cualquier posesión fuera de la del dueño. Por otra parte, no hay tal «dejación» simple (antes se le llamaba «tolerancia», como vimos), sino que parece que hay algo más, hay nada menos que una rendición de cuentas del Ayuntamiento a favor de los comuneros.

Resulta entonces, que no sólo la posesión de los particulares no se ha realizado a título de no dueños, reconociendo la titularidad del Ayuntamiento, como se dejaba suponer en otro de los párrafos examinados, sino que ocurre exactamente lo contrario (siempre a juicio del informe del Ingeniero), es decir, que el Ayuntamiento ha actuado en el perímetro del valle del río Estós como apoderado de la comunidad privada, a la que incluso rinde cuentas. No se puede ser más explícito. Recordemos que es ese Ayuntamiento el propietario del monte público limitrofe al que en una operación que se llama «deslinde» se quieren ahora atribuir esos mismos terrenos por él administrados a nombre de otro (más adelante examinaremos el hecho de esa administración).

e) Hemos argumentado, como se ve, estrictamente sobre los hechos que el informe del Ingeniero operador reconoce expresamente y que por eso presentan carácter de indiscutibles, en el expediente. Ellos solos bastan

para acreditar la posesión íntegra por los condóminos de la finca conocida por ellos—y por el mismo Ingeniero, según hemos visto—como Monte Estós. Esta posesión a la vez identifica el cuerpo cierto Monte Estós de una manera indiscutible, y llena, por consiguiente, de contenido el título inscrito en el Registro para la finca de ese nombre (pues lo inscrito es una finca real y no una cabida abstracta, según ya sabemos), como, aun sin esto, bastaría para constituir un título sustantivo, eficaz incluso contra el Catálogo, si el Catálogo incluyese en su descripción otra cosa que el valle de la derecha del río Esera, dada su continuidad ininterrumpida durante más de treinta años.

No vamos a detenernos por eso demasiado en el análisis de los demás hechos posesorios alegados por los particulares y desechados, uno tras otro, en el informe.

Que un camino sea construido y cuidado a expensas de la comunidad, camino que muere en la propia finca, y en la parte por cierto que se reconoce en el deslinde a favor del monte 29, que varias cabañas sean construídas y mantenidas por la comunidad, no parecen al Ingeniero actos posesorios «indudables» y a título de dueños. Aparte de que efectivamente lo sean, lo que parece indiscutible es que revelan un uso y disfrute constante de la extensión conocida como Monte Estós; son, pues, además de actos posesorios concretos, índice de infinitos actos posesorios que en ellos toman base (usar el camino, apacentar sin interrupción ganados, sostener pastores propios, y, por cierto, que estas cabañas prueban sin más que se trata de un pastoreo organizado, y en modo alguno debido a simple «tolerancia», como se nos decía). El Ingeniero afirma que construir un camino o una cabaña puede hacerlo cualquiera que no sea dueño, aunque no observa que aquí lo hace no un particular sino una comunidad de cerca de doscientos partícipes organizada colectivamente, que ya sería extraño que se dedicase a arreglar caminos de otros, y, en concreto, en cuanto al tema de las cabañas hace notar que en otros montes públicos de la provincia hay cabañas particulares. A esto último, se contesta con una objeción elemental: se tratará siempre de un monte público comunal, usado libremente por los vecinos, nunca en los casos de montes de propios, cuyo aprovechamiento no se otorga a los vecinos sino que se subasta públicamente por determinación de la ley (arts. 83 y siguientes de las Instrucciones de 17 de octubre de 1925, art. 38 de la Ley de Montes de 1957, y antes artículos 94 y siguientes del viejo Reglamento de Montes de 1865). Ahora bien, el Monte del Valle de la derecha del río Esera tiene condición de bien de propios y, por tanto, el argumento cae por su base.

Es de observar que de los hechos posesorios que los condóminos alegan no se niega, concretamente, ni uno sólo, sino que, o bien tratan de rebajarse con argumentos como los que hemos visto de la «tolerancia» o la «cejação de derechos», o bien se discute que se trate de un uso a título de dueño, con argumentos como el de las dudas sobre la legitimidad posesoria o con este que ahora vemos de una afirmación apodíctica de que también los no dueños pueden realizar actos de tal carácter. Ni uno sólo se contradice, lo cual es claramente una confesión de la aceptación de su veracidad. Es esto lo que interesa, en último extremo, porque como vamos viendo la

dialéctica utilizada para menoscabar su interpretación no es nada convincente y está claramente forzada por el tema de la concreción de la finca a su cabida registral, que es sobre el que se centra la totalidad de la operación.

Hay, por último, un acto posesorio inequívoco sobre el que se pasa en el informe, la circunstancia de que la comunidad tenga organizado un cuerpo de *guardas* para vigilar la ordenación del monte que ella misma dirige. La existencia de un cuerpo de guardias propios, cuya actividad de imposición de multas (todas, por cierto, por actos realizados al Sur de la línea de deslinde que se propone) también consta en los documentos aportados, no cabe explicarla, evidentemente, por mucha que sea la libertad de formular hipótesis, como algo no justificativo de posesión pública a título de dueño. Que el informe del Ingeniero no haga ni siquiera una alusión a este importantísimo hecho no puede interpretarse más que como el reconocimiento del mismo y como aceptación de la imposibilidad de interpretarlo de otra manera.

f) Pero aún hay otro dato que prueba definitivamente que la propuesta de deslinde pretende hacer tabla rasa del estado posesorio de los particulares sobre su finca para limitarse al tema central que domina toda la operación: concretar la finca en su cabida registral. Nos referimos al hecho notable de que la parcela en que la propuesta de deslinde *materia*liza la finca Monte Estós, es una parcela sobre la que los condóminos no han probado específicamente actos posesorios concretos, con independencia de los que se acreditan realizados en todo el Valle del Estós. Si el Ingeniero rechaza sistemáticamente todos y cada uno de estos actos posesorios, y aún pretende dar por probados, como veremos, actos posesorios del Ayuntamiento en la extensísima zona de Monte Estós que atribuye a éste, si hemos de partir de esta base, que es la del Informe, no habría ninguna razón para reconocer a los particulares el conjunto de glaciares, picos cubiertos de nieve todo el año, y anfractuosidades sin utilización económica razonable, en el que se propone concretar el Monte Estós. Menos que en cualquier otra parte de la finca podrían probar aquí los condóminos actos posesorios singulares y concretos, dado que se trata de la zona de ella más alejada y menos utilizable a los fines de ganadería y maderas que constituyen el uso propio de Monte Estós. Si el Ingeniero hubiese mantenido su criterio no lógico, hubiese negado también esta parte a los condóminos, sin que, naturalmente, lo hubiese impedido la inscripción registral, supuesto que se invoca explícitamente una posesión de la Administración, a la cual, al prolongarse durante treinta años, habría que haberla reconocido efectos usucapientes frente al mismo Registro.

Este argumento, por reducción al absurdo, sirve para reiterarnos en el convencimiento de que el deslinde se ha hecho con total abstracción del estado posesorio presente sobre las fincas deslindadas, y se ha limitado a declarar derechos en la forma que ya conocemos, y cuya falta material de fundamento (aparte de la improcedencia formal de entrar en ese campo) también nos consta.

4. *La propuesta de deslinde no se basa en un solo acto posesorio administrativo, siendo así que no cabe tampoco ampararse en la presunción de posesión que confiere el Catálogo, sin que se haya probado tampoco ni una sola interrupción administrativa a la posesión cumplida por los particulares.*

Como hemos podido demostrar, la misma propuesta del Ingeniero reconoce explícitamente actos posesorios cumplidos durante más de treinta años por los condóminos en todo el valle del río Estós, y a ello hemos de atenernos. Queda por examinar si han podido acreditarse en el expediente actos posesorios de la Administración o cuando menos la interrupción por parte de ésta, aunque haya sido eventual, de esa posesión cumplida por los particulares. Adelantamos que la respuesta es categóricamente negativa.

a) Es del todo evidente, ante todo, que no cabe utilizar, como se hace en el Informe que se analiza, *el argumento de la presunción posesoria que el Catálogo otorga* (art. 10 de la Ley de Montes), por dos razones perfectamente simples: porque el Catálogo no afirma que el Monte del Valle de la derecha del río Esera se extienda a otro valle distinto del que tan concretamente sitúa, y porque aunque lo dijera resulta que la posesión particular por más de treinta años prevalece sin lugar a dudas sobre la expresa inscripción del Catálogo (art. 14, b). Este argumento es, pues, o bien una petición de principio, puesto que da por probado en el Catálogo lo que se trata justamente de averiguar en el deslinde, que el Monte público se extiende al valle del río Estós, o, en la hipótesis de que tal prueba pudiese inferirse del Catálogo, está prejuzgando ya la cuestión de hecho relativa a la posesión por los particulares en un sentido contrario a lo que los propios datos del expediente, y aun del Informe del Ingeniero, prueban, según vimos.

b) Un hecho posesorio concreto se alega en el Informe a favor de la Administración:

*«Año tras año —dice el informe— era incluido en el Plan anual de aprovechamiento el Monte número 29, sin ninguna reclamación por parte de los coparticipes de la finca (Monte Estós)».*

Este hecho se invoca expresamente como un acto posesorio de la Administración sobre la amplia zona de Monte Estós que trata de incluirse ahora, por vez primera, en el Monte 29, pero está claro que se trata de un argumento sin base alguna. Si los particulares pretendiesen haber usufructuado el Monte 29, la objeción estaría en su lugar; pero no pretenden tal cosa, sino haber poseído su propia finca, y la Administración no demuestra—lo cual le sería sumamente sencillo, de haber ocurrido, ya que, como hemos dicho, estos aprovechamientos se subastan, y constan de ellos necesariamente los actos de medición de operaciones y de control sobre los adjudicatarios—que los aprovechamientos del Plan correspondiente al Mon-



te del Valle de la derecha del río Esera se extendiesen al valle del Estós. El argumento, pues, no sólo no demuestra lo que se pretende, sino rigurosamente todo lo contrario, esto es, que los aprovechamientos del Monte 29. año tras año, no se extendieron—pues de haberse extendido, probarlo sería sencillísimo—al valle del Estós.

Ante un caso completamente idéntico al que nos ocupa el Tribunal Supremo se limitó a observar en su

*Sentencia de 31 de octubre de 1953: «No se comprueba por dato alguno la afirmación del Ingeniero de que las concesiones de los aprovechamientos del Monte público se extendiesen a la zona que el recurrente afirmó ser suya.»*

c) Tercer argumento para intentar probar la interrupción de la posesión de los particulares o el abandono de la misma, según el Informe del Ingeniero:

*«Con motivo del deslinde de aguas del término municipal de Benasque, realizado en el año 1932, volvió a suscitarse el problema con motivo de definir el carácter público o privado de las aguas de Estós. Quedo en suspenso la definición del carácter de las aguas de Estós en todo su recorrido. Es indudable que los particulares coparticipes deberían haber reclamado.»*

La debilidad de este argumento no hace más que confirmar la debilidad de posición en que se encuentra la propuesta de deslinde. Ese expediente se dice expresamente, y así consta, además, en el Distrito, que quedó suspenso. ¿Contra qué deberían reclamar los particulares si en nada se afectaba a su derecho? ¿Puede seriamente sostenerse que la *no reclamación contra un expediente cuya instrucción no se concluye y en el cual no se resuelve absolutamente nada*, ni en uno ni en otro sentido, constituye una interrupción de posesión?

Por otra parte, en los antecedentes de ese expediente inconcluso, parece que consta que el informe del Ingeniero encargado reconoce como de propiedad particular el valle del Estós, según la copia simple que del mismo me exhibe el consultante.

d) Cuarto hecho posesorio administrativo, o al menos de interrupción de la posesión de los particulares que se invoca en el Informe y propuesta de deslinde: *la imposición de una multa a la Junta de propietarios de Monte Estós por la Administración forestal, multa que fué pagada en febrero de 1923, y que se fundamentó en la tala de unos árboles en zona comprendida en el valle del río Estós.*

Podría eliminarse la toma en consideración de este acto posesorio con la simple observación de que desde él hasta la declaración en estado de deslinde del Monte del Valle del río Esera, en marzo de 1957, han transcurrido más de treinta años, teniendo en cuenta, que con posterioridad al pago de esa multa, la comunidad prueba actos posesorios indudables sobre la totalidad del valle del Estós con más de treinta años de antigüedad.

Pero este argumento implicaría reconocer que esa multa tuvo la significación que el Informe le asigna, lo cual, como vamos a ver, no es cierto. Los hechos son perfectamente claros:

—El 22 de diciembre de 1921, el guarda denuncia una corta de pinos en los sitios denominados Cerisuelas y Montidiego, que están situados, en efecto, en el valle del río Estós.

—Esta denuncia es la que da lugar al primer acto de este largo proceso a que el Monte Estós se ha visto sometido, y cuya segunda parte es el deslinde sobre cuyas incidencias versa este dictamen; este primer acto consistió en la fijación de una «zona prohibitiva», que propuesta por el Ingeniero en noviembre de 1922 alcanza firmeza con la Real Orden de 23 de noviembre de 1923. Pues bien, en la propuesta del Ingeniero de 14 de noviembre de 1922 se dice a propósito de esa denuncia:

«Aun cuando los árboles denunciados por el peón-guarda se encuentran en los sitios denominados Cerisuelas y Montidiego, este último en medio de la linde de la zona prohibitiva con la finca reconocida, de cuyo dominio no puede resolverse por el momento, procede que *el importe de la madera denunciada, así como el de los daños y perjuicios ocasionados con la referida corta se deposite por los denunciados en la Caja de Depósitos de la Provincia, para responder en su día y con lo que resuelva un deslinde del hecho y darle entonces la debida inversión a esa cantidad.*»

—Esta propuesta se reitera en la conclusión del mismo Informe («Que se deposite en la misma Caja de Depósitos de la Provincia el importe del valor de los quince árboles denunciados y el de los daños y perjuicios»), y es a resultas de la misma como se acuerda, en 9 de febrero de 1923, la llamada impropriamente multa (pues, como se ve, se limita a consignar el valor de los árboles y el de los daños y perjuicios, sin sanción pecuniaria, y es una simple medida cautelar a resultas de lo que ocurra en el futuro deslinde), en la cual, aunque notificada en un formulario, impreso, se hace constar por una nota especial:

«Nota. La cantidad total de 24,20 pesetas se ingresarán en la Caja de Depósitos de la Provincia.»

—Las multas, naturalmente, no se pagan en la Caja de Depósitos; se trataba, pues, de una medida cautelar, como hemos visto, en la que expresamente se suspende todo pronunciamiento en cuanto al fondo; está explícita la voluntad administrativa en tal sentido, pero también lo está la voluntad de los particulares afectados, que al hacer el depósito a que se les intimó, manifestaron expresamente que desistían del recurso por ser el asunto «accesorio o dependiente del de señalamiento de zona prohibitiva de dicho monte», señalamiento contra el que recurren.

Resulta, pues, de modo incuestionable: 1.º, que *no hubo tal multa, sino un depósito del valor de lo talado y perjuicios a resultas de un posterior deslinde*, que no se realiza hasta ahora; 2.º, que expresamente se fundamentó tal depósito en que alguno (no todos) de los lugares donde la tala se había efectuado estaba en zona prohibitiva, pero no en zona poseída por la Administración ni que la Administración juzgase suya; 3.º, que en tal sentido *el depósito efectuado por los particulares no supuso en manera alguna reconocimiento de la titularidad administrativa del monte, sino un*

acatamiento de la medida cautelar con la reserva expresa, que figura tanto en la motivación del acto administrativo, como en el mismo hecho de la consignación en la Caja General de Depósitos, de los derechos que habrían de ventilarse en el deslinde. El supuesto hecho posesorio de la Administración, tanto como la interrupción de la posesión de los particulares, quedan destruidos íntegramente.

e) Y concluimos el estudio de los supuestos hechos posesorios de la Administración y obstativos de la posesión íntegra del valle del Estós por los particulares, con la alusión a la definición en 1921-1923 de una *zona prohibitiva de corta* dentro del perímetro de Monte Estós. El Informe del Ingeniero no se detiene siquiera en deducir de la fijación de esa zona prohibitiva la falta de posesión de la misma por los particulares, y esto, porque todo su cuidado es, como veremos en el siguiente apartado, restringir drásticamente todavía la zona declarada libre y de indiscutible pertenencia por los particulares en esas resoluciones administrativas. Da, pues, por indiscutible la atribución íntegra a la Administración de la llamada zona prohibitiva, que fijó la Real Orden de 23 de noviembre de 1923. Pero en el Informe del Abogado del Estado se adopta como línea de deslinde la de esa zona prohibitiva que, a su juicio, debe prevalecer, entendiendo que no se acredita «la posesión pública, no equívoca, pacífica y no interrumpida sobre porciones de dicha zona prohibida en el acta mencionada». No está claro si «prohibida» califica aquí a «posesión» o a «zona». En todo caso conviene despejar el equívoco de que «zona prohibitiva» quiere decir zona en la que se prohíbe todo acto posesorio.

El artículo 13, 1, de la vigente Ley de Montes alude al señalamiento de zonas prohibitivas como medida cautelar de deslindes, indicando que en ellas «podrán realizarse los aprovechamientos forestales que procedan, excepto los de cortas». Lo que se prohíbe no es, pues, la posesión, indiscriminadamente, sino sólo las cortas. El artículo 41 del Reglamento de 17 de mayo de 1865, bajo cuyo imperio se señaló la zona prohibitiva de que estamos hablando, refiere también la prohibición a «cortas», y aunque prevé en el artículo 42 la posibilidad de prohibición de otros aprovechamientos, es evidente que se trata de aprovechamientos específicamente tasados, y no de cualquier acto posesorio, indiscriminadamente. En fin, en el propio acto administrativo que señaló la zona prohibitiva de que estamos tratando, se habla reiteradamente de «zona prohibitiva de cortas», y remite al régimen de ese artículo 42 del Reglamento de 1865 para otra clase de aprovechamientos.

Pero es que aun cuando prohibiese todo acto posesorio, la posesión efectiva, que sin embargo se hubiese cumplido, hubiese sido posesión sin justo título, justificante acaso de una sanción administrativa, pero indiscutible posesión civil con efectos usucapientes, como ya hemos indicado más atrás.

Por último, y este dato nos parece decisivo, los efectos de las zonas prohibitivas se limitan, por ministerio de la Ley, al plazo de un año. Lo dice categóricamente el citado artículo 41 del Reglamento de 1865, que fue el régimen que con exclusividad se aplicó a la fijación de zona prohibitiva en Monte Estós en 1921-1923, artículo que se cita expresamente en el Considerando 3.º de la Real Orden de 1923 que acordó definitivamente dicha

zona, y al que remite el artículo 21 de las Instrucciones de 11 de junio de 1908, también citado allí. Dice así tal precepto:

«Los dueños particulares de montes que colinden con montes públicos no podrán, desde que éstos se hayan declarado en estado de deslinde, hacer ninguna clase de cortas en toda la extensión o faja de terreno que EN CADA AÑO se señale por el Ingeniero.»

*La interdicción de corta, e hipotéticamente, si se quiere, de todo acto posesorio, en la zona prohibitiva de Monte Estós, estuvo vigente únicamente hasta el 23 de noviembre de 1924, fecha desde la cual fué tal zona terreno de libre posesión, según las propias normas administrativas, y desde tal fecha han transcurrido con exceso los treinta años precisos para fundamentar una posesión inatacable por los deslindes forestales. Esta precisión parece especialmente interesante, porque en los vistos del informe del Abogado del Estado se cita la doctrina jurisprudencial de que «se interrumpe la prescripción por la declaración del estado de deslinde de un monte». Si esta doctrina intenta aplicarse, como parece del contexto, a que la prescripción no ha podido cumplirse desde 1923 hasta ahora sobre esa zona prohibitiva, está claramente mal aplicada, por cuanto los efectos de la zona prohibitiva, como medida cautelar del deslinde están sujetos por la Ley a un plazo rápido de caducidad, el plazo de un año, como exige, por otra parte, la seguridad de las situaciones jurídicas, de tal modo que desde 1924 la posesión, como ha ocurrido, ha podido consumir usucapión, aun en el supuesto hipotético de que se tratase de terreno de propiedad ajena. No podría ser otra cosa, en verdad, pues otro tanto habría ocurrido con la posesión de treinta años si se hubiese definido esa zona como incluida en monte público en virtud de deslinde firme, y no pueden reconocerse superiores efectos a la declaración de zona prohibitiva, que es una medida cautelar del deslinde, que al deslinde mismo.*

Una última observación. Las zonas prohibitivas se declaran como es obvio y, además, dicen las Instrucciones de 11 de junio de 1908, en los «terrenos poseídos por particulares». Es una más entre las excepcionales medidas protectoras de los montes públicos. La fijación de la misma es discrecional de la Administración por lo mismo que—en los términos explícitos del acto administrativo que la declaró en Montes Estós—no se ha tratado con el señalamiento de zona prohibitiva de corta decidir cuestión alguna de posesión [mucho más de propiedad, podemos añadir nosotros] que pueda afectar a la finca. El que luego la Administración pretenda invocar estas zonas prohibitivas para atribuirse en los deslindes íntegramente como propias la extensión de las mismas, nos parece absolutamente contrario a la buena fe, abusivo e injusto.

En resolución no hay, pues, acreditada ni una sola interrupción en el período anterior a treinta años, desde la apertura del deslinde en 1957, de la posesión que los particulares acreditan—y el mismo Ingeniero reconoce, como vimos—sobre la totalidad del valle del Estós, y mucho menos probado ni un solo acto posesorio de la Administración sobre parcela alguna de ese valle. Atribuir en tales condiciones a la Administración en el

deslinde las tres cuartas partes de ese valle es algo que, evidentemente, no debe prevalecer en derecho.

5. *La propuesta de deslinde infringe la doctrina de los actos propios al atribuir al Monte público una superficie que la entidad propietaria de ese monte, así como la Administración forestal, han reconocido reiteradamente como de propiedad privada.*

La última objeción capaz de invalidar, a nuestro juicio la propuesta de deslinde, es que pasa sobre reiteradas y constantes declaraciones, así como sobre una conducta inequívoca, con las que el Ayuntamiento de Benasque, propietario del Monte del Valle de la derecha del río Esera, y el mismo servicio instructor del expediente de deslinde, han venido reconociendo que la totalidad del valle del río Estós es propiedad de los condóminos.

Este argumento es sustantivo e independiente de todos los demás. En base a él el Tribunal Supremo ha afirmado constantemente, como vamos a ver, la nulidad de deslindes practicados en contra de actos propios, *y esto aunque la situación posesoria de los particulares que haya podido derivarse de tales actos propios de la Administración no alcanzase la antigüedad de treinta años*, lo que prueba la independencia de la doctrina. Así dice la

*Sentencia de 11 de febrero de 1899: «Considerando que declarada dieciocho años antes la posesión de la finca Cañada Negra en favor de don Tomás Pérez no puede la Administración perturbar a los causahabientes de aquél en dicha posesión, sino acudiendo a los Tribunales ordinarios y promoviendo ante ellos el juicio de posesión o de propiedad».*

a) Pero antes de exponer la completa doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular recordaremos brevemente cuáles son los *actos propios del Ayuntamiento de Benasque* en los que se reconoce la propiedad y posesión de los condóminos sobre lo que éstos entienden ser la extensión propia de «Monte Estós».

1.º Los condóminos han aportado una petición del Alcalde al «Presidente de la Junta administrativa de la *Montaña Estós*» (Montaña Estós, sin ninguna duda, se designa unánimemente el valle entero del Estós), fechada en 16 de mayo de 1903, por la que solicita «la corta de 12 trallos en el expresado monte» para las obras de una casa municipal; es de advertir que, si en efecto, como pretende la propuesta de deslinde, sólo la lejana parte Norte fuese el «Monte Estós» de los particulares y la mayor parte del valle Estós y desde luego su parte Sur íntegra, que es la parte inmediata al pueblo, fuese una parte del Monte público propiedad del Ayuntamiento de Benasque, tal petición no tendría el menor sentido.

2.º Consta en el expediente un certificado del Libro de Actas de sesiones del Ayuntamiento por el que se transcribe un acuerdo del día 8 de mayo de 1958, por el que

«La Corporación municipal constituida en pleno, procedió a examinar la cuenta de Administración de la *Montaña de Estós*, remitida conforme a los antecedentes obrantes en la administración municipal y de acuerdo con los sucesivos cambios de impresiones habidos entre el Ayuntamiento y la Junta administrativa de dicha *montaña*.

Hay aquí dos cosas: a) la aceptación de que Monte Estós es igual a *Montaña Estós*, designación que es la usual hoy para referirse a esa «unidad física y geográfica» que es el valle entero del Estós; b) la aceptación sin la menor reserva de que esa unidad es propiedad de los condóminos, puesto que se rinden cuentas, y se acuerda en firme un saldo de liquidación

*«sobre la gestión administrativa que mediante el correspondiente mandato ha sido ejercida por el Ayuntamiento»*

en nombre de los propios condóminos; este «mandato» se refiere a varios años atrás, continuadamente, y hay en concreto, una referencia a hechos de esa gestión ocurridos en 1938; es decir, que de forma categórica *consta que a lo menos durante veinte años seguidos el Ayuntamiento ha administrado la unidad geográfica que se conoce como Montaña Estós como mandatario de la comunidad, a la que rinde cuentas*. No se comprende cómo para el Ingeniero «ello no significa en modo alguno un reconocimiento de la posesión ni del derecho de poseer» No merece la pena, verdaderamente, polemizar sobre este punto.

3.º En el acta de apeo extendida el día 23 de septiembre de 1958 la Comisión del Ayuntamiento de Benasque presente en el acto, que se dice integrada por el concejal don J. E. L. y el Secretario de la Corporación, hizo una protesta formal contra la línea de apeo propuesta por el Ingeniero, protesta redactada en el acta de la forma siguiente:

*«Ante esta exposición (la propuesta de apeo del Ingeniero) manifiesta don J. E. L. en su calidad de comisionado del Ayuntamiento, que no obstante el acuerdo tomado por el Ayuntamiento en sesión del día veintidós del corriente, a la vista de la superficie que se ha de demarcar, no está de acuerdo con la línea propuesta por el Ingeniero operador, ya que creía que las mil cuatrocientas sesenta hectáreas abarcaban la casi totalidad de la Montaña de Estós».*

Observemos, por de pronto, que de nuevo se emplea la designación «*Montaña Estós*» para referirse a la totalidad de la cuenca del Estós, y en segundo lugar, que paladinamente se confiesa que es «la casi totalidad» de esa unidad geográfica a lo que debe extenderse la superficie de la finca propiedad y posesión de los particulares.

b) El último de estos reiterados actos propios nos parece trascendental y formalmente decisivo, dada la ocasión en que se produce, directamente dirigida al fin del deslinde. La reciente *Sentencia de 21 de diciembre de 1956* lo confirma así, refiriéndose a un caso idéntico y afirmando:

*«El hecho de que una Comisión de un Ayuntamiento propietario de Monte y sus prácticos en un apeo reconocieran ante un*

funcionario público, como es el técnico operador, *la existencia de ciertos enclavados es un acto administrativo expreso y formal del que se derivan derechos concretos en favor de particulares, sin que pueda ya la Administración municipal volver con eficacia sobre sus propios actos*».

En el Informe del Ingeniero ha tenido que hacerse cuestión de este importante obstáculo para el fundamento de su propuesta de deslinde. Intenta, sin embargo, desvirtuar con dos razones que examinamos seguidamente, la afirmación del comisionado del Ayuntamiento: 1.º, de nuevo el argumento de la cabida, razonado «ad absurdum»:

«Creemos deducir de la manifestación de este señor que si la cabida de las 1.460 hectáreas hubiera abarcado toda la superficie de aguas vertientes al barranco Estós (he aquí, pues, cómo el Ingeniero traduce la expresión «Montaña Estós») él habría estado conforme con el criterio de atenerse a la cabida».

He aquí de nuevo, y en forma excepcionalmente clara, todo, absolutamente todo, el problema de este deslinde. El Ingeniero insiste a todo trance en el tema de la cabida, al que pretende atribuir clarísimamente un valor absoluto y decisivo. Por el contrario, el comisionado del Ayuntamiento, quizá labrador, sabe muy bien que un deslinde no es una operación de medir, sino una operación de identificar las lindes de fincas concretas. Está afirmando de la manera más neta, aunque intuitivamente, con mero sentido jurídico natural, la «doctrina de los cuerpos ciertos» que es la de nuestro derecho, como ha quedado demostrado, y para la cual la cabida es siempre y esencialmente un dato completamente secundario de identificación, en los términos estrictos del Tribunal Supremo. El Ingeniero pretende llevar la cuestión a su terreno técnico de medidas y de planimetría, pero el labrador sabe muy bien, y la razón le asiste, que no es ése el modo como el derecho considera a las fincas. En este incidente está comprimida en su forma pura, podría decirse, todo el problema jurídico que ahora dictaminamos y en términos nítidos e inconfundibles.

2.º La segunda razón con la que el Ingeniero responde a la objeción del comisionado del Ayuntamiento no puede tomarse en consideración. Dice el Informe:

«Comprendemos lo duro que resulta para un concejal el mantener una postura contraria a 184 coparticipes de un total de 200 vecinos aproximadamente, que constituye la población de Benasque, y sus anejos, y a este motivo achacamos la posición por él adoptada».

Es una pura insinuación que habría que justificar en algún dato, y todos los que constan en el expediente, según vamos viendo, no sólo no la abonan, sino que realmente la invalidan de plano. Se trata, en fin, de la hipótesis que se precisa para poder cómodamente sostener la tesis central del Informe, de modo que, es claro que aquélla descansa sobre ésta, y no al revés, como debería de ser en buena lógica. Pero en todo caso hay que recordar que, aunque otra cosa fuese, no entran entre las facultades de tutela de la Administración forestal invalidar y ni siquiera suspender los actos administra-

tivos municipales (arts. 361 y siguientes de la Ley de Régimen Local), carácter que tiene, conforme a la Sentencia que hemos citado, la manifestación verbal reflejada en el acta del comisionado del Ayuntamiento en un acto de apeo.

c) En resolución reiteradamente, formalmente, categóricamente el Ayuntamiento de Benasque viene reconociendo la titularidad privada de la Montaña de Estós, o aguas vertientes al barranco Estós, como traduce esa expresión el Ingeniero, y nunca antes de ahora ha pretendido, ni podría ya intentar hacerlo, en virtud de la doctrina de los actos propios, que es uno de los principios de aplicación más indiscutibles en nuestro Derecho Administrativo, que la más mínima parte de esa cuenca del Estós, y mucho menos tres cuartas partes de ella, le pertenezcan ni en posesión ni en propiedad, por el concepto de propietario del Monte del valle de la derecha del río Esera.

En estas condiciones hay que decir llanamente que es la Administración forestal la que, sobre el único dato de la insuficiencia de la cabida registralmente declarada a Monte Estós, exclusivamente sobre este dato, sin un solo hecho posesorio, como vimos, contradiciendo la propia intención de la entidad propietaria, como estamos viendo, se ha inventado literalmente el problema de este deslinde. ¿Puede permitirse, realmente, tanto dentro de las facultades de simple tutela que corresponden a los Distritos Forestales sobre los Ayuntamientos propietarios de montes?

d) Pero es que ocurre que también a la Administración forestal puede serle opuesta la virtualidad del principio de los actos propios contra la intención de hacer prevalecer esta propuesta de deslinde. Nos referimos sobre todo a la delimitación de una zona prohibitiva, como cautela del futuro deslinde, y de una zona libre acordada en 11 de enero de 1923 por la Jefatura del Distrito Forestal de Huesca y confirmada por el Ministerio de Agricultura por Real Orden de 23 de noviembre del mismo año. Este señalamiento de una zona de libre posesión por los particulares, a la que no se extendía la duda inicial que sobre la divisoria entre Monte Estós y Monte del valle de la derecha del río Esera podía plantearse, se determinó mediante líneas topográficas exactamente situadas sobre el terreno, y comprende la mayor parte de la Montaña Estós que ahora el deslinde propone reconocer como de Monte público. Pues bien, esta zona declarada entonces de libre posesión por los particulares, parece que no puede ser discutida ahora sin que haya ocurrido desde entonces ningún hecho nuevo, ni se acredite posterior posesión sobre la misma por parte del Ayuntamiento de Benasque.

Esta conclusión la acepta el Informe del Abogado del Estado, citando muy oportunamente una Sentencia del Tribunal Supremo, la de 10 de marzo de 1909, en que se declaran nulos los deslindes en que se altere el estado posesorio por otro deslinde o *diligencia análoga*.

El Ingeniero operador, sin embargo, no se detiene tampoco en su Informe y propuesta sobre este obstáculo. De nuevo se sitúa en su argumento único: que la cabida ha de prevalecer sobre los límites. Resulta entonces que el Ingeniero que delimitó la zona prohibitiva, y consecuentemente la zona libre, en 1921 se equivocó y asignó unos límites a esas zonas disconformes con las cabidas que respectivamente confesaba medir. De esta incidencia



técnica, que se acredita sobre todo con un croquis que nunca fué notificado a los propietarios, se han enterado éstos con ocasión del deslinde actual. Ella sirve también para afirmar que, fuese cual fuese la línea topográfica de delimitación que se describía sin lugar a dudas en la parte resolutive de la resolución, aquellas zonas «en realidad» hay que entenderlas situadas sobre los datos de cabida, tal como los explica aquel croquis secreto.

No parece preciso esforzarse excesivamente en contradecir esta argumentación. En realidad estamos haciéndolo casi desde el comienzo del dictamen. La finalidad de los deslindes es fijar «líneas divisorias y no cabidas»; si, además, se dan éstas, se trata siempre de un dato secundario e irrelevante absolutamente. Por otra parte, la parte resolutive de los actos administrativos que señalaron las zonas respectivas, resolución de la Jefatura de Huesca de 11 de enero de 1923 y Real Orden confirmatoria de 23 de noviembre siguiente, no contienen la menor alusión a cabidas, sino exclusivamente a límites y la precisión topográfica de éstos no permite construir aquí el argumento de la duda o de la indeterminación. Estos fueron los actos notificados y no el croquis interno, totalmente desconocido hasta ahora. Por otra parte, consta la absoluta buena fe con que los interesados recibieron esas resoluciones a través del dato esencial de la impugnación de la primera de ellas que se basó únicamente y reiteradamente en los límites concretos que como zona libre se les asignaba, que estimaban todavía inferior a la que objetivamente debería ser, sin que argumentasen sobre problemas técnicos de mediciones. En fin, aun aceptando el error sufrido por el primer Ingeniero, ese error podría haber sido hecho valer, adoptando los plazos civiles, o bien dentro de los seis meses siguientes (art. 1.472 del Código, específicamente para litigios entre linderos y cabida), o bien, a los cuatro años, si se considera vicio de nulidad, según el artículo 1.301, párrafo 4.º, pero evidentemente no ahora, cuando han transcurrido más de treinta años. Por último, ya sabemos que ese supuesto vicio del título no impide la posesión usucapiente cumplida con exceso y legitimada justamente en los datos formales de esos actos.

e) Podemos corroborar cómodamente lo anterior con la doctrina del Tribunal Supremo. Es tan clara—ya la ha utilizado el Abogado del Estado—que omitiremos toda glosa propia.

*Sentencia de 11 de febrero de 1899:* En los hechos se trata de un deslinde primero realizado en 1878 del que el Ayuntamiento interesado protestó por asignar al particular limitrofe «una cabida más del doble que la señalada en los títulos mismos». En 1894, a consecuencia de estas protestas reiteradas del Ayuntamiento se instruye un nuevo expediente de deslinde en el que se propone limitar la finca a la cabida de los títulos, acordándose así por una Real Orden de 1895. El Tribunal Supremo da lugar al recurso diciendo: «Considerando que según tiene repetidamente declarado la jurisprudencia, las providencias administrativas declaratorias de derechos que causen estado por no haber sido reclamadas en tiempo y forma no pueden ser revocadas en la vía gubernativa por la Administración activa, y únicamente lo pueden ser en la contencioso-administrativa, previa la declaración de lesivas en los casos que proceda. Considerando, en consecuencia, de lo expuesto, que no han podido ser de-

clarados nulos por la Real Orden impugnada el deslinde ni el amojonamiento practicados en 1878 en las fincas de que se trata, cualesquiera que sean sus defectos...»

*Sentencia de 10 de marzo de 1900:* «Considerando que una vez declarada la posesión legal de un monte a favor de particulares, a lo que equivale la resolución del Gobernador Civil de la Provincia de 10 de enero de 1889... no puede la Administración perturbar en el goce y disfrute de dicha posesión, sino acudiendo a los Tribunales ordinarios».

*Sentencia de 27 de mayo de 1912:* «Cuando la Administración del Estado y un Ayuntamiento por actos y manifestaciones reiteradas y constantes han reconocido y proclamado que un monte excluido del Catálogo está sometido al dominio y posesión de propietarios particulares, la situación de hecho y de derecho reconocida a favor de los mismos sólo podrá ser reformada o destruida por Sentencia de los Tribunales ordinarios».

*Sentencia de 24 de abril de 1914:* *Hechos:* en 1875 se propone un deslinde que no llega a aprobarse, y en 1885 se aprueba otro que se ordena inmediatamente revisar; en los dos se adjudicaba a un señor Frías 399 hectáreas frente a 85 que se declaraban en sus títulos; en 1912 se aprueba un deslinde nuevo rebajando la cabida, contra el cual se interpone recurso: El Tribunal Supremo estima el recurso diciendo: «Considerando que aun cuando se indica que el deslinde de 1875 no fué aprobado y parece que los de 1885 fueron desaprobados expresamente como gravosos para el Estado, en cuyo daño se habían cometido importantes usurpaciones, es lo cierto que la crítica de aquellas diligencias, formulada en términos bien severos por los funcionarios encargados de examinarlas, no ha ocasionado, a juzgar por los datos del expediente, acto alguno dirigido a impedir, frustrar o atajar los abusos advertidos y lamentados, y por el contrario, don Eugenio Frías, a quien principalmente se imputaban, continuó aprovechando los productos forestales de los terrenos... (y es la Administración la responsable) de una situación creada por su abandono y sancionada por su aquiescencia. Considerando que esta Sala, de cuya jurisdicción se hallan excluidas las cuestiones de derecho relativas al dominio y a la posesión plenarias, está obligada a amparar la constituida de hecho en los montes públicos».

*Sentencia de 9 de junio de 1915:* «procediendo igualmente acceder a la petición de que sea respetada la posesión de ciertos terrenos si la favorece un apeo anterior» (no un deslinde, pues, un simple apeo.)

*Sentencia de 15 de enero de 1919:* «Considerando que el deslinde de 1865 atribuyó al cortijo de los Morroneos la extensión que de aquella diligencia dimanaba... y como ni en el expediente, ni en el pleito se ha acreditado, ni indicado siquiera que los demandantes y sus transmitentes hayan dejado de disfrutar desde entonces la finca así demarcada, tampoco cabe desconocer que vienen en quieta y pacífica posesión de ella durante mucho más de treinta años... Considerando que el «hecho posesor» subsistente durante tan largo período no se desvirtúa por los defectos achacados a la diligencia de deslinde de que arranca, ni por el accidente negativo de que su resultado no se reflejase en el Re-

gistro de la Propiedad... porque la cuestión de nulidad de aquella remota operación podrá plantearse ante los Tribunales ordinarios por la persona o entidad que pretenda invalidarla y estime que perdura la acción conducente al intento».

*Sentencia de 21 de noviembre de 1941:* «Conforme a la doctrina jurisprudencial, en consonancia con las disposiciones legales que regulan esta materia no es admisible que un segundo deslinde pueda alterar el estado legal creado por el anterior válidamente hecho sin que medie una Sentencia de los Tribunales ordinarios».

*Sentencia de 5 de marzo de 1947:* «La Corporación municipal así lo reconoció [la posesión a título de dueño del colindante] en su acuerdo de 17 de febrero de 1916, dejando sin efecto un deslinde efectuado en 14 de abril del año anterior en el que se habían considerado como de propios algunos terrenos pertenecientes al cortijo de los señores de C., resulta patente que el Ayuntamiento mencionado, al volver sobre su acuerdo de 1916 sin haberlo declarado lesivo infringió los preceptos que vedan hacerlo a la Administración cuando anteriormente haya reconocido derechos a favor de terceros».

*Sentencia de 24 de octubre de 1947:* «Considerando que es doctrina constante sostenida por Sentencias de este Tribunal que para resolver las cuestiones que sobre deslindes de montes públicos se suscitan debe, en primer lugar, estarse a lo que resulta de otras operaciones anteriores practicadas con el mismo objeto...» (y la operación anterior que valora no es un deslinde de montes públicos, sino un deslinde de términos municipales realizado en 1876 por el Instituto Geográfico y Catastral).

*Sentencia de 31 de octubre de 1953:* «La existencia de un deslinde anterior y la modificación del contorno del mismo por la Administración en otro posterior impone llegar a la conclusión de que ésta no obró rectamente alterando por sí en vía gubernativa una situación cuyo respeto es principio sentado de antiguo por nuestra legislación... es evidente que el (deslinde) verificado en 1886 sirvió de punto de arranque a una situación posesoria que aparece como ininterrumpida».

La doctrina del respeto a situaciones posesorias creadas por resoluciones de la propia Administración, hayan sido o no defectuosas tales resoluciones, acordadas con fines de deslinde o con objeto análogo, es categórica y se refuerza especialmente, sobre la pura teoría de la posesión, que ya de por sí sería suficiente con la específica del respeto a los actos propios y de la irrevocabilidad de los actos declaratorios de derechos.

### III

#### OBSERVACION FINAL

El Letrado informante cree haber justificado la inadmisibilidad jurídica de los criterios seguidos por la propuesta de deslinde objeto del dictamen y de sus soluciones concretas.

Con claridad cree ver que de prevalecer tal propuesta se consumaría no un Jeslinde, sino una verdadera expropiación dominical de una importancia económica y social considerable y sobre la que no parece necesario insistir.

Comprende bien, y estima positivamente, el indudable celo que ha podido llevar a los funcionarios instructores al resultado de la propuesta. Es posible que para armonizar este celo con sus preocupaciones de justicia, sobre las que nada permite dudar, además de partir como hace expresamente el Ingeniero, de una suposición—por cierto, no justificada y aún parece que nada real—de un origen ilegal de la propiedad particular, como hipotético fruto de una usurpación inicial, tranquilicen sus dudas remitiendo al eventual juicio de propiedad que los particulares tendrán siempre abierto, y en el que podrán hacer valer libremente sus derechos, sin restricciones. A este argumento posible, y nada extraño en expedientes de esta naturaleza, se permite contestar el Letrado con palabras no propias sino de nuestro más alto Tribunal, por una parte, de un prestigioso y digno funcionario, con autoridad reconocida sobre estas materias, por otra.

En su Sentencia de 20 de abril de 1915, dijo el Tribunal Supremo que el criterio principal en estas materias debía ser

«mantener en la posesión al agregado o pueblo lo que la tenga... mientras el que quiera alterarla no acuda para ello a utilizar una forma legal, que *no puede consistir en la eficacia con que el más fuerte impida de hecho la continuación del aprovechamiento*. Considerando que esto debe ser así no sólo por el principio contenido en el art. 11 del Reglamento de 17 de mayo de 1865, sino porque de lo contrario se sancionaría la ilegalidad y la injusticia de que a todos los Ayuntamientos de la nación se negara que sus agregados continuaran llevando sus ganados a pastar en los montes que de hecho antes venían utilizando... *obligando a estos agregados, si no habían de consentir la desposesión, a promover ante los Tribunales ordinarios el juicio declaratorio que corresponda con los gastos, dificultades y perjuicios que esto supone, cuando lo legal, lo justo y hasta lo moral es que el obligado a interponer el pleito sea siempre el que pretenda alterar el estado de hecho... de modo que la Administración y los Tribunales de lo contencioso no pueden... dejar desamparados a los que con tal motivo a ellos acudan... para que acuda a los Tribunales ordinarios aquel que pretenda el cambio en la situación de hecho, que mientras tanto debe prevalecer».*

Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, prestigioso Abogado del Estado, en su artículo *La posesión en montes públicos* («Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 174, 1943, pág. 281) dice, por su parte, y parece aludir a nuestro caso:

«Si el Ayuntamiento propietario del monte y por tanto el mayor interesado en que se respete la integridad de su patrimonio, en los mismos inventarios que la Corporación tenga aprobados cuidadosamente años atrás, ha reconocido la posesión a un particular, y ésta, además, está justificada por otros documentos de autenticidad indiscutible, no hay razón para que no sea respetado si no es después de haber vencido a la Administración en un procedimiento civil de reivindicación de

propiedad y haberle agotado su paciencia en una larga vía gubernativa».

Con toda simplicidad podrían resumirse estos criterios claros y autorizados, aplicándolos al caso consultado, afirmando que los extraordinarios privilegios y entre ellos el de la ejecutoriedad inmediata de sus decisiones, a reserva de juicio declarativo, que la ley otorga a la administración de los montes públicos, tienen una finalidad estrictamente defensiva de la integridad de éstos, pero en modo alguno ofensiva sobre las propiedades privadas limítrofes cuyo único y exclusivo pecado sea haber incluido en los datos descriptivos de sus títulos inscritos una cabida inferior a la real.

### CONCLUSION

En virtud de todo lo expuesto y alegado, el Letrado que suscribe es de dictamen:

- 1.º Que la propuesta de deslinde del monte público del Valle de la derecha del río Esera con el monte privado llamado Estós, en el término municipal de Benasque, que ha elevado el Ingeniero operador con fecha 2 de diciembre de 1958, no puede prevalecer en derecho, tanto por incurrir en incompetencia, al intentar declarar derechos civiles como por sus criterios materiales y de fondo.
- 2.º Que del expediente de dicho deslinde existen datos auténticos suficientes, corroborados en lo sustancial por el Ayuntamiento propietario del monte y aún por el mismo Ingeniero instructor, para concluir que la línea de apeo propuesta por la comunidad de propietarios del monte Estós está plenamente justificada, tanto por titularidad dominical indiscutida o inscrita en el Registro, que se extiende al cuerpo cierto que constituye la finca así delimitada, y no a una superficie abstracta, como por estado posesorio público e ininterrumpido en concepto de dueños durante más de treinta años.

Este es mi dictamen, que expresamente someto a cualquier otra opinión mejor fundada.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA  
*Catedrático de Derecho Administrativo en la  
Universidad de Valladolid*



### III. NOTAS CRITICAS

#### La sustitución fideicomisaria de cuantía mínima incierta

I. Se observa en la doctrina y jurisprudencia relativas al Derecho civil común patrio un cierto interés por delimitar el concepto del llamado "fideicomiso de residuo". A) La opinión predominante entendía que no estaba regulado en el Código civil, y estimaba como tal todo supuesto en el que el fiduciario no estuviera obligado a conservar (obligación que la opinión citada equiparaba a la prohibición de disponer), nota que constituía la última diferencia respecto a la sustitución fideicomisaria. Dentro del concepto se integraban, por tanto, casos muy diversos, así si el fiduciario estaba obligado a restituir el residuo de la herencia o bienes fideicomitados, o aquello de lo cual no hubiera dispuesto *inter vivos* o *mortis causa*, etc.

B) Posteriormente se ha dicho que el "fideicomiso de residuo" está regulado en el Código civil español como un tipo de sustitución fideicomisaria. En la actualidad parece aceptada la idea de que el Código civil establece diferencia entre dos formas de sustitución fideicomisaria: una, aquélla en la que el fiduciario está obligado a restituir todo lo fideicomitado o por lo menos una parte cierta; otra, cuando solamente debe restituir el posible residuo. Dentro de esta última forma, es decir, dentro del concepto de sustitución fideicomisaria de residuo, caben todos los supuestos que la opinión común reunía bajo la calificación de "fideicomiso de residuo".

C) Otras opiniones propugnan conceptos más restringidos. a) Se ha indicado que no constituye "fideicomiso de residuo" el supuesto en el que se llama al fideicomisario a suceder en aquello de lo cual el fiduciario no hubiera dispuesto *inter vivos* (1); y también, b) que si se autoriza a éste para disponer *mortis causa* ya no se trata de un caso de "fideicomiso de residuo", sino de "sucesión testamentaria subsidiaria por silencio dispositivo del heredero" (2).

De estas dos opiniones restrictivas del concepto de "fideicomiso de residuo" o, para hablar con propiedad, de sustitución fideicomisaria de residuo, una, la expuesta en último lugar, no va a ser examinada aquí, porque en el sistema del

---

(1) STS 10 julio 1954. La de 21 noviembre 1956 sostiene la opinión contraria, pero con una finalidad diferente: como se sabe, doctrina y jurisprudencia afirman que el fiduciario de residuo no puede disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitados si no ha sido autorizado para ello expresa y especialmente; esta S. combate la opinión del recurrente, el cual afirmaba que si se autorizó al fiduciario para disponer puede hacerlo incluso *mortis causa*, y que en el supuesto no se trata de "fideicomiso de residuo", por lo que no tiene aplicación la doctrina antes expuesta respecto al mismo. Este interesante problema no va a ser aquí tratado, dada la finalidad de estas notas; en otra ocasión nos ocupamos de él brevemente (cf. J. LÓPEZ, "Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español", en ADC, XI, 1, pág. 12, n. 17 i. f.).

(2) ROCA SASTRE, Notas a la trad. esp. del *Derecho de sucesiones* de Kipp, en el *Tra-tado de Derecho civil* de Enneccerus-Kipp-Wolff, t. V, v. 2.º, Barcelona 1951, págs. 119-20, y ya en *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid 1948, pág. 77.

Código civil español no parece aceptable (3); la otra parte del hecho cierto de que, en principio, no es lo mismo ordenar al fiduciario que restituya lo que quede, el residuo, que llamar al fideicomisario a suceder en aquello de lo cual el anterior llamado no hubiese dispuesto (4). Esta opinión suscita el problema objeto de las notas que siguen, a saber, determinar el concepto de sustitución fideicomisaria de residuo en el Derecho civil común español.

II. Se trata, pues, de configurar un concepto técnico jurídico dentro de la esfera de un Derecho positivo. Los conceptos de este tipo, naturalmente, han de poseer un significado jurídico y valor técnico; a continuación se examinan separadamente estos dos aspectos.

I. En cuanto son conceptos jurídicos tienen que estar fundados en el Ordenamiento al servicio del cual se crean. Cuando se intenta construirlos sobre otras bases los resultados no son satisfactorios; así ocurre cuando se repiten antiguos conceptos no obstante el cambio de las normas (5), o cuando se toman de prestado de la doctrina extranjera que los elaboró sobre supuestos jurídicos diferentes (6), y con mayor frecuencia, cuando se asientan en conside-

(3) Cr. J. LÓPEZ, op. cit., pág. 15, n. 22. En la línea de ROCA SASTRE (autor que estima que el "fideicomiso de residuo" constituye una sustitución fideicomisaria porque, como en ésta, existe obligación de conservar, obligación que falta en el supuesto de que se permita al fiduciario disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitados, lo que significa hacer tránsito a otra figura jurídica), es de citar el intento de P. CREHUEL de reconducir al campo de la sustitución fideicomisaria el supuesto en el que se llama a suceder al segundo heredero en los bienes de los que el primer llamado no hubiere dispuesto *mortis causa*, sosteniendo para ello que existe en tal caso obligación de conservar, nota que estima esencial de la misma. Dice este autor ("El fideicomiso en caso de abintestato", *La Notaria*, año 1948, primero y segundo trim., pág. 99, n. 1) que el fideicomiso en caso de abintestato consiste en permitir al primer llamado que disponga por testamento de los bienes fideicomitados, a la par que se le prohíbe hacerlo *inter vivos*, y lo define como una "modalidad específica de la sustitución fideicomisaria condicional, consistente en que la condición es potestativa y está en función del deber de restituir, quedando intocable el de conservar" (op. cit., pág. 107). Como se observará, en el supuesto no existe obligación de conservar, porque para que no haya la de restituir tiene que cumplirse el evento, que consiste precisamente en que el fiduciario disponga (*mortis causa*) de los bienes fideicomitados; no puede equipararse la obligación de conservar con la "prohibición de disponer *inter vivos*". Es de hacer notar que ROCA SASTRE ha abandonado su antigua opinión acerca de que la obligación de conservar es nota esencial de la sustitución fideicomisaria (cf. *El fideicomiso "si sine liberis decesserit"* y *el Código civil*, Madrid, 1956, pág. 75).

(4) Para una exposición detallada, v. J. LÓPEZ, op. cit., pág. 12, n. 17.

(5) El excesivo apego al pasado constituye un fenómeno frecuente en el campo de lo jurídico. Conviene destacar el valor subordinado que el conocimiento del mismo tiene para el jurista; de servicio al presente, cuando se lo pueda prestar.

(6) El peligro de la importación de conceptos técnicos fundados en normas ajenas al sistema español es evidente. A veces las técnicas importadas no se basan en Ordenamiento alguno, sino que son producto de la "princiología" o de la "teoría general del Derecho"; la inutilidad de tales conceptos es clara (cf. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España, Parte General*, t. I, tercera edición, Madrid, 1955, pág. 71).

Muy diferente sería el aspecto y desarrollo del Derecho hipotecario español si no se le sometiera al molde importado de los llamados principios hipotecarios y se atendiera a la finalidad concreta de sus normas en los supuestos que regulan; principios que, además, no son homogéneos, a veces manifiestamente inadecuados al sistema español (consentimiento material) o tienen en la doctrina base ficticia (v. F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil. Apéndice*, Madrid, 1958, pág. 69, n. 1).



raciones didácticas, lógicas o pseudológicas, o bien se intenta "mejorar" con ellos el sistema legal (7) o los conceptos que la ley emplea (8). En todos estos casos el resultado de estos intentos carece de significado jurídico (9).

2. Es preciso, además, indagar en qué consiste su valor técnico. La técnica del Derecho, aunque importante en el momento actual de la cultura, tiene, por ser sólo una técnica, significado secundario, que se manifiesta ya en su

(7) Así cuando se sistematiza el artículo 1.483 C. c. como un caso de saneamiento por defectos ocultos, en vez de considerarlo como un supuesto de saneamiento por evicción como la ley hace.

(8) Cuando los conceptos legales son erróneos o simplemente están superados, la doctrina, como es natural, debe abandonarlos; pero es necesario, si fueron empleados con valor normativo, separar este aspecto del puramente técnico; en el caso de que los conceptos que vienen a reemplazarlos estén adecuadamente fundados en las normas no se suscita problema alguno.

Por citar un ejemplo de sustitución arbitraria de los conceptos legales, obsérvese la antinomia que a veces introduce la doctrina entre los artículos 538 y 539 C. c., al creer que las servidumbres negativas son no aparentes; antinomia que en realidad no existe (cf. art. 14, párr. tercero del Apéndice correspondiente al Derecho foral de Aragón).

(9) Suponen todos ellos olvido del valor de la norma, doblemente injusto porque en ocasiones la regulación legal supera a la doctrina; recuérdese cómo ha tratado ésta la nitida regulación del C. c. acerca del deber de solicitar la incapacitación de los dementes y sordomudos. Tres tipos de intereses protege la ley eficazmente, que son: a) el del presunto incapaz; b) el público, y c) el del cónyuge y parientes con derecho a suceder abintestato. Examinemos estos tres casos: a) la protección del presunto incapaz se realiza, en primer lugar, por el Juez y el Ministerio público, que cuidan de la constitución inmediata del consejo de familia (art. 293, párrafo primero) y pueden tomar otras medidas (art. 203); para facilitar esta intervención de las autoridades se establece a cargo de ciertas personas el deber de informarles (art. cit., párrafo segundo), bajo ciertas sanciones (arts. 293, párrafo segundo, 237, número 11, y 298). Estas actuaciones son o pueden ser previas a la solicitud de incapacitación e independientes de que la misma llegue a producirse (arts. 293, 216, 217), pues en todo caso se constituirá el consejo de familia y con ello comienza a funcionar la tutela, si bien para el nombramiento de tutor se necesita que la incapacitación se haya producido ya (art. 213). El deber citado no es, por tanto, deber de solicitar la incapacitación, como resulta de comparar los artículos 214 y 293, párrafo segundo, y de considerar que es un deber que nace en ocasiones una vez que la incapacitación ha sido ya declarada (arts. 293, párrafo segundo, en relación con el 200, número tercero), sino sólo un deber de dar noticia. Una vez constituido el consejo de familia, a éste corresponde atender a la persona y bienes del presunto incapaz (art. 301). Además, la ley cuida de que la incapacitación sea solicitada siempre; el Ministerio público tiene el deber de pedirla, y sólo él tiene este deber (art. 215). De este modo el presunto incapaz queda mejor protegido que si se impusiera el deber a determinadas personas, pues podrían no cumplirlo por falta de interés, o interés contrario, o bien por otras causas (falso cariño filial, temor a represalias si el pretendido incapaz no es incapacitado, etc.). b) el interés público queda protegido a través de la actividad del Fiscal (art. 215). Finalmente, c) la ley protege el interés del cónyuge y los parientes que tengan derecho a la sucesión abintestato, a quienes se otorga, fundamentalmente en su propio beneficio, la facultad de solicitar la incapacitación, con precedencia sobre el deber del Fiscal (arts. 214 y 215, núm. 2.º *in fine*), y en su caso se les protege también a través de la actuación obligada de éste (art. 215, número tercero); que se les conceda esta facultad es justo, porque así pueden abstenerse de solicitar la incapacitación para poder formar parte del consejo de familia (art. 217), lo que tiene también una faceta de posible protección del presunto incapaz, o pueden pedirla, por ejemplo, para procurar que el sordomudo se le impidan o permitan ciertos actos en la sentencia de incapacitación (art. 218). La doctrina ha pensado que la incapacitación de los dementes y sordomudos era una cuestión familiar, salvo el caso del artículo 215, número 1.º (cf. la crítica de la misma y nueva solución en F. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., v. II, 1, Madrid, 1952, pág. 299).

origen al estar predeterminada por un fin al cual sirve. El Derecho regula la vida social en su intento de adecuarla a la Justicia, y para ello la configura jurídicamente, atribuyéndole valor y efectos jurídicos. La labor de la técnica al servicio del Derecho es crear conceptos que proporcionen un saber acerca de qué consideración merecen del mismo los supuestos de hecho que en la vida social se originan; más aún, se trata con ellos de facilitar el conocimiento citado evitando que sea preciso investigar y explicar caso por caso cómo valora el Derecho una determinada realidad; en esto radica su importancia técnica, en ser instrumentos que permiten conocer de manera general y constante la significación jurídica que se atribuye a un supuesto de hecho (10). Consecuencia de lo dicho es la necesidad de que estén fundados en las normas jurídicas, en el conjunto de las normas que integran el Ordenamiento de que se trate, lo que origina una limitación acerca del fundamento jurídico que ya se ha indicado (*supra*. I) que deben tener. La razón de esta limitación, de este estar vinculados a la parte del Derecho constituida por las normas (11), es evidente: sólo ellas pueden atribuir a la realidad social relevancia jurídica caracterizada por las notas de generalidad y permanencia (12); por el contrario, cuando la regulación se establece en virtud de un negocio jurídico (dentro del ámbito en el cual éste tiene eficacia reguladora) la consideración jurídica que se otorga al supuesto de la realidad es concreta y transitoria, pues, cualquier supuesto real idéntico puede recibir en virtud de un nuevo negocio valoración jurídica diferente, lo que explica que no puedan construirse conceptos con valor técnico derivados de regulaciones dictadas como consecuencia del poder de autonomía de la persona.

III. Aplicando lo antedicho al tema objeto de estas notas, se observará que el concepto más amplio de sustitución fideicomisaria de residuo (*supra*, B) hincó sus raíces en la regulación legal. Abarca todos los supuestos en los cuales, en virtud del negocio jurídico que en cada caso concreto origina la sustitución, es incierta la cuantía mínima de lo que el fiduciario debe restituir, y los abarca porque les atribuye una peculiar consideración jurídica: todos los supuestos de sustitución fideicomisaria que posean tal característica están sometidos, en cuanto a la amplitud de los límites temporales en que pueden desenvolverse, a la legislación desvinculadora, en vez de quedar sujetos a la regulación más estricta establecida en el Código civil (art. 781). Este especial trato jurídico fundamenta el concepto y a la vez señala sus fronteras, pues, el valor técnico del mismo se agota en dar a conocer esta peculiaridad; los demás efectos jurídicos que se atribuyan a las sustituciones fideicomisarias que en el concepto se integran serán los generales de todas las sustituciones fideicomisarias o bien los específicos que en cada caso les otorguen los concretos negocios jurídicos que las hayan originado y las regulen, es decir, o se refieren al género sustitución

(10) Aunque no es probable que se interprete en tal sentido, parece conveniente advertir que lo que se afirma en el texto no tiene relación alguna con el conceptualismo jurídico.

(11) V. acerca del contenido formal del Derecho positivo, F. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., págs. 32-3, y lo que allí se dice sobre la técnica jurídica.

(12) Conviene precisar el sentido en que se utilizan aquí estos términos: "generalidad" se emplea para indicar que la apreciación normativa se impone a todos; "permanencia" tiene un valor relativo (pues la apreciación normativa de la realidad es cambiante), pero no por ello menos destacable.

fideicomisaria o a cada supuesto individualizado de sustitución fideicomisaria de residuo. Puede observarse ya desde ahora que el concepto que se analiza está justificado incluso en el supuesto de que fuera posible y conveniente añadir otro más restringido, posibilidad que no existe, como a continuación se indica.

El concepto restringido (*supra* C, a) posee significación jurídica evidente, pero carece de valor técnico. Su significado jurídico se basa en la idea de que no es lo mismo establecer que el fiduciario esté obligado a restituir lo que quede, el residuo, que llamar al fideicomisario para que suceda en aquello de lo que el anterior llamado no hubiera dispuesto; en el primer caso el fiduciario, si dispuso de lo fideicomitado, está obligado a restituir lo que hubiera obtenido como contraprestación, pues se produce subrogación real, al contrario de lo que ocurre si sólo debe restituir aquello de lo que no hubiese dispuesto. Esta diferencia, tradicional en la doctrina jurídica, es acertada, pero no sirve para fundamentar un concepto técnico. La opinión que propugna el concepto restringido no ignora que en el supuesto de que se deje en la incertidumbre el contenido mínimo de la obligación de restituir, de tal manera que incluso pueda faltar, caben multitud de regulaciones cuya nota común última es la situación de incertidumbre citada y en lo demás son diferentes; no lo ignora porque precisamente trata de proporcionar un concepto que corresponde a una de esas regulaciones posibles. Pero aquí nos encontramos ya en el campo del negocio jurídico, dentro del cual no cabe la creación de conceptos técnicos. Lo contrario se cree, al parecer, en virtud de una o de las dos consideraciones siguientes: a) la coincidencia en la regulación de un supuesto en virtud de negocios jurídicos es suficiente para originar un concepto técnico, y b) el empleo de la cláusula de residuo posee significado general y constante. Examinemos estas ideas.

a) La ley permite que en gran medida se regulen los supuestos de sustitución fideicomisaria de residuo en virtud de los negocios jurídicos que los originan. Establece al efecto la posibilidad de inaplicación de lo que constituye la regulación legal normal de la sustitución fideicomisaria en orden a la amplitud de la obligación de restituir (art. 783 *in fine*), y para los casos de sustitución fideicomisaria de residuo dispone una norma de especial favor (art. 781); aparte de las normas generales relativas a todas las sustituciones fideicomisarias y de esta más favorable que se acaba de mencionar, el resto de la regulación queda abandonado a la autonomía de la persona. Entre las distintas regulaciones posibles, algunas se han ido perfilando con nitidez a fuerza de ser repetidas; así la que se crea en virtud de la imposición al fiduciario de la obligación de restituir lo que quede, o bien del llamamiento del fideicomisario al residuo. Es natural que en la doctrina y jurisprudencia se tenga en cuenta la reiteración; normalmente es el camino hacia la tipificación, o hacia la formación de usos de los negocios, de importancia en la esfera de los contratos. Pero en ella no se puede fundamentar un concepto valedero para la técnica jurídica; la línea de continuidad que la reiteración representa puede ser abandonada siempre en virtud de un nuevo negocio jurídico, y además de ella no se deriva ninguna consecuencia que tenga valor regulativo en el ámbito de un posterior negocio. La reiteración en sí nada vale mientras no desemboque en la tipificación o en el uso, es decir, en el campo de las normas jurídicas, únicas que pueden proporcionar a la realidad significado jurídico general y constante; en tanto que esto

no ocurra, lo más que puede indicar es que ha habido coincidencia en el tratamiento jurídico de un supuesto de hecho en virtud de negocios jurídicos (mira hacia el pasado), pero no que tal coincidencia subsista y deba, en principio, continuar (13).

b) Tampoco la utilización de la fórmula de residuo tiene trascendencia. Es cierto que, *prima facie*, tiene un contenido determinado, el que directamente se deduce de su significado literal, que por regla general se estima corresponde a la voluntad de la persona o personas que la emplean (arts. 675 y 1281 C. c.); pero carece de valor general y constante, porque puede ser usada para manifestar contenidos de voluntad diversos, que prevalecerán sobre su significado literal, y nada se opone incluso a que en un caso concreto sea equiparable la fórmula de residuo a la de ordenar que se restituya aquello de lo que no se hubiera dispuesto *inter vivos*, fórmula esta que, como hemos visto, se le contraponen por la opinión que ahora se examina; en efecto, si un testador dispone una sustitución fideicomisaria en la cual el fiduciario está obligado a restituir "lo que quede", y del testamento aparece claramente que la establece sólo porque los bienes objeto de la misma tienen en sí un peculiar valor de afección, en este caso la fórmula "lo que quede" equivale a decir "lo que quede *in natura*", esto es (en términos generales, pues no caben en este punto reglas ciertas), "aquello de lo cual el fiduciario no hubiera dispuesto *inter vivos*".

IV. Parece, por lo expuesto, que en el sistema del Código civil español no cabe formular, con valor técnico, el concepto restringido de sustitución fideicomisaria de residuo que se pretende. Por último, una cuestión secundaria, de terminología: quizá no sea del todo satisfactorio el término "sustitución fideicomisaria de residuo"; tiene tras sí una larga evolución histórica, y esto, unido al valor que en principio tiene la fórmula de residuo, tal vez haga preferible, para evitar dudas, referirse a la sustitución fideicomisaria de "cuantía mínima incierta". Esta es la razón del título que encabeza estas notas.

JERÓNIMO LÓPEZ

---

(13) Podría pensarse que cuando el contenido de los negocios jurídicos ha cristalizado ya puede ser tratado como el de las normas. Así sucedería respecto a un Derecho positivo ya muerto. Pero se observará que en este caso no se plantea un problema de técnica jurídica, pues hablar de Derecho muerto es sólo una comodidad del lenguaje; en realidad no hay tal Derecho, pues falta la validez jurídica. (Además, siempre existiría la diferencia entre lo que tuvo que haber sido y lo que meramente coincidió de hecho.)

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**ALVAREZ QUELQUEJEU, L. C.:** «La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas», Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1958. XX + 255 págs.

La tesis de Alvarez Quelquejeu es—como otras anteriores—fruto del compromiso que la aparición de las nuevas leyes de s. a. y de s. r. l. asumió el Seminario de Derecho mercantil dirigido por el profesor Girón Tena—autor del prólogo que presenta la obra—. Proyectado el autor de ésta sobre fraternas tierras americanas, pretendo dar una revisión general de lo que el libro de Alvarez significa y de su contenido, así como de los presupuestos metodológicos desde los cuales ha partido.

Los dos temas alrededor de los cuales se centra el discurso son el de la concentración de empresas y el de la s. r. l. aplicada a la ejecución de un acuerdo de concentración. Para resolver los múltiples problemas que éste proponía—y que constituyen el objeto directo del trabajo—había de partirse de la admisibilidad de la concentración, siempre que ésta se demuestre beneficiosa para el interés de la comunidad política en la cual se ejecuta. Es una cuestión de principio, en cuyo planteamiento y solución el jurista español cuenta con escasísimos datos legislativos y, en definitiva, se conecta a la peculiar visión del mundo que se sustente. Con finalidad informativa el autor pasa revista al estado de la cuestión en los diversos ordenamientos, que, últimamente, han incorporado muchos de ellos una legislación específica sobre este punto. De la teoría general de la concentración de empresas únicamente se hace referencia a aquellos puntos que son imprescindibles para una correcta sistematización del fenómeno concreto que quiere esclarecerse con la aportación de que aquí se da noticia.

La estructuración y funcionamiento de la s. r. l. ha sido recientemente objeto de consideración legislativa, pero las normas que se han introducido no cuentan todavía con un conjunto de trabajos cuyo número sea comparable al de los que versan sobre la s. a. La sugestión que sobre el autor podía ejercer esta mayor elaboración doctrinal ha sido ponderadamente eludida, apartándose de los esquemas dogmáticos de la s. a., que, si en los casos normales no son siempre y en todo caso aplicables a la s. r. l., mucho menos en la concreta aplicación que constituye el objeto de la tesis, en la cual ha de valorarse adecuadamente el intento perseguido por las partes, en tanto en cuanto no sea incompatible con la estructura de la s. r. l. como reflejo de los elementos necesarios de la tipicidad jurídica de este tipo social. No hay que perder de vista que la razón por la cual se funda en este caso una s. r. l. es la de asegurar la realización de los fines a que se encamina la concentración de empresas.

No se ha satisfecho Alvarez Quelquejeu con las soluciones que unitariamente se ofrecen para los problemas suscitados, sino que, cuando es

necesario, recurre a la distinción de supuestos, con lo cual, si bien se pierde en la simplicidad y generalidad de la solución, se gana en la justicia y certidumbre que se deriva de la mayor adaptación de la norma a la realidad. Esta es una de las características del último capítulo, donde se examina la naturaleza de las funciones que, tanto en el orden interno como en el externo, cumple la s. r. l. como órgano de la concentración de empresas. En las relaciones internas, si las obligaciones de las empresas—cuyo objeto ha de fijarse mediante el oportuno acuerdo mayoritario—derivan de los estatutos, «la sociedad actúa en el ámbito de las funciones que le atribuyen los estatutos para determinar las prestaciones de los socios». Pero, cuando las obligaciones de las empresas se derivan de la participación de éstas en una agrupación empresarial cuya estructura es distinta de la s. r. l., ésta actúa como un tercero designado para determinar el objeto de una obligación, esto es, como un «arbitrator». Mayor trascendencia tiene el esclarecimiento de la naturaleza que haya de atribuirse a la actuación de la sociedad órgano frente a los terceros—aunque ésta sea cuestión que escapa a la estructura propiamente societaria—, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que las empresas han asumido. Cuando la s. r. l. actúa en nombre de éstas—supuesto más frecuente por la mayor garantía que ofrecen frente a una s. r. l. de exiguuo capital—, existe un negocio jurídico mixto, por virtud del cual las relaciones entre empresas y sociedad se regula de acuerdo con el pacto del cual se deriva el vínculo entre ambas, mientras que las relaciones entre la sociedad y los terceros—y entre éstos y cada una de las empresas en cuyo nombre contrata la sociedad—se rige por las normas de la comisión. Mas cuando la s. r. l. actúa en nombre propio frente a los terceros, el contrato que la sociedad órgano realiza con éstos es una compraventa—pero no es una compraventa el origen de la obligación en cuyo cumplimiento cada una de las empresas entrega las mercancías o servicios a la sociedad que ha de vender frente a terceros.

A lo largo del desarrollo del libro predominan las observaciones de tipo cautelar frente a las construcciones dogmáticas, que sólo sirven de base a las primeras. Es decir, prevén las dificultades que la adaptación del tipo social considerado va a suscitar y se ofrecen las soluciones más idóneas para obtener los resultados perseguidos por las partes. Para ello, se examinan la estructura y funcionamiento desde un punto de vista rigurosamente positivo, salvando sus características esenciales en esta labor cautelar de adaptación. El número de las dificultades que la adaptación de este tipo ofrece es menor que el suscitado por cualquier otro. Porque, descartada la solución de atribuir a una persona física las funciones de órgano central de la concentración de empresas, había que decidirse por un tipo social, que, junto a la personalidad jurídica—casi esencial para la consecución de la finalidad perseguida—, la organización corporativa y la vigencia objetiva de los estatutos, admitiese la insuflación de elementos de carácter personalista, que no desvirtuasen, sin embargo, la relativa separación que el ente creado tiene con relación a sus creadores y organizadores. Aunque la constitución de la s. r. l. tengan en el supuesto estudiado un carácter instrumental, en cuanto pensada para servir a la concentración,

jurídicamente aparece ésta como más débil, como lo evidencia el análisis de los supuestos de doble sociedad. He aquí la razón por el cual el trabajo se estructura alrededor de la organización societaria en todo caso de concentración que haya establecido un órgano central de carácter social.

En la solución de las cuestiones referentes a los vicios de la fundación están implicados una multitud de aspectos cuya construcción es muy discutida. Así ocurre, por ejemplo, con la teoría de las sociedades de hecho, que, aun no habiendo encontrado acogida expresa en el derecho español, inspira la solución del supuesto de nulidad de una s. r. l., que, al mismo tiempo, haya dado nacimiento a la concentración de empresas. Igualmente, la falta de inscripción que impide el nacimiento de la s. r. l.—debido al carácter constitutivo que aquélla tiene—no trunca, sin embargo, la existencia del pacto de concentración, en todos aquellos aspectos cuyo cumplimiento no exija el funcionamiento de la s. r. l., excepto cuando se pruebe que el nacimiento de ésta era condición indispensable para la existencia de ésta. Con el mismo criterio se resuelve la dificultad de la existencia de una sociedad oculta, que, por otra parte, dadas sus características, no podría cumplir las funciones que a la sociedad órgano se asignan.

El conflicto que se suscita entre la necesidad normativa de la existencia de un capital—elemento típico normativo en los tipos de sociedades capitalistas—y su innecesariedad desde un punto de vista económico, dadas las características de la sociedad órgano, se resuelve mediante el establecimiento formal de una cifra que, salvando la exigencia jurídica, no constituya un desembolso excesivo para los participantes de la s. r. l. La regulación de la concentración de empresas mediante la unitaria estructura de la s. r. l. constituye una ventaja frente a la existencia de una doble sociedad, en cuanto que los derechos y obligaciones nacidos del pacto de concentración no pueden modificarse más que concurriendo la unanimidad de los participantes, lo cual impide una rápida adaptación de la organización a las necesidades que haya presentado la situación económica. Este entorpecimiento no se produce cuando existe una estructura unitaria, puesto que la modificación de los estatutos—sin más límites que los derivados de la organización societaria—es lo suficientemente ágil para cubrir tales necesidades. Los pactos que no sean compatibles con la organización del tipo social—o cuya publicidad no sea conveniente—pueden hacerse valer mediante los pactos parasociales que, al carecer de publicidad, exigirán el adecuado mecanismo para que vinculen a los terceros que entren a formar parte de la agrupación. El establecimiento de prestaciones accesorias es una de las finalidades cuya consecución aconseja la elección del tipo s. r. l., pero su regulación y coordinación con los fines perseguidos por la agrupación producen graves dificultades, para cuya solución el autor indica distintas vías, cuyo común punto de partida es que constituyen obligaciones sociales, que deben de registrarse por las normas estatutarias y por las del derecho de sociedades, en general, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, las del contrato a que dé lugar la ejecución de dichas prestaciones. En relación con la existencia de prestaciones accesorias adquiere una importancia trascendental la regulación adecuada del régimen de transmisión de las participaciones sociales, que requiere unas cautelas especiales, puesto que el

establecimiento del derecho de preferencia no cumple el objetivo de tutelar el interés de la sociedad a mantener el número mayor de participantes que sea posible. Del mismo modo se sugieren las líneas esenciales, dentro del marco de *ius cogens* que se establece por el derecho societario, para establecer un adecuado sistema de adopción de acuerdos.

J. F. Duque.

## ANALES DE LA ACADEMIA MARIITENSE DEL NOTARIADO

(Tomo X-1959)

Fuenmayor Champin, Amadeo de: «El cumplimiento post-mortem de las obligaciones naturales».

El padre Fuenmayor, con su profunda formación canónica y privatista, ofrece en este artículo un compendioso estudio de la tan discutida cuestión iniciándolo con una exposición de lo que la doctrina científica ha entendido como obligación natural y su efectividad jurídica, con citas de Castán, Puig Peña, López Palop, Núñez Lagos, Camara, Vallet, Marín Monroy, etcétera; señala como caracteres tradicionales de ella, la falta de acción, pago voluntario y «*soluti retentio*» y se extiende en un estudio histórico acerca de la denominación de «natural» dada a estas obligaciones, presentando en forma ordenada y sucinta su etiología en Derecho Romano primitivo, Justiniano, en las citas de los compiladores, en el Derecho intermedio y en el Canónico. En el campo del derecho comparado analiza la obligación natural en el Derecho Francés, en el Italiano, en el Código Civil Argentino y en el Alemán. En la dogmática moderna, respecto a la naturaleza de la obligación natural, cita a Krückmann como originador de una nueva era, quien afirma que la justificación jurídica de tales obligaciones reside en una «*causa adquirendi*» y no en una «*causa dandi*»; destierra la calificación de «fenómeno jurídico» que pretende imponer Carnelutti y sostiene que por medio de ellas el Derecho viene a dar sanción al cumplimiento voluntario de ciertos deberes de conciencia o lo que es igual representan una introducción de los deberes morales en la vida jurídica.

Afirma que dentro del Código Civil español—en el que no se habla para nada de las obligaciones naturales—, el único artículo que sirve de base a la figura, es el 1.901, cuyo contenido analiza en función de la Moral, examinando las cuestiones que pueden presentarse en caso de resultar vicioso el título del disponente en los supuestos actos de evicción y saneamiento y si la acción pauliana les asiste a los acreedores cuando el cumplimiento de una obligación natural por el «*tradens*» se produzca en fraude de ellos.

Distingue dos modos de satisfacción de la obligación natural: el directo y el indirecto: éste constituyendo una obligación civil en sustitución del deber moral, ampliando su desarrollo a los casos en que se satisface por el propio deudor natural o por un tercero, y en éste último supuesto contempla el cumplimiento hecho en vida del deudor y aquél que tiene lugar a su muerte. Analiza muy detenidamente la conocida sentencia del Tribunal



Supremo del 17 de octubre de 1952, extrayendo de ella unas consecuencias jurídicas afirmatorias de la existencia, características y naturaleza de la figura que estudia.

Respecto al punto neurálgico del tema, afirma que todo cumplimiento de una obligación natural, fallecido el deudor ofrece un rasgo común, cual es el de ser realizado por un tercero, bien sean los herederos o el albacea, estudiando ambos conceptos por separado; cuando la obligación de cumplir con el deber de conciencia es impuesta a los herederos por el causante, nos hallamos—dice—ante una disposición patrimonial atípica contenida en testamento constituyendo un tercer género distinto a la herencia y al legado, que no encaja en la previsión del legislador y que por no estar ni prohibido, ni regulado, produce una laguna que debe llenarse por la analogía y por los principios generales del derecho. En cuanto a el pago de la deuda natural por el albacea, cita el autor la Ley 32 de Toro, como plenamente resolutoria del caso, apoyando su tesis con las citas doctrinales de Febrero, Escriche y Alvarez Posadilla, y en la legislación actual estima que el número tercero del artículo 902 del Código Civil que impone al albacea la vigilancia sobre la ejecución de lo dispuesto en el testamento, puede representar el apoyo del supuesto.

Por último, considera, que una fórmula amplia del testador por la que mande satisfacer sus obligaciones naturales, sin más determinación, debe considerarse como vinculante para herederos y albaceas, porque no concuerda el apartado primero del artículo 670 del Código Civil como en su sentencia de 8 de julio de 1940 tiene reconocido el Tribunal Supremo, cuando afirma que no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir para interpretar el testamento, a circunstancias exteriores al mismo, si bien admite el autor que en este supuesto de cláusula genérica la prueba de la obligación natural debe ser más exigente para impedir la lesión de intereses legítimos. Termina su trabajo el Padre Fuenmayor presentando unas posibles fórmulas prácticas testamentarias, que condensan los distintos aspectos de su posición científica.

#### **MUSTAPICH, José María: «Concepto del Derecho notarial.**

Presenta el autor, por vía preliminar, una acabada síntesis del concepto doctrinal del Derecho Notarial, a su juicio no bien formulado, por estimar que la médula de la cuestión hay que buscarla en el ensamblaje de la autonomía del derecho y la fórmula auténtica, para lo cual examina con todo detenimiento la teoría de Monasterio, Notario de Tortosa, que en 1901 publicó una monografía titulada «Biología de los Derechos en la normalidad y su representación por medio del Registro de Actos de la Vida Civil», en la que trata de alcanzar la corporalidad de los derechos de tal manera que la representación efectuada con intervención notarial refleje la vida exacta de ese Derecho, olvidando, a juicio del actor, que esa representación sólo podrá ser presuntivamente cierta.

A continuación examina la teoría del negocio complementario de De-genkolb y Siegel realizando una singular distinción entre acto y documento.

con citas de Carnelutti y Couture, pasando a analizar la llamada relación jurídico-notarial, fundada en la terminología y caracteres del Derecho procesal que el autor considera inadecuada e insuficiente; niega asimismo, todo posible parangón entre la función notarial y la jurisdicción voluntaria.

A seguido estudia la forma en el Derecho como exteriorización de la voluntad jurídica, dedicando páginas muy enjundiosas a la contemplación del renacimiento y la supervivencia del formulismo, a la libertad de formas, a su prueba y a la forma en el Derecho público, en el Mercantil y en el Canónico. Termina su documentada conferencia, con una acabada contemplación del instrumento público, su fuerza probatoria y ejecutiva, y como los factores que autorizan la autonomía de una rama del Derecho, son la diversidad de materia, la normatividad típica y los principios propios, recaba para el Derecho Notarial la función de regular autónomamente la conducta del Notariado en cuanto autor de la forma pública notarial.

**BLAZQUEZ JIMENEZ, Benedicto, Notario de Madrid: «El llamado principio de cobertura y otros aspectos procesales».**

En esta meditada conferencia expone el autor el problema, o mejor dicho los problemas, que pueden plantearse en relación con la subasta en el procedimiento judicial sumario y después de verificar un análisis de la situación legal existente al tiempo de la Ley Hipotecaria de 1909, y recurrir a acabada exégesis de la Ley de 1946 y Reglamento de 1947, entiende que la reforma operada en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, estudiados el sentido y propósito de dicha reforma, hace evidente que el legislador quiso aplicar el procedimiento de ejecución ordinaria, el precepto de que las cargas preferentes quedarán subsistentes conservando para el ordinario la diligencia de liquidación contenida en el artículo 1511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el procedimiento sumario debe ir hecha en la tasación que libremente practican los interesados en la escritura de hipoteca, pero que de todos modos, cualquiera que sea el punto de vista que se adopte, el principio de cobertura no se cumple con el actual estado legislativo, y por consecuencia pretender asimilar la institución al «Deckungsprinzip» alemán no pasa de ser una ilusión sin ningunos visos de realidad eficiente.

**GUARINO, Antonio, Catedrático de la Universidad de Nápoles: «La experiencia de Roma en el estudio del Derecho».**

En este breve opúsculo se limita el autor a dar una voz de alarma por el abandono—primordialmente en Alemania—del estudio del Derecho Romano que considera y estima radical y esencialmente necesario; expresa cómo después de publicado el Código Civil Alemán, los civilistas se separaron de los romanistas, y aquéllos enfrascados en el estudio de los nuevos textos legislativos, derogadores de la legislación justinianea, se olvidaron de los progresos que la romanística venía realizando. Cita al romanista ale-

mán Koschaker como el líder de la defensa del Derecho Romano y cree que el análisis de tal ordenamiento jurídico no representa provecho sólo en el campo de la historiografía, asegurando que aún mejor que cualquier otro derecho práctico puede prestar soluciones importan'ísimas a la dogmática, a la teoría general y a los problemas generales del Derecho.

**RUBIO-GARCIA MINA, Jesús, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Madrid: «La declaración de quiebra y los créditos pendientes», (Banca y quiebra).**

Sin pretender agotar la problemática—son sus primeras palabras—, atiende el autor a la exposición de cuatro problemas fundamentales que la declaración de quiebra presenta en relación con los créditos pendientes, que hacen referencia, al vencimiento anticipado de las deudas y la suspensión del curso de los intereses; al descuento por pago adelantado; a la compensación entre créditos y deudas, y al tratamiento de la solidaridad pasiva.

Respecto del primer punto estima que la fundamentación del principio—generalmente admitido por la legislación comparada—en las necesidades de la liquidación en común, es posición que puede reputarse como equivocada y superficial; equivocada por insuficiente desde el punto de vista finalista, y superficial desde el ángulo histórico sistemático, obedeciendo por tanto la formulación de tal principio a la desconfianza de los acreedores, principalmente los Bancos, llevando a cabo el autor un meditado análisis de la cuestión tanto en el aspecto cambiario como en el de la ejecución individual. En relación con el precepto del artículo 884 del Código de Comercio rechaza las diversas fundamentaciones que se han dado al mismo, y considera que la verdadera razón del texto legal, es evitar la irritante desigualdad entre los acreedores del quebrado con interés normal y los intereses elevados de aquellas obligaciones contraídas en momentos de dificultad próximos a la quiebra.

Con relación al descuento por pago adelantado que dispone el párrafo segundo del artículo 883 del Código de Comercio, entiende que su interpretación debe estar en función del artículo siguiente, por tanto partiendo de la base de que la expresión «si el pago se verificase», tiene un alcance general y que el descuento «correspondiente», debe entenderse en relación con el precepto que le sigue, concluye que el descuento debe hacerse para los quirografarios desde el momento de la declaración de quiebra, y para los hipotecarios y pignoratícios, desde el del pago, si la garantía ha alcanzado a cubrirlos hasta entonces; completa esta materia con un acabado estudio histórico y doctrinal del «interussurium».

La compensación de créditos y deudas, estima, se produce si se encuentran vencidos líquidos y exigibles antes de la declaración de quiebra, «ex lege» extinguiéndolos hasta la cantidad concurrente, y si no adquieren su compensabilidad sino por efecto de la quiebra, la compensación se convierte en inadmisibile debido a la indisponibilidad que la propia declaración de quiebra produce y luego de exponer la moderna tendencia hacia

dicha compensabilidad que se funda en la teoría de la cuenta y en la de la causa, y ésta a su vez cimentada en el triple argumento de equidad, de principio, y legal, critica las afirmaciones doctrinales que la defienden. Por último en relación a los deudores solidarios pone de relieve la trascendencia que ello tiene, dado que el principio de solidaridad se produce con mucha frecuencia en las relaciones jurídico-mercantiles, y del propio modo que en el derecho comparado—Código Francés, Belga, Portugués, K. O. Alemana y Austriaca, etc.—, se consagra el derecho de los acreedores a participar en las quiebras de sus codeudores solidarios por el importe íntegro de sus créditos hasta cobrar su deuda sin deducción, en el derecho español no existe tal norma, y el artículo 518 del Código de Comercio, reproducción del 538 del Código de 1829 que formula tal principio para el ámbito cambiario, no puede ser objeto de generalizaciones, pues, ante el origen y la «ratio legis» del precepto—el interés de la banca—, no es permisible aplicarlo a todos los supuestos de solidaridad: es un privilegio contra el principio de igualdad de los acreedores en la quiebra y por ello su interpretación debe ser restrictiva.

**GARCIA GALLO, Alfonso, Catedrático de Historia del Derecho: «El problema de la sucesión «mortis causa» en la Alta Edad Media Española».**

Dedica el autor su conferencia a exponer breve, mas enjundiosamente, los estudios que sobre el derecho de sucesiones en los siglos VIII al XIII se han producido, reconociendo las grandes dificultades con que se ha tropezado, ya que en la época citada apenas si hubo Códigos ni compilaciones ni siquiera una ciencia jurídica organizada. Ante lo vasto del tema el conferenciante se limita al estudio de determinadas cuestiones, y así inicia su exposición con el análisis del concepto mismo de sucesión en la alta edad media española, para luego examinar los conceptos de heredero, testamento, actos mortis causa y herencia, poniendo de relieve con gran erudición cómo tales expresiones se presentan en los siglos pasados con caracteres bien distintos de los que poseían en Derecho Romano y de los que tienen en el derecho actual. Da fin a su disertación afirmando la necesidad de incrementar los estudios de historia del Derecho Privado, porque no tienen sólo un valor de erudición, sino que pueden representar una ayuda eficazísima para la elaboración dogmática.

**VIRGILI SORRIBES, Francisco, Notario de Barcelona: «Proyección de la presunción muciana del Derecho común».**

En extenso y documentado trabajo expone su autor el origen de la presunción Muciana, el valor que la presunción tuvo en Derecho Romano y en todo caso, cualquiera que fuera su rigor gramático, que el sentido técnico jurídico del texto de Quinto Mucio, es el de una auténtica presunción «Juris tantum» de que todo lo que se poseyera por la mujer, en caso

de duda provenía de donación del marido, realizando un análisis de las donaciones entre cónyuges en el sistema Legal Romano, y la interpretación dada por los romanistas, para pasar en seguida al estudio de la Presunción Muciana en el Derecho Intermedio, en la Codificación y en la doctrina jurídica.

Respecto de la cuestión en Derecho Español, afirma que en Derecho Histórico fueron las Partidas las que introdujeron nuevamente, con el derecho romano, la vigencia de la Presunción, hasta que por la Ley 203 del Estilo, se formula el sentido moderno de la Presunción a favor de la Sociedad de Gananciales, en vez de a favor del marido. Con relación al Código Civil realiza un exhaustivo estudio del artículo 1.407, así como la clase de prueba que ha de ser capaz de destruir la Presunción formulada y el valor que ha de darse a la confesión del marido, presentando la doctrina de Vallet sobre la validez «post mortem» de las donaciones entre cónyuges y el peligro que para el tráfico jurídico puede representar el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951. Se pregunta si en el régimen económico de separación de bienes, ha de regir dicha presunción Muciana o algún precepto sucedáneo de ella y considera que dado el texto del artículo 1.976 derogatorio de estados legislativos antecedentes, sólo el ejercicio de la acción Pauliana y de las dimanantes de la simulación, podrán ser las únicas armas de los acreedores y legitimarios del marido.

La existencia de la Presunción en el Código de Comercio, la deduce el autor del artículo 909 números 1.º y 2.º y situada con un vigor que califica de excesivo puesto que se extiende a los bienes adquiridos por la mujer no sólo durante el matrimonio, sino antes de él.

Termina su conferencia con unas acertadas notas en orden al problema en el aspecto registral e hipotecario y con cita de determinadas consideraciones de sociólogos, más que de juristas, plantea una revisión del régimen ya que dice no responde a lo que la mujer es y representa en el hogar y en la economía y conservación del patrimonio familiar.

**GARCIA DE VALDEAVELLANO, Luis, Catedrático de la Universidad de Madrid: «Sobre la prenda inmobiliaria en el Derecho español medieval».**

Sitúa el actor el contenido de su conferencia en el régimen jurídico vigente en España, desde el derrumbamiento del Estado Hispano-Godo hasta la recepción del Derecho Romano Justiniano de Glossadores y Comentaristas, que ocurre en los siglos XIII y XIV y que sin duda se vio influido por principios de Derecho Germánico en el que los derechos reales de garantía respondieron al concepto de responsabilidad (Haftung). En tal sistema primitivamente se distinguió una prenda mobiliaria y otra inmobiliaria, aquella con desplazamiento, y ésta sin él, más con la atribución de una «Gewe» simbólica.

En etapas anteriores sólo se dispuso de una prenda dominical que fué sustituida posteriormente por la de «disfrute» en el aspecto inmobiliario llamada también prenda censual o de rédito, a la que se incorporaba la necesidad de un desplazamiento o «Satzungsgewere», que más tarde se

sustituye por la llamada «Tenencia de mano fiel», o «Tenencia expectante». (Antweltschaftsgewere).

El derecho medieval español, que sufre los embates de las leyes visigodas y el derecho germánico en el orden de la garantía real, presenta como primer documento en el que se consigna ésta, por lo que respecta a Cataluña, el de 20 de mayo del año 973 recogido en el Cartulario del Monasterio de San Cugat del Vallés, inspirado en el principio o concepto de responsabilidad, y en otro del año 1096, se advierte la prenda de disfrute que adopta la forma del «Mortgage» o «Mortuum vadium» de los derechos medievales francés e inglés, con tradición «Per cartam» y pacto de percepción por el acreedor de los frutos del inmueble; algo análogo sucede en Castilla, citando varios documentos que así lo corroboran donde al igual que en Cataluña, fué también reconocida la prenda inmobiliaria sin desplazamiento, preparando así la idea de un derecho real derivado de la convención, es decir, la Hipoteca, término romano que se impondrá como más propio para la designación de la prenda inmobiliaria.

**FAUS ESTEVE, Ramón, Notario de Barcelona: «La vida licenciosa del cónyuge y sus consecuencias jurídicas».**

Trata de los efectos que ciertos estados patológicos pueden producir en los derechos del cónyuge viudo, tanto los concedidos por la Ley como por la voluntad del testador y luego de examinar en primer lugar la denominada «turpitudor» y su proyección histórica así como su vigencia en determinados pasajes del Código Civil, estudia la cuestión en Cataluña y afirma que en méritos del «Usatge Vidua» la constitución «Hac Nostra» y el Código de las Costumbres de Tortosa, la viuda licenciosa pierde sus derechos sucesorios, la cuarta marital y el usufructo viudal. Respecto de Aragón, el Fuero «De Jure Dotium» de 1247, Observancias 13 y 54 mandaba que la viudedad se extinguía por llevar la viuda vida manifiestamente licenciosa, si bien el Apéndice en el artículo 73 da la misma sanción al viudo que tenga manceba en su propia casa o fuera de ella con escándalo.

El sistema de Navarra, es terminante, los cónyuges, de ambos sexos pierden el usufructo por su conducta contraria a la «fealdat» si bien en el proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil de la Comisión se priva del usufructo sólo a la viuda, en el proyecto de Apéndice del Colegio Notarial de Pamplona, se priva de él lo mismo al viudo que a la viuda, que vivan licenciosamente o con escándalo. Por último en Vizcaya, se sigue criterio análogo y donde parece que es de exigencia que al menos durante año y día more en la casería el cónyuge superviviente.

Con relación al Código Civil lleva a cabo un minucioso estudio del artículo 793 y de sus antecedentes históricos y estima con Manresa que la condición de no contraer nuevas nupcias lleva tácita o implícita lo que en derecho inglés se llama la condición «Dum casta».

La violación del año de luto, que en Cataluña produce la pérdida de sus beneficios, dice que puede ser extendida a toda España por una interpreta-

ción del contenido de los artículos 45 y 50 del Código Civil, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1947, que corrobora su tesis. Afirma que el mismo tratamiento debe darse a la viuda que vive deshonestamente fundado su aserto en la presunta voluntad del testador, en la aplicación por analogía de las disposiciones reguladoras de la indignidad para suceder, y en el sentido ético y espiritualista que informa la legislación española.

Termina su conferencia con unas notas muy acertadas acerca del sentimiento jurídico español y la viudedad casta.

**GARCIA-NOBLEJAS Y GARCIA-NOBLEJAS, José Antonio, Notario, Director General de Archivos y Bibliotecas: «Los archivos de protocolo».**

Tras una breve exposición del desarrollo histórico del Archivo, inicia su disertación con el estudio de la ley Orgánica del Notariado de 18 de mayo 1862, creadora de los Archivos de Protocolos, que ante su falta de cumplimiento produce el que se promulgue el Decreto-Ley de 8 de enero de 1869 cuya reglamentación es recogida por el reglamento de 1874 operándose, sin embargo, una absoluta falta de vigor de sus normas, hasta el punto de que el preámbulo de un Real Decreto de 14 de marzo de 1902, se lamentaba de la apatía e indiferencia demostrada por los Notarios y especialmente de las Juntas Directivas.

En una síntesis de los sucesivos ordenamientos en la materia, aparece el decreto de 12 de noviembre de 1931, que mandó la incorporación de los protocolos notariales como Archivos históricos al Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, decreto que estuvo en vigor sólo cuatro años, hasta que el reglamento notarial de 8 de agosto de 1935, lo derogó; este último reglamento restablece los Archivos Generales de Distrito, obligó a los Ayuntamientos a facilitar local para su instalación, y a los Notario-Archiveros a sufragar los gastos correspondientes, sistema que tampoco tuvo larga vigencia, pues por decreto de 12 de enero de 1939, se restableció el de 1931 y por último el nuevo Reglamento Notarial aprobado por decreto de 2 de junio de 1944, al prescindir en absoluto del Decreto de 1931, reproduce casi literalmente sobre la materia lo dispuesto por el Reglamento anterior.

Presenta a seguido la legislación vigente constituida por el Decreto de 2 de marzo de 1945, y otro de 24 de julio de 1947, poniendo de relieve la confusa situación existente sobre la materia, y expone el deseo de poderse ofrecer algún día una guía completa de estos Archivos, que al propio tiempo que sirvieran de orientación a los investigadores, consiguieran poner de manifiesto la deuda de gratitud que la Historia y la Cultura de España tienen contraída con escribanos y Notarios.

**JEAN JACQUES THORENS, M. B.:** «El Notario de Suiza», ante los problemas jurídicos de la agricultura.—Dificultades en la elaboración de una Ley de mejoras agrarias y problemas conexos de Derecho Civil».

Divide su conferencia en los términos que en la rúbrica general se indican, para hacer, respecto de la primera parte, tres divisiones donde analiza con la cita de los pertinentes preceptos legales, el Notario de Suiza, la evolución del carácter de la propiedad agrícola en aquella nación y los esfuerzos de los Gobiernos para arraigar en la tierra a la clase agrícola. Y con relación al segundo aspecto de su exposición, pone de relieve los conflictos que indudablemente nacen entre el Derecho Público y el Derecho Privado en orden al desarrollo de la mejora rústica, la vacilante jurisprudencia del Tribunal Federal, y dada la especial naturaleza del suelo suizo y el excesivo minifundio comenta la dificultad de la concentración, terminando su docta conferencia pensando que tan solo la unión de la técnica con la ciencia del derecho es lo que proporcionará el que la humanidad alcance bienestar dentro de una vida social armoniosa.

Jesús CARNICERO  
Magistrado

**BORRICAND:** «*Les effets du mariage après sa dissolution. Essai sur la pérennité du lien conjugal*», *La Pensée Universitaire*, Aix-en-Provence, 1958, páginas 198, VII.

Debemos felicitarnos de que las Tesis Doctorales vean la luz pública, aunque sea en edición ciclostilada como sucede en el presente caso. La publicación de las Tesis es norma general en Francia. Hasta la vigente legislación, no lo era en nuestra Patria como requisito necesario para la expedición del título de Doctor. Si la medida se completa con el depósito obligado de un ejemplar en la Biblioteca Nacional, el resultado no puede ser sino beneficioso para la Ciencia jurídica española.

Acerca de la perpetuidad del vínculo conyugal el profesor Carbonnier ha escrito bellas páginas en *Terre et ciel dans le droit français du mariage* (En el vol. *Le droit privé français au milieu du XX siècle*, I, p. 343 s.). El matrimonio francés—ha dicho—es una unión perpetua. Ciertamente nuestro derecho reconoce, a los divorciados como a los viudos, el derecho de volver a casarse. Es la regla jurídica. Pero la regla moral es la perpetuidad del vínculo, que aflora a cada instante a la luz del derecho. El carácter matrimonial es imborrable, y subsiste moralmente algo del deber de fidelidad más allá de la tumba. La primer mujer del divorciado es siempre, en un orden inmaterial, su sola y única esposa. El hombre es, hasta la muerte, el marido de su primera mujer.

Borricaud, tomando por guía las precedentes ideas de Carbonnier, ha realizado una minuciosa investigación sobre el Derecho positivo, tratando de comprobar su exactitud, y nos ha ofrecido un cuadro enormemente sugestivo.



En primer lugar, se ocupa de los efectos del matrimonio después de una disolución por muerte. En el orden personal expone los que son resultado del estado de cónyuge (conservación del apellido, emancipación, nacionalidad, afinidad y legitimidad de los hijos), los que consisten en la atribución de ciertos derechos al cónyuge superviviente (defensa del apellido del premuerto, de su honor, de la propiedad intelectual, conservación de recuerdos familiares, sepultura) y obstáculos a las nuevas nupcias. En cuanto a los efectos de orden patrimonial, se ocupa de los concedidos por la ley al superviviente, no sólo en la esfera civil, sino en la social, enumerando con detalle la variedad de pensiones que la legislación otorga, así como los beneficios de la legislación especial de arriendos rústicos y urbanos.

En la segunda parte de la obra estudia los efectos que persisten después de una disolución del vínculo por el divorcio. Quizá lo más interesante para el lector español sea lo referente a la pensión alimenticia del artículo 301 del Código civil, sobre cuya naturaleza jurídica no reina unanimidad, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

El autor concluye afirmando que la idea de permanencia de ciertos efectos del matrimonio después de su disolución no es tan paradójica como a simple vista pudiera parecer. En la hipótesis de disolución por muerte, tal idea se concibe con facilidad, pues el afecto entre los cónyuges no se ha destruido, y así tanto la ley como la jurisprudencia y la práctica han admitido la persistencia de ciertos efectos del matrimonio. Mayor dificultad en admitirla existe en el caso de divorcio; pero el legislador ha concedido ciertos beneficios a uno de los ex cónyuges, que, sin embargo, pudieran aplicarse por otras consideraciones. La jurisprudencia, por su parte, consagra soluciones inspiradas en la idea de que la disolución del vínculo no es absoluta.

La tesis de Borricand es sugestiva, como indicamos ya. En cuanto a la permanencia del vínculo después de la disolución por muerte, puede ser, sin embargo, más brillante que exacta. Actualmente es principio unánimemente admitido que la monogamia no obsta a la reiteración del matrimonio por parte del viudo; si el nuevo matrimonio es posible, ¿qué queda de la supuesta permanencia del vínculo? Por lo que se refiere al supuesto del divorcio, todos los efectos que señala el autor nos parecen necesario homenaje—aunque insuficiente—que un ordenamiento laicizado rinde al principio de indisolubilidad.

La bibliografía es exclusivamente francesa. La presentación, muy decorosa a pesar de ser edición ciclostilada.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**DALMARTELLO, A.:** «I contratti delle imprese commerciali». Appunti tratti dalle lezioni dell'anno accademico 1957-58» (con la collaborazione del dott. Leopoldo Siola e degli studenti Pio Cammarata, Ezio Maria Leo e Giuseppe Portale). Padova, Cedam, 1958; 313 págs.

El presente libro—como el subtítulo indica—está dedicado a los estudiantes. Esto—y su procedencia de las explicaciones—explica algunas remisiones de la materia contractual, cuya parte más relevante está desti-

nada a la estructuración de la materia mercantil según la doctrina de la empresa. Precisamente, esta parte de las obligaciones y contratos—juntamente con el derecho de quiebras—ha sido mantenida por Dalmartello como integrante del Derecho mercantil, a pesar de haber sido la más discutida en cuanto a su pertenencia a este ordenamiento. Y todo ello, prescindiendo de motivaciones específicas, cuando, por obra de la codificación italiana en 1942, el derecho mercantil ha perdido su autonomía legislativa y—según la opinión más difundida—también su autonomía científica. La afirmación de un derecho contractual—específicamente mercantil, aun contando con la existencia de la empresa, es, pues, la finalidad de la obra de Dalmartello, que, en los esbozos trazados en algunos puntos concretos, contiene indudables aciertos, relevadores de un puntual manejo de la técnica jurídica más refinada.

La obra está dividida en dos grandes partes. La primera—parte general e introductiva—comprende la situación del derecho mercantil después de la promulgación del *cod. civ.* de 1942, en relación con los contratos que se refieren a la empresa mercantil, un estudio somero de la empresa mercantil, la sistematización de los contratos mercantiles y el tratamiento de algunos puntos referentes a la teoría general del contrato, a pesar de que, por la fusión legislativa de 1942, hayan desaparecido, al generalizarse, los caracteres que individualizaban los contratos mercantiles frente a los civiles. La segunda parte está dedicada al estudio de algunos puntos concretos, de carácter general, sobre las categorías de contratos a los que más adelante se hace referencia, pero sin hacerse cuestión de su normativa específica.

Presupuesta la subsistencia de la materia mercantil después de la promulgación del *cod. civ.*, la materia contractual sigue siendo una de sus partes. Ahora bien, la sistematización de esta materia, para su reducción a unidad, no puede realizarse con el mismo criterio con el que se realizaba durante la vigencia del *cod. di com.*, porque su fundamento—la existencia de una normación común a los contratos mercantiles, de la cual se extraían los principios generales que dominaban la materia contractual—ha desaparecido. El principio que permite tal sistematización es, actualmente, su inserción en la vida de la empresa, ya que la referencia de un determinado contrato al desenvolvimiento de la empresa es el elemento cualificador del mismo como contrato mercantil. Ya se comprende que el mismo artículo 2.195 del *cod. civ.*—donde se delimitan, por su actividad, las empresas mercantiles—es el que haya de suministrar de manera inmediata el grupo más importante de contratos mercantiles, constituido por «aquellos contratos que se refieren al desenvolvimiento de la actividad económica de la empresa (contratos cualificadores)». Pero, junto a este grupo, hay que considerar igualmente los «contratos referentes a la constitución, y más precisamente, a la organización de la empresa», los «referentes a la coordinación de la actividad de las empresas mercantiles» y los «referentes a la crisis de la empresa mercantil». Ahora bien, en el desarrollo de esta clasificación—precedido, como se ha dicho, por un estudio de las disposiciones generales sobre los contratos—se presentan ulteriores dificultades, especialmente por lo que se refiere a la categoría de los «contratos cons-

titutivos». Por ejemplo: dentro de los contratos de trabajo, mediante los cuales se obtiene la aportación del elemento personal, no todos han de reconducirse a esta categoría, sino únicamente aquellos en los que concurra un elemento cualificador típico: cuando un determinado esquema negocial evidencia su función de insertarse en la empresa y hace referencia a una empresa mercantil.

Los contratos referentes a la organización de la empresa pueden ser, desde el punto de vista cronológico, constitutivos de la organización—no de la misma empresa—de la empresa y negocios, que, siendo posteriores a este instante, inciden en la organización empresarial, que, a consecuencia de ello, se modifica. Mas, desde el punto de vista del objeto sobre el cual recaen estos contratos, pueden ser organizadores del elemento patrimonial—capital—o del elemento personal—trabajo—de la empresa. Ahora bien, tales contratos pueden faltar cuando las fuerzas de trabajo y los elementos patrimoniales son aportados por el mismo empresario; por otro lado, cuando se trate de la aportación de elementos patrimoniales, los contratos mediante los cuales esta aportación advenga manifestarán su carácter a través de su función, mientras que, si el fin económico del contrato permanece en la zona gris de los motivos, no pueden aquellos ser calificados como contratos constitutivos de la empresa. El autor hace objeto de un estudio especial el contrato de sociedad—estudiándolo en sus relaciones con la empresa y en su naturaleza jurídica—como contrato mediante el cual se actúa la aportación tanto de elementos patrimoniales como personales. Del distinto momento en que adquieren la cualidad de empresario las personas físicas y las personas sociales, deduce Dalmartello que la definición de empresa no puede ser unitaria y, mejor que sobre la actividad, debe de basarse sobre la organización de una actividad económica, que se está realizando o—en el supuesto de personas jurídicas— está dispuesto para realizarse.

De los contratos cualificativos es objeto de especial atención el contrato bancario, alrededor del cual se intenta la construcción del contrato de crédito, categoría que, últimamente, ha despertado de manera singular la atención de los estudiosos. Desechada la teoría clásica del cambio—en cuanto que no se adecuaba al análisis de la voluntad de los contrantes—y la teoría del aplazamiento—que presupone la relación de crédito, pero no la justifica—Dalmartello expone su propia teoría, que toma como partida el análisis del cuasi-usufructo de cosas consumibles. Por tanto, considerando que la transferencia de la propiedad no es un efecto negocial, sino un efecto legal la obligación de restitución que grava sobre el «accipiens» no se justifica por ser la contraprestación correlativa de la prestación que realiza el «tradens», sino porque es la forma de reintegración específica del «tradens», quien no puede obtener la satisfacción de su interés mediante la restitución específica.

Entre los límites que encuentra la libre concurrencia se hallan los pactos o contratos dirigidos a disciplinar la concurrencias, que son los que establecen una prohibición que no deriva necesariamente de las obligaciones inherentes a otra relación contractual. Se hace una breve alusión

a los límites de validez de estos contratos y a las modalidades que, según la *Relazione Ministeriale*, pueden asumirse.

Ante los contratos referentes a la crisis de la empresa, después de poner al descubierto las razones por las cuales estos contratos se realizan, extrae Dalmartello las debidas consecuencias de que la causa del contrato de cesión de bienes—contrato único de carácter plurilateral, aunque sea distinta la medida del sacrificio de cada acreedor—es evitar la insolvencia del deudor común. Si, después de un convenio extrajudicial de este tipo, aquél es declarado en quiebra, el curador no podrá oponer a los acreedores el contenido de un acuerdo con el deudor antes de ser constituido en tal estado. De igual manera, aquella afirmación ofrece una nueva perspectiva para resolver la cuestión sobre si se requeriría la unanimidad de todos los acreedores para lograr la efectividad de los acuerdos extrajudiciales de este tipo. En realidad estos acuerdos son eficaces en cuanto que los disidentes—al no obtener la declaración de insolvencia porque esta situación ha desaparecido como consecuencia de los sacrificios consentidos negociadamente por los otros acreedores—no pueden impugnar aquellos acuerdos, porque el presupuesto al cual se condiciona su validez existe.

J. F. DUQUE

**GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel:** «Manual de servidumbres». Sucesores de Rivadeneyra, S. A. Madrid, 1958; 157 págs.

Manuel González Alegre nos tiene ya acostumbrados a su estilo directo y conciso en otras breves y sustanciosas monografías como *Los procedimientos judiciales de la Ley Hipotecaria* o *Teoría de la Tutela y formularios de su práctica*. Sus temas son siempre eminentemente prácticos, y su forma de tratarlos, escueta y clara. La monografía, objeto de esta reseña, responde a la línea seguida en las anteriores por el autor.

No estamos ante un tratado lleno de citas, recopilación de ajenas opiniones. Los problemas puramente teóricos, y sin reflejo práctico ninguno apenas se han esbozado. Así, por ejemplo, no encontramos el clásico epígrafe, casi forzoso en las monografías españolas, y que suele ocupar gran parte de sus páginas, titulado *Naturalezas jurídica*. Aquí el autor trata del concepto, fundamento y caracteres de las servidumbres, en muy pocas páginas, y no por falta de conocimiento, sino porque considera que no se necesita más. El libro que enjuiciamos, es, pues, una monografía eminentemente práctica, y en la que se ha abandonado toda idea de lucimiento personal en el autor. Para aclarar los conceptos, incluso se han introducido una serie de gráficos que precisan cuestiones oscuras, pudiendo aquí destacarse los relativos a las servidumbres de luces y vistas, como especialmente acertados, por lo confusa que, en general, suele resultar esta materia.

Se divide la obra en cinco capítulos: *Teoría general de las servidumbres*; *De las servidumbres en particular. Servidumbres naturales de la Ley de Aguas*; *De las servidumbres en particular. Servidumbres legales del Código Civil*; y *Otras servidumbres legales*. Es un gran acierto el no haberse

contentado con estudiar las servidumbres reguladas por el Código Civil, recopilando las muy numerosas de diversas Leyes especiales, como las de Aguas, Minas, Montes etc. Estamos, pues, ante un trabajo muy completo, que sorprende por su poca extensión, lo que se ha logrado a base de desear toda clase de galas literarias, por una parte, y de inútil erudición, por otra. Se exponen los textos legales, se los comenta o aclara, si es preciso, se resuelven los problemas que plantean, y nada más. La bibliografía manejada se cita en nota al final del texto y las ajenas opiniones, solamente si se consideran de interés.

En suma, la obra que comentamos logra plenamente lo que se propone: reunir en un libro breve y manejable la legislación sobre servidumbres, exponiéndola con claridad y resolviendo las cuestiones que plantea. Esperamos, pues, que este libro, por sus aludidas características, alcance el éxito de las obras anteriores de su autor.

Y por último, sólo nos resta el animar a Manuel González-Alegre a decidirse a emprender alguna obra de más envergadura. Le sobran para ello conocimientos, y, sin duda, los materiales recopilados para cualquiera de sus manuales pueden permitirle con muy poco esfuerzo el hacerlo así. Este *Manual de servidumbres* podría ser perfectamente un *Tratado general de servidumbres*. Bastaría para ello el que se hiciese una reseña más extensa de la Jurisprudencia y de las principales cuestiones doctrinales que puedan tener un reflejo en la vida del Derecho. Y ello podría hacerse, bien en notas que no rompiesen la unidad y claridad del texto, bien en apartados al final de cada capítulo, pues lo que, desde luego, no debe hacer nunca el autor, es abandonar su sencillez y concisión para caer en el párrafo. Terminamos, pues, esta reseña, esperando que no transcurrirá mucho tiempo hasta que tengamos la oportunidad de comentar nuevamente desde estas páginas alguna otra obra suya.

FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ  
Notario

GRECO, F.: *Corso di diritto commerciale*. Impresa - Azienda. Milano, La Goliardica. 1957, nuova edizione; 497 págs.

El libro del profesor Greco ofrece una jugosa síntesis del sistema italiano de la empresa, que, al mismo tiempo que conserva su carácter elemental, informa—aunque sin agobiantes citas bibliográficas—sobre las posiciones doctrinales existentes alrededor de los problemas más interesantes que la doctrina tiene abiertos en el terreno jurídico de la empresa. Ello acontece cuando la crítica de las doctrinas expuestas sirve para fundamentar su propia posición en la cuestión debatida—ej., la naturaleza del aviamiento—. Su característica más acusada reside, a mi modesto entender, en que no pierde de vista las concepciones del tráfico cuando se trata de perfilar dogmáticamente realidades que la norma positiva ha recogido. Un buen ejemplo de esta afirmación se encuentra en los capítulos dedicados a la empresa y a la hacienda, relacionados, según el propio autor, en el sentido de que la primera es normativamente un conjunto de relaciones referentes al elemento subjetivo de la realidad económica como-

cida con el nombre de empresa, mientras que la segunda es un conjunto instrumental de bienes, del cual el empresario se sirve para el desarrollo de su actividad. Si bien la distinción entre empresa y hacienda es recogida casi unánimemente por la doctrina italiana—con la única excepción acaso de Mossa—la concepción institucional de la empresa es prácticamente rechazada por cuantos se han dedicado al estudio de la materia de la empresa, tanto desde un punto de vista estrictamente positivo, como desde el punto de vista del mismo concepto de institución, que es un concepto aún poco elaborado y lleno de incertidumbre en sus contornos—aunque, por otro lado, no deje de reconocerse la utilidad del punto de vista institucional para una elaboración de lege ferenda—. Ahora bien, el manejo de la realidad económica—que se adecúa perfectamente a la reencarnación del concepto, cuando éste se ha apoyado sobre aquélla—no llega a adquirir caracteres excesivos, en cuanto que la realidad normativa prevalece cuando difiere de la económica. Así el concepto de empresario no se formula basándose en la concepción económica según la cual aquél es el director de la empresa, sino sobre los datos normativos que siguen basándole sobre el criterio de la actuación, en nombre propio, esto es, en la adquisición de las ventajas y en el sufrimiento de los riesgos derivados del ejercicio de la actividad empresarial, lo cual no constituye una excepción a los principios imperantes en el derecho común. Pero, además, sus posiciones están teñidas de un exacto sentido del equilibrio cuando se trata de dar un paso a las nuevas exigencias que plantea en el momento actual la organización de la sociedad. Así, aunque la futura realización de los principios en que se inspira la congestión en la empresa significa un reconocimiento de la realidad institucional por él defendida, no deja de expresar sus dudas acerca de la compatibilidad de la instauración de dichos principios con el ordenamiento jurídico vigente, a pesar de la indudable valoración positiva que estas aspiraciones deben de encontrar tanto desde el punto de vista ético como jurídico, al ir convirtiendo el contrato de trabajo en una relación de sociedad.

Son conocidas las tesis del autor sobre la situación del derecho mercantil después de la promulgación del cod. civ. Según Greco, no se puede mantener la existencia de una autonomía jurídica del derecho mercantil en el actual ordenamiento italiano, en cuanto que han desaparecido el peculiar sistema normativo de sus fuentes y el conjunto de principios jurídicos que individualizaban la materia mercantil. Mas, por razones didácticas, debe mantenerse la división del derecho privado en dos cursos, de los cuales, uno—el que tradicionalmente se denomina derecho mercantil—debe ser dedicado a la exposición de la actividad económica de la producción y de los cambios, comprendiendo tanto las relaciones internas de estructura y organización de las empresas, como las relaciones que se establecen, para el cumplimiento de su fin, entre ésta y los consumidores y suministradores.

El primer capítulo del libro se dedica a la realización de un esbozo del significado económico de la empresa y de su evolución histórica hasta llegar al momento actual. La consideración de las distintas clases de empresa se realiza desde un triple punto de vista: el objeto a que se dedica

en su actividad, el de la dimensión, y, finalmente, el carácter—público o privado—de la empresa (cap. II). El concepto general de empresa al que hacen referencia estas clasificaciones viene determinado por la concurrencia del ejercicio habitual—no ocasional—de una actividad (elemento estructural), cuyo fin es el de servir las necesidades del mercado (elemento funcional) —excluyéndose, por tanto, la llamada empresa por cuenta propia—. Este fin constituye una función social que explican algunas de las normas que se establecen para el ejercicio de la actividad en forma de empresa. La clasificación de las actividades cuyo ejercicio confiere a una empresa la calificación de mercantil es realizada por Greco con criterios que—por lo menos en parte—reproducen otros utilizados durante la vigencia del cod. di com. abrogado: actividades industriales de transformación—transformación material, transformación en el espacio, transformación en el tiempo—; actividades de intermediación—comercio en sentido estricto, actividad bancaria, actividad aseguradora—; actividades auxiliares.

La empresa agrícola se define marginalmente con relación a la empresa mercantil. La determinación de la pequeña empresa se realiza mediante la valoración de las dimensiones de los factores empleados. Concretamente se basa sobre la prevalencia, entre los factores organizados, del trabajo del empresario y de sus familiares. Mas este criterio utilizado por el artículo 2.085 no es suficiente, en cuanto que pueden existir empresas en las cuales las dimensiones del capital invertido hagan desaparecer las razones que justifican la existencia de una pequeña empresa. Para remediar esta situación el artículo de la Ley de quiebras establece un límite cuantitativo, cuya coordinación con el anterior ha producido amplios debates en la literatura italiana. En definitiva, esta última determinación legislativa ha venido a prevalecer sobre el criterio establecido por el cod. civ.

Después de estudiar en el cap. IV el estatuto mercantil—limitaciones de la libertad de empresa, la publicidad, la documentación de la gestión, los representantes del empresario—dedica el cap. V al estudio de la hacienda, tanto en su aspecto estático como en el dinámico, esto es, como objeto de negocios jurídicos. Desde el punto de vista de su estructura, la hacienda es un conjunto de bienes de toda índole, que se encuentran en una relación de interdependencia en función de su destino. La organización—modo de ser de un complejo de bienes ligados entre sí—es un «factor esencial», que no constituye el objeto, en sentido técnico-jurídico, de un derecho inmaterial sobre una obra del ingenio, en cuanto que no se trata de un ente en sí, que pueda ser aislado en alguno de los elementos que componen la hacienda. El aviamiento es concebido como «el potencial de productividad económica de la hacienda y no se puede identificar ni en la hacienda,—de la cual no es más que una cualidad—ni con la organización—que es sólo uno de sus factores— El aviamiento carece de la nota de individualidad y, por lo tanto, no puede considerarse como un bien inmaterial, objeto de derecho autónomo. Siendo el aviamiento un fenómeno unitario, rechaza Greco la distinción entre aviamiento subjetivo y aviamiento objetivo, hablando, en cambio de elementos subjetivos y de elementos objetivos del aviamiento. La clientela—efecto de aviamiento, propio de la organización, excepto en el caso de que se trate de un clientela

asegurada por la atribución a la empresa de un monopolio legal—es un «ente objetivo inmaterial», susceptible de transferirse de una empresa a otra, siempre que se transfiera el elemento de la hacienda que polariza la corriente de demanda hacia la empresa.

Desde el punto de vista de las conexiones objetivas, la hacienda es una universalidad de bienes. Por la relación de interdependencia con que las varias cosas componentes están ligadas en función de su común destino, se exalta al punto máximo la conservación de la individualidad de las cosas simples de que se compone la *universitas rerum o facti*. La unidad que se instaura es una unidad relativa, esto es, implica tan sólo un modo de considerar jurídicamente, para determinados efectos normativos, una pluralidad de cosas ligadas entre sí por su pertenencia a un determinado sujeto, por su destino a un fin determinado o por su sujeción a una relación determinada. A consecuencia de esta posición—debida a Barbero y cuyas conclusiones admite Greco—deja de tener sentido la oposición entre la teoría disgregadora y la teoría unitaria. Queda sólo por dilucidar si, a la vista del artículo 816 del cód. civ. que parece referirse sólo a la universalidad de muebles, puede admitirse en el ordenamiento italiano universalidades mixtas, categoría a la que pertenecería la empresa. El régimen jurídico se determina tanto por las normas generales de esta categoría como teniendo en cuenta las dictadas especialmente para la hacienda. La consideración de un conjunto de bienes del patrimonio general *sub specie* de la unidad patrimonial no se caracteriza por la existencia de una conexión entre los varios elementos, sino por la constitución de un sector patrimonial distinto, en el cual se ejercite cierta fuerza de atracción y de cohesión sobre los elementos que, inicial o sucesivamente de acuerdo con ciertas condiciones, se vayan incorporando. Si no es posible considerar la empresa individual como una unidad patrimonial desde el punto de vista estético—ya que la relativa separación de contabilidad, por ejemplo, tiene finalidades administrativas—, hay situaciones en que tal autonomía puede hallarse—quiebra, por ejemplo—. En cuanto a las empresas pertenecientes a las personas jurídicas hay que investigar el grado de separación existente entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios para llegar a una conclusión.

La última parte se consagra al examen de la disciplina de la concurrencia. Critica la denominación de competencia desleal porque no es adecuada para expresar el fenómeno jurídico unívocamente y en toda su integridad. En cuanto al interés jurídico protegido por las normas que prohíben la competencia ilícita estima que no puede ser ni un derecho de la personalidad ni la hacienda en su conjunto, sino el aviamiento, al mantenimiento de cuya integridad tiene interés el propietario. La unidad de la hacienda no requiere hacerla objeto de protección de las normas sobre competencia ilícita. Los supuestos de competencia, así como las sanciones, se examinan de acuerdo con el ordenamiento positivo italiano.

Este es, pues, el contenido, muy brevemente expuesto, del Curso del profesor Greco, cuyas dotes de claridad expositiva se evidencian también en este libro, elemental, pero que proporciona los datos suficientes para un estudio más profundo de este aspecto—empresa y hacienda—del ordena-



miento italiano, que, aunque acusado de precipitación, no deja de constituir la primera realización legislativa del sistema de la empresa y digna, por tanto, de toda atención por parte de los estudiosos.

J. F. DUQUE

OBERSON, *L'ordre public en matière monétaire*. Fribourg, 1956. Editions Universitaires (Suiza). Un volumen de 79 págs.

Presentada esta obra al público español desde las revistas especializadas de Economía y Derecho mercantil, no lo fué así desde las de Derecho civil. Quizá pudo ser porque el título de la obra no sugiriese o implicase cuestiones tradicionales del mismo; pero, sí que las tiene y muy interesantes.

Actualmente es conocido el fenómeno de la progresiva invasión del Derecho público sobre el Derecho privado, habiéndolo calificado los autores de «publicación» del Derecho civil. Pues henos aquí ante esa faceta a través de una concreta relación civil: la obligación pecunaria.

El pago de deudas de dinero, bien sea en moneda específica o de curso legal, ha desembocado en la actualidad en situaciones nuevas dentro de la tradicional problemática civil. La apertura de los pueblos en sus múltiples relaciones civiles y mercantiles sufrió un tremendo colapso con las dos guerras mundiales donde las catástrofes económicas llevaron aparejadas una serie de medidas dentro de la política económica de los Estados. El exacerbamiento de los nacionalismos y sus medidas de autarquía condujo a sistemas de totalización y dirigismo que, irremediadamente, repercutieron en los principios fundamentales del sistema tradicional y consagrado. La preeminente posición de control y fuerza por parte del Estado, la insuficiencia de lo individual, condujo a una merma de las libertades personales, al predominio de los aglutinantes sociales y, en definitiva, a una quiebra y ruptura de los dogmas tradicionales. Los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad se vieron cada vez más restringidos y apretados por un círculo de imposiciones subordinadas a lo político, a lo económico y a lo social. Aparecieron fortalecidos aquellos otros principios que como el del «orden público» suponían la garantía de la efectividad y de la justificación del Estado.

No debe de extrañarnos que la doctrina atenta a las más imperceptibles reacciones apreciase y valorase en lo más profundo las innovaciones implantadas. Oberson, precisamente en esta obra, aborda la problemática de las cuestiones monetarias a la luz de estas nuevas posiciones y cambios. Concretamente trata lo que para el derecho de anteguerra era desconocido: el sistema de control de cambios.

Con esta aceptación «control de cambios», la doctrina alude al sistema de sometimiento de los particulares a las autoridades estatales en todo aquello que se refiere al cambio de divisas y monedas extranjeras. Se trata de la defensa de las economías nacionales al encontrarse desequilibrada la balanza de pagos en orden a la obtención y disponibilidad de divisas. Con este sistema se encontraba un instrumento que permitía gobernar a medida

dicha balanza de pagos, sustituyéndolo por el automático, resultado del sistema liberal y de su mercado del oro.

El control de cambios se impone exclusivamente en interés nacional; la prohibición a los deudores locales de efectuar pagos a los acreedores extranjeros sin tener permisos previos de cambio constituye una característica esencial del sistema. Los jueces para poder justificar esta medida toman el concepto de orden público para la defensa de los intereses nacionales. De este modo comienza por quebrarse el tradicional sistema basado en el libre pacto en las obligaciones monetarias y la posibilidad de efectuar pagos en moneda específica, ante la imposición de concepciones de carácter público, económico y de técnica bancaria.

¿Y qué relación tienen estas medidas de carácter público y de técnica sobre el Derecho civil? Pues muy grandes, ya que las leyes que someten a limitaciones y controles las operaciones de cambio de divisas repercuten sobre el acto de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias haciéndolo imposible la mayor parte de las veces por denegación de la autorización del Instituto regulador correspondiente. La excepción de orden público entra, pues, para rechazar la aplicación de las leyes extranjeras sobre divisas.

La noción de orden público es una de las más complejas al no estar definida ni particularizada en ningún cuerpo legal, pudiéndose decir que su carácter más relevante es la imprecisión. Se halla influida por las tendencias jurídicas de cada época y el juez la aplica cuando una ley extranjera contradice abiertamente su honesta convicción jurídica fundada en su legislación y en los conceptos de Derecho que están en vigor. Por tanto, la relatividad y subjetividad del concepto son patentemente manifiestas. Así resulta que la actitud de los Tribunales hacia las leyes extranjeras sobre control de divisas es fundamentalmente distinta a la posición adoptada en cuanto se trata de la derogación de las convenciones en moneda específica o de las disposiciones extranjeras sobre moratorias.

Oberson divide su obra en cuatro capítulos. El primero se refiere a la noción de orden público, donde expone la dada por el Tribunal Federal del III Reich alemán, la que mantiene el sistema del *Common Law*, la que suscribe la *Chambre des Requetes* francesa y la que se recoge en la Conferencia de La Haya. Sin embargo, se advierte como los Tribunales anglosamericanos son adversos al empleo y uso de este concepto.

En el capítulo segundo el autor se refiere a las cuestiones más fundamentales de la problemática monetaria como el derecho de emisión de moneda, las finalidades de la ley a este orden, los problemas de devaluación, la extinción legal de las deudas, la revalorización, la derogación de las cláusulas de garantía, el curso forzoso, la territorialidad de las leyes monetarias y la legislación de divisas.

En los capítulos tercero y cuarto concluirá Oberson con la cuestión referente al empleo adecuado del orden público y sobre la marcha del mundo de hoy hacia un nuevo orden público derivado de la entrada en acción de los organismos internacionales de Derecho monetario (Fondo Monetario Internacional, O.E.C.E., etc.).

De este somero análisis de la obra, el civilista podrá advertir su im-

portancia, tanto por su documentación como por las nuevas perspectivas que para la dogmática tradicional plantea.

JOSÉ BONET CORREA

PULEO, Salvatore: «I diritti potestativi. (Individuazione delle fattispecie). «Università di Catania. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Milano, Giuffrè, 1959, 244 págs.

Sabido es que buena parte de la doctrina italiana, a partir sobre todo del estudio fundamental de Messina, acepta la discutida categoría de los derechos potestativos. Entre los autores recientes, citaremos los nombres representativos de Messina (*Manuale di diritto civile e commerciale* I, Milano, 1950, pág. 146); y Santoto-Passarelli (*Dottrine generali del Diritto civile*, Napoli, 1957, pág. 56 y s.).

El autor de esta monografía se adhiere a esta orientación, pero se cuida de advertir que mientras el problema de una sistematización dogmática de los derechos potestativos en una nueva categoría de derechos ha tenido amplia elaboración, se ha descuidado, sin embargo, la individualización de los diferentes supuestos, problema que va a abordar en la presente obra, eligiendo siete casos dudosos:

a) El derecho de pedir la comunidad forzosa de muro que regulan los artículos 874 y siguientes.

b) El derecho de pedir la constitución de servidumbres forzosas al amparo del artículo 1.032 del Código civil.

c) El derecho de redención a favor del enfiteuta.

d) El derecho de rescate de las rentas perpetuas.

e) El derecho de conmutar la legítima del cónyuge y de los hijos naturales que la ley concede a los hijos y descendientes legítimos del difunto.

f) El retracto convencional en la compraventa (*riscontro convenzionale*).

g) Las diversas figuras de prelación.

La elección de los supuestos supone ya en el autor una opción ante el problema de su naturaleza jurídica, y, en efecto, para Puleo todos los casos indicados lo son de derechos potestativos.

Algunos de los derechos aquí enumerados no tienen correspondencia en nuestro ordenamiento; otros están configurados diversamente (así sucede con el indicado sub a) que es equivalente a nuestra servidumbre de medianería). En cambio, nos parecen muy interesantes las tres últimas figuras, la comprendida sub e) por su novedad, y las dos últimas porque sigue siendo muy debatido en nuestra doctrina el problema de su naturaleza jurídica, y porque todavía está por hacer un estudio serio y profundo de los derechos de adquisición en nuestro Derecho.

En resumen: una monografía notable por la audacia de afrontar temas difíciles, no totalmente convincente en todas sus conclusiones, y que proponiéndose un modesto objetivo—el estudio de la naturaleza jurídica de unas cuantas figuras determinadas—contribuye al esclarecimiento del tan discutido derecho potestativo. El lector español hará bien, sin embargo, en

leer la profunda crítica dirigida contra esta categoría por el profesor De Castro (*Derecho civil de España*, II 1, pág. 603 y ss.).

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**SOTO NIETO, Francisco:** «Aspectos económicos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», tomo I, 606 págs. (Alcoy, 1958), tomo II, 581 páginas (Alcoy, 1959).

Pese al título, que a algunos lectores puede desorientar, la presente obra es un estudio de Derecho positivo de índole fundamentalmente práctica. Su autor es un ilustre miembro de la Carrera Judicial que lleva varios años aplicado al noble empeño de desentrañar el sentido y alcance de las leyes arrendaticias rústicas y urbanas; aparte otros escritos menores, ahí están, en comprobación de lo dicho, sus obras sobre *Arrendamientos rústicos protegidos*, y *Supuestos de inclusión y de exclusión de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, obra esta última que puede considerarse como preliminar o antecedente de la que ahora reseñamos.

En la Introducción se nos descubre la razón y explicación del título adoptado: Dice Soto Nieto que «en los entresijos y finalidades íntimas de las demandas judiciales ha latido casi siempre, más o menos velada, una cuestión de interés económico, de defensa a ultranza de unas posiciones «rentísticas» conquistadas». La obra va a ser, por tanto, un estudio de la renta en el ordenamiento urbano vigente.

El tratamiento de la materia es minucioso y exhaustivo. En el primer tomo se ocupa el autor de las siguientes cuestiones: Renta legal de viviendas y locales de negocio en la legislación precedente a la vigente LAU; Renta de viviendas y locales de negocio cuyo arrendamiento subsista al comienzo de la vigencia de LAU 1955; Renta de viviendas y locales de negocios que se arrienden después; Causas de elevación de la renta y otros efectos económicos de aplicación exclusiva a viviendas y locales cuyo arrendamiento subsista a la entrada en vigor de LAU 1955; Causas de elevación de renta general a toda especie de arrendamientos; Procedimiento para hacer efectivas las elevaciones de renta, y en Apéndice, Decreto de 22 de julio de 1958 por el que se desarrolla la disposición adicional 6.ª de LAU 1955.

En el tomo segundo se estudian los siguientes problemas: Reducción de renta a la cuantía declarada a efectos fiscales; Renta en supuestos especiales; Cláusulas de estabilización y cláusulas *rebus sic stantibus*; El subarriendo y sus aspectos económicos; Disposiciones transitorias referentes al subarriendo; Realización de obras; Limitación de excepción a la prórroga por necesidad del arrendador (estudio de la Ley de 24 de abril de 1958, texto refundido aprobado por Decreto de 22 de julio de 1958).

No es posible descender a una crítica pormenorizada de las opiniones sostenidas por el autor, pues algunas discrepancias se refieren a materias opinables sobre las cuales todavía no ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo. Hemos de subrayar el acierto de tratar de la admisibilidad, en materia arrendaticia urbana, de las cláusulas de estabilización

el autor reconoce no ser admisibles dichas cláusulas en los contratos de arrendamientos vigentes al tiempo de entrar en vigor la nueva Ley, pero para los concertados con posterioridad sostiene un criterio de la mayor amplitud inspirado en el principio consignado en la Introducción de que «se hace preciso devolver a la propiedad la confianza y el incentivo que acompañaron siempre a las inversiones inmobiliarias». Por lo que se refiere a los arrendamientos de locales de negocio, así como al alquiler de viviendas llamadas «suntuarias», la cuestión nos parece clara; no así, en cambio—y el propio autor lo reconoce—por lo que se refiere a los arrendamientos de viviendas no suntuarias concertados después de entrar en vigor la LAU de 1955, pues el artículo 96, 1.º de la misma parece oponerse a ello.

La obra se presenta ampliamente documentada en bibliografía española, no faltando algunas indicaciones de bibliografía extranjera. Puede muy bien decirse que cada opinión va respaldada con la cita correspondiente, revelando con ello la gran escrupulosidad y probidad científica del autor. Si algo pudiera achacársele es precisamente el exceso de citas que, en ocasiones, se hacen indiscriminadamente, sin valoración crítica. Es tanto lo escrito sobre arrendamientos urbanos, que se impone una solución si no se quiere que los árboles impidan ver el bosque. Asimismo, aligerar la obra de algunas páginas de «Consideraciones generales», no la haría, seguramente, desmerecer.

En suma: la presente obra de Soto Nieto merece ocupar un lugar propio entre los estudios sistemáticos sobre Arrendamientos Urbanos.

Al margen de lo que antecede nos permitimos sugerir al autor lo discutible del título. A simple vista el lector supone que va a encontrarse con un estudio sobre la propiedad urbana y su función social, o sobre el lugar que la política de la vivienda debe ocupar en la economía de la Nación. Evidentemente, sobre el legislador han presionado y siguen presionando fuertemente los factores económicos a la hora de dictar una nueva regulación del arrendamiento urbano. Ahora bien: si se adopta como tema de investigación «Los aspectos económicos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», no señalándose previamente sus límites, se hace muy difícil justificar la inclusión de unos y la exclusión de otros. Tratándose de la renta, ¿cómo no estudiar el desahucio por falta de pago?, ¿cómo no ocuparse de la incidencia de la tasa de los alquileres en el precio de venta de las viviendas, y, por tanto, de los derechos de tanteo, retracto e impugnación? Las cosas, con su inexorable criterio del vencimiento objetivo (art. 149, 1 LAU), ¿no son, asimismo, otro aspecto económico muy digno de tenerse en cuenta? Estas observaciones, repetimos, no afectan para nada al juicio intrínseco que nos merece la obra, y que antes expresamos.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**SPETH, Frédéric H.:** «La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, s. d.; LIV + 341 págs.

El libro del cual se da noticia en esta nota constituye un claro ejemplo de la contraposición de valoraciones—no de métodos jurídicos—que separa

a los partidarios de la jurisprudencia conceptual y a los de una jurisprudencia de intereses—bajo la cual el profesor Speth en ningún instante expresamente se cobija—. Estos últimos quieren adaptar el derecho a las necesidades que nuevas valoraciones han suscitado en la sociedad, aunque para ello sea preciso romper con dogmas que se habían mostrado como incommovibles. Y, por esta actitud, es preciso que los autores que propugnan la consagración de los nuevos principios requieran un aparato técnico-jurídico por lo menos igual—aunque, naturalmente, distinto—al manejado por la dogmática tradicional (Así ASCARELLI, ya en su nota sobre *I contratti collettivi commerciali e il criterio distintivo dei vari contratti*, RDC, 1933, I, págs. 98 y ss.—concretamente, pág. 101—. Uteriormente ha insistido sobre esta dirección en numerosos escritos, que, por la proximidad de su aparición, no requieren una cita puntual). Y esto es lo que ocurre con la tesis del Prof. Speth. La profusión de citas con que esmalta sus argumentos permiten reconstruir perfectamente el proceso de su pensamiento y valorar sus conclusiones a la vista de la situación actual de la Ciencia del Derecho, como es puesto de relieve en el extenso Prólogo con el que el Dr. Philonenko presenta la obra y a su autor.

El libro ofrece dos partes, de las cuales la primera representa una preparación para el desenvolvimiento de la segunda. El contenido total responde a las dos cuestiones que en el título se comprenden unidas por la copulativa y ambas vienen desenvueltas con una ordenación sistemática semejante, anunciando, al principio de cada gran apartado, el plan que se va a seguir y cerrando cada uno de aquéllos con una conclusión, que, al condensar su pensamiento, facilita la comprensión de conjunto de una obra tan amplia. La razón que justifica tal unión es la construcción de la empresa, despojada de sus elementos personales, como un patrimonio de afectación, concepto que construye el autor con una riqueza de matices que hacen concebir las mejores esperanzas sobre su empleo, para la iniciada estructuración de la empresa individual, y la resolución de los problemas que la empresa ha de resolver.

La evolución del ordenamiento jurídico para adaptarse a las nuevas necesidades surgidas de la sociedad es entorpecida, en ocasiones, por la decidida oposición con que los juristas se enfrentan, esgrimiendo teorías elaboradas con la doctrina como principios fundamentales del ordenamiento, a las nuevas concepciones que, con afanes de renovación, se proponen. Esto es lo que ha ocurrido cuando, para proteger intereses, tanto de los empresarios como de los demás componentes de la empresa, se ha querido introducir la empresa individual con responsabilidad limitada; pues, si la doctrina del patrimonio está presidida por los principios de unidad e indivisibilidad, no es posible separar del patrimonio personal una parte que habría de quedar afectada exclusivamente a las responsabilidades derivadas del desenvolvimiento del fin para el cual se constituyó el patrimonio separado. Frente a este planteamiento, el autor se propone averiguar si la unidad y la indivisibilidad del patrimonio son principios fundamentales—excluyendo, por tanto, de raíz cualquier tentativa de construir un patrimonio propio de la empresa individual—o no son más que cristalizacio-

nes doctrinales que han de superarse en la labor creadora del nuevo derecho.

El estudio—histórico y positivo—de la teoría del patrimonio es la premisa para ver si es viable la tentativa, preconizada por los profesores De Page y Dekkers, de conciliar la doctrina clásica—que ha concebido el patrimonio como el vínculo abstracto de la persona con sus bienes—y la moderna—que ha puesto el acento sobre las relaciones entre los bienes y las obligaciones *in proprio*.—Las dos doctrinas coinciden en su consideración del activo como conjunto fluctuante de bienes, pero se oponen en cuanto a la estimación del pasivo; pues mientras para la primera constituye un todo unitario— de manera que, en principio, todos los acreedores tienen los mismos derechos sobre los bienes—, la segunda admite la posibilidad de que determinadas masas puedan ser afectadas a la satisfacción de ciertas deudas, sin constitución de privilegios o garantías reales. Sin embargo, el dogma de la indivisibilidad no es una constante histórica, sino que representa una reacción de los codificadores contra la excesiva división patrimonial que, siguiendo una línea ascendente cuyos orígenes es preciso buscar en el Derecho romano, había llegado a oscurecer el concepto de patrimonio general. Ahora bien, esta reacción no fué llevada a los extremos absolutos que pretendieron Aubry y Rau, porque, aunque el legislador haya entrevisto el concepto de patrimonio general, no lo ha considerado incompatible con otras masas patrimoniales, que, con alcance más restringido, pueden formarse dentro de él. Estos casos no pueden ser considerados exclusivamente como excepciones—no susceptibles, por tanto, de ser extendidas más allá de los supuestos expresamente contemplados—, sino que algunos—la *fortune de terre*, el patrimonio de una persona jurídica—tienen una entidad suficiente para concebirlos, si no como expresión de un principio general, al menos como supuestos que admiten la extensión a otros en los cuales concurren las mismas circunstancias que en los regulados legalmente. Pero, además, existen instituciones cuya regulación, aunque no impliquen la existencia de patrimonios separados, contradicen de manera abierta los corolarios (igualdad absoluta de los acreedores; fungibilidad de los bienes del activo; ilimitación de la responsabilidad patrimonial; libre elección de los elementos patrimoniales sobre los cuales el acreedor hará efectiva la responsabilidad) a que la rígida teoría de la unidad e indivisibilidad patrimonial conduce. De la reconsideración de las normas sobre las cuales los autores habían montado su teoría de la unidad e indivisibilidad patrimonial, de que Speth que todo obligado es responsable con todos sus bienes, a menos que, amparado por una disposición normativa, haya constituido un patrimonio de afectación, que, en tal supuesto, responda con prioridad de las deudas que hayan surgido en su manejo y, dentro de éstas, la prelación se establecerá conforme al criterio común.

La segunda parte se dedica a la empresa individual con un claro y decidido propósito. Es éste el de averiguar si a toda empresa se le puede reconocer un patrimonio propio, y, una vez contestada afirmativamente esta cuestión, dilucidar en qué medida este reconocimiento puede conciliarse con el mantenimiento de una acción subsidiaria sobre el patrimonio general, no afectado especialmente a otras responsabilidades—esto es, residual—del

empresario. En el estudio de esta cuestión Speth pone de manifiesto que, en el Derecho romano anterior a la codificación, los bienes afectados por el comerciante al ejercicio de su actividad servían de garantía exclusivamente a los créditos surgidos de la misma, sin perjuicio de que subsidiariamente respondiese el resto del patrimonio. Una consideración detallada del derecho positivo actual pone de relieve que los supuestos en los cuales se fundaba la limitación de responsabilidad cuando la empresa pertenecía a varias personas, no subsisten de hecho en la evolución actual de los hechos, y la posibilidad de reconocer el patrimonio separado de una empresa individual no choca con razones de principio, sino que serán razones de oportunidad las que el legislador haya de sopesar para introducir esta posibilidad y las condiciones necesarias para que, una vez establecida, sea reconocido el correspondiente patrimonio de afectación. El contemporáneo establecimiento de la responsabilidad subsidiaria de su titular—que Speth, a la vista de la evolución histórica, considera, si bien algo dubitativamente, como norma general de derecho común—sería el complemento de aquella primera medida y serviría para conciliar el principio de la personalidad patrimonial con el de la divisibilidad. Pero, de todos modos, es un «problema secundario», y el profesor Speth, a la vista de la línea ascendente que la limitación de responsabilidad ha seguido en los últimos tiempos, concluye que, frente a la cuestión suscitada por la empresa individual de responsabilidad limitada, no caben más que dos caminos: o retroceder en la evolución o seguir adelante. Para el supuesto de que se opte—es, según venimos exponiendo, el pensamiento de Speth—por esta segunda vía, las líneas generales, de acuerdo con las cuales debe de organizarse este tipo individual de empresa, son las que De Sola Cañizares propuso en 1948 (Rev. Trim. Dr. Com.), con los retoques que el autor estima convenientes.

J. F. DUQUE.

**TRIMARCHI, P.:** «Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni». Milano, A. Giuffrè, 1958; XII + 261 págs.

El argumento que se desarrolla en esta amplia monografía ha sido ya, con anterioridad, objeto de examen por la doctrina italiana. Tanto por la que trabajó sobre el Código de comercio de 1882—cuyo exponente más cumplido es el libro clásico de DONATI: *Invalidità delle deliberazioni di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937 (hay traducción mejicana)—como la que se dedica a interpretar las nuevas normas del *Codice civile* (CARDIAN: *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano, 1942; VASELLI: *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, Padova, 1947; además, los libros que, de una manera general, se dedican a estudiar los órganos de la sociedad). La explicación de esta reiteración se encuentra, sin duda, en que no se han logrado encontrar principios generales, que, resultado de las reglas que disciplinan este aspecto del negocio jurídico o de las que se deducen de la especial normativa dedicada a los acuerdos sociales, puedan disipar las dudas que sobre la calificación de los supuestos concretos se plantean. Alrededor de estas cuestiones se producen las discrepancias cuya eliminación se intenta mediante



una revisión de los principios, que, explícita o implícitamente, inspiran la solución de aquéllos. Por tanto, en las obras en que se aborda la exposición de esta materia, no puede prescindirse de una introducción con el fin de determinar la naturaleza jurídica del acuerdo de la Junta General, así como el tema de la invalidez e ineficacia del negocio jurídico, con cuyas normas han después de coordinarse las que específicamente se dedican al acuerdo social. Y esto es lo que hace Trimarchi: considera los acuerdos sociales como negocios de ejecución de los estatutos, que, prescindiendo de los votos de gracia, tienen, como aquéllos, eficacia normativa, bien frente a terceros, bien en el interior de la corporación que la sociedad anónima constituye.

Para el estudio del problema, parte Trimarchi de una afirmación, cuya demostración es innecesaria: la radical insuficiencia de las normas que se dedican a la impugnación de acuerdos sociales. Para dar satisfacción a las necesidades prácticas se requiere un proceso de integración de esta normación especial con normas de derecho privado en cuanto sea posible—y no con las del derecho administrativo, según la conocida dirección de Candian—, porque es en dichas normas donde se encuentra una mayor aproximación de la *ratio iuris* de los dos grupos de preceptos. Naturalmente, aunque en la mayoría de los casos el empleo de uno u otro medio conduzcan a resultados divergentes, nada excluye una posible identidad de estos últimos; pero, incluso en estos casos, al ser diversa la *ratio iuris*, los razonamientos difieren. La razón de acudir a los principios que rigen la invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos se encuentra en que los acuerdos son—como ya se ha dicho—negocios jurídicos integradores o modificadores de los Estatutos, cuya ejecución requiere, por parte de los administradores, el cumplimiento del mandato que en aquéllos se contiene. Cuando un acuerdo no crea ni modifica ni extingue relaciones jurídicas—acuerdo de gracias a los administradores—no es impugnabile. Por lo que se refiere a los acuerdos de procedimiento, aun no constituyendo negocios jurídicos, pueden tener relevancia como elementos integrantes del proceso formativo del proceso autónomo.

La teoría dominante en materia de invalidez del negocio jurídico—según la cual la falta de un presupuesto o elemento esencial produce la nulidad del negocio; y la anulabilidad, cuando concurre en aquellos elementos algún vicio—es criticada, no porque no llegue a proporcionar soluciones exactas, sino porque, no siendo los conceptos «falta de un elemento o presupuesto» y «vicio de un presupuesto o elemento» conceptos de sentido común, se requiere una estricta definición, que se nos aparece tautológica. En efecto, al no haberse realizado expresamente tal definición en ninguna norma, es preciso extraerla del contexto en que se utilizan. Y, entonces, se ve que es una distinción cuantitativa, de tal índole que el «vicio» se convierte en «falta»—y la anulabilidad en nulidad, por tanto—cuando el legislador estima que es lo suficientemente grave como para que produzca nulidad. Si esta teoría quisiera atenderse en el sentido de que el vicio más grave produce nulidad, y el menos grave, anulabilidad, se expresaría la idea de que «nulidad» y «anulabilidad» son dos sanciones que difieren cuantitativamente, lo cual es inexacto porque su diferencia es cualitativa. Por

ello, la aplicación de tales conceptos ha de ponerse en relación con la diversa cualidad de los intereses violados y con el modo de su violación. Con esta fundamentación intenta Trimarchi superar la construcción criticada. Desde el punto de vista constructivo—y prescindiendo de aquellas cuestiones que se han suscitado en el Derecho italiano, al criticar el ordenamiento desde un punto de vista puramente racional—, lo interesante es resaltar la manera en que se propone el problema y cómo es resuelto. La cuestión que ha de resolverse no es cuando el negocio sea válido, nulo o anulable, sino cuando el hecho, que se pretende que constituye un negocio jurídico, produce todos los efectos, cuando produce efectos eliminables mediante una sentencia constitutiva o cuando no los produce. De este planteamiento, con la fijación de un concepto de «apariencia de negocio» como «cualquier hecho que pueda razonablemente creerse una declaración de voluntad dirigida a la regulación de intereses jurídicos», y con el examen de las normas que el *cod. civ.* dedica en diversos lugares a la materia de invalidez del negocio jurídico, llega Trimarchi al establecimiento de los principios que sirven para calificar el vicio que afecta a un hecho que por un sujeto se pretende que es un negocio jurídico. Los principios son los siguientes: cuando los efectos son inmediatamente contrarios a intereses públicos—así como en los casos en que, siendo aquéllos inmediatamente contrarios a intereses privados disponibles, no haya apariencia de negocio—, el negocio es nulo. Cuando los efectos son directamente contrarios a intereses privados y existe una apariencia de negocio creada por la actividad—aun viciada—del sujeto o por la actividad de tercero por encargo de aquél, el negocio es anulable. Mas cuando la actividad ha sido desenvuelta por tercero, el caso es de nulidad. Se contraponen existencia a inexistencia, definida como situación que se verifica cuando falta absolutamente la apariencia de negocio—y, por tanto, toda regulación de intereses—o, cuando existiendo tal apariencia no se ha creado, ni por la actividad material de la parte ni por la actividad de una persona encargada por la parte.

Ahora bien, estos principios generales sobre la invalidez del negocio jurídico se entrecruzan con los dictados específicamente para los acuerdos sociales, y la tarea del intérprete consiste en determinar si prevalecen—y en qué medida—unos u otros. Pero, además, se requiere determinar cuándo es público o privado el interés lesionado por la norma y—lo que es fundamental, dada la necesaria relación con terceros mediante la cual desenvuelve la sociedad su objeto—, cuándo se ha creado una apariencia susceptible de fundar la confianza de terceros y cuándo esta creación ha de ser imputable a la sociedad.

La casuística y las soluciones a que da lugar su análisis mediante la aplicación de los principios a que se ha hecho referencia ocupan buena parte del libro. La aceptación de las conclusiones está en función no sólo de los principios que se han fijado como punto de partida, sino, al mismo tiempo, de la valoración de las circunstancias concretas que conforme a ellos se realice en cada caso. La defensa de la minoría es objeto de un tratamiento especial, en el cual se distinguen las varias hipótesis que, conforme al ordenamiento italiano, pueden presentarse, estimando que la teoría de los derechos individuales, aun relacionada con ella, es tema distinto

A continuación realiza el examen cuidadoso de las acciones de nulidad y de impugnabilidad, estudiando los requisitos que a ella hacen referencia, en especial por lo que se refiere a la legitimación para su ejercicio. Igualmente la trascendencia que para los terceros tiene el ejercicio—y su eventual estimación judicial—para los terceros.

Después de la exposición de la estructura y—esquemáticamente—del contenido del libro de Trimarchi, ya se comprende que las discrepancias con los resultados a que llega el autor pueden suscitarse en cualquiera de los puntos examinados, ya que justamente la investigación del autor se mueve entre planos cuya problematicidad es de las más acusadas, tanto en el abstracto del negocio jurídico, como en el concreto de la aplicación a los acuerdos de la junta general. A estas dificultades vienen a sumarse las que procedan de la posible disconformidad de los principios establecidos con las normas del derecho positivo. Pero, de cualquier manera, el libro representa un inventario de cuestiones y de sus soluciones, aprovechables en muchos casos y dignas de tenerse en cuenta en todos ellos, en cuanto que los conflictos planteados en la vida práctica de las sociedades exigirán una solución inmediata, a pesar de las incertidumbres y discusiones de que, en el plano teórico, el caso pueda estar rodeado.

J. F. DUQUE.

#### UNA NUEVA REVISTA ITALIANA DE DERECHO DE FAMILIA

El primer año de la «*Revista del Diritto patrimoniale e dello stato delle persone*». Milano, 1958.

La aparición de una nueva revista jurídica en un país como Italia que cuenta con tan abundante floración de publicaciones de esta clase (1), es un hecho que apenas si tiene resonancia, como no sea que se aproveche la ocasión para denunciar los peligros de una excesiva fragmentación del campo científico, llamando la atención sobre los excesos, incluso lingüísticos (2), que suelen cometerse. Pero en este caso, la singularidad de una materia cuya importancia se acrece cada día en la atención de la doctrina, nos mueve a dar cuenta a los lectores del ANUARIO del primer año cumplido por la *Revista del Diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, que con carácter bimestral se publica en Milán desde principios de 1958.

(1) Un catálogo bastante completo puede hallarse en NAPOLETANO: *Dizionario bibliografico* (Milano, 1956), págs. XVII-XXIII, en donde se enumeran las revistas jurídicas que se publicaban en 1954 y algunas de las que habían dejado de existir. Compárese con las que se publicaban en España hacia la misma época: PASCUAL NIETO: *Bibliografía de Derecho civil, mercantil y procesal civil* (Madrid, 1956), págs. XIII-XV. Una lista exhaustiva de revistas jurídicas francesas en publicación, con la ficha bibliográfica completa, enumera MASCAREÑAS: *Catálogo de publicaciones periódicas y revistas jurídicas francesas*, en *Cuadernos de derecho francés*, julio-diciembre de 1957, págs. 77-116.

(2) Cfr. las humorísticas observaciones de FASSO: *Avventure del linguaggio giuridico e avventure giuridiche del linguaggio*, en *Riv. trim. dir. e procedura civile*, 12 (1958) 954, a propósito de una nueva revista titulada «*Diritto petrolifero*» (?).

La casa editorial Giuffrè anunciaba la publicación de la nueva revista con lo que bien puede considerarse «programa fundacional» o «exposición de motivos» de la misma:

«Tal revista—decía—afrontará las cuestiones más vivas y de mayor relieve concernientes al estado de las personas como reflejo de las normas, sea de derecho interno sea de derecho internacional, y publicará la más reciente jurisprudencia italiana y extranjera relativa a la materia indicada.

»Las sentencias de la Corte de Casación, las sentencias de los *Giudizi di merito* (3), las decisiones de los Tribunales eclesiásticos, las máximas más importantes de los Tribunales extranjeros encontrarán en esta revista la sede más oportuna para ser discutidas, comentadas y llevadas al conocimiento de cuantos—magistrados, abogados y funcionarios públicos—se encuentran diariamente frente a la delicada y compleja problemática del Derecho matrimonial y de la familia.

»La alta dirección científica y la colaboración asegurada de eminentes estudiosos de Derecho civil y canónico, internacional y penal, son premias ciertas de que esta revista—única en Italia entre la variedad de publicaciones jurídicas—además de ser un auxilio útil para completar el repertorio jurisprudencial a quien afronte en la práctica viva las cuestiones relativas al matrimonio, ciudadanía y relaciones de familia, será un instrumento indispensable, gracias a los artículos de doctrina y a las señalizaciones bibliográficas italianas y extranjeras, para quien investigue los problemas jurídicos relativos a una materia tan importante en la vida del derecho, pero a veces olvidada en otras publicaciones jurídicas.»

Milán va a ser la sede de la dirección de la revista, y entre sus directores y redactores figuran varios profesores y asistentes de la Universidad del Sacro Cuore y de la Universidad estatal de aquella ciudad, Giacchi, Jaeger y Tedeschi son los tres directores de la revista.

Desde el primer número adopta la revista el plan habitual de distribución de materias: doctrina, reseña bibliográfica, reseña de jurisprudencia y extractos de sentencias o maximario; la paginación es correlativa sin que hasta el momento se haya empleado el sistema de paginación duplicada para separar en dos secciones la revista (como se usa, por ejemplo, en la revista *Di diritto commerciale* o en *Il diritto ecclesiastico*).

El examen de los números aparecidos en el primer año de publicación nos hace ver que, en la parte doctrinal, se han tocado temas relacionados con el Derecho civil, el canónico, el eclesiástico (en el sentido en que lo utiliza la doctrina italiana), el internacional privado, el laboral y el penal; las materias más tratadas han sido las relativas al matrimonio y a la afiliación; siguiendo un orden convencional expondremos brevemente el contenido de los trabajos publicados teniendo en cuenta el grado de interés para el lector español.

*Derecho civil. Esponsales. Naso: Momento inicial del término de prescripción de la acción de resarcimiento del daño causado por seducción*

(3) El *giudice di merito* no corresponde exactamente a ninguna categoría judicial española, y por ello carece de significado traducirlo por «Juz de méritos» (como no es raro encontrarse en las traducciones españolas o hispanoamericanas de obras italianas).

*mediante promesa de matrimonio no mantenida*, pág. 569-574, sostiene la tesis de que la prescripción debe arrancar del día en que la mujer seducida adquiere la certeza de que la promesa no será ya cumplida, y no desde el momento de la *traditio corporis*.

*Simulación del consentimiento matrimonial*. CONSOLI: *La simulación absoluta en el ordenamiento matrimonial italiano*, pág. 23-69: en un documentado trabajo sostiene la posibilidad y relevancia de la simulación absoluta en el derecho matrimonial italiano, creyendo, por el contrario, irrelevante la simulación relativa o parcial. Su posición es más de señalar cuanto que hoy es minoritaria en la doctrina de su país.

*Impotencia*. CHIARA: *La impotencia coeundi: su valor en el determinismo de la concepción*, pág. 241-243. Es un breve estudio de medicina sexual acerca de la posibilidad de procrear por parte de personas afectas de impotencia coeundi.

*Derecho internacional privado*. BISCOTTINI: *La eficacia internacional del acta de matrimonio*, pág. 10-22. Se ocupa de la competencia de los órganos italianos para atribuir el estado conyugal a los extranjeros, y de la eficacia en Italia de los matrimonios celebrados en el extranjero.

MIELE: *Publicidad en Italia de los matrimonios de los italianos en el extranjero*, pág. 706-713. Punto apenas tratado por la doctrina, y que el autor estudia distinguiendo el supuesto de matrimonios confesionales y de matrimonios civiles.

LENTI: *El orden público interno e internacional en materia de ejecutoriedad de sentencias extranjeras matrimoniales*, págs. 399-416. Cuestión de gran interés en relación con las sentencias extranjeras de divorcio, y que ha suscitado abundante literatura y variedad de opiniones doctrinales, pues Italia se adhirió a la Convención de La Haya de 1902. Pero el autor sostiene que los Pactos lateranenses «vaciaron de contenido» en relación a los matrimonios concordatarios, a la cita Convención y a los Tratados internacionales que haya podido firmar Italia con anterioridad.

*Derecho canónico*. GIACCHI: *Sobre la exclusión de la indisolubilidad en el matrimonio canónico*, págs. 1-9, critica una orientación de la jurisprudencia canónica, y Rosalba MAESTRI nos ofrece un excelente resumen *Sobre los principios inspiradores de la jurisprudencia rotal acerca de la simulación parcial en el matrimonio*, págs. 417-437.

*Filiación*. Acerca de una institución peculiar del ordenamiento italiano relativa al reconocimiento de la prole adulterina y que consagra el artículo 252 del Código civil de 1942, aparecen dos trabajos de LOJACONO: *La disolución del matrimonio por divorcio y el artículo 252 del C. c.* págs. 201-240, y *Reconocimiento de prole adulterina y control gubernativo*, págs. 714-746.

Sobre medidas protectoras de los menores de edad, PALMIERI nos ofrece también dos estudios breves: *Medidas urgentes y temporales, civiles o administrativas, a favor de los menores, y órganos competentes*, págs. 575-582, y *Competencia para la adopción de medidas en interés de la prole, en pendencia o a continuación de un procedimiento de separación personal*, pág. 747-756.

*Derecho eclesiástico*. El famoso caso del Obispo de Prato ha dado ocasión a varios estudios acerca de problemas concretos de las relaciones

entre la Iglesia y el Estado: BRASIELLO: *Defecto de jurisdicción de la magistratura ordinaria*, págs. 169-179; JEMOLO: *Principios fundamentales en torno a las relaciones entre Estado e Iglesia acerca de la potestad de magisterio*, págs. 353-360, GIACCHI: *Soberanía de la Iglesia en su propio orden y límites de la jurisdicción estatal*, págs. 361-388. Trabajos inspirados en criterios no siempre coincidentes, y no del todo aplicables a nuestro actual Derecho concordatario.

*Derecho penal.* PIOLKTI: *Sobre el delito de alteración de estado cometido mediante falsedad, en el derecho vigente y en el proyecto de modificación del código penal*, págs. 180-201. BLAAS: *Algunas consideraciones sobre el problema de las cuestiones de estado matrimonial prejudiciales en el proceso penal*. Problema, este último, de indudable interés.

*Derecho laboral.* TRIONI: *Matrimonio y despido*, págs. 757-780, se ocupa de la condición de soltería impuesta con frecuencia en los contratos de trabajo.

La sección de la Revista dedicada a la reseña bibliográfica no ha logrado, hasta la fecha, el tono alcanzado por las otras secciones, especialmente en la parte destinada a recensiones de libros; la revista o revistas se articula por materias ordenadas alfabéticamente, siendo completa en lo relativo a las italianas, abundante en cuanto a la francesa, incompleta en lo referente a la alemana (sólo se recensionan la revista *Ehe und Familie* a partir del número de noviembre-diciembre), y está ausente la española. Su utilidad, sin embargo, es evidente, y lo será mayor a medida que se perfeccione.

La sección jurisprudencial—por ahora limitada a recoger sentencias italianas—debe mencionarse especialmente; como es notorio, en las revistas italianas se cuida mucho la confección de los extractos de sentencias; los que aquí se incluyen corresponden tanto a los Tribunales de instancia como a la Corte de Casación, y están ordenados por orden alfabético de materias. Los comentarios a las sentencias más importantes son generalmente concisos pero sustanciosos, y se deben a firmas consagradas (Tedeschi, Grassetti, Favero, Consoli).

Si, para concluir estas líneas, quisiéramos hacer un juicio de conjunto sobre el primer año de la *Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, necesariamente tendríamos que parangonarla con otras revistas de la especialidad. La *Rivista del diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia* se ha mantenido siempre en un plano mucho más modesto. *Il diritto eclesiastico italiano* posee calidad científica, pero trata de los problemas familiares desde otro punto de vista, y no exclusivamente. Naturalmente, también se publican trabajos sobre estos temas en otras muchas revistas italianas. Lo original de la nueva revista estriba en estar dedicada exclusivamente al derecho matrimonial y al estado civil, acogiendo con amplitud de criterio las contribuciones provenientes de las más diversas disciplinas jurídicas que tengan relación con la materia indicada. Siempre que ello no prejuzgue una determinada concepción acerca de la naturaleza del Derecho de Familia, nos parece que esta conjunción de aportaciones

diversas ha de ser fructifera, sobre todo si colaboran canonistas y civilistas y se abren horizontes al panorama de las legislaciones extranjeras.

Auguramos a la nueva Revista italiana gran éxito científico si continúa por el camino de la superación, hasta colocarse en breve plazo a la altura de la mejor revista europea de Derecho de Familia, la *Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht*.

Gabriel GARCÍA CANTERO.

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

## I. DERECHO CIVIL

### I. Parte general.

BLANCO, Alberto: *Resumen de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia cubanas durante el año 1957*. RDP, diciembre 1958; págs. 1089-1904.

Breve reseña informativa de Derecho cubano correspondiente a 1957: Legislación, Bibliografía, Jurisprudencia.

CASTEJÓN, Federico: *El estudio del Derecho comparado como medio de investigar materias susceptibles de unificación internacional*, IJ, núm 187, noviembre-diciembre 1958; págs. 1159-1189.

El estudio del Derecho comparado, como medio de investigar materias susceptibles de unificación internacional, conduce a la finalidad teórica de mostrar infinidad o diversidad de normas sobre una misma institución, que merezcan ser impulsadas a la uniformidad. Persigue asimismo una finalidad práctica, cual es la de cristalizar en normas uniformes una determinada institución. La labor del Derecho comparado es auxiliadora, más que indicadora, en la tarea de investigar materias susceptibles de unificación.

COULOMBEK, M. P.: *Force et but dans le Droit selon la pensée juridique de Ihering*. RTDC, año LVI, núm 4, octubre-noviembre 1957; páginas 609-631.

En la obra de Ihering destaca ante todo una orientación fundamental: la visión realista del Derecho. Este realismo, que tiene plena actualidad, se manifiesta sobre todo en dos aspectos esenciales: en la fuerza y en el fin en el Derecho.

GIMENO PALERO, Pedro: *Introducción esquemática a la Ciencia del Derecho*. RCDI, año XXXIV, núm. 360-361, mayo-junio 1958; págs. 364-389.

Reducido el contenido de la ciencia pura del Derecho al estudio de la esencia y desarrollo de la norma positiva como concepto formal, habrá que



depurarla de elementos extraños: toda cuestión metapositiva será metajurídica; también de su legitimación metafísica y de su aspiración teleológica; asimismo de su manifestación social, y todo concepto material y empírico.

PAWLOWSKY: *Problematik der Interessenjurisprudenz*. NJW, año XI, número 40, 1958; págs. 1561-1565.

Significado, en contraste con la jurisprudencia conceptual, de la jurisprudencia de intereses, para la que no se han cumplido, ni es de esperar que se cumplan, las predicciones que se formularon en su relación con la ciencia del Derecho. Sus vicios no descansan en lo insuficiente de su desarrollo, ni en la configuración de sus métodos; afectan a cuestiones fundamentales. Método conceptual más eficaz y en conexión con la Ley es lo que necesita el continuo desarrollo del Derecho privado.

RENAULD, P.: *Crónica de legislación y jurisprudencia belga de 1957*. RDP, noviembre 1958; págs. 1001-1011.

Reseña informativa de legislación y jurisprudencia belga correspondiente al año 1957: Derecho civil, procesal, mercantil, industrial, social, financiero y monetario, cooperación internacional, etc.

## 2. Derecho de la persona.

BLAC-JOUVAN, Xavier: *La responsabilité de l'infans*. RTDC, año LVI, número 1, enero-marzo 1957; págs. 28-60.

Comienza el autor delimitando el término *infans*, manifestando que en relación con él es de enorme interés la idea de la responsabilidad fundada en la falta. Estudia, en el Derecho positivo y en sus consecuencias jurisprudenciales, el principio de la irresponsabilidad del *infans*, examinando después los intentos llevados a cabo para remediar la idea de la no responsabilidad del *infans*. Se impone la necesidad de una revisión del principio de irresponsabilidad del *infans*, pues no es suficiente la regla según la cual puede el dañado dirigirse contra los representantes del *infans* dañado.

HANSMAN, Andreas: *Die Freiheit der Berufswahl*. NJW, año XI, cuaderno 46, 1958; págs. 1801-1805.

El artículo 12 de la Ley fundamental de Bonn garantiza la libertad de elegir profesión a todos los alemanes. Según el Tribunal federal consti-

tucional esta norma se relaciona estrechamente con todo lo relativo a la libre configuración de la personalidad. Posibilidad de ciertas limitaciones legales a la indicada libertad de profesión. La Sentencia de 11 junio de 1958 se enfrenta con esta cuestión en relación con la profesión farmacéutica.

JORDANO BAREA, JUAN B.: *Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto*. RDP, diciembre 1958; págs. 1019-1032.

Delimitación de la figura del negocio fiduciario frente al negocio simulado (posibilidad en aquél de simulación relativa) y frente al negocio indirecto (el negocio fiduciario no es nunca indirecto, ni éste fiduciario). Conclusiones generales derivadas del estudio del negocio fiduciario.

SIEBERT, Wolfgang: *Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrechts*. NJW, año XI, cuaderno 36, 1958; págs. 1369-1374.

En los últimos años se observa en el terreno práctico y doctrinal una creciente preocupación por el llamado derecho general de la personalidad, a consecuencia del peligro que corre la protección de la persona como tal ante el poder del Estado, en continuo aumento. Indicación del Derecho vigente sobre el derecho de la personalidad y sus manifestaciones concretas, para aludir después a la fundamentación y evolución del indicado derecho y terminar refiriéndose a su posible configuración dogmática: Se discute el carácter absoluto del derecho general de la personalidad, y parece incuestionable su inclusión en «los otros derechos» de que habla el § 823 BGB.

### I. Derechos reales.

ALONSO YAGÜE, J. J.: *Jurisprudencia de propiedad industrial*. RDM, volumen XXV, núm. 70, octubre-diciembre 1958; págs. 405-417.

Jurisprudencia sobre Derecho registral industrial y comercial, en materia de patentabilidad y distintividad (año 1958).

ALVAREZ GENDIN Y BLANCO, Sabino: *Naturaleza jurídica de los montes públicos, según la nueva Ley que los regula*. RCDI, año XXXIV; núms. 366-367, noviembre-diciembre 1958; págs. 745-761.

La nueva Ley de montes de 8 de junio de 1958 induce a la conclusión de que la configuración jurídica de dominio público especial que se atribuye a los montes catalogados no ha sufrido esencial revisión o retroceso,

si bien se acusa una mayor intervención administrativa en los montes privados, con el fin de fomento de la riqueza forestal. De aquí que la jurisdicción contencioso-administrativa sea la competente para entender en los actos de la Administración pública, respecto de los montes privados, como sometidos al Derecho administrativo forestal, aun no existiendo un derecho administrativo lesionado, bastando, para impugnar los actos ilegales o por desviación de fin, tener un interés legítimo.

CLASEN, Heinrich: *Ist die Baulandumlegung als Enteignung anzusehen?* NJW, año XI, cuaderno 31, 1958; págs. 1169-1171.

Objeto de polémica en Alemania es la cuestión de si debe o no estimarse como expropiación la adjudicación y distribución de terrenos para la construcción. Dos recientes sentencias resuelven negativamente la cuestión, entendiendo no se trata de expropiación. Las motivaciones de ambos fallos no son coincidentes. Se trata de una figura semejante a la expropiación.

FRANÇON, André: *L'usufruit de creances*. RTDC, año LVI, núm. 1, enero-marzo 1957; págs. 1-27.

Señalados los aspectos diversos del usufructo de créditos, y el mecanismo antes y después del cobro de los mismos, llega el autor a la conclusión de que para dar una satisfactoria solución a los problemas que entraña el usufructo de créditos, no basta aplicar por analogía las reglas sobre el usufructo de cosas corporales. Se impone una reglamentación especial, cuya nota esencial, extraída del Derecho comparado, fuera la de requerir el concurso del nudo propietario en un número creciente de casos durante la existencia del usufructo. Objeciones posibles a esta solución.

KREMER, N.: *Grundeigentum und Bergschaden*. NJW, año XI, cuaderno 44, 1958; págs. 1765-1767.

Ámbito en que restringe la propiedad inmobiliaria el otorgamiento de la «propiedad minera»: supone ésta una no pequeña transformación en aquélla. Por otra parte, la responsabilidad por daños derivados de una explotación minera es una pura y genuina responsabilidad por riesgo. Crítica a ambas afirmaciones sostenidas por el BGH, en Sentencia de 23 de abril de 1958.

MOLAS VALVERDE, J.: *La reproducción magnetofónica*. RJC, año LVII, número 5, septiembre-octubre 1958; págs. 635-640.

Aspectos diversos de la reproducción magnetofónica en relación con la propiedad intelectual. Ilícitud de las reproducciones por este medio; es-

tudio de la legislación, con alusión al Convenio de Berna, revisado en Bruselas en 1948. Sanciones, contratación, la cinta como medio de prueba.

**SABATER, Antonio:** *El precario: su concepto y relaciones con el arrendamiento y la acción reivindicatoria.* RJC, año LVII, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 591-606.

En relación con la doctrina sustentada por la Sentencia de 27 de septiembre de 1957, el autor plantea estas tres cuestiones: a) Si puede extenderse el concepto de precario a aquellos casos en que se ocupe un local, con la sola tolerancia del arrendatario, y sin pago de renta; b) Si el despojo no delictivo o usurpación violenta o clandestina, y los actos meramente tolerados, pueden constituir un medio para originar el precario; c) Si cabe ejercitar la acción reivindicatoria contra el precarista.

**VERCELLONE, Paolo:** *Arte figurativa e modelli o disegni ornamentali.* RDC, año LVI, núm. 5-6, mayo-junio 1958; págs. 172-179.

A los efectos del artículo 2, núm. 4 de la Ley italiana sobre el derecho de autor la escindibilidad de la obra de arte del producto va sobrentendida en sentido ideal como posibilidad de concebir la obra con independencia de los elementos materiales a los que va ligada. La obra de arte aplicada a la industria se contrapone a los modelos o diseños ornamentales, ya que conserva su individualidad artística, mientras que los modelos o diseños indicados tienden sólo a hacer más estético y agradable el producto, no tienen un valor representativo autónomo y no pueden concebirse como obra en sí, distinta del producto mismo. Es doctrina sentada por la Corte de Casación italiana en sentencia de 22 de octubre de 1956, que el autor comenta.

**WÖRRELAUER, Herbert:** *Die verschleierte Eigentümergrundschild.* NJW, año XI, núm. 39, 1958; págs. 1513-1518.

Cuestiones concretas en torno al § 1179 del BGB, relativo a la posibilidad de asegurar con anotación preventiva la pretensión de cancelación de la hipoteca, cuando el propietario se haya obligado a hacerla cancelar en el caso de confusión con la propiedad. Cuestión de interés sólo en relación con el sistema alemán sobre la transformación de la hipoteca en deuda inmobiliaria.

**WÖRRELAUER, Herbert:** *Die verhinderte Eigentümergrundschild.* NJW, año XI, cuaderno 43, 1958; págs. 1706-1710.

Posibilidad de aplicación a la deuda inmobiliaria del § 1179 del BGB (anotación preventiva de la pretensión de cancelación) y menor ámbito de eficacia que en el supuesto de aplicarse a la hipoteca.

Comentarios prácticos a esta cuestión, de interés sólo para el Derecho alemán y su sistema de garantías reales inmobiliarias.

#### 4. Obligaciones y contratos.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *Arrendamiento de local de negocio*. RDM, volumen XXV, núm. 68, abril-junio 1958, págs. 465-471.

Reseña de jurisprudencia recaída en el período abril-junio de 1958, en materia de arrendamiento de local de negocio: objeto del contrato, renta, traspaso, venta del local, oposición a la prórroga, resolución, jurisdicción y procedimiento.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *Arrendamiento de local de negocio*. RDM, volumen XXV, núm. 70, octubre-diciembre 1958; págs. 433-440.

Reseña de jurisprudencia sobre arrendamiento de local de negocio (período julio-diciembre 1957): objeto, renta, retracto, renuncia, sucesión en el arriendo, denegación de prórroga, causas de resolución, procedimiento.

BORRICAND, Jean: *La clause résolutoire expresse dans les contrats*. RTDC, año LVI, núm. 3, julio-septiembre 1957; págs. 433-470.

La cláusula resolutoria expresa es la estipulación contractual en cuya virtud el contrato será resuelto de pleno derecho en el caso de que una de ambas partes no cumplan sus obligaciones. El régimen de esta cláusula está desprovisto de unidad; abandonada en principio a la autonomía de la voluntad, se encuentra hoy reglamentada en concretas hipótesis por el legislador. Sería conveniente una reforma de conjunto de la materia, ya que ésta tiene particularidades, señaladas en este estudio, que la diferencian de la cláusula resolutoria tácita (considerada como «condición» implícita en las obligaciones sinalagmáticas) y de la resolución judicial del contrato.

CARRETERO, Tirso: *Tanto y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad*. RCDI, año XXXIV, núm. 366-367, noviembre-diciembre 1958; págs. 798-870.

Continuando el autor su estudio iniciado en el número anterior de la misma revista, se refiere en la presente, después de unas observaciones de carácter general sobre los retractos legales, a algunos problemas que plantean los artículos 47 a 55 de la Ley de arrendamientos urbanos en relación con el Registro y con los principios hipotecarios.

DALMAZZO, Faustino: *Diveto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*. RDC, año LVI, núm. 5-6, marzo-junio 1958; págs. 180-189.

Comentario a la sentencia de casación italiana de 24 de junio de 1957, que sostiene la doctrina de que la prohibición del pacto comisorio abarca también la cláusula en cuya virtud el mutuario, verificándose la condición de falta de restitución de la suma prestada, promete vender al mutuante la cosa dada en garantía.

DEMPEWOLF, Günter: *Übertragung von Sicherheiten auf den zahlenden Bilr-gen*. NJW, año XI, cuaderno 27, 1958; págs. 979-980.

Cuando el acreedor es satisfecho por el fiador, el crédito contra el deudor pasa ex lege al fiador que pagó. Esto tiene como consecuencia (§ 401 BGB) el hecho de que en todo caso pasan al fiador las garantías existentes para el crédito. Si con este fin se habían llevado a cabo transmisiones a título de garantía, entiende la jurisprudencia alemana que el «paso» al fiador de los derechos derivados de esas transmisiones no se produce sin más, sino que surge en el acreedor un deber *jurídico-obligatorio* de ceder los indicados derechos al fiador. Cuestiones surgidas en la práctica, para las instituciones de crédito, en torno a esta obligación.

DUNZ, W.: *Der merkantile Minderwert*. NJW, año XI, cuaderno 41, 1958; págs. 1613-1615.

Posibilidad y efectos jurídicos del llamado impropriamente «menor valor mercantil» de una cosa, en el supuesto de pago de daños por el asegurador. Posición del BGH y crítica del autor. El «menor valor mercantil» es ocasionado por aquellos defectos que, no obstante no impedir el rendimiento normal de una cosa, hacen que ésta resulte depreciada en el tráfico. El problema suele surgir con motivo de los daños que sufren los vehículos en los accidentes. Una vez reparados, son inevitables, sin embargo, ciertos desperfectos que aminoran su valor sin entorpecer su uso normal. El problema de la posible indemnización de estos «desperfectos» y del menor valor mercantil que originan en la cosa.

FONTANELLA, Joan Pere: *Ambito de la transacción*. RJC, año LVII, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 581-600.

Con adiciones de la redacción de la revista se reproduce, traducido, el texto de las decisiones números 379 y 380 de la obra de Fontanella «*Sacrii Regii Senatus Cathaloniae Decisiones*» (Barcelona, 1679).

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Reciprocidad arrendaticia con Chile*. IJ, números 184-185, septiembre-octubre 1958; págs. 1063-1070.

Se encuentra en vigor el Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad concluído con Chile en 1844. Como consecuencia de sus normas generales, existe, con España, una reciprocidad en materia arrendaticia. Indicación de las normas arrendaticias chilenas.

GIANNINI, Amadeo: *Il contratto di scrittura dell'attore cinematografico* RDC, año LVI, núm. 5-6; mayo-junio 1958; págs. 215-230.

El contrato de trabajo del actor de cine no tiene denominación, aunque suele conocerse como contrato de escritura. Normas de la legislación sobre derechos de autor, que le afectan. Eficacia y mecanismo del contrato, naturaleza, sujetos, duración cláusulas especiales, resolución.

GIANNINI, Amadeo: *Opera cinematografica e contratti cinematografici* RDDC, año IV, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 408-447.

El autor alude brevemente al complejo de situaciones que plantea al jurista la obra y los contratos cinematográficos, ya que ninguna obra del ingenio humano presenta tantos y tan varios problemas y de tan diversa índole. Los principales aspectos del cine, visto por el jurista, son estudiados por el autor.

HERNAINZ MÁRQUEZ, Miguel: *Los trabajadores de campaña*. RDP, noviembre 1958; págs. 819-933.

La especialidad laboral de algunas actividades industriales que sólo están en funcionamiento durante una parte más o menos extensa del año, parando plenamente durante el resto del mismo, origina un especial tipo de trabajadores que constituyen una categoría autónoma, intermedia entre el trabajador fijo y el eventual: el llamado trabajador de campaña o temporada. Notas sobre su naturaleza y reglamentación positiva.

MAY, Erich: *Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund*. NJW, año XI, cuaderno 33-34, 1958; págs. 1262-1265.

En una reciente sentencia de 4-3-1957, el BGH ha mantenido el criterio de que debe valorarse como causa de justificación, en materia de daños causados por el tráfico, el hecho de que el dañador haya actuado correctamente desde el punto de vista de dicho tráfico. En tal caso su conducta no es antijurídica. Semejante orientación acusa una fuerte influencia

de doctrinas penales en el ámbito del Derecho civil; supone una alteración en las concepciones derivadas de la llamada responsabilidad por riesgo.

MOTOS GUERRA, Miguel: *Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor*. RDM, vol. XXV, núm. 68, abril-junio 1958; págs. 245-298.

Fijado el concepto del pago como forma de extinción de las obligaciones y estudiado el ingreso en cuenta corriente en sí mismo, se enfrenta el autor con la cuestión de determinar si el ingreso en cuenta corriente bancaria es una forma de pago eficaz y liberatoria para el deudor que lo efectúa, en su triple forma de entrega de metálico, por medio de cheque o por transferencia.

MÜCKENBERGER: *Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise*. NJW, año XI, cuaderno 44, 1958; págs. 1753-1756.

Posición del BGH en torno a la llamada *reserva de dominio ampliada*, en el supuesto de cesión de créditos nacidos de suministro de mercancías. Comparación con la antigua jurisprudencia del Reichsgericht. Consideraciones y propuestas del autor.

PENTZ, Adolf: *Umfang und Höhe der auf den Dienstherrn übergehenden Schadensersatzansprüche des Beamten*. NJW, año XI, cuaderno 29, 1958; págs. 1069-1074.

La Legislación de Alemania Occidental sobre funcionarios (Ley Federal de 18-9-1957) determina que las pretensiones indemnizatorias de éstos contra terceros pasan a los organismos que les emplean en la medida que dichos organismos hayan de seguir pagando emolumentos al funcionario durante el tiempo que éste esté incapacitado para realizar sus funciones a causa de una lesión corporal. Comentario exegético de esta disposición.

PESCH: *Ursache im bürgerlichen Recht und in der gesetzlichen Unfallversicherung*. NJW, año XI, cuaderno 29, 1958; págs. 1074-1076.

En lo relativo a seguros forzosos por accidente, en materia social, no cabe aplicar sin más las doctrinas del Derecho civil sobre la causalidad adecuada para determinar la imputabilidad de los daños a indemnizar. Comparación de esta doctrina con la empleada en el ámbito indicado: doctrina de la causalidad en función de la causa fundamentalmente interviniente. Sentido de una y otra, en su carácter de correctivo hacia un resultado jurídicamente justo.



**FESCH:** *Die sogenannte Gelegenheitsursache in der gesetzlichen Unfallversicherung.* NJW, año XI, cuaderno 45, 1958; págs. 1808-1811.

Concurrencia de causas internas y externas en relación con el problema del nexo causal en el ámbito de los seguros legales obligatorios en el Derecho alemán. Estudio de la llamada, en este ámbito, «causa de coyuntura» (la causa externa concurrente con las internas).

**FICHTER:** *Schuld im Zivilrecht.* NJW, año XI, cuaderno 31, 1958; páginas 1171-1172.

Aclaraciones a los puntos de vista de Wussow, en relación a unas notas de Nipperdey sobre el problema de la antijuricidad, adecuación social, negligencia y culpa en el ámbito del Derecho civil.

**RIOU, Michel:** *L'acte de dénouement.* RTDC, año LVI, núm. 2, abril-junio 1957; págs. 221-245.

Intento de esbozo general de los posibles aspectos jurídicos de los actos de abnegación o sacrificio en favor del prójimo, relacionando dichos actos con la víctima eventual y el autor de la situación peligrosa que dió lugar a ellos. La jurisprudencia tiende modernamente a conceder indemnización al que es víctima de su sacrificio: para ello cabe invocar la teoría de la responsabilidad civil contra el autor de la situación peligrosa, y, en defecto de este responsable, la teoría de la gestión de negocios contra el beneficiado por el sacrificio.

**ROQUETTE, Hermann:** *Gleitklauseln bei preisgebundenen Mietverhältnissen.* NJW, año XI, cuaderno 36, págs. 1374-1377.

Después de la guerra son usuales en los contratos de arrendamiento de uso en Alemania unas cláusulas (*Gleitklauseln*) en cuya virtud si la renta es elevada legal o reglamentariamente la nueva renta debe entenderse subrogada en el lugar del alquiler pactado en el momento en que era admisible el aumento. Eficacia jurídica y mecanismo práctico de las indicadas cláusulas.

**ROQUETTE, Hermann:** *Erhöhungsklauseln statt Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen.* NJW, año XI, cuaderno 46, págs. 1857-1858.

Los arrendamientos a largo plazo, ya sean de vivienda, ya de local de negocio suponen para el arrendador el riesgo derivado de la imposibilidad de prever si el alquiler pactado será o no adecuado, como contraprestación de la cesión del uso de la cosa, a consecuencia de las alteraciones en el

valor de la moneda. Cláusulas de estabilización de valor, en este ámbito arrendaticio. El autor cree más conveniente las cláusulas de elevación del alquiler. Plantean menos problemas económicos y jurídicos.

SCHLESINGER, Piero: *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*. RDDC, año IV, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 353-384.

Análisis de la repercusión que, en la eficacia de conjunto de un contrato novatorio, pueda tener la falta originaria o sobrevenida del efecto extintivo de la *prior obligatio*. Inexistencia de obligación a novar, supuestos diversos de anulabilidad de la *prior obligatio*, resolubilidad, rescindibilidad y revocabilidad de la misma. El examen de estas cuestiones lleva al autor a contribuir a la solución de otros dos problemas: el concepto de modificación de la relación jurídica y la fijación del significado del término novación, con el cual se hace referencia unas veces a la hipótesis de hecho que supone y otras a su posible eficacia.

##### 5. Derecho de familia.

BRÜHL, Hildegard: *Die Adoption deutscher Kinder durch Staatsangehörige der USA*. NJW, año XI, cuaderno 36, 1958; págs. 1381-1382.

En la legislación alemana no existe duda, en virtud de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley de Introducción al BGB, respecto a que la adopción se regula por la ley nacional del adoptante. Si se duda, en cambio, sobre si el precepto en cuestión es también aplicable a la *competencia internacional*, o si ésta debe decidirse en base al § 66 de la Ley sobre jurisdicción voluntaria. Comentario del problema en relación con las adopciones de niños alemanes por ciudadanos norteamericanos.

FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: *El sistema matrimonial español (comentario al art. 42 del Código civil)*. RGLJ, tomo 205, núm. 6, diciembre 1958; págs. 782-835.

Estudio de detallada minuciosidad sobre el artículo 42 del Código civil, en sus precedentes, en su texto primitivo y en su versión reformada en 1958 como consecuencia del Concordato con la Santa Sede. Análisis de las disposiciones complementarias del mismo, dictadas con finalidad interpretativa. Finaliza el estudio con un apartado referente a la reforma del precepto ante el Derecho de la Iglesia. En el presente núm. de RGLJ, sólo se llega hasta comenzar el análisis del texto reformado, concluyendo el estudio en otro número de la misma revista.

FUENMAYOR, CHAMPÍN, Amadeo: *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del Código civil)*. RGLJ, tomo 206, núm. 1, enero 1959; páginas 7-98.

Terminación del trabajo citado anteriormente. En el presente número de RGLD, se enfrenta con el estudio del nuevo artículo 42 y con la cuestión de la reforma vista por el Derecho de la Iglesia.

GAMBÓN ALIX, Germán: *Vigencia de las normas de Derecho foral catalán respecto de la adopción después de la Ley de 24 de abril de 1958*. RJC. año LVII, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 737-752.

A pesar de la reforma del Código civil en 1958, en Cataluña siguen en vigor las normas del Derecho romano sobre la adopción, pudiendo emplearse dichas normas aun en los casos de adopción de abandonados o expósitos. Por otra parte, la adopción plena se extiende a Cataluña, cuando concurren los requisitos que para ella exige el Código. Concreción de estos principios generales.

PRAHL, W.: *Rechtsstellung der Mutter im Unterhaltsprozess des Kindes*. NJW. año XI, cuaderno 43 1958; págs. 1715-1716.

Posición de la madre como representante del hijo que ejercita pretensiones de alimentos contra el padre, en el supuesto de que ambos cónyuges hagan vida separada y a la luz de los postulados de la Ley de equiparación de sexos de 1957.

ROBERT, André: *Le divorce et l'exploitation familiale*. RTDC, año LVI, número 2, abril-junio 1957; págs. 246-269.

Los problemas que el divorcio plantea en relación con las llamadas explotaciones familiares, caracterizadas por una mezcla de efecto natural y de affectio societatis, deben resolverse tanto con arreglo a criterios económicos como jurídicos.

SCHULER: *Der Sonderkonkurs des ehelichen Gesamtgutes*. NJW, año XI, cuaderno 41. 1958; págs. 1609-1613.

El § 2 de la ordenanza alemana sobre el concurso determinaba que existiendo (en cualquiera de sus formas) comunidad de bienes en el matrimonio, el patrimonio común pasaba a formar parte de la masa concursal al abrirse el concurso sobre los bienes del marido. La Ley de equiparación de 1957 adapta esta norma al principio de igualdad de sexos; en su nuevo texto determina que al abrirse el concurso sobre los bienes del cón-

yuge que administra el patrimonio común, pasa este a formar parte de la masa concursal. Exégesis de este precepto; desenvolvimiento práctico del mismo.

#### 6. Derecho de sucesiones.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *La cuota viudal, tras su reforma*, RGLJ, tomo 206, núm. 1, enero 1959; págs. 99-115.

Notas críticas y comentarios a los preceptos del Código relativos al usufructo del cónyuge viudo, después de la reforma de 1958: concurrencia con descendientes legítimos, con éstos e hijos naturales o adoptivos de adopción plena, con ascendientes legítimos, no concurrencia con nadie, concurrencia simple con hijos naturales o adoptados plenamente (supuesto no previsto en la ley) o simple con éstos y ascendientes legítimos; facultad de conmutación.

SAENZ DE SANTA MARÍA TINTURE, Ignacio: *Facultades dispositivas de los albaceas*, RDP, noviembre 1958; págs. 1033-1047.

Delimitado el concepto del negocio dispositivo se examinan después, por separado, las facultades dispositivas que al albacea ha concedido el testador y las facultades dispositivas que le corresponden de acuerdo con los preceptos del Código civil.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel: *El párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil*, RGLJ, tomo 205, núm. 5, noviembre 1958; págs. 538-711.

Amplísimo estudio de la indicada norma, que finaliza con esta conclusión: los términos en que se halla redactado el párrafo del artículo 10, lo mismo que sus precedentes legislativos, su jurisprudencia y los comentarios que ha motivado no abonan una interpretación extensiva de la norma a toda clase de personas y sucesiones. El párrafo 3.º del artículo 10 obliga únicamente a las personas que tienen adquirida y conservan su vecindad vizcaína; no afectando a estas personas el precepto si fallecen intestadas.

## II. DERECHO HIPOTECARIO

DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas*, RCDI, año XXXIV, número 366-367, noviembre-diciembre 1958, págs. 762-797.

El sobreseimiento automático por tercera registral (art. 38, 3.º, L. H.) sólo es aplicable cuando la anotación de embargo no ha sido todavía practicada. Practicada ésta, el tercer adquirente en virtud de título pos-

terior a la fecha de anotación, ha de sufrir sus consecuencias. El tercer adquirente por título anterior a la anotación de embargo, pero que lo inscribió después, conserva preferencia sobre el anotante, pero habiendo promovido en tiempo la oportuna tercería. Posición del tercer adquirente según que su inscripción sea anterior o no a la expedición de la certificación de cargas. Posibilidad de acciones reivindicatorias.

LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Teoría del Requisito de la Propiedad como servicio público*. RCDI, año XXXIV, núm. 360-361, mayo-junio 1958, páginas 289-363; núm. 362-363, julio-agosto 1958; págs. 450-495.

Continuación del trabajo del autor ya iniciado en anteriores números de la misma revista. Comienza ahora la Parte especial del estudio relativa al Concepto y elementos del Registro de la Propiedad como servicio público: problemas generales, la actividad del Registro como servicio público, naturaleza de la función y del procedimiento registrales.

SANZ JARQUE, Juan José: *El procedimiento de concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad*. RCDI, año XXXIV, núm. 362-363, julio-agosto 1958; págs. 496-564.

Ideas generales en torno a la concentración parcelaria, síntesis del procedimiento ordinario de concentración, el Registro en relación con cada uno de los momentos del procedimiento de concentración, estatuto de la propiedad concentrada y su evolución.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### 1. Parte general

GAY DE MONTELLA, R.: *El binomio Derecho mercantil-Derecho de la empresa*. RJC, año LVII núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 753-757.

Aun siendo en el moderno Derecho mercantil el concepto de la empresa el centro y núcleo de su contenido, existen figuras que se escapan del binomio Derecho mercantil - Derecho de la empresa. El Derecho de la empresa se reduce al Derecho de las empresas mercantiles públicas y privadas. El Derecho canónico nunca podrá desplazar al Derecho mercantil.

MAIER, Hans Jakob: *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und Eigenhändlers und der ordre public*. NJW, año XI, cuaderno 35, 1958; págs. 1327-1330.

El § 92c del Código de Comercio alemán permite que, cuando el representante mercantil no tenga establecimiento alguno en el territorio

nacional, se pacten normas distintas a las que el propio Código establece. Límites de éste en relación con el orden público internacional por lo que se refiere a las pretensiones de nivelación que la ley le otorga en ciertos casos.

**MENÉNDEZ, José:** *Varios aspectos mercantiles de la legislación del impuesto de derechos reales*. RDM, volumen XXV, núm. 70, octubre-diciembre 1958; págs. 391-403.

Después de unas consideraciones generales sobre la legislación vigente en la materia, se exponen ciertos preceptos relativos al impuesto de derechos reales, en los que las normas fiscales entroncan con figuras elaboradas por el Derecho mercantil: nacionalización de empresas, actos de constitución de sociedades, aportación de bienes, transmisión de acciones u obligaciones, impuesto sobre bienes de personas jurídicas, traspaso de establecimientos comerciales, arrendamiento de local de espectáculos.

**NOETZEL, L.:** *Der Billigkeitgedanke beim Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters*. NJW, año XI, cuaderno 35, 1958, págs. 1325-1327.

Intento de precisar las ideas de la equidad en relación con el problema de la nivelación debida al representante mercantil, por disposición del § 89 b del Código de Comercio alemán (Vid. en esta sección Schuler). Examen valorativo de la jurisprudencia y delimitación positiva y negativa de las circunstancias que, en orden a la equidad, obligan a la indicada nivelación.

**PÉREZ ESCOLAR, R.:** *Jurisprudencia social en materia mercantil*. RDM, volumen XXV, núm. 70, octubre-noviembre 1958; págs. 419-431.

Reseña sistemática de jurisprudencia, recaída en el período de octubre 1957 y marzo 1958, sobre materias «sociales» en relación con el Derecho mercantil: I) Auxiliares del comerciante; II) Seguros.

**PITLO, A.:** *Posto del Diritto commerciale nel Diritto olandese*. RDC, año LVI, núm. 5-6, mayo-junio 1958; págs. 231-240.

Indicaciones generales sobre el puesto y significado del Derecho mercantil en el Derecho holandés: panorama histórico, la evolución legislativa desde 1838 a la actualidad, el fenómeno de la autonomía.

**ROTONDI, Mario:** *Effetti della vendita dell'azienda sui debiti e i crediti*. RDC, año LVI, núm. 5-6, mayo-junio 1958; págs. 173-195.

Con referencias de Derecho Comparado (alemán y francés) estudia el autor el sistema del código civil italiano (arts. 2559 y 2560) en relación con

los efectos que produce la venta de la «azienda» sobre las relaciones de crédito y deuda, que con referencia a ella existen. Aspecto doctrinal del problema. Efectos de la venta en las relaciones internas, según que falte o no convención expresa. Efectos con relación a terceros.

SANTINI, Gerardo: *Panorama del Derecho mercantil italiano*. RDM, volumen XXV, núm. 70, octubre-diciembre 1958; págs. 377-387.

Reseña informativa sobre legislación, doctrina y jurisprudencia italiana referentes al Derecho mercantil y correspondiente al año 1957.

SCHULER: *Die Bemessung des Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters*, NJW, año XI, cuaderno 30, 1958; págs. 1113-1117.

En la redacción recibida por la Ley sobre representantes mercantiles de 6-8-1953, el § 89 b del Código de comercio alemán determina en que casos y con qué ámbito puede el representante mercantil exigir una «adecuada nivelación» del empresario para quien actuó: supuestos de nueva clientela, de pérdida de pretensiones de provisión, y de exigencia de la equidad en atención a las circunstancias. Naturaleza y mecanismo de la pretensión de nivelación indicada.

SCHÜTZ, Walter: *Missbrauch von Machtstellen*. NJW, año XI, cuaderno 46, 1958; págs. 1849-1851.

La Ley alemana contra las limitaciones a la competencia en el ámbito mercantil y económico de 27 de julio de 1957 pretende garantizar al máximo el desenvolvimiento de la economía, prohibiendo los «abusos» derivada de los entes con poderío económico. El abuso según el sentido y finalidad de la Ley, supuestos concretos concretos de abuso, presupuestos legales de éste.

SCHWAMBERGER, Wolfgang: *Die Grenzen des Verwirkungseinwandes und der Einrede aus Vertrag im Wettbewerbsrecht*. NJW, año XI, cuaderno 38, 1958; págs. 1469-1472.

Quien en el tráfico se aprovecha de una marca o de una «firma» apta a confundirse con otras, puede basar su facultad de uso en un contrato o en la excepción de caducidad. Límites de esta facultad en la legislación alemana sobre competencia ilícita. Predominio del interés de la generalidad.

## 2. Comerciantes y Sociedades.

ALBIÑANA, Manuel: *El actual régimen fiscal de las sociedades mercantiles*. RDM, volumen XXV, núm. 70, noviembre-diciembre 1958: págs. 285-305.

El actual régimen fiscal de las sociedades mercantiles es pernicioso para los principios de la ciencia de la Hacienda y atentatorio para la subsistencia del Derecho fiscal español, pero está favorablemente acogido por los contribuyentes cuando comprueben que con el régimen de evaluación global se sigue defraudando al Estado, pero con la garantía de la ley.

DEMPEWOLF, Gunter: *Die Rückwirkung von Satzungsänderungen aktienrechtlicher Gesellschaften*. NJW, año XI, cuaderno 32, 1958; págs. 1212-1215.

Cuestiones relacionadas con la posible eficacia retroactiva de las modificaciones operadas en los Estatutos de las sociedades por acciones. Al efecto ha de tenerse en cuenta lo siguiente: El Estatuto es la ley fundamental para la sociedad; su establecimiento supone un acto de autonomía privada corporativa; en muchos aspectos el Estatuto se equipara a la Ley, por lo cual, en materia de su posible efecto retroactivo valen los mismos principios que en relación a las leyes: la retroacción sólo excepcionalmente debe admitirse cuando comporte ventajas a los afectados.

FISCHER, Robert: *Grenzen für Annerkennung der faktischen Gesellschaft*. NJW, año 11, cuaderno 27, 1958; págs. 969-973.

Notas complementarias y breves comentarios a una reciente decisión del Tribunal Supremo de la República Federal (el BGH) según la cual en el reconocimiento de las sociedades de hecho se imponen ciertas limitaciones; en especial en aquellos aspectos en que el reconocimiento jurídico de las mismas choque con ciertos intereses, dignos de protección, ya sean éstos de la generalidad o de personas individuales. Concreción de este postulado.

FISCHER, Curt Eduard: *Minderheiten-Vertreter im Aufsichtsrat*. NJW, año XI, cuaderno 33-34, 1958; págs. 1265-1268.

Siempre ha sido fundamental en las sociedades por acciones el problema de la defensa de los intereses de las minorías. Para que la Ley alemana sobre estas sociedades, de 1957, no se resienta de concepciones nacional-socialistas se requiere reforzar la posición del accionista en particular y de las minorías frente a los órganos de administración de la sociedad. Consideración de este principio en relación con el consejo de ins-



posición, su posible reforma y la representación en el mismo del interés de las minorías.

FORMIGGINI, Aldo: *L'impresa artigiana*. RDDC, año IV, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 316-339.

Comentarios de jurisprudencia sobre la cualidad de empresario de quien es titular de una empresa artesana; sumisión a las normas sobre la quiebra. Las tres afirmaciones jurisprudenciales examinadas son éstas: a) el artesano es un pequeño empresario comercial y, por tanto, sujeto a quiebra; b) el técnico dental es artesano; c) también lo es electricista que monta antenas de televisión.

PASTERIS, Carlo: *Premesse ad un'indagine sulla natura giuridica dei diritti patrimoniali del socio verso la società*. RDC, año LVI, núm. 5-6, marzo-junio 1958; págs. 196-214.

Aspectos diversos y posiciones doctrinales respecto al Derecho de participación del socio en la Sociedad según el tipo de ésta. En cualquier clase de sociedad, dotada o no de personalidad jurídica, existen unos derechos de participación del socio que se contraponen a los derechos de la sociedad. Estos derechos de participación tienen siempre la misma naturaleza y constituyen un *tertium genus* que no presenta ni las características del derecho real ni las del derecho de crédito.

PUIG BRUTAU, José: *Algunas consideraciones sobre la llamada sociedad anónima familiar*. RJC, año LVII, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 567-576.

La llamada sociedad anónima de tipo familiar es una realidad viva que hace necesaria una cierta consideración doctrinal de la misma, ya que las notas de la sociedad anónima resultan deformadas en estas pequeñas sociedades de tipo familiar. La aplicación, sin más, a estas sociedades de las normas sobre las sociedades anónimas, implica a veces serios inconvenientes y complicaciones.

RICHERT: *Der Kommanditistenwechsel und seine Erscheinungsformen im Handelsregister*. NJW, año XI, cuaderno 33, 1958; págs. 1472-1473.

Formas de producirse, y constación registral de las mismas, las variaciones de los socios comanditarios: por entrada de uno nuevo, por exclusión de otro o por sustitución de uno por otro por sucesión universal o particular.

SANTINI, Gerardo: *Il premio di emissione sulle azioni di società*. RDDC, año IV, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 385-407.

Las acciones pueden emitirse por un precio superior a su valor nominal, de forma que la sociedad, con ello, aumenta sus reservas de capital. Este «premio de emisión» plantea una serie de problemas a los que el legislador italiano no ha hecho frente. La doctrina y la jurisprudencia, por otra parte, se han fijado casi exclusivamente en los aspectos fiscales. El autor, tras una rápida alusión a éstos, analiza otros puntos de mayor interés jurídico.

SCHUPP, Roland: *Das GmbH-Gesetz ist reformbedürftig*. NJW, año XI, cuaderno 32, 1958; págs. 1220-1222.

La Ley alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada data del año 1892. El autor cree llegada la hora de abordar su revisión y reforma legislativa, en relación con algunos puntos concretos que examina, fundamentando su opinión reformista.

### 3. Cosas mercantiles.

PIERI, Silvio: *Sul rapporto fondamentale tra richiedente ed emitente di assegno circolare*. RDC, año LVI, núm. 5-6, mayo-junio 1958; págs. 161-171.

Comentario a una sentencia de casación de 18 de julio de 1956, según la cual el solicitante de «cheques bancarios» (*assegni bancari*) no transferibles carece de acción causal contra el banco, que había pagado los documentos no al tomador, sino al giratario de este último.

### 4. Obligaciones y contratos.

MONED, José Agustín: *Resoluciones en los recursos de alzada contra las sentencias dictadas por las Juntas de Detasas*. RDM, volumen XXV, núm. 68, abril-junio 1958; págs. 473-488.

Resoluciones dictadas, en el período enero-febrero 1958, en materia de acta de reconocimiento, merma natural, viaje interrumpido. tarifas, falta en vagón, deje de cuenta, pago de portes y avería.

NAVARRETE, FRANCISCO: *El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería*. RDM, volumen XXV, núm. 70, noviembre-diciembre 1958; págs. 285-281.

El contrato de hospedaje y la ley de Arrendamientos Urbanos. Carácter mercantil del contrato, ámbito y contenido del mismo. Regulación po-

sitiva y caracteres jurídicos. Referencia especial a la posición del hotelero en relación a las cosas del huésped: responsabilidad, derecho de preferencia

SÁNCHEZ-GAMBORINO, FRANCISCO Miguel: *Principios del Derecho de transporte ferroviario en la URSS y demás países del Este de Europa*. RDM, volumen XXV, núm. 68, abril-junio 1958; págs. 363-369.

Indicación de las directrices fundamentales en materia de transporte por ferrocarril en Rusia y Europa-Este: el transporte ferroviario no es sino un aspecto del Plan del Estado para el transporte de viajeros y mercancías. Referencias al contrato de transporte, a las tarifas, a la responsabilidad del porteador y la coordinación ferrocarril-carretera

SÁNCHEZ-GAMBORINO, FRANCISCO Miguel: *Responsabilidad del porteador por daños a los viajeros en sus personas*. RDM, volumen XXV, núm. 70, noviembre-diciembre 1958; págs. 339-357.

Examinada la jurisprudencia sobre la responsabilidad del porteador por daños a los viajeros en sus personas cabe afirmar: a), deriva del contrato de transporte; b), se presume; c), es independiente de la penal; d), obliga directamente a la empresa por los actos de sus dependientes; e), corresponde su exigencia a los causahabientes *ex iure sanguinis*; f), su valor es discrecional para el juez; g), es independiente de los seguros.

TORRES DE CRUELLS, JOAQUÍN de: *Los pactos de «treball a mans» en la industria textil catalana*. RJC, año LVII, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 711-733.

Con el nombre de «trabajo a manos» se conocen en la industria textil catalana aquellos contratos mercantiles (calificados a veces de usos o costumbres mercantiles) en cuya virtud un industrial textil (*comitent*) encarga a otro (*manufacturer*) que, mediante entregarle la primera materia indispensable, destine toda o parte de su manufactura, maquinaria y organización, a la transformación de aquella primera materia en unos productos o mercancías determinados específicamente y, como compensación y en concepto de precio o remuneración, percibe el *manufacturer* del *comitent* una suma cierta por unidad transformada. Fijación de los rasgos y aspectos principales de este pacto.

WUNSCHEL, H. W.: *Rechtsfragen der Banküberweisung*. NJW, año 11, cuaderno 44, 1958; págs. 1764-1765.

Comentario crítico a una sentencia del BGH del 12 de mayo de 1958 sobre transferencia bancaria a favor de persona no titular de cuenta en

el Banco. Posición de éste y del destinatario: no tiene pretensión alguna contra el organismo bancario. Sentido de la cláusula «a cuenta *Pro Diversen*». Sólo tiene valor de símbolo.

### 5. Derecho marítimo y aeronáutico.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: *Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques*. RDM, volumen XXV, núm. 68, abril-junio 1958; págs. 299-343.

Dos modalidades fundamentales ofrece, en el campo de la contratación, la construcción de buques: la construcción por economía y la construcción por empresa. Delimitación de ambos tipos. Naturaleza del contrato, según que el comitente proporcione o no los materiales: posiciones doctrinales diversas. Carácter mercantil del contrato y consecuencias que derivan de esta calificación.

Russo, Raffaele: *Panorama del Derecho italiano de la navegación*. RDM, volumen XXV, núm. 70, octubre-diciembre 1958; págs. 359-376.

Reseña, correspondiente al año 1957, sobre Legislación, doctrina y jurisprudencia italianas en materia de Derecho de la navegación.

### 6. Derecho de quiebra.

BIGIARI, Walter: *Sulla qualità d'imprenditore del socio illimitatamente responsabile*. RDDC, año IV, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 296-315.

El problema de si los socios ilimitadamente responsables de una sociedad de personas que tenga por objeto una actividad comercial deben o no ser considerados comerciantes (empresarios) es uno de los problemas más debatidos por la jurisprudencia italiana. Comentario de dos sentencias sobre esta cuestión, con relación al problema concreto de la quiebra del socio.

BIGNARDI, Franca Semiani: *Un progetto di riforma del fallimento e del concordato preventivo*. RDDC, año IV, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 450-452.

Rasgos fundamentales del proyecto elaborado en octubre de 1954 por la Cámara de comercio, industria y agricultura de Génova, sobre la reforma de la legislación sobre quiebra o concordato preventivo en el Derecho italiano.

BIGNARDI, Franca Semiani: *Due anni dopo la riforma del Diritto fallimentare francese*. RDDC, año 4, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 448-449.

La reforma del Derecho de quiebras francés data de 20 de mayo de 1955. Sucinto balance de los resultados conseguidos con la nueva reglamentación, con indicación de las ventajas y de las dificultades derivadas de ella. Se toma por base un breve escrito de Plaisant, uno de los artífices de la reforma.

LOBATO, Marcelino: *Suspensiones de pagos: vigencia del artículo 871 del Código de Comercio*. RDM, volumen XXV, núm. 70, noviembre-diciembre 1958; págs. 307-327.

En favor de la vigencia del artículo 871 del Código de Comercio y del plazo en el establecido existen importantes razones, por lo cual han de rechazarse las suspensiones de pagos pretendidas fuera del indicado plazo de cuarenta y ocho horas, procediendo entonces el estado de quiebra. La ley de 26 de julio de 1922 no deroga en modo alguno el precepto mencionado.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio: *Concordancias y Discordancias entre quiebras penales y mercantiles*. RDM, volumen XXV, núm. 70, noviembre-diciembre 1958; págs. 245-263.

Necesidad de un estudio penal de la quiebra, que ponga de manifiesto las inconveniencias de su regulación dual. Colocación sistemática entre las defraudaciones, sujetas y tipicidad del delito, calificación con arreglo a normas mercantiles. Dificultades de armonización de los preceptos del Código penal y del de comercio: aspectos concretos del problema.

SAGRERA TIZÓN, Jose María: *El crédito laboral en la quiebra y en la suspensión de pagos*. RDC, año LVII, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 622-634.

Necesidad de armonizar las normas sobre créditos laborales en los supuestos de quiebra o de suspensión de pagos. Ninguno de los preceptos actualmente en vigor permite ejecutar créditos laborales contra el quebrado o el suspenso, aunque en la práctica se obliga a esperar a los acreedores laborales de una quiebra y, en cambio, se permite la ejecución en el curso de un expediente de suspensión de pagos.

## V. DERECHO PROCESAL

## 1. Introducción.

VOGE: *Gefahr für die Unabhängigkeit. Zum Bundesgesetzentwurf eines Richtergesetzes.* NJW, Año XI, cuaderno 28. 1958; págs. 1028-1029.

El Proyecto de una Ley para la Judicatura, en estudio en Alemania, aunque declara en su exposición de motivos que pretende reforzar la independencia de los jueces, supone en algunos puntos precisamente un peligro para dicha independencia: sobre todo en lo relativo a traslados y jubilaciones forzosas.

## 2. Parte general.

ALONSO CASTRILLO, ALVARO: *El abogado español y the american lawyer.* RDM, volumen XXV, núm. 68, abril-junio 1958; págs. 347-361.

Impresiones comparativas en torno a la formación y a la posición y significado del abogado en España y del *lawyer* en Norteamérica. Texto de la Conferencia pronunciada por el autor en la Casa Americana de Madrid en octubre de 1956.

GRUND: *Die Kostenentscheidung im Vollstreckungsschutzverfahren.* NJW, año XI, cuaderno 30, 1958; págs. 1119-1122.

En materia de costas originadas por el proceso destinado a asegurar la ejecución, sustentan los tribunales alemanes los criterios más dispares. Examen del problema sobre los preceptos a aplicar de la Ordenanza Procesal Civil, sobre todo de los que al efecto han de considerarse *lex specialis*.

HEIDENBERG, Peter: *Vollstreckung deutscher Urteile in den Vereinigten Staaten.* NJW, año XI, cuaderno 30. 1958; págs. 1117-1119.

Ante el creciente número de sentencias de tribunales alemanes, a ejecutarse en los Estados Unidos, el autor estudia, con referencia a las leyes de los diversos Estados, las condiciones y presupuestos de esta ejecución y a la forma en que de las sentencias en cuestión pueden deducirse pretensiones en los Estados Unidos.

MÜLLER-TOCHTERMANN: *Die Erledigung des Rechtsstreits nach Erledigung der Hauptsache.* NJW. año XI, cuaderno 44, 1958; págs. 1761-1764.

Delimitación de los conceptos solución del «asunto principal» o «asunto de fondo» y «solución del litigio» en la legislación procesal alemana (§

91 a de la Ordenanza Procesal Civil). Es la cuestión previa a efectos de interpretación de la norma indicada: determinación de costas con arreglo a la equidad.

PRIETO CASTRO, LEONARDO: *El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisprudencia*. RDP, noviembre 1958; págs. 907-918.

El requisito de la congruencia y la sanción de la incongruencia, condiciones para su cumplimiento, la exhaustividad, la congruencia en casación, reforma de la impugnación por incongruencia. Con este esquema examina el autor cómo actúa el requisito de la congruencia y el modo de vigilar su cumplimiento con carácter general, aduciendo los textos más notables y la necesaria doctrina del Derecho comparado, para comprender mejor el sistema español y realizar su crítica, con proposición de reformas.

SIEGERT, KARL: *Die §§ 139, 286 y 287 ZPO in der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*. NJW, año XI, cuaderno 28, 1958; págs. 1025-1028.

Los §§ 139, 286 y 287 de la Ordenanza Procesal Civil alemana, en la aplicación que de ellos hace la más reciente jurisprudencia del BGH, no deberen ser reformados en su contenido. Se refieren a las facultades y deberes del Presidente del Tribunal Supremo, a fin de una certera constatación de los hechos (declaraciones de las partes, preguntas, etc.), libre apreciación de la prueba, apreciación y valoración de daños.

SOTO NIETO, FRANCISCO: *La cuestión de competencia por declinatoria y el juicio ejecutivo*. RJC, año LVII, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 641-657.

Después de estudiar, en general, las cuestiones de competencia promovidas por declinatoria, se relaciona ésta con el juicio ejecutivo no cambiario, considerándola como excepción y como incidente especial, y con el juicio ejecutivo cambiario.

### 3. Procesos especiales.

BERNARDEZ, LUIS: *El mal llamado error de Derecho ¿es causa del recurso de suplicación?* RJC, año LVII, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 607-611.

El artículo 132 de la Ley de Arrendamientos Urbanos determina que contra las sentencias dictadas en apelación por los jueces de Primera Instancia se dará el recurso de suplicación ante la Audiencia, que habrá de fun-

darse en infracciones de ley, de doctrina legal o, en su caso, en la errónea aplicación del abuso del derecho; precisa la norma que sólo en este último supuesto podrá denunciar el recurso la equivocada valoración de la prueba, según las reglas para su estimación. Problemas de interpretación exegética de esta última parte del precepto. Siguen más consideraciones de la redacción de la Revista, conforme con la interpretación subjetiva, sustentada por el autor, ya que de no seguirse ésta no podría cuestionarse en suplicación la interpretación de la prueba hecha por el juez de instancia.

OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *Naturaleza, motivación y trámites del recurso de suplicación. (Estudio crítico de los arts. 132 a 134 de la Ley de Arrendamientos urbanos.)* RGLJ, tomo 205, núm. 6, diciembre 1958; págs. 836-880.

En cuanto a la naturaleza del recurso de suplicación entiende el autor que se trata de un recurso que no es una casación pura, sino de un recurso de la clase del de casación. Motivación y tramitación del mismo. Casación en interés de la ley.

ESCOSURA, Antonio de P.: *La cesión de bienes a los acreedores como acto procesal.* RJC, año LVII, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 758-767.

Estudio de la figura de la cesión de bienes a los acreedores, recogida en el artículo 1.175, que remite a las normas procesales. Cesión voluntaria y judicial, convenio extrajudicial de cesión, naturaleza jurídica, la cesión como mandato y la cesión en el proceso concursal.

LA REVISTA: *Juicio ejecutivo cambiario.* RJC, año LVII, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 661-703.

La problemática del juicio ejecutivo se desenvuelve en dos grandes momentos procesales: a) la admisión a trámite de la demanda ejecutiva y consiguiente expedición del mandamiento de embargo; b) la oposición a la ejecución. Síntesis esquemático de jurisprudencia, en relación con los múltiples aspectos de la materia.

MOLENA, Enrique: *El recurso de suplicación en la doctrina y en la práctica.* RJC, año LVII, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 768-783.

Estudio de conjunto del recurso contenido en el artículo 132 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tomando por base una conferencia sobre la materia del profesor Fernández-Villavicencio.



MÜNZEL, Karl: *Vollstreckung im Arrestverfahren und im Urkunden-und Wechselprozess*. NJW, año XI, cuaderno 41, 1958; págs. 1615-1618. t-d

Questiones procesales en torno a la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia dictada con reserva sobre ciertos extremos a decidir en otro proceso. Procedencia y exigibilidad de la prestación de fianza. El problema suele plantearse en los procesos cambiarios y documentales.

#### 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.  
 BUSE = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela  
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona)  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.  
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York)  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (México).  
 FG = Foro Gallego (La Coruña).  
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).  
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (I ordres).  
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 IF = 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 (Hamburg).

- 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).  
 RFDDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
 RFDCC = Revista de la Facultad de Derecho (Caracas).  
 RFDMM = 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 Jurisprudência (Coimbra).  
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).

- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
RS = Rivista delle Società (Milán).  
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (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 = Svenskt Juristtidning (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

*Cancelación parcial de hipoteca.—No es preciso que la escritura de cancelación parcial de hipoteca contenga la descripción del inmueble gravado con todos los requisitos del artículo 9.º de la Ley y 51 de su reglamento, estimándose suficientemente identificada la finca por su nombre propio, el número de población, la localidad en que está sita y los datos concretos de la inscripción cuya cancelación se pretende.*

a) La exigencia legislativa de que los inmuebles consten perfectamente identificados en el Registro, traducida en la regla primera del artículo 9.º de la Ley y en las reglas primera y cuarta del artículo 51 del Reglamento se halla fundada en el principio de especialidad de los derechos reales y en los que la finca constituye la entidad básica del sistema inmobiliario, puesto que sobre ella han de recaer los derechos inscribibles, sin perjuicio de que en algún supuesto excepcional de cancelación, como el contemplado en el recurso, su identidad pueda obtenerse sin consignar en el título su completa descripción.

b) Tanto para la doctrina como para la legislación hipotecaria, las cancelaciones constituyen inscripciones en sentido amplio, por lo que deberán ajustarse a los requisitos legales establecidos para las mismas, si bien por su especial naturaleza encaminada a privar de efectos a determinados asientos registrales, cuando en los títulos, éstos aparezcan indicados con la debida precisión, podrá prescindirse de algún requisito descriptivo, siempre que, atendidas las circunstancias, no haya duda racional acerca del asiento que deba cancelarse.

c) Los artículos 103 de la Ley y 193 del Reglamento para su ejecución no establecen como circunstancias necesarias para cancelar un asiento la descripción del inmueble con todos los requisitos establecidos para las inscripciones primeras, con lo cual se evitan innecesarias repeticiones en los libros del Registro que perjudicarían la claridad y visibilidad de los asientos, por todo lo que cabe concluir que se halla correctamente extendida la escritura en la que se describe la porción principal de la finca, sin que sea necesario, además, la descripción de los doce pertenecidos que con ella forman un sólo inmueble plenamente determinado por las circunstancias expuestas. (Resolución de 31 de julio de 1958. «B. O.» de 15 de diciembre.)

**DERECHO MERCANTIL**

*Escritura de aumento de capital social.—Son defectos que impiden su inscripción: La falta de declaración en el acta, por el secretario, de estar representada en la Junta la totalidad del capital social; no aprobarse el acta por los socios; la decisión del Consejo de Administración de distribuir libremente las acciones entre los socios; el no constar en forma clara e inequívoca el importe del desembolso de las nuevas acciones; la delegación insuficiente al presidente y secretario para modificar un artículo de los estatutos.—Efectos de la Ley de 31 de diciembre de 1948 y Orden de 26 de marzo de 1952.*

a) Si bien la declaración en el acta por el Secretario, de estar representada en la Junta la totalidad del capital social, haya de estimarse suficiente para tener por cumplido el artículo 64 de la Ley, lo cierto es que, al no sujetarse el certificante a esta forma de expresión, deja al descubierto una innegable contradicción en el contenido del acta autorizada, pues si por una parte se declara por el Secretario haber concurrido la totalidad de las acciones, por otra, al hacer el recuento de las concurrentes se observa la representación de las comprendidas entre los números 408 a 418. Y si esto fuera debido a error material—como hace constar el recurrente—, siempre sería necesario, al menos, proceder a su rectificación.

b) La escritura calificada de aumento de capital social descubre que, a la ejecución del acuerdo de distribución de acciones permanecen ajenos los socios, por llevarla a cabo simplemente el Presidente y cuatro Vocales del Consejo de Administración en sesión de este organismo.

c) El artículo 92 de la Ley, establece que, en toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones, podrán los accionistas suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que posean, y aunque este derecho pueda ser renunciado por sus titulares, bien expresa o bien tácitamente dejando transcurrir el plazo concedido, e incluso ser negociado por ellos, de los antecedentes de este expediente y de la escritura calificada no resulta que tal negociación o renuncia haya tenido lugar, ni, lo que es más grave, que el mismo trámite de ofrecer en preferente suscripción se haya realizado, ya que ni se menciona, por lo que no aparece justificada la decisión del Consejo de Administración de distribuir las nuevas acciones libremente en la forma que lo ha realizado.

d) En los casos de aumento de capital social de una sociedad anónima por emisión de nuevas acciones, debe constar de modo claro e inequívoco en la escritura, que el desembolso y, como consecuencia, la cuantía que haya ingresado en las cajas sociales como valor de las acciones, ha tenido lugar.

e) La autorización al Presidente y al Secretario por la Junta General, para que otorguen en nombre de la Compañía la escritura de aumento de capital social, no ha de entenderse que se extienda a poder modificar la redacción de uno de los artículos de los Estatutos si bien éste se refiera a la cifra del capital social.

f) Si bien es cierto que la Orden de 26 de marzo de 1952 permite a los notarios autorizar la escritura 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, haberse dado cumplimiento a lo establecido en la disposición mencionada. (Resolución de 1 de agosto de 1958 *Boletín Oficial* del 22 de diciembre).

*Denominación social.—Referencias de los estatutos sociales a la vigente Ley de Sociedades Anónimas.—Nombramiento de censores de cuentas.*

a) El artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1951, establece el sistema de libertad de elección de nombre social sin más limitaciones que la de figurar necesariamente en él la indicación de «Sociedad Anónima» y la de no poderse adoptar nombre igual al de otra sociedad preexistente. Por tanto, nunca debe constituir obstáculo para la inscripción de aquél en el Registro Mercantil una pretendida contradicción con alguna de las normas sobre marcas y nombre comercial que sólo se refieren a la inscripción de dicho nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial, inscripción que es potestativa e independiente de la que, con arreglo al Código de Comercio, deben llevar a efecto los comerciantes.

b) Al determinar la Ley las normas fundamentales por las que debe regirse toda Sociedad Anónima, junto a disposiciones de carácter coactivo, faculta a las partes para que establezcan, dentro de ciertos límites, otras reglas que desarrollen, complementen o suplan las legales, sin que sea necesario establecer—reproduciéndolas—reglas fundamentales idénticas a las legales, cuando en los mismos Estatutos, como ahora ocurre, se haga constar que en lo recogido por ellos la Compañía se regirá «por las disposiciones de la Ley de 17 de julio de 1951 y demás de aplicación».

c) Por la misma naturaleza de las cosas, no puede llevarse a efecto lo prevenido por el artículo 106 de la Ley y proceder en tal forma al nombramiento de los censores de cuentas—dos propietarios y dos suplentes—dado que el escaso número de socios de la Compañía lo impide, puesto que, de los siete que la constituyen, seis de ellos forman parte del Consejo de Administración. (Resolución de 16 de septiembre de 1958. «B. O.» del 25 de diciembre).

# JURISPRUDENCIA

## D) SENTENCIAS

A cargo de Francisco BUENO, Gabriel GARCIA CANTERO, Luis DIEZ PICAZO, Carlos FERNANDEZ RODRIGUEZ, J. J. GOMEZ YSABEL, Antonio del HOYO, Domingo IRUR ZUN, José M.<sup>a</sup> PESA y José PERE RALUY con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PESA.

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general.

1. FUENTES DEL DERECHO: LEYES Y NORMAS ESTATALES DE RANGO INFERIOR: *Bajo la denominación general de leyes se comprenden, además de éstas, los reglamentos, decretos, instrucciones, circulares y órdenes dictadas de conformidad con las mismas por el Gobierno en virtud de sus atribuciones.*

FUENTES DEL DERECHO: ÓRDENES DE LA PRESIDENCIA: *Las promulgadas para regular la economía alcohólica dentro del ámbito nacional y evitar la especulación en el comercio del alcohol tienen fuerza y consideración de leyes.*

NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS: CONTRAVENCIÓN DE LA LEY: *Son nulos de pleno derecho los actos que vulneran las mencionadas órdenes de la Presidencia del Gobierno.*

TÍTULOS DE CRÉDITO Y TÍTULOS DE TRADICIÓN: BOLETOS REPRESENTATIVOS DE CUPOS DE ALCOHOL: *Constituyen el título de cesión extendido o endosado a favor del concesionario para que retire del almacenista el montante de litros de alcohol que represente el boleto. [S. 19 de diciembre de 1958: no ha lugar.]*

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: IURA NOVIT CURIA: CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA: *El tribunal sentenciador puede, en virtud del principio «iura novit curia», operar un cambio en las normas aplicables, pero no puede alterar por su iniciativa los términos de derecho en que las partes han planteado la cuestión litigiosa.*

FRAUDE DE LEY: ARRENDAMIENTO SIMULADO MEDIANTE LA CALIFICACIÓN DE CONTRATO ATÍPICO: *El contrato en que deliberadamente se rehuye el término arrendamiento y se califica de atípico con la exclusiva finalidad, que se ha probado, de esquivar la aplicación de la L. A. U., constituye un caso de fraude de ley. [S. 8 de enero de 1959; ha lugar.]*

Los actores, dueños de una casa, en cuyos bajos se hallaban instalados un horno de cocer pan y una fábrica de fideos, concertaron con el demandado un contrato por virtud del cual permitían los primeros al segundo la

utilización del horno durante determinadas horas del día a cambio de un precio por el servicio contratado como indemnización por el uso del horno.

Pretendida por los actores la resolución de este contrato, que calificaron de atípico, el Juzgado desestimó la demanda, declarando que la relación jurídica existente entre las partes litigantes era un arrendamiento urbano. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada y declaró extinguido el contrato, al que, por propia iniciativa, calificó de arrendamiento de industria, por haber transcurrido el plazo por el que se pactó.

El T. S. declara haber lugar al recurso y casa la sentencia, por considerarla incongruente, afirmando en el considerando segundo «que en la demanda origen de la litis, y en perfecta concordancia con el curioso documento otorgado el 15 de julio de 1946, cuyo somero examen y total contenido revelan el propósito de rehuir con fraude de la ley aplicable las normas propias de la legislación especial de arrendamientos, los actores y hoy recurridos mantuvieron inequívocamente la tesis de que no se trataba de un arrendamiento, sino de un contrato que calificaron de atípico, precisamente para impetrar, como lo hicieron, que haciendo cesar la ocupación del horno que en determinadas horas utilizaba el demandado, se ordenase a éste que se abstuyese de utilizarlo con indemnización de daños y perjuicios; a lo que opuso el demandado que el documento en cuestión era simulado y encubría un contrato de arrendamiento de local de negocio, amparado en su duración y en sus términos por la legislación especial; posición ésta que acogió el juzgador de primera instancia, que por sus méritos absolvió de la demanda, no sustanciada ni resuelta con arreglo a las disposiciones que exclusiva y excluyentemente regulan esa situación; y, como en el curso de la litis no se alteraron los términos en que se planteó, lo que los actores no hubiesen podido hacer sin contradecir gravemente su posición primera, es indudable que al tribunal *a quo* no le era lícito, aunque así lo hizo, admitir que el contrato, en que la demanda se basaba, era simulado y que encubría un contrato de arrendamiento para calificarlo de arrendamiento de industria, sin que ninguna de las partes lo hubiese hecho, con lo que no se limitaba a operar un cambio de normas, lo que en otro caso le hubiese sido posible por aplicación del principio «*iura novit curia*», sino que variaba esencialmente los términos de la cuestión, sustrayendo al demandado la posibilidad de adoptar su posición defensiva a ese tema, surgido por la iniciativa del tribunal sentenciador, en un momento inadecuado para oponer la suya, apoyando este cambio anormal de situación en los fundamentos jurídicos y, sobre todo, de hecho que conviniera a su defensa, con patente infracción del artículo 359 de la Ley Procesal civil».

**OBSERVACIONES.**—La congruencia de la sentencia supone una perfecta adecuación del fallo con las pretensiones deducidas en el pleito, haciendo todas las declaraciones que éstas exijan y decidiendo todos los puntos litigiosos. Por esto, la congruencia de la sentencia es independiente de la fundamentación jurídica de la pretensión. Sólo cuando la fundamentación jurídica viene a individualizar la pretensión—causa de la acción—, puede la sentencia ser incongruente, si otorga lo pedido, pero altera la razón de pedir—v. gr.: si pido la cosa a título de usufructuario y se me concede a título de dueño—.

En el caso del pleito el tribunal alteró únicamente la calificación juri-



dica del negocio que ligaba a las partes—contrato atípico; arrendamiento de industria—, lo que, según la propia jurisprudencia, no constituye incongruencia. Así, se había dicho «que no afecta al principio de la congruencia la calificación jurídica que el juez dé a los hechos al aplicar a los mismos la norma o combinación de normas que sean pertinentes y que tiene el deber de conocer y poner en juego, aun sin necesidad de sugerencia de las partes» (25 de mayo de 1944); «que el respeto a los hechos no impide la actuación del juez en la esfera del derecho y le permite aplicar las normas jurídicas que estime procedentes» (24 de mayo de 1945); «que los tribunales no tienen necesidad ni obligación de ajustarse en sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, pudiendo basar sus resoluciones en fundamentos distintos» (26 de febrero de 1947) (L. D. P.).

3. ABUSO DEL DERECHO: SUS REQUISITOS: Son tres: 1.º, uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2.º, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3.º inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada en forma subjetiva, cuando el derecho se actúa con intención de perjudicar, o sencillamente sin un fin serio y legítimo, o bajo forma objetiva, cuando el daño proviene de causa de anormalidad en el ejercicio del derecho.

ABUSO DEL DERECHO: SUS EFECTOS: Su aplicación lleva a la nulidad del acto de extralimitación de facultades jurídicas, a su limitación dentro de los cauces normales del ejercicio del derecho o, en último término, a la indemnización del perjuicio indebidamente causado.

ABUSO DEL DERECHO: SU REPERCUSIÓN FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE: Cuando los terceros sean ajenos a la voluntad torpe del titular del derecho y a su intención de dañar o perjudicar con el abusivo ejercicio de sus facultades, y concurren al negocio jurídico fiados en su normalidad externa, los derechos que adquieren son plenamente legítimos y exigibles y sólo será dable al perjudicado promover el reconocimiento del daño de aquel que se lo causó.

ABUSO DEL DERECHO: SU REPERCUSIÓN FRENTE A TERCEROS DE MALA FE: Si los terceros, conocedores del torpe móvil que encierra la voluntad del titular, coadyuvan con sus actos a la consecución del fin ilegítimo por inmoral o antisocial, los negocios jurídicos adolecerán de un vicio originario que acarreará su ineficacia y la responsabilidad de cuantos intervinieron en la confabulación. [S. 24 de febrero de 1959; ha lugar.]

La demandada, usufructuaria de unos bienes, con facultad de disponer de los mismos en caso de necesidad, que apreciaría libremente, sin control ni fiscalización alguna, los enajenó a los restantes demandados—luego recurrentes—con daño y perjuicio del heredero nudo propietario de los mismos bienes, sin estar necesitada del producto de la venta y con el solo fin o móvil de privar al actor de su herencia, por razones de enemistad surgida entre ellos.

La sentencia recurrida había decretado la nulidad de los referidos contratos de compraventa por haberse realizado con abuso de derecho por parte de la vendedora.

El T. S. declara haber lugar al recurso y casa la sentencia recurrida.

porque ésta estimó el abuso de derecho en cuanto a la vendedora; pero no se había acreditado que los compradores participaran ni tuvieran conocimiento del abuso de derecho en que quedaba incurso la vendedora al otorgar los contratos.

OBSERVACIONES.—Posee la sentencia que examinamos un gran interés, no tanto en orden a la formulación de los requisitos de aplicación de la doctrina del abuso del derecho, donde sigue literalmente a la famosa sentencia de 14 de febrero de 1944, que sigue siendo capital en este tema, cuanto en orden a los efectos de la aplicación de dicha doctrina, sobre todo en relación con los terceros.

Se discutía el ejercicio abusivo del poder de disposición por una usufructuaria facultada para enajenar los bienes del usufructo en caso de necesidad. La orientación de que cuando la venta se ha efectuado de mala fe, o sea interviniendo dolo o abuso por parte del usufructuario, con la finalidad maliciosa de burlar los legítimos derechos o intereses del nudo propietario, podía ser impugnada por aplicación de la doctrina del abuso del derecho, aparecía ya recogida en sentencias de 10 de julio de 1902 y 1 de febrero de 1927 y en Resolución de 22 de febrero de 1933 (ver CASTÁN, II, pág. 464).

El T. S. puntualiza ahora que dicha impugnación sólo puede afectar a terceros, cuando éstos sean cómplices del abuso, pero no cuando sean de buena fe. Cuando el abuso se canalice a través de un negocio jurídico será necesario el conocimiento, al menos, por el tercero de esta finalidad abusiva que daña a la causa del mismo (cfr. art. 1.275, C. c.) (L. D. P.)

4. MENOR EDAD: EFICACIA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL MENOR DE EDAD: *No se trata de un caso de inexistencia absoluta, por cuanto que los menores pueden ratificar los contratos celebrados, una vez llegados a la mayoría de edad, ya de manera expresa o bien tácitamente.* [S. 29 de noviembre de 1938; no ha lugar.]

El día 29 de mayo de 1942, mediante escritura pública otorgada ante notario, doña V. P. L. y sus hijos doña J. y don J. R. L. vendieron a don R. F. R. una finca rústica. Don J. R. L. tenía, en el momento de celebrarse el contrato, diecisiete años de edad—los había cumplido el 16 de agosto anterior—, circunstancias que expusieron al notario que la autorizó, manifestando, además, madre e hijo que, cuando cumpliera la edad, sería emancipado y ratificaría la susodicha escritura, subordinándose los derechos y obligaciones de orden jurídico que, como consecuencia de la convención, adquirirían recíprocamente los intervinientes, a este supuesto. La madre se obligaba, «como ratificación de la concesión tácita que sin límites en la edad autoriza el artículo 160, por el mero hecho de acceder los padres a la vida independiente de los hijos, a concederle la emancipación del artículo 314 del C. c.». Con esta reserva y este propósito consideró el notario que todos los intervinientes tenían la capacidad legal necesaria para otorgar la citada escritura.

La finca vendida se encontraba arrendada en el momento de la venta y lo estuvo hasta el año 1949 en que el comprador consiguió el lanzamiento del colono.

El día 1 de junio de 1949 don J. R. L. vendió a don J. J. T., yerno del anterior arrendatario, una tercera parte indivisa de la finca y el día 2

de junio el comprador don J. J. T. constituyó en garantía de un préstamo hipoteca sobre dicha tercera parte indivisa.

Don R. F. R. entabló juicio declarativo de mayor cuantía contra don J. R. L. y don J. J. T., solicitando que se declarasen nulos e inexistentes los contratos de compraventa y préstamo con hipoteca de 1 y 3 de junio de 1949, que la tercera parte en cuestión pertenecía al actor por compra consignada en escritura de 29 de mayo de 1942 y que se declarasen nulas las inscripciones en el Registro de la Propiedad.

Don J. R. L. formuló reconvencción solicitando se declarase que el contrato de compraventa de 29 de mayo de 1942 era inexistente e ineficaz en derecho en toda su integridad, porque jamás nació, ni tuvo vida, a causa de la falta del requisito esencial del consentimiento del menor.

Don J. J. T. formuló también reconvencción solicitando la declaración de nulidad de la compraventa de 29 de mayo de 1942, en cuanto a la tercera parte indivisa perteneciente al entonces menor, de diecisiete años, don J. R. L.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvencción de don J. R. L., pero, acogiendo la reconvencción de don J. J. T., declaró la absoluta eficacia de los contratos de compraventa y préstamo con hipoteca de 1 y 3 de junio de 1949 y que a don R. F. R. pertenecía el pleno dominio de las dos terceras partes de la referida finca, pero que no había adquirido el dominio de la parte correspondiente a don J. R. L., por ser nula la referida escritura de 29 de mayo de 1942 en lo que que atañía al entonces menor de edad señor R. L.

La Audiencia Territorial confirmó aquella resolución en cuanto absolvía a don R. F. R. de la reconvencción formulada por don J. R. L., revocándola en lo demás y declarando, en su lugar, que el dominio de la tercera parte indivisa pertenecía a don R. F. R. por compra a su titular, según lo consignado en escritura de 29 de mayo de 1942 y que son nulos e inexistentes los contratos de compraventa y préstamo con hipoteca de 1 y 3 de junio de 1949.

El Tribunal Supremo no da lugar al recurso declarando fundamentalmente:

1.º Que al no existir precepto legal alguno que impida a los mayores de edad la ratificación de los contratos o negocios jurídicos celebrados en el momento de su perfección por persona que fuese menor, es de expresar, en el caso que se debate, que don J. R. L., al otorgar en unión de su madre la escritura pública de compraventa de 29 de mayo de 1942 contaba tan sólo diecisiete años.. y en razón a haber transcurrido los cuatro años que el Código prescribe para el ejercicio de la acción correspondiente, quedó la misma purgada, al ser mayor de edad, del vicio de nulidad relativa de que adolecía, como entendió la Sala sentenciadora, procediendo, por ello, desestimar el primer motivo, que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., en el que denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 1.261, 1.º, en relación con el 1.263, 1.º, ambos del Código civil, al no producir la falta de consentimiento del menor la inexistencia absoluta, como la origina la incapacidad de los locos y sordomudos, por cuanto los menores pueden ratificar los contratos celebra-

dos una vez llegados a la mayoría de edad, ya de una manera expresa o bien tácitamente, dejando pasar el plazo de los cuatro años que el texto señala para el ejercicio de la acción de nulidad (arts. 1.300 y 1.301).

2. Que la determinación de si son inexistentes, reales y simulados los contratos discutidos, es de la exclusiva competencia de los tribunales de instancia, siendo únicamente impugnabile su apreciación, mediante documentos o actos auténticos y, en virtud de la alegación de error de hecho que evidencie por ellos la equivocación del Juzgado, al no ir por dicho cauce el citado motivo y no fundarse el segundo en igual número y concepto, ya que la denuncia es con base en el número 1.º y alegando error de derecho en la apreciación de las pruebas, señalando la infracción, por interpretación errónea de los artículos 160, 164, 318 y 325 del Código civil y de la doctrina que menciona, sin la cita de precepto legal alguno sobre la valoración de la prueba que se considere infringido, es visto que, si bien aquellos artículos indican que en los bienes adquiridos por el hijo, cuando con anuencia del padre vive independientemente de éste, tendrá sobre ellos los derechos que asisten a los emancipados, o sea, el dominio, el usufructo y la administración, pero, al no haberse justificado expresa independencia, es forzoso concluir que no se da la infracción que señala y, al corroborar el criterio expuesto por la Sala sentenciadora, declarar que procede también la desestimación del segundo motivo interpuesto.

3.º Al rechazar los dos motivos que quedan examinados y entender que corresponde al actor, como adquirente, la totalidad de la huerta objeto del contrato que, sobre la compraventa de ella, fué autorizado en 29 de mayo de 1942, es natural y lógico deducir, a sensu contrario, que, formando parte del patrimonio de don R. F. R., no podía, con independencia de su totalidad, ser vendida una parte de la misma por quien en el contrato primitivo como vendedor tuvo intervención y por sí recibió la parte correspondiente y proporcional del precio entregado; y, al no poder verificarlo, no puede dar lugar a la existencia de la escritura de compraventa de 1 de junio de 1949, ni a la escritura de préstamo hipotecario efectuado el 3 de igual mes, razonamiento el expuesto que sirvió atinadamente al tribunal *a quo* para declarar la nulidad de ambas escrituras por tratarse de venta de cosa no propia y sí de ajena pertenencia, lo que constituye sólido fundamento para hacer desestimable el motivo tercero en que por el recurrente se alega, acogido al número 1.º del artículo 1.692, la infracción de los artículos 1.261 y 1.445 del Código civil, sin expresar el concepto y la aplicación indebida del 1.473 de igual texto, al no darse los supuestos que en dichas disposiciones se contienen y, al atender impropcedente este último motivo, declarar la del recurso en su totalidad.

**OBSERVACIONES.**—Presenta el caso debatido y la sentencia del T. S. que lo ha resuelto una pluralidad de cuestiones y de matices que acaso convenga examinar con alguna atención, puntualizando, por otra parte, algunas de sus afirmaciones que, contempladas desde el ángulo de la doctrina del Derecho civil, no dejan de suscitar alguna perplejidad.

a.º *Los contratos del menor de edad.*—El punto crucial del pleito y de la sentencia era el de la eficacia de los contratos celebrados por un menor de edad no emancipado. La sentencia afirma que estos contratos no son por sí inexistentes, ni absolutamente nulos, por cuanto que el menor puede

«ratificarlos», expresa o tácitamente, al llegar a la mayoría de edad. Y esta doctrina no puede menos de parecernos correcta y exacta; teniendo un fundamento muy sólido en los artículos 1.308 y sigs. del C. c. El contrato que celebra un menor de edad—dice el profesor CASTRO, *Derecho civil de España*, II, 1, pág. 184—vincula al otro contratante y es eficaz, mientras no sea impugnado por parte del menor. La irregularidad del contrato del menor no consiste en su inexistencia o en su absoluta nulidad, sino en su impugnabilidad o, según la terminología más frecuente, en su anulabilidad.

La doctrina es correcta. Dos observaciones, en cambio, al modo cómo ha sido formulada: 1.º El acto, expreso o tácito, en virtud del cual el mayor de edad purga o limpia el vicio de que adolece el contrato que celebró siendo menor, no constituye técnicamente una figura de «ratificación», como insistentemente dice la sentencia, sino de «confirmación» del negocio anulable, según la terminología del propio Código (arts. 1.308 y sigs.), que es la más extendida en la doctrina (CASTÁN, I, 2.º, pág. 693). 2.º La irregularidad, la impugnabilidad de los contratos del menor no obedece a falta de consentimiento, como parece entender la sentencia, sino a falta de plena capacidad. «Al no producir la falta de consentimiento la inexistencia absoluta... por cuanto los menores pueden ratificar los contratos...», dice la sentencia (consid. 2.º, *in fine*). Pero insistamos: la impugnabilidad no procede de falta de consentimiento, sino de falta de plena capacidad. Está claro en el C. c. Por ejemplo, en el art. 1.302, según el cual las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; en el artículo 1.304, según el cual «cuando la nulidad proceda de la incapacidad», etc.; en el 1.314, según el cual «si la causa de la acción fuere la incapacidad», etc. La falta de consentimiento—requisito del artículo 1.261, 1.º—sigue un régimen diferente, en el cual, en rigor, no hay lugar a distinguir las cualidades del sujeto que debió prestarlo.

b) *Los contratos de los locos y sordomudos*.—La referencia es sólo tangencial, pero vale la pena subrayarla. «Al no producir—dice la sentencia—la falta de consentimiento del menor la inexistencia absoluta, como la que origina la incapacidad de los locos y sordomudos, por cuanto los menores pueden ratificar los contratos celebrados.» Esta doctrina, aun tangencial, merece alguna puntualización, porque ocurre que es inexacto hablar de contratos celebrados por locos y sordomudos. En realidad, hay que hablar de contratos celebrados por personas incapacitadas a causa de su locura o de su sordomudez. Y los contratos de estos incapacitados siguen el mismo régimen de impugnabilidad que los contratos de los menores (cfr. 1.302, «menores o incapacitados»). El contrato de un loco no incapacitado podrá resultar nulo por vicio o defecto de consentimiento; pero en este caso la irregularidad del contrato no deriva del estado de enfermedad mental del contratante, sino de falta de consentimiento, igual que si fuera cuerdo y el consentimiento hubiera faltado por cualquier otra razón.

c) *La inexistencia y la nulidad del contrato como cuestión de hecho en casación*.—Afirma el T. S. que «la determinación de si son inexistentes o simulados los contratos discutidos es de la exclusiva competencia de los tribunales de instancia, siendo únicamente impugnables en casación mediante documentos y actos auténticos» y en virtud de la alegación de error que evidencie la equivocación del juzgador, doctrina que parece, por demás, discutible, pues si la apreciación de los hechos que sirvan de base para admitir la existencia de una causa de nulidad o de anulabilidad es *quaestio facti*, la calificación de estos hechos y de su repercusión en la validez y eficacia del contrato es, a no dudarlo, una *quaestio iuris*, y, como tal, revisable en casación por la vía del número primero del artículo 1.692 L. E. C.

d) *La eficacia de la venta de cosa ajena*.—Considera el T. S. en esta sentencia que la venta de cosa ajena es nula, cuando dice literalmente al final del último considerando: «razonamiento el expuesto que sirvió atinadamente al tribunal a quo para declarar la nulidad de ambas escrituras, por tratarse de una venta de cosa no propia y sí de ajena pertenencia».

doctrina que, aunque tiene precedentes jurisprudenciales (SS. de 11 de abril de 1912, 26 de junio de 1924, 19 de diciembre de 1946) es, en términos generales, muy dudosa. (vid. CASTÁN, IV, pág. 72.)

d) No se enfrenta la sentencia, en cambio, con el tema de la vida independiente del menor, sólo lateralmente abordado, por ser innecesario para la resolución del recurso, aunque acaso hubiera sido de interés penetrar decididamente en él. (L. D. F.)

5. TÍTULOS NOBILIARIOS: ELECCIÓN Y OCUPACIÓN: TRANSMISIÓN: *El título de Conde de P. no pasó de ser un «título electo» o en situación jurídica de electo, ya que la agraciada con la designación no cumplió dentro de los plazos reglamentarios las disposiciones administrativas y fiscales prescritas para poder usarlo y entrar en su posesión real y legal, con la natural consecuencia de que el indicado título no fué jamás «ocupado» por la elegida, quien, por tanto, mal pudo transmitir derechos que reglamentariamente no adquirió.*

TÍTULOS NOBILIARIOS: IMPRESCRIPTIBILIDAD: *El silencio del verdadero sucesor, por el principio de la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios, no implica renuncia al derecho. [S. 1 de abril de 1959; no ha lugar.]*

6. NEGOCIO FIDUCIARIO: CONCEPTO Y NATURALEZA: *El negocio fiduciario, como indirecto que es, se concluye utilizando las partes un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo que adoptan externamente con un fin distinto al expresado.*

NEGOCIO FIDUCIARIO O NEGOCIO SIMULADO: INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO: *Con la discrepancia consciente entre lo pactado y la intención practica perseguida en concreto, que caracteriza al negocio fiduciario, resulta no un negocio simulado sino real y efectivo, que el intérprete debe captar de todas las circunstancias del acto anteriores, concomitantes y posteriores a su formación.*

USUCAPIÓN: JUSTO TÍTULO: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO: NEGOCIO FIDUCIARIO: *La inscripción registra! es justo título para usucapir, pero la posesión que ha de ostentar el usucapiente para adquirir el dominio y demás derechos reales, ha de ser en concepto de dueño y no la tiene con evidencia el mero fiduciario poseedor de las cosas entregadas en fiducia a él o a sus causantes por título hereditario.*

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: SU INVOCACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES: *Los principios generales del derecho, aun consagrados por la jurisprudencia, deben ser citados como supletorios en defecto de ley y de costumbre aplicables a los problemas más debatidos.*

ACTOS PROPIOS: IMPUGNACIÓN: ALCANCE DEL PRINCIPIO «VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET»: *El principio invocado no es tan absoluto que deba prevalecer en todo caso, pues siempre se podrán impugnar actos propios cuando estén viciados por causas ajenas a su autor o se pretenda darles un alcance y contenido que éste no dió efectivamente. [S. 10 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

ANTECEDENTES: Con fines de garantía, un prestatario otorga a favor del prestamista escritura de compraventa de varias fincas y, a la vez, un documento privado por cuya virtud las recibe nuevamente en concepto de arrendatario, siendo la renta del arrendamiento la misma cantidad anual que resulta por intereses del capital prestado. Circunstancias diversas van quebrantando la confianza que el prestatario depositó en el prestamista, y, por último, con ocasión de que al fallecimiento de la esposa de éste, las fincas son adjudicadas a una de las hijas en la escritura de partición, presenta la demanda suplicando: Primero: «que se declare inexistente por simulación parcial y como contrato fiduciario, por el que se encubrió uno de garantía real para la efectividad de préstamo, el supuesto contrato de compraventa que fué consignado en la escritura pública... y se declare que dicha convención contractual no produjo la transmisión... de la propiedad de las fincas... y que de dicho contrato sólo se deduce el efecto de garantizar el pago del préstamo...», segundo: que se ordene la cancelación en el Registro... de las inscripciones de dominio a que diera lugar la escritura pública aludida y las nacidas de la escritura de liquidación de la sociedad conyugal y partición de herencia. También se pide la nulidad del préstamo en cuanto incurso en la Ley de la Usura con la consiguiente reducción, así como que se declare inexistente por simulación relativa el llamado contrato de arrendamiento que fué consignado en el documento privado.

El Juzgado, estimando parcialmente la demanda, declaró: Primero: que la escritura pública de compraventa otorgada... no lo fué con finalidad traslativa de dominio y sí con la de garantizar a don... un préstamo de... pesetas. Segundo: que deben cancelarse las inscripciones de dominio practicadas en la forma que se pedía. Tercero: que el arrendamiento fué simulado para encubrir el pago de los intereses de un préstamo y, en consecuencia, como tal arrendamiento, lo declaró inexistente. Cuarto: absolviendo de las demás pretensiones.

La Audiencia confirmó la sentencia apelada por los demandados, e interpuesto por éstos recurso de casación, el Tribunal Supremo declara que no ha lugar.

OBSERVACIONES: Resulta difícil comentar con brevedad esta sentencia dentro del estrecho marco de esta sección, inadecuada para hacer un estudio e incluso para plantear de modo general la problemática del negocio fiduciario, esa compleja figura en la que casi todo está sujeto a discusión.

Pero a la luz de las ideas más generalmente admitidas vamos a examinar la doctrina que se contiene en la sentencia y el caso vivo sobre el que la misma recayó. Las características esenciales de éste han quedado recogidas en los antecedentes expuestos. En pocas palabras, y vulgares, la situación era la siguiente: un préstamo que se pretendió garantizar, poniendo unas fincas a nombre del prestamista. Lo que interesa puntualizar es la calificación técnica del aparato jurídico creado mediante una escritura pública, que se dice de compraventa y un documento privado de arrendamiento, a los cuales hay que añadir, como elementos de juicio, el préstamo subyacente y la finalidad de garantía querida por las partes. Y, más en concreto, si aquí puede verse un negocio fiduciario y si la solución jurisprudencial del caso en la sentencia recurrida aplicó la figura del negocio fiduciario.

El Tribunal Supremo, al final del considerando primero de la sentencia, dice que «la compraventa figurada en la escritura pública envuelve—y tal fué la común voluntad de los otorgantes—, un acto de disposición «cum fiducia creditore» o de aseguramiento de dinero mutuado y en descubierto por el vendedor al comprador». En párrafos anteriores se habla claramente de negocio fiduciario, y se expresan unas ideas que podemos resumir así:

a) El negocio fiduciario es un negocio indirecto.

b) Se concluye utilizando un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo que se adopta externamente con fin distinto al expresado y, por ello, con la discrepancia consciente entre lo pactado y la inten-

ción práctica perseguida en concreto, resultando así, no un negocio simulado, sino real y efectivo.

c). El fiduciario no es poseedor en concepto de dueño y, por tanto, no puede usucapir.

Estas afirmaciones merecen algún comentario.

*Afirmación a).*—Al sostener el Tribunal Supremo que el negocio fiduciario es un negocio indirecto, continúa la trayectoria que se inició en las sentencias de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944. La tesis pierde relieve y trascendencia, si se tiene en cuenta la inseguridad y falta de fijeza doctrinal del concepto de negocio indirecto, al que incluso llega a negar que constituya una categoría dogmática autónoma un importante sector de la doctrina.

*Afirmación b).*—Aquí, en rigor, se mantienen dos ideas íntimamente vinculadas: una, que el negocio elegido por las partes ha de ser típico; otra, que no existe simulación a pesar de darse una discrepancia consciente entre lo pactado y la intención práctica que se persigue.

Al exigirse que en el negocio fiduciario las partes tienen que utilizar como «medio vehicular» un negocio (dispositivo) de los regulados por el ordenamiento positivo, es decir, nominado y típico, parece eliminarse la posibilidad de que la causa traslativa sea la pura «causa fiduciae». En cierto modo se consagra la existencia de una lista cerrada de causas idóneas para la transferencia del dominio y la constitución de los derechos reales; un «*numerus clausus*» para los llamados negocios reales «*quoad effectum*». Pero éste es uno de los problemas que, a pesar de su importancia, no podemos examinar aquí.

En estrecha relación con él está la segunda afirmación aludida de la discrepancia consciente y la no existencia de simulación. A primera vista esta idea, tal como está expresada, parece contradictoria, pero no lo es si se toma en su verdadero sentido. Si las partes no quisieran en absoluto los efectos del medio vehicular elegido (los efectos de la compraventa, por ejemplo, para mantenernos en las circunstancias del caso de autos), la simulación sería clara. Lo que ocurre es que la discrepancia entre lo pactado y la intención práctica perseguida de que nos habla el Tribunal Supremo, se da sólo en parte, y en parte no esencial. Los interesados quieren de la compraventa—utilizada como medio vehicular dispositivo en el negocio fiduciario—, lo que es su verdadera esencia y su genuino y característico efecto: la transmisión dominical. Su intención práctica en cuanto limita obligacionalmente la titularidad adquirida por el comprador es, sin embargo, distinta de la que en la compraventa normal anima a vendedores y compradores. De esta doble circunstancia resulta que el negocio real de transferencia sea válido—no simulado, ni aún relativamente—, y que haya en cierto modo, a la vez, esa discrepancia que el Tribunal Supremo hace notar. De no entenderlo así, máxime si se exige un negocio traslativo típico, el negocio fiduciario jamás podría existir como tal, sería siempre simulado.

En la simulación relativa hay dos negocios, uno de los cuales es sólo aparente, ficticio, y otro verdadero. En el negocio fiduciario hay un sólo negocio verdadero y querido tanto en su aspecto real como en el obligacional. Y en el doble juego combinado de estos dos negocios, dispositivo y obligacional, que constituyen la compleja naturaleza del negocio fiduciario hay que ver la raíz de los efectos de éste.

Volviendo al caso discutido, las partes quieren de la compraventa pactada el efecto fundamental de que la propiedad se transfiera del vendedor al comprador; pero a este efecto típico le añaden, mediante el pacto obligacional («*fiducia cum creditore*»), la limitación de que el adquirente sólo use de ese dominio adquirido con fines de garantía de un préstamo.

Esta creemos que es la verdadera doctrina; cuando de las circunstancias del supuesto resulte que ésta fué la intención de los contratantes, estaremos ante un negocio fiduciario de «*fiducia cum creditore*». Si algo falla, sí, por ejemplo, el vendedor no quería transmitir la propiedad ni aun a los



limitados efectos de la garantía del préstamo, no cabe hablar de negocio fiduciario, sino de simulación.

Con estas ideas hemos pretendido sentar la base para la conclusión de que tanto en la sentencia del Juzgado que la Audiencia confirmó, como en la del Tribunal Supremo, hay algo que no está claro, algo que no satisface, como consecuencia, acaso, de que ya en el suplico de la demanda inicial se barajan confusamente dos ideas a nuestro juicio incompatibles: simulación y negocio fiduciario.

El Juzgado habla de una escritura de compraventa que no fué otorgada con finalidad traslativa de dominio (lo que, excluida la posibilidad de un eventual pacto de reserva de dominio, equivale a negarle la cualidad de tal compraventa), y consecuente con esta idea—aunque sin declararse explícitamente la existencia de simulación que parecía inevitable—, ordena la cancelación de las inscripciones de dominio practicadas en el Registro de la Propiedad a favor del «comprador» y de sus causahabientes a título gratuito. Hay que observar que el Juzgado, al menos en el fallo, no alude para nada al negocio fiduciario.

Por su parte, el Tribunal Supremo enfoca el problema de forma decidida bajo el prisma del negocio fiduciario el cual, rectamente entendido, debe llevar al mantenimiento de la adquisición del fiduciario y a la impropiedad de practicar la cancelación de las inscripciones registrales de dominio.

Y es que en el negocio fiduciario, como ya se ha dicho, los efectos reales del negocio—la transmisión dominical—, son seriamente queridos. Hay verdadera transmisión y, junto a ella (desde el otro lado), una adquisición para un fin limitado, la garantía en nuestro caso. Por esto hablan los autores de desproporción, incongruencia o heterogeneidad entre el medio jurídico elegido (transferencia dominical) y el resultado económico-jurídico buscado por las partes (garantía, que en rigor no exige aquella transferencia). De aquí el juego del elemento obligacional del negocio y la confianza que el transmitente deposita en el adquirente de que éste no usará del dominio adquirido más allá del fin limitado que dicho elemento obligacional le marca. Paralela a esta confianza está la posibilidad de abuso por parte del adquirente que ha devenido dueño. Ahora bien, si esta confianza falla, si el adquirente usa de su titularidad—plena desde el punto de vista real—, excediéndose del fin estipulado, el transmitente sólo tendrá los derechos que resultan del incumplimiento del pacto obligacional: normalmente la acción personal tendente al resarcimiento de daños y perjuicios.

Un negocio en que el transmitente puede conseguir que se declare ineficaz si el adquirente abusa de la posición que con aquél obtuvo, no es un negocio fiduciario, o, por lo menos, no es el negocio fiduciario creado sobre la base de la fiducia romana, tradicional en los países latinos y único que la doctrina y la jurisprudencia han contemplado con relación a nuestro Derecho.

Pero tampoco se refiere el Tribunal Supremo al negocio fiduciario de raíz germánica (fiducia germánica en la que el fiduciario adquiere el dominio con una limitación *real*, en cuya virtud resulta resolutoriamente condicionado al uso limitado que se prefijó y en la que el uso contrario al fin determina la ineficacia del negocio dispositivo con efectos reales), nos lo demuestra la

**Afirmación c)** En ella se sostiene una extraña tesis con relación a la prescripción adquisitiva por parte del fiduciario, al afirmar que le falta la cualidad de poseedor en concepto de dueño. Ciertamente que el fiduciario no puede usucapir, pero no porque su posesión sea viciosa o inhábil, sino por la simple e importantísima razón de que ya es dueño, en virtud del negocio dispositivo. Es claro que la usucapión (modo de adquirir la propiedad) no tiene entrada aquí, pues no se trata de un sujeto que en concepto de dueño posee una cosa durante cierto tiempo, sino de

un verdadero dueño, en virtud de título, de un sujeto que ostenta la titularidad dominical por obra y gracia de un título traslativo de dominio.

En resumen: la solución dada al caso de autos nos lleva a una de estas dos consecuencias inadmisibles: 1.<sup>a</sup> Que un negocio fiduciario pueda ser atacado por simulación, cuando es condición esencial para que un negocio sea verdaderamente fiduciario que el acto dispositivo sea querido por las partes; 2.<sup>a</sup> Que un negocio fiduciario puede ser atacado y destruido en sus efectos reales en caso de incumplimiento del *scopus fiduciae*, por parte del adquirente. Por tanto, hay que entender que la solución dada al problema discutido—justa y adecuada a los intereses puestos en juego—, sólo puede mantenerse desde el punto de vista de considerar simulada la escritura de compraventa, prescindiendo, en absoluto, de la noción del negocio fiduciario. (D. I.)

7. SIMULACIÓN: NEGOCIO USURARIO: ARTÍCULO 9.º DE LA LEY DE LA USURA: *Admitida la existencia de la simulación con paladina declaración de que encubre un préstamo y no un contrato de sociedad ni una convención atípica, se está en el supuesto que prevé el artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1908.*

PRÉSTAMOS USURARIOS: LEY DE LA USURA: CENSURA DE LOS HECHOS EN CASACIÓN: *Aun cuando con arreglo a la doctrina elaborada en torno al artículo 2.º de la Ley represiva de la usura, puede excepcionalmente extenderse el ámbito de la casación a la censura de los hechos, fuera de los supuestos previstos en el número 7.º del artículo 1.692, no por ello ha de entenderse que de esa facultad excepcional pueda hacerse un uso inmoderado, so pena de transformar en una tercera instancia el recurso extraordinario [S. 31 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

8. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: PRUEBA DE LA PÉRDIDA PATRIMONIAL: *No procede la acción cuando, aun admitiendo el hecho del perjuicio ocasionado por el pastoreo y aprovechamiento de hierbas, éste no se ha causado en el patrimonio de los demandantes, sino en el del arrendatario de los pastos y hierbas. [S. 9 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

9. INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO: CONFIRMACIÓN DEL NEGOCIO: *No siendo inexistente, ni revistiendo la condición de nulo de pleno derecho un negocio, por concurrir en él los requisitos exigidos en el artículo 1.261 del Código civil, y quedando purificado cualquier vicio de que pudiera adolecer, cuando ha recaído una posterior conformidad y reconocimiento del mismo, debe declararse extinguido, al amparo del artículo 1.309, la acción de nulidad que se pretende. [S. 30 de octubre de 1958; no ha lugar.]*

10. ACTOS PROPIOS: *Mal puede decirse que va contra sus propios actos quien a través de los procesos consecutivos, que por unas u otras razones se frustraron, ha mantenido su firme voluntad de pugnar por la validez y eficacia de una transacción.*

PRUEBA: PRESUNCIONES: *Son inaplicables los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil en un supuesto en que el tribunal no ha establecido su criterio basado en presunciones, sino en hechos libremente apreciados, que es cosa diferente.*

11. ACTOS PROPIOS: IMPUGNACIÓN: ALCANCE DEL PRINCIPIO «VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET»: V. Civil, I, Parte General, «Negocio fiduciario». [S. 10 de noviembre de 1958.]

12. PRUEBA DE PRESUNCIONES: *La presunción establecida por el tribunal «a quo» solo puede impugnarse eficazmente demostrando la falta de realidad del hecho que sirve de base a la deducción del tribunal, o que este al establecerla no se ha sujetado a las reglas del recto criterio humano, resultando tal deducción absurda, ilógica o inverosímil. En cuanto al hecho básico, su realidad solamente puede ser eficazmente impugnada demostrando que la sentencia recurrida al declararla ha cometido un manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditado por la documental o pericial obrante en autos.* [S. 9 de marzo de 1959; no ha lugar.]

## II. Derechos Reales.

1. USUCAPION: JUSTO TÍTULO: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO: (V. Sentencia 10 noviembre 1958, I, 5).

2. PATENTES: NULIDAD: *Puede declararse en la sentencia la nulidad de las patentes del demandante y del demandado, previa reconvencción de éste, cuando la declaración se funde en la falta de novedad de las mismas, en relación con otras máquinas anteriores en explotación.* [S. 12 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

3. PATENTES: PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA Y VALIDEZ: *Una vez registradas, las patentes se consideran existentes y válidas, en tanto no recaiga una formal declaración judicial de su nulidad.* [S. 15 de enero de 1959; no ha lugar.]

4. PATENTES: PERFECCIONAMIENTOS: VENTAJAS SOBRE LO YA CONOCIDO: *No es obstáculo para la concesión de nueva patente que ya esté en uso otro objeto similar, con tal que el nuevo ofrezca sobre él algunas ventajas.* [Sentencia 27 de enero de 1959; no ha lugar.]

«El artículo 46 del Estatuto de P. I. no requiere la novedad completa de una invención para que sea patentable, pues al decir textualmente que «puede ser materia de patente todo perfeccionamiento que tenga por objeto modificar las condiciones esenciales de un procedimiento con objeto de obtener ventajas sobre lo ya conocidos», presupone que no es obstáculo para la concesión de una nueva patente que ya está en uso otro objeto similar, con tal que el nuevo ofrezca algunas ventajas, y es indiscutible, como aprecia la Sala sentenciadora en su cuarto considerando, que la máquina objeto de la patente impugnada ofrece la novedad del mecanismo que sustituye al esfuerzo humano para variar la altura del plato arrastrado, que no llevan otras máquinas, con el consiguiente ahorro de trabajo humano, lo que reporta ventajas, además de la otra de la imposibilidad de salirse el plato por llevar un sistema de tuerca y contratuerca, que aunque

sea ya conocido «evita los accidentes que se producen con otras máquinas desprovistas de su sistema con riesgo del que la maneja», y esto constituye una ventaja interesante, lo mismo en el aspecto humanitario, muy digno de tenerse en cuenta, que en el económico; pues, al disminuir los accidentes e indemnizaciones por ellos, cualquiera que sea la forma en que se satisfagan, debe abaratar la producción.»

5. **MODELOS DE UTILIDAD: FALTA DE NOVEDAD:** *Cuando el demandante de la nulidad no prueba la falta de novedad alegada, deben quedar intactos y con plena eficacia los razonamientos que sirvieron de base al Registro de la Propiedad Industrial para la concesión del oportuno título.* [S. 10 de febrero de 1959; no ha lugar.]

6. **MODELOS DE UTILIDAD: ALCANCE DEL NÚMERO TERCERO DEL ARTÍCULO 178 DE LA LEY:** *Hace relación únicamente a los medios de prueba de que puede valerse el opositor para acreditar sus alegaciones en el procedimiento administrativo de concesión de un modelo de utilidad, pero no puede entenderse como limitativa de los medios de prueba a utilizar en los juicios civiles sobre nulidad del registro.*

**MODELOS DE UTILIDAD: ACCIÓN DE NULIDAD: LEGITIMACIÓN:** *Lo está toda persona que con anterioridad a la solicitud y registro del modelo viniera dedicándose a ejecutar, reducir, fabricar, vender, utilizar y explotar el objeto del mismo.* [S. 13 de febrero de 1959; no ha lugar.]

7. **PREARIO:** *Verificados por la recurrente los pagos de contribuciones e impuestos sin previa estipulación entre las partes, y sin que fueran aceptados a título de alquiler, no pueden estimarse como pago de canon arrendaticio, por lo que no pueden enervar la condición de precario en que la casa era ocupada por aquélla.* [S. 29 de enero de 1959; no ha lugar.]

8. **JUICIO DE DESAHUCIO POR PREARIO: ARTÍCULO 1.594 LEC.:** *Faltó notoriamente el demandado a la manifiesta necesidad que conforme al indicado precepto tiene de «precisar» en el juicio verbal, no sólo los hechos que negare de los alegados en la demanda, sino también las razones en que se funda, cuando se limitó a una imprecisa y genérica negación de los hechos y una improbadada alegación de título arrendaticio.* [S. 23 de enero de 1959; no ha lugar.]

9. **SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO:** *Los artículos 557 y 558, C. c. no son de aplicación cuando lo controvertido no es la creación de la servidumbre, ni por tanto el derecho de conducir o hacer pasar el agua por predio intermedio, sino el reconocimiento de la propiedad de las aguas subterráneas que discurren por una mina, de antigüedad superior a los cien años, según declara la sentencia recurrida, las que, al circular por la finca del demandado, gravan a éste con la servidumbre de acueducto.* [S. 31 de marzo de 1959; no ha lugar.]

10. **CATALUÑA. BARCELONA: CENSO ENFITEÚTICO: PRECIO DE VENTA A EFECTOS DEL LAUDEMIO SI LA FINCA ESTÁ HIPOTECADA:** *Si el adquirente asume el*

pago de la hipoteca, debe laudemio por su importe, debiendo, por tanto, incluirse el valor de las hipotecas en el precto de venta a los efectos del laudemio.

BARCELONA: LAUDEMIO: Como ha declarado repetidamente este Alto Tribunal, si el señor es laico, el laudemio es el 10 por 100 si no se ha pactado otro. [S. 12 de marzo de 1959; no ha lugar.]

11. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE LA L. H.: VALOR DE LA FINCA A EFECTOS DE LA REGLA 7.ª DEL ARTÍCULO 131 L. H.: Al hablar de valor de la finca, la regla 7.ª del artículo 131 L. H. se refiere a la tasación señalada por los interesados en la escritura de constitución de la hipoteca que tiene plena virtualidad como tipo de licitación, y no puede carecer de ella para un elemento menos esencial de la subasta cual es su publicidad. [S. 14 de marzo de 1959; ha lugar.]

### III. Derecho de Obligaciones.

1. CLÁUSULA PENAL: OBLIGACIÓN ALTERNATIVA: No puede hablarse de obligación alternativa, al no tratarse de cumplimiento de uno de la dualidad de objetos que en ella se contienen, y que por su elección le libera del otro, y existir, por el contrario, una obligación principal—la entrega del local—, y otra, defectiva, secundaria, que es la indemnización a satisfacer, que viene a compensar, en parte, los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. [S. 11 de mayo de 1959; desestimatoria.]

2. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: DOLO Y NEGLIGENCIA: El hecho de estar la conducta de los demandados fundada en bases oficiales y judiciales, impide estimar que en el cumplimiento de sus obligaciones concurriera dolo, negligencia o morosidad, requisitos esenciales para generar la indemnización de daños y perjuicios.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LUCRO CESANTE: No puede tener su asiento en algo que sea dudoso y contingente, pues han de acreditarse los que se interesen y encontrarse plenamente justificados.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LUCRO CESANTE: COYUNTURAS DE NEGOCIOS: Las favorables circunstancias creadas por la guerra mundial y la potsguerra, coyunturas de negocios en el mercado, de diligencia y celo para el comercio y de colaboraciones crediticias que se prodigaban por particulares y bancos, son conceptos abstractos que por sí solos no acreditan el lucro cesante. [S. 26 de enero de 1959; ha lugar.]

3. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: GASTOS DE LETRADO NO NECESARIOS: El demandado responde del perjuicio ocasionado al actor al tener éste que abonar la multa impuesta por no estar el camión en regla a efectos fiscales, pero no está obligado a abonar los gastos del letrado que intervino en el procedimiento administrativo correspondiente por no ser necesaria su

*intervención según la Ley de Contrabando y Defraudación. [Sentencia 20 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

Entre actor y demandado se había formalizado la compraventa de un camión que, por carecer de la debida documentación fiscal, fué intervenido por los respectivos servicios; instruído expediente conforme a la Ley de Contrabando y Defraudación, el comprador fué condenado al pago de una multa. En el presente juicio se reclama de los herederos del vendedor el abono a título de indemnización de la citada multa satisfecha por el comprador, y de los honorarios del letrado que intervino en el expediente administrativo. El T. S. estimando en parte el recurso decide que estos últimos no son necesarios, no cabiendo, por tanto, que los herederos del vendedor sean condenados a su abono.

4. PACTOS SUCESORIOS: *El artículo 1.271 está inspirado en el sentido de prohibir, con ciertas excepciones, los pactos que regulan la herencia futura de una persona en cuanto se oponen al dogma de que la voluntad «mortis causa» es esencialmente ambulatoria.*

PACTOS SUCESORIOS: ARTÍCULO 1.271: CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD: *Dicho precepto no impide que quien creó una empresa mercantil tenga interés en que perdure en forma de sociedad regular colectiva de carácter familiar, integrándola con sus hijos, herederos de su cónyuge, coparticipe en los bienes dado su carácter de gananciales, si éstos muestran su conformidad con el contrato de sociedad y en él intervienen como contratantes.*

PACTOS SUCESORIOS: APORTACIÓN SOCIAL: VALORACIÓN: DONACIÓN INTER-VIVOS: *Constituida una sociedad regular colectiva entre el padre viudo y sus hijos, y formado el patrimonio social con bienes de la sociedad conyugal disuelta, el hecho de que la aportación del cónyuge superviviente sea inferior a su haber de gananciales, con lo cual resulta correlativamente ampliada la aportación de los hijos, no da lugar a deducir la existencia de un pacto sucesorio, pues lo que los hijos aportan de exceso tendría el carácter de una donación de su padre que produce sus efectos entre vivos.*

SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA: DENOMINACIÓN SOCIAL: ARTÍCULO 126 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: *La denominación dada a la compañía después de la muerte del padre de los socios, en la que se conserva el nombre de éste, pero añadiendo «Hijos», no contraria lo que dispone el artículo 126 del Código de Comercio y menos puede ser causa de la disolución de la Sociedad. [S. 12 de diciembre de 1958; no ha lugar.]*

5. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: CORRESPONDENCIA: *La correspondencia cruzada entre las partes inmediatamente después del contrato verbal de compraventa, sirve para determinar el alcance de las obligaciones derivadas de la convención habida.*

«NEMO DAT QUOD NON HABET»: *Es aforismo legal elevado a principio general de derecho el de que «nemo dat quod non habet»; de aquí, que si en la partición no fueron adjudicadas a las actoras otros bienes que la*

*casa, jardín y huería, no podían vender los terrenos eriales que pretende el demandado.*

**OBJETO DEL CONTRATO:** *La cosa como objeto cierto es esencial que se concrete sin necesidad de posterior acuerdo. [S. 31 de diciembre de 1958; ha lugar.]*

La cuestión fundamental de este pleito era la de determinar el objeto de un contrato de compraventa concertado verbalmente. El T. S. interpretando los actos simultáneos y posteriores al contrato rehusa la tesis del demandado de que también fueron vendidos unos terrenos eriales, al parecer inexistentes. Por eso, la argumentación del Supremo a base de que las vendedoras no podían haber vendido esos terrenos porque en las operaciones particionales de su causante no se les adjudicaron (*nemo dat quod non habet*), nos parece de aplicación marginal o lateral, no decisiva. (G. G. C.)

**6. NULIDAD DE LOS CONTRATOS: SIMULACIÓN: ARTÍCULO 1.306 DEL CÓDIGO CIVIL:** *El artículo 1.306 no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni aun en el caso de que sólo uno de los contratantes hubiese entregado algo.*

**USUCAPION: POSESIÓN:** *El poseedor como mandatario no puede prescribir en perjuicio de su mandante.*

**COSA JUZGADA:** *Habiéndose sentado en la sentencia como cosa juzgada una declaración de derecho formal, no material, pueden las partes volver sobre el problema de fondo, una vez subsanado el defecto. [S. 7 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

**7. CONTRATOS ATÍPICOS: Véase Sentencia 13 mayo 1959.**

**8. DERECHO DE OPCIÓN: SUS REQUISITOS: EJERCICIO DENTRO DEL PLAZO ESTIPULADO:** *Si el optante no ejercita la opción a su favor concertada dentro del término concedido, queda extinguido el derecho que se le otorga.*

**PRÉSTAMOS USURARIOS: FACULTADES DEL TRIBUNAL:** *Si bien es cierto que en los recursos que versen sobre la aplicación de la Ley de Usura, amparados en el n.º 7 del artículo 1.692 de la L. E. C., puede esta Sala entrar en el estudio y análisis de la prueba practicada en el procedimiento, no lo es menos que debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida y sustentadores de la convicción formada por el juzgador de instancia, en tanto éste y aquéllos no aparezcan en absoluta y manifiesta disconformidad con las resultancias procesales apreciadas con arreglo al mencionado artículo 2.º de dicha Ley especial. [S. 16 de enero de 1959; no ha lugar.]*

**9. COMPRAVENTA: DEFECTOS OCULTOS:** *Demostrado que la máquina tenía defectos ocultos antes de la entrega al comprador, procede el saneamiento. [S. 17 de abril de 1959; no ha lugar.]*

**10. RETRACTO DE COLINDANTES: EFICACIA DEL ACTO DE CONCILIACIÓN: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO:** *Para que la demanda de conciliación, formulada en*

*tiempo, sea eficaz a los fines pretendidos es indispensable que se haga la consignación dentro del plazo legal.*

RETRACTO DE COLINDANTES: CONSIGNACIÓN EN DÍA FESTIVO: CONSIGNACIÓN EN ACTO SEPARADO: *El retrayente tuvo a su alcance el medio de acudir al expediente de consignación por separado, de eficacia reconocida por la Jurisprudencia; y pudo hacerlo válidamente en día festivo, con arreglo al artículo 1.812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

RETRACTO DE COLINDANTES: CÓMPUTO DEL PLAZO: DÍAS INHÁBILES: *El párrafo 2.º del artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a los términos judiciales, no es aplicable al término para retraer, que no es procesal o judicial.*

TÉRMINO JUDICIAL: CONCEPTO: *Para que un término pueda calificarse de procesal o judicial es preciso que tenga por punto de partida una actuación de igual clase, como una notificación, una citación o un emplazamiento.* [S. 11 de febrero de 1959; no ha lugar.]

11. CESIÓN DE DERECHOS (CESIÓN DE CONTRATO): RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE: AUSENCIA DEL PLEITO DEL DEUDOR CEDIDO: *El cedente debe responder ante el cesionario de la realidad y legitimidad de los derechos cedidos, sin que pueda servir de excusa la ausencia del pleito del deudor cedido, al que no había por qué demandar, ante la incertidumbre del contrato objeto de la cesión, ya que no se cuidó de traerlo al pleito el cedente responsable, quien pudo hacerlo por analogía con el caso de evicción.* [S. 31 de diciembre de 1958; ha lugar.]

12. ARRENDAMIENTO DE OBRA: INTERPRETACIÓN: *La interpretación del contrato es propia del Tribunal de Instancia; objeto del contrato fué la retirada de las piritas y óxidos de hierro «almacenados» y «amontonados» en el interior de la fábrica, pero no se extendía a los residuos «incorporados» al terreno que formaban parte de él hasta el punto de constituir una segunda capa integrante del mismo.*

CUMPLIMIENTO: *Cumplido el contrato por una de las partes, corresponde a la otra el abono de la suma contenida.* [S. 17 de abril de 1959; no ha lugar.]

*Disuelta una sociedad dedicada a la fabricación de productos químicos, la comisión liquidadora de la misma concierta la venta de los locales ocupados por la fábrica a un particular que va a dedicarlos a edificación de viviendas. En un convenio accesorio se estipula como condición de la venta, la obligación por parte de la vendedora de retirar los residuos de piritas y óxidos de hierro almacenados y amontonados en los locales vendidos; hasta que dicha retirada no se efectúe el comprador no abonará la suma de 400.000 pesetas que retiene del precio de la venta. La sociedad vendedora cumple su obligación, pero al comenzar las obras de edificación se observa que ésta no puede iniciarse debido a que el subsuelo está fuertemente impregnado de ácidos desprendidos, de una capa de residuos de pi-*



ritas y óxidos de hierro que forman el segundo sustrato de los terrenos. Los informes periciales coinciden en la necesidad de efectuar revestimientos especiales que impidan la corrosión de las tuberías y conducciones de servicios. El presente pleito surge al pretender el comprador que la sociedad vendedora proceda a la retrada de la mencionada capa o sustrato del terreno.

En el tercer considerando se razona distinguiendo los conceptos de amontonamiento, almacenamiento e incorporación, recogiendo de la sentencia de la Audiencia:

«No puede equipararse ni confundirse el concepto de amontonamiento que ha de ser superficial, y de almacenamiento de carácter temporal aunque sea más o menos duradero, con el de incorporación al terreno bajo otra capa, esencialmente permanente, y además las partes no dicen que hubiera de excavar el suelo para el cumplimiento de lo pactado».

La interpretación que del contrato accesorio del de compraventa hace la sentencia, nos parece exacta. Nos parece, sin embargo, que el asunto hubiera podido plantearse de otra forma. Si objeto de la venta fué unos terrenos destinados a la edificación, ¿no podía ejercitarse la acción de redhibición por vicios ocultos que hacen disminuir el valor de la cosa para el uso a que se la destina, y que de ser conocidos por el comprador hubiera dado menos precio por ella? Posiblemente el comprador carecía de interés económico en tal acción redhibitoria, dado el incremento de precio experimentado por los solares, pues vendidos los terrenos en 1944 se inicia el pleito en 1951. (G. G. C.)

13. ARRENDAMIENTO DE OBRA: CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO: *Hay cumplimiento defectuoso si la falta de funcionamiento normal y adecuado de la noria se debió a defectos esenciales de su montaje, quedando obligado el instalador a realizar las operaciones necesarias para obtener el perfecto funcionamiento de aquélla.*

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: *El obligado debe indemnizar los gastos que sean consecuencia necesaria de su incumplimiento aunque esté de buena fe. [S. 20 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

14. RENTA VITALICIA: *El artículo 1.802 del Código civil, al definir el contrato de renta vitalicia, requiere una relación directa, sin complejidades o pactos que alteren sustancialmente su propia naturaleza.*

RENTA VITALICIA: PACTO EXPRESO DE RESOLUCIÓN POR IMPAGO DE PENSIONES: *Por aplicación del artículo 1.255 en relación con los 1.091 y 1.258, es válido el pacto contractual de que por falta de pago de tres mensualidades de la pensión tenga lugar la resolución del contrato, aunque éste sea de renta vitalicia, y la consiguiente recuperación por el enajenante de las fincas cedidas.*

CONTRATOS ATÍPICOS: *No es de renta vitalicia, sino atípico, un contrato que las partes califican de compraventa, por el cual se ceden unas fincas por un precio que se determina como inferior al real, se califica de dona-*

*ción colacionable a favor de la compradora la diferencia entre ambos, se entrega de presente una parte del precio, se aplaza el resto y se establece la obligación del pago de unas pensiones a favor de la titulada vendedora mientras viva. [S. 13 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

15. TRANSACCIÓN: INTERPRETACIÓN: *Dota a la transacción del máximo alcance el pacto por el que se someten a ella, aparte los asuntos que se especifican, todos los que haya pendientes entre las partes.*

TRANSACCIÓN: SU DIFERENCIA CON LA NOVACIÓN: *No es acertado aplicar normas peculiares de la novación al contrato de transacción que las tiene propias. [S. 6 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

16. ARBITRAJE DE EQUIDAD: INTERPRETACIÓN DE LA ESCRITURA DE COMPROMISO: *El alcance de las facultades arbitrales y el sentido de las cláusulas del compromiso han de interpretarse con toda la adecuada amplitud y flexibilidad que el contenido de las mismas permita, en orden y atención a la laudable finalidad perseguida.*

ARBITRAJE DE EQUIDAD: ÁMBITO DEL PODER DECISORIO DEL ÁRBITRO: *El árbitro facultado para determinar la forma de ejecución de una obligación no se extralimita cuando adjudica a uno de los compromitentes bienes del otro en pago de una deuda. [S. 11 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

17. ARBITRAJES DE DERECHO PRIVADO: IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY DE 1953: *La ley de 22 de diciembre de 1953 no tiene carácter retroactivo.*

ARBITRAJES DE DERECHO PRIVADO: CLÁUSULA COMPROMISORIA: *No puede calificarse como cláusula compromisoria válidamente estipulada aquella cuyo contenido es impreciso y contradictorio. [S. 17 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

La cláusula octava del contrato de 6 de junio de 1951, de que el demandado deriva la eficacia de la excepción perentoria de incompetencia de jurisdicción alegada... es del siguiente tenor literal: «Para cuantas divergencias pudieran suscitar el cumplimiento y la interpretación de las cláusulas de este documento, los firmantes del mismo se someten a la decisión de amigables compondores nombrados con arreglo a las prescripciones de la L. E. C., y siempre a la competencia de los Juzgados y Tribunales de Madrid, a favor de cuyo fuero hacen renuncia expresa de cualquier otro que pudiera corresponderles».

18. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS POR ANIMALES: NEXO CAUSAL.—*Cuando los hechos sucesivos están tan íntimamente ligados entre sí que cada uno de ellos sea consecuencia tan lógica y natural del anterior, que sin su concurrencia no se hubiera producido racionalmente, persiste el nexo causal.*

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: NEXO CAUSAL.—*Ante la imposibilidad de marcar normas de carácter general y absoluto, hay que examinar los casos particularmente para ver si se da o no la relación de causalidad. [S. 10 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

## IV. Arrendamiento de cosas.

**EDIFICACIONES PROVISIONALES:** *Es provisional la edificación que, a consecuencia de la guerra, ha quedado inhabitable en calle principal por estar destinada a ser sustituida por otra, sin que pierda su carácter provisional porque se haya arrendado algún local no afectado por la destrucción parcial para aprovechar su uso en tanto no se construya la edificación definitiva.*

**CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO:** *Tal pacto no equivale a que el arrendamiento no ha de tener término, sino que carece de término señalado o conocido, como es natural, tratándose del arriendo de una edificación provisional.* [S. 29 de abril de 1959; no ha lugar.]

**NOTA:** Se trataba del arriendo, en el portal, de un edificio parcialmente destruido por la guerra, para instalar un estanco, con obstrucción del acceso a los pisos superiores.

**CARÁCTER PROVISIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN: ERROR DE HECHO:** *Los documentos en que se habla del carácter permanente del edificio se refieren al estado arquitectónico o físico del mismo, no a su carácter provisional por haber sido construido en terreno sujeto a expropiación por destinarse a la construcción de una plaza.* [S. 21 de marzo de 1959; no ha lugar.]

**ARRIENDO DE SALA DEDICADA A GIMNASIO:** *El arrendamiento de una sala destinada a gimnasio, a fin de que los pacientes puedan reeducar sus defectos funcionales, debe calificarse como de local de negocio, por desempeñar igual cometido que las clínicas o sanatorios, establecimientos que, conforme a reiterada doctrina de la Sala Primera, han sido declarados como locales de negocio.* [S. 2 de mayo de 1959; ha lugar.]

**NOTA:** La distinción entre el local arrendado para servir de sede a las actividades de quienes ejercen profesiones de carácter liberal y entre el que sirve de asiento a una empresa, aunque la misma tenga por objeto la prestación de servicios propios de tales profesiones, de modo exclusivo, o más comúnmente unido a servicios de naturaleza distinta, ha sido apreciada, desde el primer momento, por los Tribunales de instancia —sentencias, por ejemplo, de 18 de marzo de 1954 de la Audiencia Territorial de Barcelona, y 20 de diciembre de 1954, de la de Las Palmas.—El Tribunal Supremo ha perfilado también la distinción, pues, si bien en sentencia de 10 de noviembre de 1953 negó a una «clínica dental» la consideración de local de negocio, ello fué debido a considerar que la misma suponía tan sólo el consultorio de un ejerciente de profesión liberal, y en otra de 18 de marzo de 1957 se ha afirmado claramente que una clínica ginecológica, organizada, como, en general, todas las de su clase, en forma de empresa, determina la calificación de local de negocio.

**LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U. 1946: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA:** *El derecho reconocido por el artículo 133 L. A. U. de 1946 hay que estimarlo referido, no sólo al primitivo arrendatario, sino a cuantos le suceden en tal condición por cualquiera de los medios que la ley establece, entre los que se encuentra el traspaso.*

**RENUNCIA TÁCITA:** *Es ineficaz la renuncia tácita del inquilino a la acción de reducción de renta.*

**TRASPASO: NOVACIÓN:** El traspaso no supone novación extintiva de la primitiva relación arrendaticia, y por ello el adquirente no pierde el derecho que concede el artículo 133 de la L. A. U. de 1946. [S. 31 de marzo de 1959; no ha lugar.]

**ASOCIACIÓN FAMILIAR DEL ARTÍCULO 31 DE LA L. A. U.:** No puede considerarse como asociación familiar, la sociedad de la que forma parte el arrendatario, ya que el artículo 31 de la L. A. U. presupone el fallecimiento del arrendatario y la asociación de los hijos de éste, y el cónyuge superviviente, en su caso.

**LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES RESOLUTORIAS: HEREDERO:** El heredero del propietario está legitimado para pedir la resolución del contrato de arrendamiento. [S. 17 de abril de 1959; no ha lugar.]

**NOTA:** En sentido análogo al de la primera máxima jurisprudencial, vid. sentencia de 17 de febrero de 1956.

**PROHIBICIÓN TEMPORAL DE ENAJENAR PISOS O DEPARTAMENTOS ARRENDADOS: ARTÍCULO 52 DE LA L. A. U. VIGENTE:** Por el sentido literal del precepto hay que entender que la prohibición de disponer que en él se establece, se extiende a todo título por acto intervivos, sin distinguir entre los de carácter oneroso o gratuito, aunque la transmisión afecte sólo al usufructo, y sin que sea óbice que el enajenante hubiera adquirido cuando no regía la ley actual. [S. 15 de abril de 1959; ha lugar.]

En el sentido de que no es óbice que el enajenante hubiera adquirido cuando no regía la ley actual. [S. 16 de diciembre de 1958; ha lugar.]

**ACCIÓN DE NULIDAD DE VENTA DE PISO ARRENDADO, POR EXCESIVIDAD DEL PRECIO: ARTÍCULO 67 DE LA L. A. U. DE 1946: RENTA PACTADA Y RENTA LEGAL:** La acción de nulidad a que se refiere el mencionado precepto de la Ley anterior, no requiere otro requisito que la justificación del exceso del precio fijado en la escritura sobre el resultante de la capitalización de la renta pactada. Se entiende por renta pactada la que aparezca como tal en el contrato de arrendamiento, o, en su defecto, en los recibos corrientes y legítimos expedidos por el propietario, por oposición a la renta legal constituida por la contractual más aquellas elevaciones que no son producto de la libre actuación de las partes. [S. 14 de mayo de 1959; ha lugar.]

**RETRACIO ARRENDATICIO: SUPUESTO TÍPICO:** Según el tenor de los artículos 64 y 63 de la L. A. U. de 1947, sólo se le concede la facultad de retraer al arrendatario para adquirir la propiedad de lo que lleva en arrendamiento, por lo que es obvio que carece de aquélla cuando el arrendador vende una porción de finca mayor que la arrendada al actor o vende la totalidad del dominio de la totalidad de la finca de la que el retrayente no es único arrendatario.

**AMPLIACIÓN JURISPRUDENCIAL EN CASO DE FRAUDE:** Ello no obstante, la jurisprudencia ha elaborado una doctrina extensiva de la literalidad de la

regla, legitimada por la necesidad de reprimir o prevenir el vitando fraude "legis", cuando éste queda patentizado por maniobras reveladoras de manifiesta confabulación en cuanto, con merma de los derechos del inquilino, no parte en el contrato de compraventa, los autores de éste, configuran su materia amoldándola premeditadamente a la forma indispensable y precisa para extraerlo de las limitaciones que la norma impone.

Pero tal doctrina es inaplicable cuando los actos de vendedor y comprador no sólo autorizan a entender la existencia de confabulación, sino que la obstan y excluyen. Como en el caso de autos, en el que la inquilina de un piso de finca integrada por una planta sótano, otra baja y seis de otras tantas viviendas, compró la que como inquilina ocupaba, y dos años y diez meses después, el resto del edificio. Y así, el fallo que afirma la procedente aplicación de los expresados artículos 64 y 63, incide en la infracción acusada. [S. 7 de marzo de 1959; ha lugar.]

RETRACTO ARRENDATICIO: PLAZO: LEY DE 1946 Y DECRETO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1952: La prórroga del ejercicio de derecho de retracto arrendaticio urbano, concedida por el Decreto-Ley de 28 de noviembre de 1952, alcanza, sin excepción, a todos los supuestos que prevé el artículo 64 de la Ley especial de Arrendamientos Urbanos de 1946. [S. 4 de marzo de 1959; ha lugar.]

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CORPORACIÓN DE DERECHO PÚBLICO: IGLESIA CATÓLICA: El requisito de declaración de necesidad a cargo del Ministerio correspondiente, exigido por el artículo 76 de la L. A. U. no es aplicable a la Iglesia Católica.

CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO: Carece de interés a efecto de determinar si una Corporación es de Derecho público, el informe del Ministerio de Justicia, ya que tales Corporaciones han de ser creadas o reconocidas como tales por la Ley.

DEFECTO DE AUTORIZACIÓN DEL ORDINARIO: INDEFENSIÓN: La inadmisión de la prueba propuesta por el demandado relativa a la excepción de falta de autorización del Ordinario para la entrada en juicio de la Congregación demandante, constituye un quebrantamiento de formalidad esencial del juicio que causa indefensión. [S. 4 de marzo de 1959; ha lugar.]

NOTA: El interés de esta sentencia radica en la circunstancia de que, implícitamente, al menos, da a la referencia del artículo 76 de la LAU a la Iglesia Católica un amplio contenido. De acuerdo con la tendencia predominante en los Tribunales de instancia se atribuye en dicha resolución a una Congregación de religiosas el privilegio de exención de la carga de prueba en materia de necesidad concedido en dicho precepto a la Iglesia Católica.

Respecto al tema de la licencia del Ordinario, recuérdese que es doctrina canónica fundada en el canon 1.526, que sin haber obtenido licencia del Ordinario, no pueden los administradores de bienes eclesiásticos en cuanto tales, o sea, en nombre de la persona moral cuyos bienes administran, presentar el escrito de demanda, ni ante el Tribunal civil ni ante el eclesiástico. (Código de Derecho canónico, nota al canon 1.526.) J. P. R.

**SOLARES: DERECHO DE RETORNO: APLICACIÓN DE LA L. A. U.:** *En virtud del Decreto de 5 de septiembre de 1952, el derecho de retorno reconocido a los arrendatarios desalojados de inmuebles inscritos en el Registro de Solares, se rige por la L. A. U., texto aplicable tanto si el desahajo proviene de derribo voluntario, por autorización del Gobernador, como en el caso de que la promueva la Autoridad municipal.*

**SOLARES: RETORNO: PROCEDIMIENTO:** *Para la efectividad del derecho de retorno se ha de estar al trámite o procedimiento judicial señalado por la L. A. U.*

**SOLARES: RETORNO:** *Al basarse el derecho de retorno en la ley de Solares, no son aplicables los preceptos de la L. A. U., que exigen la previa autorización gubernativa.*

[S. 20 de mayo de 1959; desestimatoria.]

NOTA: Vid. sentencia 21 de marzo de 1959.

**L. A. U. DE 1946: RETORNO: DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES:** *La comunicación de un domicilio para que en él sean efectuadas las notificaciones es un acto positivo de la unilateral voluntad del arrendatario, inconfundible con el hecho recepticio extravoluntario de toma de conocimiento por el arrendador.*

**DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES: REQUISITO SOLEMNE: FINALIDAD:** *Lo que el artículo 105 (L. A. U. derogada) tiene en cuenta, o impone como requisito solemne, en mérito a que su incumplimiento acarrea la pérdida del derecho que confiere, no es el logro del fin—conocimiento del destinatario—, sino la cualidad del medio específico tasado por la ley que para alcanzarlo ha de emplear el arrendatario; siendo, por tanto, insuficiente el conocimiento si se adquiere por cualquier otro medio diferente.*

**RETORNO: CONTRATO POSTERIOR EN QUE SE RECONOCE LA OPCIÓN: INTERPRETACIÓN:** *Las normas legislativas tienen el valor de derecho dispositivo siempre que las partes no dan al contrato más efectos que el vinculante, pero no el normativo; evento en el que la ley tipificadora tiene el carácter de voluntad supletoria de la inexpressada directamente por los contratantes, pues en Derecho vale como contenido de voluntad privada expresa, la determinable por referencia a otra que consta claramente.*

**CONTRATO: INTERPRETACIÓN: BUENA FE:** *El vinculamiento contractual comprende todo lo que es consecuencia de la buena fe, que sería desconocida tanto en la hipótesis de una actuación benévola o tolerante del arrendador, como en el de error común, o en el de engaño del arrendatario, pues si no es lícito beneficiar la propia culpa, tampoco lo es sufra perjuicio al por él aceptado, el contratante cortés desinteresado o complaciente, o que él común aproveche exclusivamente a uno y dañe solamente al otro de los que en él incidieron.*

**RETORNO: RESERVA DE DERECHOS CONTENIDA EN LAS SENTENCIAS:** *Las reservas ni dan ni quitan derechos. El acto judicial que las formula no tiene*

otro efecto que el de mera conservación de los mismos, tal y como por sí, y con independencia de la expresada declaración oficial, subsistan.

RETORNO: PLAZO PARA EJERCITAR EL DERECHO: «El plazo para el ejercicio de la facultad que al arrendatario confiere el artículo 104 (ley derogada), lo ha fijado en jurisprudencia, atendiendo a que el acto de desalojo sea voluntario, es decir, a que se produzca dentro del término que impida sea impuesto, o, lo que es igual, a que el desalojo se consume dentro del año de la notificación del propósito de derribo.» [S. 3 de abril de 1959; desestimatoria.]

NOTA: I. El último extracto se copia literalmente, en su redacción nada clara, tal como aparece en la sentencia.

II. Los hechos son los siguientes: Había transcurrido el plazo de preaviso sin desalojar el local ni hacer uso del derecho de reintegro en el que se construyere. El propietario insta juicio de desahucio que condena al inquilino al desalojo, con reserva de su derecho al retorno, y unos días antes de expirar el plazo de lanzamiento contenido en la sentencia es cuando el inquilino, mediante escritura otorgada con el propietario, ante Notario, opta por la reserva de nueva vivienda, sin consignar un domicilio para las notificaciones. Se declara caducado su derecho al retorno por haber manifestado extemporáneamente su opción y no haber, además, cumplido el requisito de comunicar un domicilio para notificaciones.

La tesis del recurrente es la siguiente: Si bien con arreglo a la LAU carece de derecho al retorno, éste existe, sin embargo, en base al compromiso celebrado posteriormente entre el arrendatario y el propietario. Compromiso que se rige por las normas o estipulaciones de los contratantes y no por la LAU, por lo que no hay razón de exigir el requisito del artículo 105 de la misma. Aun en el caso de que hubiera de aplicarse la LAU, subsiste el derecho al retorno, porque a) El plazo debe contarse desde la fecha de la sentencia y no desde el preaviso, por lo que no se hizo la opción extemporáneamente; b) No se ha incumplido el requisito de la comunicación de un domicilio porque tal requisito «no tiene más finalidad posible que la de que la propiedad pueda en cualquier momento dirigirse al arrendatario, comunicándole la fecha de terminación de las obras» (argumentación del recurrente; motivo 2.º); para ello, basta con que el propietario conozca dónde reside su arrendatario; y esto lo sabía el propietario.

OBSERVACIONES: Parece interesante destacar, de entre los pronunciamientos del Tribunal Supremo, la configuración que éste realiza al requisito de la notificación de un domicilio, como requisito formal, solemne e imprescindible: La Ley impone el medio; no basta que el arrendador tenga el conocimiento por otro cauce distinto.

Algunos días después, en sentencia de 25 del mismo mes y año, el Tribunal Supremo vendría a sostener una interpretación más flexible. Se trataba (S. del 25) de un supuesto en que, dentro de plazo, se celebró el convenio de opción; pero, la comunicación del domicilio para notificaciones no se verificó hasta bastante tiempo después de consumado el desalojo. El Tribunal Supremo resuelve, sin embargo, que no se infringió la LAU, porque el artículo 105 de la misma no señala plazo sino que estatuye que cuando el inquilino tenga el propósito de volver al inmueble reedificado comunicará un domicilio para notificaciones; además—sigue diciendo el considerando 1.º de la S. del 25), «siendo el propósito de la Ley que el arrendador conozca dónde ha de dirigirse al reservatario para la efectividad del compromiso contraído, no surge esta precisión hasta el tiempo de comunicar la nueva construcción, poniendo a su disposición el local reconstruido» (nótese la semejanza de esta argumentación con la consignada en el motivo 2.º del recurso en la S. del 3, antes transcrito).

Cierto que en la sentencia de 25 de abril hubo comunicación del domicilio, si bien después del desalojo, en tanto que en el caso de la actual de fecha 3, no lo hubo en ningún momento. Pero esto no basta a desvirtuar la realidad de la mayor flexibilidad que en el examen del requisito cuestionado tuvo el Tribunal Supremo en el primero de los fallos considerados, que le lleva a la afirmación, muy discutible, de que el artículo 105, LAU derogada, no señala plazo para comunicar el domicilio, que se pone de relieve si consideramos que el Tribunal Supremo ha interpretado la frase «antes de que desalojen» del artículo 105, como referida al plazo de preaviso para desalojar la finca, de forma que si se ejercita después se pierde el derecho (la S. de 30 de abril de 1959 insiste en esto y lo califica de «reiterada doctrina»).

Debe concluirse, sin embargo, reconociendo la procedencia de tal flexibilidad. No parece haber duda de que el fallo del 25 de abril de 1959 está dictado atendiendo grandemente a razones de equidad: Había habido un proceder tortuoso, con probable mezcla de mala fe y abuso de derecho, en el propietario (éste demolió el primer piso del inmueble y dió seguridades al arrendatario de la planta baja de que no sería molestado; sin embargo, el arrendatario se vió precisado a acudir al Juzgado, donde el propietario reiteró lo prometido. No obstante, demolido ya el primer piso, solicita la incorporación de la finca a un solar contiguo y la inclusión de todo ello en el Registro de Solares, lo que fué concedido (lo que probablemente no hubiera sido otorgado antes de la incorporación al solar). Estas consideraciones son tenidas en cuenta en la sentencia de 25 de abril, cuyo último considerando termina diciendo «...esto aparte de las circunstancias especiales que concurren en el caso de autos... y que la inscripción como solar se solicitó después de haber sido derruido parte del edificio cuestionado...».

III. Véase a continuación sentencias 25 y 30 de abril de 1959. (J. J. G. Y.)

**LOCAL DE NEGOCIO: DERRIBO CASI TOTAL:** *La causa segunda de excepción a la prorroga, artículo 76 de la L. A. U. derogada, se refiere al derribo de la finca en su conjunto y no a una parte de la misma, como lo es la vivienda o local de negocio en ella instalada, que puede no ser afectada por el derribo.*

**DERRIBO: AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA SIN SEÑALAR PLAZO PARA LA DEMOLICIÓN:** *El que en la autorización del Gobernador para proceder al derribo no se indicare el plazo para iniciar la demolición, no puede determinar la ineficacia de dicha autorización, ya que en ella se dice—y aunque no se dijera el efecto sería el mismo—que el arrendador queda sujeto a las prescripciones legales, por lo que es aplicable el artículo 103 de la L. A. U.*

**RETORNO: PLAZO PARA EJERCITAR EL DERECHO:** *La frase del artículo 104, de la L. A. U. de 1946, «antes de que desalojen la finca» no puede ser interpretada atendiendo a sus términos literales, sino que hay que referirla al plazo de preaviso, dentro del cual deben los arrendatarios o inquilinos desalojar la finca. Pretender que mientras el arrendatario o inquilino ocupe el local puede optar por el retorno, aunque haya transcurrido el plazo del preaviso para desalojarla, es desvirtuar aquel precepto y otorgar igualdad de derechos al que, respetuoso con la ley, desaloja el local dentro del plazo señalado, que al que, incumpléndola, permanece en el local y obliga al arrendador a acudir a los Tribunales para conseguir el desalojo. [S. de 30 de abril de 1959; desestimatoria.]*



**FINCA INCLUIDA EN REGISTRO PÚBLICO DE SOLARES: RETORNO: APLICABILIDAD DE LA L. A. U.:** *En virtud del artículo 2.º del Decreto de 5 de septiembre de 1952, es aplicable la L. A. U. y no la Ley o el Reglamento de Solares, sin que obste a esta interpretación el que el derribo voluntario lo autorice el Gobernador y la edificación forzosa del solar lo ordene la Autoridad municipal.*

**DERECHO DE RETORNO: TRÁMITE PREVIO ADMINISTRATIVO:** *No es presupuesto necesario para que proceda el retorno que se haya tramitado el expediente ante el Gobernador, pues los preceptos del retorno pueden entrar en función, tanto si se ha tramitado el expediente ante el Gobernador, como si se hizo ante el Ayuntamiento.*

**RETORNO: PLAZO: LEGISLACIÓN APLICABLE:** *Regulado por el artículo 104, de la L. A. U. de 1946, no sólo el derecho de retorno, sino el plazo para su ejercicio, su cumplimiento obliga inexorablemente. [8. 21 de marzo de 1959; desestimatoria.]*

**NOTA:** Pretendía el recurrente que el Ayuntamiento había fijado un plazo para el ejercicio del derecho de retorno, y que el órgano jurisdiccional, al no respetar dicho plazo, y aplicar, por el contrario, los preceptos de la LAU, había incurrido en un exceso de jurisdicción. El Tribunal Supremo afirma, primero, que el Ayuntamiento no fijó ningún plazo para ejercitar el derecho de retorno; segundo, que, en todo caso, el órgano jurisdiccional debió, como lo hizo, aplicar la LAU.

Vid. S. de 20 de mayo de 1959.

**RETORNO: DOMICILIO: PLAZO PARA COMUNICARLE:** *No cabe afirmar que la comunicación del domicilio fué extemporánea, porque el artículo 105 de la L. A. U. derogada no fija término para esta diligencia, sino que estatuye que cuando tenga el arrendatario el propósito de volver al inmueble reedificado, comunicará, en la forma prevista al desalojar la vivienda, un domicilio para oír notificaciones, lo que no puede interpretarse como debiendo hacerse en el instante de abandonar el local, ya que desalojar es sacar, expulsar, y presupone el paso o trasunto de lugar, por lo que hasta que no se haya efectuado éste y ocupe nuevo domicilio, no es posible realizar tal diligencia.*

**RETORNO: DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES: FINALIDAD:** *El propósito de la Ley es que el arrendador conozca dónde ha de dirigirse al reservatario para la efectividad del compromiso contraído, y esta precisión no surge hasta el momento en que, terminado el nuevo edificio, haya de poner a su disposición el local reservado.*

**L. A. U. Y LEY DE SOLARES: CRITERIOS EN QUE SE INSPIRAN:** *Ambas leyes de solares y de arrendamientos urbanos se inspiran en principios diferentes, pues mientras aquella atiende al régimen urbanístico de la población, ésta se propone resolver el problema de la escasez de viviendas.*

**RETORNO: CARÁCTER PROVISIONAL DE UN EDIFICIO: LEY APLICABLE:** *Para determinar si un edificio se ha de estimar como provisional a efectos de*

la L. A. U., hay que estar a lo que a este fin dispone el artículo 114 de la Ley (art. 91 de la vigente), sin que influya a este propósito el que se encuentren inscritos como solares, conforme a la ley de este nombre. [S. 25 de abril de 1959; desestimatoria.]

NOTA: Véase Sentencia 3 de abril de 1959.

LEY DE 1946: EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR FALLECIMIENTO DEL USUFRUCTUARIO: *Otorgado el arrendamiento en una fecha en que el arrendador era mero usufructuario del local arrendado, no pudo con sus actos obligar a la nudopropietaria que, a la muerte de aquél, y sin transmisión hereditaria, consolidó el pleno dominio, produciéndose el supuesto del artículo 480 del Código civil.*

LEY VIGENTE: EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR FALLECIMIENTO DEL USUFRUCTUARIO-ARRENDADOR: *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos no puede ser considerada como meramente interpretativa de la anterior en este punto.* [S. 23 de abril de 1959; no ha lugar.]

RESOLUCIÓN POR OCUPACIÓN POR TERCERO DE LA COSA ARRENDADA: *Es reiterada la doctrina de la Sala primera en la que se declara que basta la estimación de la ocupación en beneficio propio por persona ajena al vínculo, para la aplicación de la norma resolutoria.* [S. 16 de mayo de 1959; no ha lugar.]

TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: HECHOS QUE HACEN PRESUMIRLO: *Es lógica la presunción de traspaso inferida de los siguientes hechos: ausencia ininterrumpida del arrendatario que deja de atender al negocio y traslada su residencia a otra población y luego al extranjero; presencia continua en el local de otra persona que atiende al negocio durante la ausencia del arrendatario; otorgamiento por éste a aquél de amplísimo poder, incluso para traspasar el arrendamiento y alterar la naturaleza del negocio; e ignorancia por el supuesto mandatario de la residencia de su poderdante.* [S. 10 de abril de 1959; no ha lugar.]

RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILÍCITO: LEGITIMACIÓN PASIVA: SOCIEDAD ARRENDATARIA DISUELTA AL TIEMPO DEL TRASPASO: *La acción resolutoria fundada en traspaso inconstituido se ha de dirigir contra el arrendatario, ya que el cesionario es extraño al vínculo arrendaticio, sin que a ello sea obstáculo que la arrendataria cedente fuera una sociedad comercial que se disolvió al tiempo del traspaso.* [S. 26 de abril de 1959; no ha lugar.]

TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITO DE VALIDEZ DEL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA: *Sin que se cumplan los requisitos establecidos en la L. A. U., y, concretamente, el de dilatar la realización del traspaso hasta después del transcurso del plazo de treinta días señalado en el artículo 35, no podrá otorgarse válidamente la escritura.* [S. 8 de mayo de 1959; no ha lugar.]

RELACIÓN ARRENDATICIA: NORMAS APLICABLES: *Al no existir contrato escrito ni otro documento por el que se pueda determinar la relación arrendaticia,*

ticia existente entre las partes en la fecha de los recibos, ésta se rige por el contenido de los mismos como expresión de la voluntad de las partes y, en lo que en ellos no estuviere determinado, por la L. A. U., y, como supletorias, por las normas del Código civil.

LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: NOVACIÓN DE CONTRATO: No procede la resolución del contrato si las obras fueron realizadas antes de la celebración de éste durante la vigencia de otro contrato, cuya resolución no se pidió, y que ha sido novado y sustituido por el actual. [S. 28 de abril de 1959; estimatoria.]

ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: LEY DE 1946: El levantamiento de un tabique que divide en dos una habitación, es obra que altera la configuración, y, no estando consentida, da lugar a la resolución. [S. 29 de enero de 1959; no ha lugar.]

OBRAS: La colocación de un tabladillo de madera o entrepiso, formado para la mejor utilización del espacio de un local, no afecta a la configuración del mismo, siempre y cuando no se introduzcan alguno de sus elementos en las paredes o en el suelo mediante obra de fábrica.

OBRAS: Una pieza de madera empotrada «ligeramente» en la pared del local, tampoco modifica la configuración del mismo. [S. 25 de marzo de 1950; ha lugar.]

LOCAL DE NEGOCIO: L. A. U. 1946: EL CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: No se encuentra definido de una manera abstracta o genérica en la ley, por lo que deben tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, a fin de determinar si, dada la naturaleza de la cosa arrendada y sus particulares características, ha llegado a producirse o no un cambio en la configuración.

ALTERACIÓN EN LA CONFIGURACIÓN: La altera la construcción de una tejavana de veinte metros cuadrados que apoya en el suelo mediante cuatro pilastras de ladrillo, ya que entraña una modificación esencial y sensible en la figura geométrica de la zona del patio en donde se levantó, que, siendo espacio abierto, queda cerrado. [S. 30 de abril de 1959; desestimatoria.]

NOTA: I. Establecen también la necesidad de examinar concreta y circunstancialmente la realidad de la configuración, las sentencias de 28 de noviembre de 1957 (ADC, XI-3.º, pág. 953), 24 de octubre de 1957 (id., páginas 953 y sig.) y 14 de febrero de 1958 (id., pág. 952). Exigen una modificación especial y sensible, las sentencias de 4 de diciembre de 1957 (id., página 954) y 1 de febrero de 1958 (id., id.).

II. Lo único permanente en la construcción realizada eran los pilares de ladrillo; la uralita podía retirarse, sin dejar huella—en expresión del recurrente—como si se tratase de una «lona impermeabilizada».

LOCAL DE NEGOCIO: L. A. U. 47: OBRAS CONSENTIDAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: PRESUNCIÓNES: El consentimiento del arrendador para las obras realizadas por el arrendatario se deduce del consentimiento previo de éste para que aquél realizare obras que redujeron el local arrendado, y del aumento de

la renta por el mismo arrendador. [Sentencia de 20 de marzo de 1958; no ha lugar.]

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: COHEREDEROS Y ADMINISTRADOR JUDICIAL: *Otorgado el arrendamiento por la difunta propietaria y renovado, sin interrupción, por el administrador judicial de la testamentaria, que continúa en el ejercicio de su función, no puede un coheredero ejercitar la acción de desahucio interfiriendo la actuación del administrador, a quien incumbe todo lo relativo a dicho arriendo.* [Sentencia de 29 de abril de 1959; no ha lugar.]

## V. Derecho de familia.

1. PARAFERNALES: FALTA DE ACCIÓN: *Al accionar el marido sobre los bienes parafernales necesita una autorización expresa, no bastando poder general para pleitos; pues sin esa autorización expresa, si bien no puede acusársele de falta de personalidad, se halla incurso en la excepción perentoria de falta de acción.* [S. 8 de abril de 1959; ha lugar.]

2. TUTELA: CUENTAS FINALES: JUSTIFICACIÓN: *No es posible admitir la cuenta final de pérdidas presentada por el tutor, si no ha tenido justificación.*

TUTELA: CUENTAS FINALES: APROBACIÓN POR EL CONSEJO DE FAMILIA: *Las cuentas finales han de rendirse al que haya estado sometido a tutela o a sus representantes o derechohabientes, y como se rindieron al Consejo de familia que las aprobó, no vinculan a los pupilos ni al juzgador.* [S. 19 de febrero de 1959; no ha lugar.]

3. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS: *No se da esta obligación cuando la persona que los solicita (hija natural) no ha demostrado tener necesidad de los alimentos que reclama, por hallarse en condiciones de bastarse por sí misma, dada su edad (veintidós años) para procurarse el sustento, dedicándose al trabajo, lo que tampoco ha acreditado hacer.* [S. 29 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

## VI. Derecho de sucesiones.

1. RESERVA VIDUAL: NACIMIENTO: TITULARIDAD QUE GENERA: CONSUMACIÓN: *La reserva ordinaria impuesta por la Ley al cónyuge viudo que contrae segundas nupcias, nace desde el momento de la celebración de dichas segundas bodas, y genera una titularidad en situación de expectativa, con ciertas facultades conservatorias, consumándose plenamente a la muerte del padre reservista en los hijos reservatarios si entonces vivieran, quienes sucederán en esa masa de bienes por las normas de la delación abintestato, aunque en virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, o hubiesen renunciado o repudiado su herencia.*

**RESERVA VIDUAL: RENUNCIA:** *La renuncia del derecho a la reserva ha de hacerse en forma expresa y después de haber nacido ésta por el nuevo matrimonio del cónyuge superviviente.*

**DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE VIUDO: ARTÍCULO 839 DEL CÓDIGO CIVIL (ANTES DE LA REFORMA DE 1958):** *Pese a la letra del mencionado precepto, procede extraer la cuota viudal del tercio libre, no sólo cuando haya hijos de dos o más matrimonios, sino también cuando, habiéndolos de uno nada más, éstos no lo son del cónyuge superviviente. [S. de 2 de marzo de 1959; ha lugar.]*

**2. TESTAMENTO: CAPACIDAD:** *La capacidad mental del testador debe presumirse, salvo prueba en contrario.*

**TESTAMENTO: CAPACIDAD: FE NOTARIAL:** *La fe de capacidad del testador, dada por el notario, con la corroboración de los testigos intervinientes, requiere para destruirse pruebas muy cumplidas y convincentes.*

**TESTAMENTO: CAPACIDAD:** *La apreciación de la capacidad del testador, por ser cuestión de hecho, corresponde al tribunal «a quo».*

**TESTAMENTO: INTIMIDACIÓN:** *Para que la intimidación pueda incluirse en el artículo 673 del Código civil, es preciso que las amenazas sean de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al testador y le causen inhibición de su voluntad. [S. 17 de abril de 1959; no ha lugar.]*

**3. FIDEICOMISO DE RESIDUO: MODALIDADES:** *El fideicomiso de residuo puede presentar dos modalidades: primera, en el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, caso en el que los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia («si aliquid supererit»), y segunda, en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél («de eo quod supererit»).*

**SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y FIDEICOMISO DE RESIDUO:** *El fideicomiso puro o propio entraña por esencia la obligación de conservar y transmitir los bienes que son su objeto (salvo lo necesario para pagar deudas y legados, siempre que no exista dinero de la herencia para satisfacerle). [S. 7 de enero de 1959; no ha lugar.]*

«...que el testamento... contiene, entre otras, las cláusulas siguientes:  
a) instituye heredero vitalicio fiduciario a su hermano don A., aquí recurrido, a quien faculta, no obstante, para vender bienes hereditarios, de acuerdo con uno de los albaceas, pero con la obligación de invertir los precios obtenidos en bienes de igual o parecida naturaleza o en valores de segura renta que sustituyan a los vendidos, y esta obligación de sustituir los bienes vendidos, podrá excepcionalmente no tener lugar si uno de los

albaceas declara que la causa de la venta fué la existencia de una necesidad personal ineludible del heredero vitalicio, que no pudiera satisfacer por otro medio, cuyo heredero no podrá detraer la cuarta Trebellánica (Cláusula cuarta), b) instituye herederos sustitutos o fideicomisarios, para después de la muerte del heredero vitalicio, y con respecto a los bienes que integran el patrimonio hereditario en aquella fecha, a las personas que cita, entre ellas el hoy recurrente..., determinando las participaciones en cuota y modalidades que las sustituciones (sic), y en el caso de sobrevivir a la testadora el heredero vitalicio el «residuo hereditario que este deje», se entenderá transferido de la testadora a los sustitutos a la muerte de dicho heredero (Cláusula quinta), y después de nombrar albaceas contadores-partidores, y de conferir a éstos las más amplias facultades o atribuciones interpretativas, estimativas y distributivas «incluso para distribuir entre en (sic) herederos sustitutos el residuo hereditario que pueda quedar al fallecimiento del heredero don A. M. B.», prorroga los plazos en los términos que expresa (Cláusulas sexta y séptima); ... (Considerando segundo). (Los subrayados son de la copia de la sentencia.)»

«...que en la súplica de la demanda se pide por el heredero fideicomisario, don..., frente al fiduciario, don A. M. B.: Primero. Que se inscriba expresamente en el Registro de la Propiedad el derecho que corresponde al actor. Segundo. Que éste (sic) (debe entenderse referido al fiduciario, naturalmente) preste caución suficiente, según el Derecho foral catalán, para asegurar la restitución de la herencia, de la que no se halla dispensado. Tercero. Que se declare que la causa única por la que, conforme a la cláusula cuarta del testamento, el fiduciario demandado pueda ser autorizado a disponer de bienes de la herencia es la existencia de una necesidad personal ineludible que no pudiese satisfacer por otro medio; y Cuarto. Que igualmente se declare que las enajenaciones realizadas hasta la fecha de la presentación de la demanda por el heredero fiduciario, salvo las que se han causado por el pago de legados, lo han sido sin existir tal necesidad y por tanto, son contrarias a derecho, estando obligado a restituir a la herencia fideicomitada el importe de lo percibido mediante ellas; pretensiones desestimadas por la sentencia recurrida, impugnada en el primero de los motivos de este recurso formulado al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley procesal, por calificar de fideicomiso de residuo a la institución fideicomisaria constituida en el testamento de autos... (Considerando tercero).

**ANTECEDENTES:** Quedan expuestos en los considerandos que se acaban de transcribir. Baste completarlos diciendo que las enajenaciones impugnadas eran las que el fiduciario había verificado, respecto de unos valores mobiliarios por cuantía superior al millón de pesetas, para verificar el pago del Impuesto de Derechos reales.

**OBSERVACIONES:** Un problema de interpretación testamentaria plantea de nuevo la cuestión acerca de las diferencias y relaciones entre la sustitución fideicomisaria (en rigor del fideicomiso catalán) y el fideicomiso de residuo y da ocasión al Tribunal Supremo para ensayar una clasificación de éste, clasificación, que, con todo respeto, entendemos falta de justificación y contradictoria.

Distingue el Tribunal Supremo dos modalidades del fideicomiso de re-

siduo: a) *si aliquid supererit*, b) *de eo quod supererit*. El criterio diferencial es que en el primer caso se deja a los fideicomisarios el residuo que quede, si queda; en el segundo, el residuo que *necesariamente* (es palabra que se emplea en la sentencia) debe quedar.

El fideicomiso *si aliquid supererit* (si algo queda) es el típico de residuo. Si de la herencia del fideicomitente quedare algo a la muerte del fiduciario por no haber sido objeto de disposición por éste, pasará a los fideicomisarios que le sobrevivan.

El fideicomiso *de eo quod supererit* es muy dudoso que tenga un sentido y una sustantividad distinta del anterior, pero si así fuera y el matiz distintivo fuera el apuntado por esta sentencia («de aquello que *debe* quedar») como institución en la que hay un resto intangible para el fiduciario, de que no puede disponer y que se reserva a los fideicomisarios necesariamente, nos encontraríamos con un problema de interpretación que habría de resolverse en uno de estos dos sentidos:

1.º Entender que el fiduciario lo es sólo respecto del «resto que debe quedar», en calidad de sustitución fideicomisaria normal, es decir, con las obligaciones características de conservar y transmitir y que es heredero libre en la herencia como tal, en lo demás, o sea, en la diferencia entre el total acervo hereditario y aquel mínimo que debe quedar. Evidentemente, esta interpretación destruye todo vestigio de fideicomiso de residuo; y

2.º Entender que hay una combinación de un fideicomiso de residuo y de una sustitución fideicomisaria. Esta, en cuanto al resto o mínimo que debe quedar. Aquél, respecto de lo demás relicto por el causante. Tampoco en este caso podría hablarse con propiedad de una modalidad de fideicomiso de residuo, sino de un fideicomiso de residuo normal u ordinario, que se combina y mezcla con una sustitución fideicomisaria parcial.

El tradicional criterio restrictivo en materia de fideicomisos nos inclina a considerar que cuando de la disposición testamentaria resulte que la herencia se deja al heredero señalándose un resto, un mínimo o una parte de la herencia que deba pasar a otros herederos sucesivos, se ha dado nacimiento a una sustitución fideicomisaria parcial; sólo existe vinculación fideicomisaria en cuanto a la cantidad señalada y el heredero es heredero libre en relación a los demás bienes hereditarios.

Otro punto de notable interés debatido en el litigio a que dió fin la presente Sentencia, es el de las facultades dispositivas del fiduciario en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo.

La tesis del recurso podría montarse sobre el siguiente silogismo: En la sustitución fideicomisaria es normal la obligación de conservar y transmitir, y excepcional la facultad de disponer; mientras que en el fideicomiso de residuo el fiduciario disfruta de la facultad de disponer de un modo normal. Es así que en el caso de autos el testamento sólo de un modo excepcional confiere al heredero la facultad de disponer, luego no se trata de un fideicomiso de residuo, sino de una sustitución fideicomisaria.

Hay que hacer notar que en el testamento discutido se conceden al heredero calificado de fiduciario facultades dispositivas de muy distinto alcance: a) Por un lado, se le atribuye una facultad para vender los bienes hereditarios con obligación de reinvertir inmediatamente el precio obtenido en otros bienes de análoga naturaleza y similar rentabilidad, sin más limitación que la de que su ejercicio se verifique «de acuerdo con uno de los albaceas» (intervención ésta, cuyo alcance y efectos no resulta clara).

La concesión de esta facultad no parece tener otra finalidad que la de evitar la inestable y antieconómica situación en que se hallan de ordinario los bienes fideicomitados ante un posible acto de enajenación que las circunstancias puedan hacer recomendable. El testador ha querido solventar la posible enajenación de los bienes de acuerdo con las exigencias del táfico y, para ello, establece lo que podríamos llamar una vinculación fideicomisaria «de valores». No importan los bienes *in natura*, sino su valor y rentabilidad. Por eso, si bien se faculta al heredero para enajenar, esta facultad se corrige automáticamente en un doble sentido: intervención fiscalizadora

de uno de los albaceas y (lo que es más significativo y revelador) obligación de invertir el precio en bienes igualmente seguros y notables, hay que entender, con la misma intervención del albacea.

Hasta aquí, si esta fuera la única facultad dispositiva conferida al fiduciario, no vemos más especialidad que la de la creación de una sustitución fideicomisaria especial en la que, por voluntad del fideicomitente, incide el instituto de la subrogación real. Un fideicomiso que se aplica, no a la individualidad material de los bienes relictos, como es lo normal, sino a ellos o a los que se subroguen en su lugar, en virtud del ejercicio de la facultad dispositiva concedida cuando la misma se lleve a efecto con la intervención del órgano de fiscalización creada a tal fin. A nuestro juicio, esta facultad dispositiva no obsta a la existencia de una sustitución fideicomisaria, dada la subsistencia de la obligación de conservar y transmitir los bienes subrogados, si bien la modeliza en forma característica y en un sentido que no podemos dejar de alabar y considerar deseable.

Por otro lado, b), hay otra facultad dispositiva que el testador atribuye al fiduciario, que calificaremos de facultad dispositiva para consumir, frente a la anterior a la que puede llamarse facultad dispositiva para reinvertir o subrogar. Surge como excepción frente a la anterior. El testador señala con minuciosidad los casos en que el fiduciario podrá disponer de los bienes *sin obligación de reinvertir el importe obtenido*. Quedan determinados con precisión los requisitos para que, excepcionalmente, cese la obligación de sustituir los bienes vendidos. Cuando tales circunstancias se den, el acto dispositivo verificado por el fiduciario habrá tenido como consecuencia extraer unos bienes de la herencia fideicomitida. Y esto es precisamente lo característico del fideicomiso de residuo y lo incompatible con la sustitución fideicomisaria: que la vinculación se reduzca a aquellos bienes de que el fiduciario no haya dispuesto válidamente intervivos, en virtud de las facultades que al efecto le concedió el testador.

Por ello coincidimos con el fondo de la sentencia comentada. En el fideicomiso de residuo no hay obligación de conservar y, correlativamente, existe en el fiduciario una facultad de disposición intervivos. Esta facultad, normalmente, es plena: el fiduciario, a su arbitrio, dispone o no de los bienes, sin contar más que con su libérrima voluntad. En ocasiones puede ocurrir que el testador limite las ocasiones en que el fiduciario pueda ejercitar sus facultades dispositivas o ponga trabas a dicho ejercicio, pero hay que entender que siempre que la facultad de disposición exista con virtualidad suficiente para extraer bienes de la herencia fideicomitida, aunque en otros aspectos se halle limitada, cercenada, constreñida o restringida, existe también el fideicomiso de residuo y no puede hablarse de sustitución fideicomisaria normal, ya que falta la obligación característica de conservar los bienes para los fideicomisarios a quienes se han de transmitir. (D. I.)

4. CATALUÑA: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: FIDEICOMISO CONDICIONAL «SI SINE LIBERIS DECESSERIT». *Su fundamento está en hermanar la libertad de testar con la conservación del patrimonio familiar, siendo sus notas distintivas la temporalidad y la condicionalidad, y su verdadera «ratio», el que los bienes no salgan de la familia.*

FIDEICOMISO «SI SINE LIBERIS DECESSERIT»: *Si bien la norma general es que los hijos puestos en condición no se entienden en disposición; ocurrirá lo contrario cuando interpretando el testamento se vea que es otra la voluntad del testador; bien por la forma en que los hijos puestos en condición son llamados (se decía en el testamento que en defecto de los fideicomisarios pasen los bienes a sus descendientes legítimos); bien porque a su favor se den aquellas hipótesis o conjeturas que sirven para corroborar*



la intención del testador, cuales son el llamamiento de los hijos y descendientes por sus nombres; el que en defecto de ellos la herencia va a extraños; y el que a los tres hijos del testador había distribuido aquel parte de sus bienes.

**FIDEICOMISO «SINE LIBERIS»:** IMPENSAS Y MEJORAS ÚTILES: Estas mejoras, si son susceptibles de poderse retirar, deben retirarse, a no ser que el fideicomisario las reciba, teniendo entonces el fiduciario derecho de retención hasta que su importe le sea entregado.

**FIDEICOMISO «SINE LIBERIS»:** MEJORAS DE PURO LUJO O MERO RECREO: Estas mejoras puede retirarias el fiduciario si la cosa sobre que recaen no sufre deterioro, a menos que el sucesor en la posesión prefiera quedarse con ellas y satisfacer el importe de lo gastado. [S. 13 de marzo de 1959; ha lugar.]

5. INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: LEGADO CONDICIONAL: Siendo la voluntad del testador instituir a favor de sus hijos varones un legado condicional con condición suspensiva mediante el cual les deja la manda de la propiedad de la casa, y cuya adquisición no tendría efecto hasta la extinción del usufructo legado a sus hermanas, el derecho al legado no nació hasta que se produjo el óbito de la última usufructuaria, y mientras tanto sólo produjo una expectativa de derecho al legado que podía llegar o no llegar, y no un derecho expectante o legado a término.

**DERECHO DE ACRECER ENTRE COLEGATARIOS CONDICIONALES:** por la existencia evidente de la condición suspensiva, aun cuando uno de los legatarios, por fallecer sin descendencia, hiciere acrecer su derecho en potencia a su colegatario, sólo le transmitió la expectativa del derecho al legado que él mismo tenía.

**LEGADO CONDICIONAL:** ANTINOMIA DE LOS ARTÍCULOS 759 Y 799 DEL CÓDIGO CIVIL: En el artículo 799 no se emplea la palabra «condición» en su sentido estricto, sino que hace referencia a un término o plazo incierto, como aquel cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona que necesariamente ha de suceder aunque se ignore cuándo. [S. 28 de febrero de 1959; no ha lugar.]

«...que como antecedente necesario a la resolución del presente recurso, precisa fijar el texto de la cláusula instituyente del legado ... cuya literalidad es del siguiente tenor: «Lega a sus hijas doña M. I., doña C. y doña M. D., para todo el tiempo que se mantuvieran solteras y con recíproco derecho de acrecer el usufructo de la íntegra finca urbana que el testador posee en la calle de la Fortella de esta ciudad, señalada con los números treinta y treinta y dos, con todo lo que en ella hubiere propio del otorgante al morir éste ... Lega en propiedad a sus hijos don A. y don Alf., por igual, todo lo que en usufructo ha legado a las tres hijas en el párrafo precedente. El presente legado no tendrá efecto, si lo tuviere dicho usufructo, hasta la extinción de éste. Si entonces hubiere fallecido cualquiera de los dos legatarios, su derecho al legado pasará a los descendientes del mismo por

estirpes, y en defecto de unos y otros al coligatario, y en su defecto a los descendientes de éste, por estirpes, y en defecto de todos, al pariente o parientes del testador a quienes correspondería suceder a éste abintestato en el supuesto de haber ocurrido entonces la defunción del mismo otorgante. (Considerando 1.º). (El subrayado es de la copia de la sentencia).

«...que el sentido literal de tal cláusula como Ley de la sucesión que es, y a que deben ser tenidos todos los que de ella deriven su derecho, al no tener oscuridad ni ambigüedad, ofrece en su interpretación, la de que la voluntad declarada del testador, acorde con su indudable intención, fué la de instituir a favor de sus dos hijos (varones) por igual un legado condicional con condición suspensiva, mediante el cual les deja la manda de la propiedad—no de la nuda propiedad como a juicio del recurrente se estima y hace resaltar—, sobre la casa... cuya adquisición «no tendría efecto si lo tuviese dicho usufructo—el instituido a favor de las hermanas—, hasta la extinción de éste», y «entonces», o sea, para tal caso, cuando eso se verificara, establece distintas sustituciones en el legado, entre ellas las de los legatarios entre sí, de no producirse antes otra preferente hasta deferir la adquisición del mismo al pariente o parientes del testador a quien correspondiera sucederle abintestato, y así sentado, es visto que el demandado en el pleito..., o sea, don A., que sobrevivió a su hermano fallecido sin hijos, no podía hacer efectivo el legado del mencionado inmueble hasta que se extinguió el que en concepto de usufructo se dejó a sus hermanas, lo que tuvo lugar, no porque contrajeran matrimonio, sino por fallecimiento de todas ellas, y aun cuando así ocurrió, el derecho al legado no nació hasta que se produjo el óbito de la última usufructuaria, pues podía darse el caso de que los legatarios de la propiedad del inmueble y sus distintos sustitutos decidieran (sic. Hay que suponer que quiere decir «fallecieran») antes que las usufructuarias, en cuyo caso serían llamados al legado los herederos abintestato del causante». (Considerando 2.º.)

CONCORDANCIAS.—Véase la Sentencia de 26 de enero de 1959.

### DERECHO MERCANTIL

1. **DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES:** *Puesto que en ninguno de los dos Códigos se considera expresamente la diferenciación entre sociedades civiles y mercantiles, el criterio distintivo sólo puede consistir en el que tiene por base la indole de las operaciones a que se dediquen, criterio que es compartido por la doctrina y, dentro de sus fluctuaciones, por la jurisprudencia.*

**SOCIEDAD IRREGULAR: CARÁCTER MERCANTIL:** *Constituida por los litigantes sin los requisitos formales del Código de comercio una sociedad cuyo objeto era la fabricación y venta de tejidos y tapices, ha de reputarse como sociedad irregular de carácter mercantil.*

**SOCIEDAD MERCANTIL IRREGULAR: RÉGIMEN: LIQUIDACIÓN:** *Esta sociedad ha de regirse por los preceptos del Código de comercio, Leyes especiales o usos del comercio, y, en su defecto, por las reglas del Derecho común.*

*Está en lo cierto el fallo recurrido al disponer que la liquidación de la sociedad irregular se practicará con arreglo al Código de comercio. [Sentencia 29 de noviembre de 1958.]*

**OBSERVACIONES:** En la presente sentencia se abordan y resuelven dos problemas (criterio distintivo entre sociedades civiles y mercantiles; posible existencia de sociedades irregulares de carácter mercantil), sobre los que no existe, como en el propio fallo se reconoce, unanimidad en las decisiones del Tribunal Supremo. Ambas cuestiones están íntimamente relacionadas: la solución de la segunda depende de la manera de ser resuelta la primera. Si la distinción entre sociedades mercantiles y civiles se hace residir en el doble dato del objeto social y de la constitución, conforme a las formalidades del Código de comercio, será imposible otorgar carácter mercantil a una sociedad irregular; esta es la postura mantenida en las Sentencias de 31 de mayo de 1912, 25 de mayo de 1917 y 5 de julio de 1940. Si el criterio distintivo se centra únicamente en la naturaleza de las actividades a que se dedique la sociedad, nada impide calificar como mercantil a una sociedad que no haya cumplido los requisitos de forma exigidos por el Código de comercio. Esta segunda tesis es la que últimamente ha imperado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, Sentencias de 15 de octubre de 1940, 14 de febrero de 1945 y 6 de mayo de 1954), y encuentra nueva confirmación en la presente sentencia. Insistiendo en esta acertada tesis, la sentencia se cuida de destacar que la sociedad irregular mercantil queda sujeta a la disciplina de las sociedades mercantiles. No es ésta, por el contrario, la postura de la Sentencia de 3 de octubre de 1958, en la que se afirma de manera muy general y sin establecer las debidas matizaciones, que todas las sociedades de hecho o irregulares están sometidas al régimen de la comunidad de bienes. (C. F. R.)

2. SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA: DENOMINACIÓN SOCIAL: ARTÍCULO 126 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: Véase Sentencia de 12 de diciembre de 1958. (III, 4.)

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *El accionista que comunica a la sociedad la adquisición de sus acciones después del día de la celebración de la Junta general cuyos acuerdos pretende impugnar, carece en tal fecha de la condición de accionista ausente, y no está legitimado para ejercitar la acción de impugnación del artículo 68 L. S. A. [S. 7 de febrero de 1959.]*

4. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA ENTRE COMERCIANTES: NATURALEZA MERCANTIL: *El contrato de arrendamiento de obra entre comerciantes es mercantil, y por no existir en el Código mercantil normas específicas y propias que le gobiernen, han de ser sus estipulaciones reguladas por las reglas del Derecho civil.*

**AUXILIARES DEL COMERCIANTE: MANDATARIO VERBAL: FORMA: BUENA FE: Los requisitos de los artículos 281, 282 y 292 del Código de comercio, imperativos para los auxiliares que con carácter constante, continua y permanentemente cooperan con el principal en su negocio, no son necesarios, dada la buena fe que preside la vida del comercio, en localidades de escaso vecindario en que son conocidas por los que se dedican a asuntos análogos todas las circunstancias de esencia y accidentales que concurren en cada uno.**

**LIBERACIÓN DEL DEUDOR:** *Es liberatoria para la empresa demandada la devolución de la lana hecha a persona que desarrolla una actividad notoria, externa y pública en las actividades del comerciante, siendo unánimemente conocida por cuantos se dedican en la plaza al comercio de lana, los cuales le consideran, unos como empleado suyo, y otros como socio, no precisando de formalidad específica de poder o de autorización para los actos de comercio que desarrolla.* [S. 31 de marzo de 1959; no ha lugar.]

**HECHOS:** Una empresa dedicada al lavado y manipulado de lanas recibe una remesa de ella, a nombre de determinado comerciante de Béjar. En ausencia de este comerciante, dicha empresa efectúa la devolución a un familiar de aquél, colaborador del mismo en el negocio, según era notorio en la localidad, teniendo, además, con él una libreta indistinta en un Banco, y habiendo afianzado al mismo la devolución de un crédito que le había hecho una entidad bancaria. Al parecer este colaborador del comerciante había retenido la lana temiendo que una actuación desafortunada iba a producir su estado de insolvencia. El comerciante titular del negocio de lanas demanda a la empresa, alegando no haber recibido la lana entregada para su lavado y manipulación. Estimada la demanda en primera instancia, se revoca la sentencia en apelación y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso.

**COMENTARIO:** Destaca en esta sentencia, la preocupación por las necesidades del tráfico, dando cumplida satisfacción a las exigencias derivadas del principio de la buena fe. También podría hablarse del juego del principio de la apariencia jurídica en beneficio de terceros. Quien actúa y se comporta en el comercio, y es tenido por todos, como factor o mandatario de un comercio, está legitimado para recibir mercancías liberando esta entrega al deudor.

Debe destacarse que el Tribunal Supremo no profundiza en las relaciones internas que puedan existir entre el comerciante y la persona que de modo notorio actúa en su propio nombre, aludiendo a su posible caracterización de socio o de colaborador, en general. Para la relación externa entre el comerciante y los terceros, considera suficiente la existencia de un apoderamiento verbal. (Sobre el *factor notorio*, cfr. URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1958; pág. 40 y s.) (G. G. C.)

5. **TRANSPORTE MERCANTIL: COMPAÑÍAS DE FERROCARRILES: CONTENIDO DEL CONVENIO:** *La Ley de 9 de abril de 1904, por su generalidad y amplitud, no restringe la materia o materias sobre las que puede versar el convenio, como lo hacia la precedente de 19 de septiembre de 1896.* [S. 17 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

Una antigua jurisprudencia (SS. de 28 de enero de 1899 y 19 de octubre de 1900) había entendido que el procedimiento de la Ley de 19 de septiembre de 1896 sólo podía aplicarse a los convenios especiales que las compañías celebren con sus obligacionistas, y cuyo objeto exclusivo fuera sustituir por otros los títulos emitidos o introducir modificaciones o aplazamientos en los cuadros de amortización de las obligaciones. El demandante impugnó un determinado convenio celebrado al amparo de aquella Ley y de las de 9 de abril de 1904 y 2 de enero de 1915, por entender, entre otras cosas, que entrañaba quita y posposición de hipoteca, quedando, por ello, fuera del ámbito limitado que la ley y la jurisprudencia señalaban

a estos negocios. El Tribunal Supremo desestima el recurso, al entender que la Ley de 1904 amplió, sin restricciones, el posible contenido de estos convenios. (L. D. P.)

6. CONTRATO DE FLETAMENTO: VELOCIDAD DE LA NAVE: INTERPRETACIÓN DE LA PÓLIZA: *Sin desconocer la importancia que en todo contrato de transporte tiene el elemento de la velocidad, como determinante del plazo de duración del mismo, tiene un carácter más eventual en el marítimo, por lo que, si el barco responde en sus condiciones generales a su descripción oficial y desarrolló normalmente sus características en el crucero, no puede decirse que el fletante incumpliera sus obligaciones, aun cuando la velocidad desarrollada fuese inferior a la consignada en el contrato al describir el buque.* [S. 7 de marzo de 1959; no ha lugar.]

Se trataba de un recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra un laudo arbitral dictado en un arbitraje de derecho. La compañía fletadora, después de realizado el viaje a una velocidad inferior a la señalada en el contrato, reclamó el pago del extorno del flete que correspondía a la diferencia entre la velocidad que se dijo y la que realmente desarrolló el buque en su viaje. La compañía fletante entendía que la indicación de la velocidad se había consignado en la cabecera del contrato al describir el buque, con sus demás características, pero que no había asumido la obligación de garantizar una velocidad mínima. Absuelta la sociedad demandada por el laudo de los árbitros, el T. S. declara no haber lugar al recurso (L. D. P.)

7. PRESCRIPCIÓN MERCANTIL: INTERRUPTIÓN: *La carta en la que se contiene un pleno reconocimiento de la deuda interrumpe la prescripción, y desde la fecha de esta carta habrá de partirse, conforme al artículo 944 C. de c., para contar de nuevo el plazo.* [S. 13 de noviembre de 1958.]

8. PRESCRIPCIÓN MERCANTIL: INTERRUPTIÓN: *Si el recurrente reconoció en dos cartas su obligación de pagar la cuota del seguro, se produce, conforme al artículo 944 C. de c., una causa legal de interrupción de la prescripción.* (Sentencia 17 febrero 1959.)

## DERECHO PROCESAL

COMPETENCIA: SUMISIÓN: TEMERIDAD: *El demandado, que conoce la cláusula de sumisión, obra con temeridad al promover la inhibitoria.* [S. 28 de febrero de 1959.]

FALTA DE PERSONALIDAD: FALTA DE ACCIÓN: *La falta de personalidad se refiere a la forma, al carácter con que se actúa; la falta de acción al fondo del pleito.*

ARTÍCULOS 504 Y 506 DE LA L. E. C.: *La prohibición a que alude el artículo 506 L. E. C., sólo se refiere a los documentos que hacen relación al fondo del litigio, que son los comprendidos en el artículo 504 de la misma L. E. C.*

**RECURSO DE CASACIÓN:** *El artículo 1.253 del C. c. sólo puede combatirse por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C. y no por el del número 7.º del mismo artículo.* [S. 10 de marzo de 1959; no ha lugar.]

**PERSONALIDAD DEL ESTADO COMO ACREEDOR DE UN HEREDERO CONDENADO POR RESPONSABILIDADES POLÍTICAS: JUICIO DE NULIDAD DE ACTUACIONES:** *El Abogado del Estado carece de personalidad para pedir la nulidad de actuaciones de un juicio ejecutivo, seguido contra todos los herederos de una herencia indivisa, entre los cuales, figura uno encartado en responsabilidades políticas, a consecuencia de las cuales fué condenado al abono de determinada suma, para cuya efectividad, se acordó el embargo de la parte que en su día le correspondiera en la citada herencia indivisa.* [S. 11 de febrero de 1959; no ha lugar.]

En un proceso por responsabilidades políticas se acuerda el embargo de los derechos que corresponden al penado en la herencia de su padre; fallecido éste e instada la declaración de herederos, se persona el Abogado del Estado en el juicio de abintestato, ejercitando diversas acciones, y, en particular, la de nulidad de actuaciones de un juicio ejecutivo seguido por un Banco contra todos los herederos, y en el que se adjudicó al Banco la finca ejecutada por valor de un millón de pesetas. La demanda del Abogado del Estado se rechaza en ambas instancias, e interpuesto recurso de casación, es, asimismo, rechazado. (G. G. C.)

**DEMANDAS CONTRA ORGANISMOS ESTATALES: INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA: VÍA GUBERNATIVA PREVIA:** *Esta excepción está sustraída a la casación por quedar fuera de los casos determinadamente señalados en el artículo 1.692 de la L. E. C.*

**DEMANDAS CONTRA ORGANISMOS ESTATALES: VÍA GUBERNATIVA PREVIA: PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA:** *Al no haberse notificado personalmente a los interesados la resolución recaída en la vía gubernativa, podían éstos entablar la acción civil, transcurridos cuatro meses desde la presentación de la instancia ante el Ministerio que había de resolverla, a tenor de lo que preceptúa la regla octava del artículo 1.º del R. D. Ley de 23 de marzo de 1886.* [S. 23 de enero de 1959; no ha lugar.]

**POBREZA: VOLUNTARIA HOLGANZA:** *Según la S. de 11 de junio de 1935, repugna a la moral y a la ley que quien se constituyó en voluntaria holganza sin hallarse imposibilitado para el trabajo, ni impedido de procurarse con su personal esfuerzo los medios económicos imprescindibles para la vida, pueda licitamente alegar la total carencia de ellos como demostración de su estado legal de pobreza.*

**INGRESOS DEL CÓNYUGE:** *No puede obtener el beneficio de pobreza el litigante que no justifica el estado de fortuna de su consorte.* [S. 31 de enero de 1959; no ha lugar.]

**BENEFICIO DE POBREZA:** *Denegada la pobreza puede solicitarse en un momento posterior, pero justificando cumplidamente que ha venido a este es-*

*tado de pobreza por causas posteriores a la sentencia que le negó anteriormente aquel beneficio.*

**BENEFICIO DE POBREZA: RENUNCIA A LA POSESIÓN DE UN TALLER:** *No puede alegarse esta renuncia como justificante de que ha sobrevenido la pobreza; pues supone o la tenencia de bienes o fortuna que les permite desprenderse de otros, o la creación artificial de una situación de pobreza para litigar. [S. 24 de diciembre de 1955; no ha lugar.]*

## II. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

### I. Derecho civil.

1. FUENTES COMPLEMENTARIAS DE LA L. A. U.: *Es aplicable el artículo 1.581 del C. c. para determinar, en defecto de pacto expreso, la duración del arriendo o del subarriendo.*

IRRELEVANCIA DE FUNDAMENTOS METAJURÍDICOS: *Las circunstancias morales y familiares de los litigantes no tienen la trascendencia jurídica necesaria para modificar el derecho aplicable.* [S. 16 de enero de 1959; no ha lugar.]

2. ADQUISICIÓN POR EL ARRENDATARIO DE LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA: EFECTO RESPECTO AL SUBARRENDATARIO: *Al adquirir el arrendatario la propiedad de la vivienda, el subarrendatario de una habitación de la misma adquiere la cualidad de inquilino de dicha habitación, con todos los derechos inherentes a tal condición, entre ellos, el de la prórroga forzosa.* [S. 4 de marzo de 1959; no ha lugar.]

El Tribunal Supremo ha afirmado en reiteradas sentencias—vid, por ejemplo, las de 15 de febrero y 1 de marzo de 1957—que la extinción del arrendamiento por confusión de los derechos del arrendador y del arrendatario en una misma persona, al adquirir el segundo la propiedad del inmueble no provoca la extinción del vínculo subarrendaticio existente entre dicha persona y un tercero.

Sentada tal doctrina, se ha planteado la cuestión de si en tales supuestos se produce realmente la subsistencia con todo su contenido del primitivo vínculo subarrendaticio, o si, por el contrario, la antigua relación de subarriendo experimenta una novación por cambio de naturaleza y contenido. Frente al criterio que, implícitamente al menos, se deduce de los perfectamente razonados fundamentos de derecho de las dos sentencias citadas, favorable a la primera de las alternativas expuestas, la sentencia anotada entiende que el subarrendatario, en tales casos, asciende de rango y llega a convertirse en arrendatario, doctrina inadmisibles, pues el efecto y alcance de los contratos de tracto prolongado como el arrendamiento y el subarriendo viene determinado por la Ley y la voluntad de las partes desde el momento inicial, sin que quepa ulterior modificación unilateral.

No cabe que el subinquilino, como consecuencia de un hecho extraño a la relación de subarriendo, como es la adquisición por el arrendatario de la propiedad de la cosa arrendada, adquiera derechos de que carecía, conforme a los efectos señalados por la Ley al contrato pactado y pase a gozar de una estabilidad prácticamente indefinida en el goce de la cosa objeto del contrato, en lugar de la limitada temporalidad propia del subarriendo ordinario; el subarrendatario, por tanto, tras la conversión del



inquilino en propietario, seguirá expuesto a la acción «resolutoria» por expiración de plazo, a menos de que, por tratarse de un subinquilino amparado por la Disposición transitoria 4.ª de la LAU, goce del beneficio de prórroga forzosa.

La A. T. de Madrid, en S. de 1 de mayo de 1958, mantuvo doctrina análoga a la de la Audiencia de Barcelona; vid referencia a dicha sentencia en este ANUARIO, 1958, página 967 y las reservas que a su doctrina formulan los anotadores.

3. SUBARRIENDOS PRIVILEGIADOS: CONVIVENCIA: *La convivencia exige uso y disfrute en común y simultáneo de la vivienda, tanto por parte del convivente arrendatario, como del subarrendatario.* [S. 20 de enero de 1959; ha lugar.]

4. SUBARRIENDOS DEL ARTÍCULO 27 DE LA LAU DE 1946: *El defecto de notificación de la existencia de los convivientes del artículo 27 de la LAU de 1946 no es causa de resolución, y sólo produce el efecto previsto en la disposición transitoria 5.ª de la vigente LAU.* [S. 4 de mayo de 1959; no ha lugar.]

5. SUBARRIENDOS DEL ARTÍCULO 27 DE LA LAU DE 1946: CÓMPUTO DE CONVIVENTES: *A efecto del artículo 27 de la antigua LAU, el matrimonio debe ser computado como una persona.* [S. 27 de abril de 1959; no ha lugar.]

6. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRENDATICIO: EFECTO DE LA NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *Lo que da plena eficacia jurídica a la sucesión en el arrendamiento es la participación al dueño del local arrendado, dentro del plazo legal, del hecho de la subrogación.* [S. 16 de abril de 1959; no ha lugar.]

7. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRENDATICIO: INCUMPLIMIENTO DE LA NOTIFICACIÓN: *Probado el fallecimiento de la madre del titular arrendaticio subrogado en los derechos de éste, y que los sucesores de aquélla omitieron cumplir la notificación del artículo 58 de la LAU, procede la resolución del contrato.* [S. 13 de febrero de 1959; no ha lugar.]

8. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRENDATICIO: PARENTESCO DE AFINIDAD: *No cabe incluir a los afines entre los «hermanos» a que se refiere el artículo 58 de la LAU.* [S. 30 de enero de 1959; no ha lugar.]

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CONCEPTO DE NO OCUPACIÓN: *La simple presencia de muebles y efectos del inquilino en la vivienda, no acompañada de la presencia física y corporal de éste, de sus familiares o de los que contractual o legalmente traigan causa del mismo, no integra ocupación a efectos del artículo 62, número 3 de la LAU.* [S. 30 de abril de 1959; no ha lugar.]

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: *El padecimiento de reuma, por sí sólo, no engendra una justa causa de no ocupación.* [S. 27 de enero de 1959; no ha lugar.]

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENER EL ARRENDATARIO VIVIENDA LIBRE A SU DISPOSICIÓN: *Si el arrendatario dispone de una vivienda totalmente terminada, salvo la pintura de la misma, en casa de su propiedad, de condiciones similares y aún mejores que la que posee como arrendatario y libre de ocupantes, procede estimar la denegación de prórroga contra el mismo, ejercitada al amparo de la causa 5.ª del artículo 62 de la LAU.* [S. 28 de enero de 1959; no ha lugar.]

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SUPUESTO: *Quien habita con su cónyuge en el domicilio de su hermano y es invitado por éste a desalojar el dormitorio que allí ocupa puede invocar la situación de necesidad.* [S. 2 de abril de 1959; ha lugar.]

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: MATRIMONIO PROYECTADO: *Procede la denegación de prórroga por necesidad si se exteriorizo el propósito serio y formal de contraer el matrimonio.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: SELECCIÓN: *Es absurdo que se pretenda incluir entre las viviendas objeto de selección aquélla de la propia finca en que habita un ascendiente del arrendador.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: NULIDAD DE ACTUACIONES: *Los preceptos de carácter procesal o contenidos en leyes adjetivas no pueden servir de base del recurso, al que es ajena la materia relativa a la nulidad de actuaciones.* [S. 22 de abril de 1959; no ha lugar.]

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Nadie está obligado a convivir con su madre viuda al morir el padre.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRESUNCIONES CONTRARIAS A LA EXISTENCIA DE NECESIDAD: *No es aplicable la norma del artículo 63, párrafo 3.º de la LAU si las otras fincas son propiedad, no del demandante, sino de su padre.* [S. 15 de abril de 1959; no ha lugar.]

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: CONCEPTO DE FAMILIA: *Gramaticalmente «familia» es el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, en cuya acepción es evidente que están comprendidos los sobrinos, interpretación que en relación al artículo 64 de la LAU no está reñida con la lógica, pues es corriente que convivan tíos y sobrinos.* [S. 29 de abril de 1959; no ha lugar.]

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: FUNCIONARIO: *Funcionario es quien ejerce su ministerio, no el que habiéndolo sido, se halla jubilado.* [S. 29 de febrero de 1959; no ha lugar.]

En el mismo sentido S. T. E. de 25 de octubre de 1954.

17. RENTA: ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE PAGARLA: *Hay exigencia legal de pagar la renta hasta el desalojo de la vivienda.*

**RENTA: EFECTO DEL COBRO DE LA MISMA, PENDIENTE EL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN RESOLUTORIA:** *El cobro de la renta no supone el desistimiento de la acción resolutoria.* [S. 18 de abril de 1959; no ha lugar.]

**NOTA:** Adquiere cada vez más uniformidad y consistencia la doctrina, según la cual la firmeza del pronunciamiento—ya se repute a este constitutivo o meramente declarativo—resolutorio de contrato de arrendamiento, no determina automáticamente la extinción de la obligación de pago de la renta, obligación que subsiste hasta el momento del desalojo de la finca arrendada; esta doctrina ya fué proclamada por Sentencia de 1 de febrero de 1928, en la que se dijo que no puede afirmarse que con la sentencia dictada en el juicio de desahucio quedasen cancelados los efectos del arrendamiento y libre el arrendatario de todas sus obligaciones, y que las sentencias de desahucio hasta que no se ejecutan no producen efecto alguno ni el arrendatario queda libre de sus obligaciones hasta que no abandona el local, voluntariamente o, en virtud de lanzamiento.

18. **REDUCCIÓN DE LA RENTA AL TIPO FISCAL: TIEMPO:** *El inquilino puede hacer uso del derecho que le confiere el artículo 103 de la LAU, mientras el arrendador no destruya el supuesto de hecho previsto en dicho artículo, igualando la renta arrendaticia a la declarada a efectos fiscales.*

**REDUCCIÓN DE LA RENTA AL TIPO FISCAL: FORMA: ARRANQUE DE SUS EFECTOS:** *La reducción del artículo 103 puede producirse, bien a través de una declaración de voluntad recepticia destinada al arrendador y manifestada extrajudicialmente para que desde la fecha de la recepción opere la novación, sin perjuicio de que en caso de disconformidad del arrendador pueda acudir el inquilino a la vía judicial para obtener una sentencia declarativa de su derecho a la reducción, bien directamente en vía judicial, en cuyo caso hay que tomar como fecha decisoria para determinar si la renta arrendaticia era superior a la fiscal la de la «interpelación judicial».* [S. 6 de febrero de 1959; no ha lugar.]

19. **ACCIONES RESOLUTORIAS DE CONTRATO DE ARRIENDO: PRESCRIPCIÓN: USATGE OMNES CAUSAE:** *El Tribunal Supremo tiene repetidamente declarado que no es aplicable el «usatge omnes causas» a efectos de determinar el plazo de prescripción de las acciones derivadas de las leyes especiales arrendaticias.* [S. 9 de abril de 1959; no ha lugar.]

20. **RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRIENDO POR CESIÓN INCONSENTIDA: CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD:** *Para que el plazo de caducidad de la acción pueda empezar a correr, es requisito imprescindible que el propietario o arrendador conozca por actos ostensibles y manifiestos que puedan vincularle la cesión ilegal que se pretende.* [S. 15 de enero de 1959; no ha lugar.]

21. **RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: HECHOS ACAECIDOS EN 1945:** *La legislación vigente en 1945 no sancionaba con la resolución del contrato el hecho de transformar parte de una vivienda en tienda-almacén, abierto al público, para la venta de frutas y verduras, por lo que no procede la resolución con base en leyes posteriores sin eficacia retroactiva al respecto.* [S. 30 de abril de 1959; ha lugar.]

NOTA: Debe recordarse por el interés que ofrecen, en supuestos como el previsto en la sentencia anotada, el Decreto de 2 de junio de 1933, por el que sólo se autorizó al dueño de la finca a desahuciar al arrendatario por cambio de destino de la vivienda o local, cuando el uso dado al mismo en contravención de lo pactado, hiciera desmerecer la cosa arrendada, y los Decretos-leyes de 24 de enero y 7 de julio de 1944 por los que se suspendió hasta la publicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la tramitación de todos los juicios de desahucio en que no hubiere recaído sentencia firme y no comprendidos en ciertas excepciones entre las que no se contaba la de los basados en el cambio de destino de la cosa arrendada.

22. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: SUPUESTO: *En causa de resolución la realización de las siguientes obras: pavimentar una habitación, instalación de lavabo, colocación de dos vigas de hormigón para sostener una galería y conversión de una ventana en puerta.* [Sentencia 27 de abril de 1959; no ha lugar.]

23. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: OBRAS QUE NO ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *No altera la configuración la colocación de baldosas sobre un pozo y la construcción de una campana de escasas dimensiones para la salida de humos, obras valoradas en 185 pesetas.* [S. 14 de abril de 1959; no ha lugar.]

24. RESOLUCIÓN POR REALIZACIÓN DE OBRAS SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *No es preciso que la autorización del arrendador que legitima la realización de obras por el arrendatario se otorgue en forma fehaciente.* [Sentencia 14 de abril de 1959; no ha lugar.]

25. RESOLUCIÓN POR REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES INMORALES: NATURALEZA DE ÉSTAS: *No es preciso que el ejercicio del oficio o negocio sea públicamente conocido, bastando que los actos del inquilino sean inmorales.* [S. 16 de abril de 1959; no ha lugar.]

26. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE SUBARRIENDO POR EXPIRACIÓN DE PLAZO: *No es preciso que el subarrendador haga saber al subarrendatario su oposición a la prórroga tácita del subarriendo con quince días de antelación al ejercicio de la acción, pues la resolución opera ipso facto, el día que expira la vigencia del contrato.* [S. 6 de abril de 1959; ha lugar.]

27. RESOLUCIÓN DEL SUBARRIENDO POR EXTINCIÓN DEL ARRIENDO: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA: *El arrendador tiene acción directa contra el subarrendatario para pedir la resolución del contrato de subarriendo por extinción del arrendatario al fallecer el inquilino sin dejar sucesores arrendaticios; no precisa, en tal caso, dirigir la demanda contra los posibles beneficiarios del derecho sucesorio arrendaticio, si el actor funda precisamente su demanda en la inexistencia de tales beneficiarios.* [S. 6 de abril de 1959; ha lugar.]

## II. Derecho procesal

1. COMPETENCIA OBJETIVA: DESTINO INICIAL DE LA COSA ARRENDADA: *A efectos de competencia hay que estar al destino inicial sin que tengan relieve*

las alteraciones unilaterales del mismo. [S. 15 de abril de 1959; no ha lugar.]

2. FORMALISMO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *Es incorrecto no indicar si la violación de las normas ha sido por interpretación errónea o aplicación indebida, e invocar la doctrina legal, sin citar la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que la ha establecido.* [S. 14 de abril de 1959; no ha lugar.]

# SUMARIO

## 1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil. Parte V.*

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código Civil. Parte II.*

LÓPEZ GARZÓN, José: *La reversión legal de donaciones.*

## 2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *La conservación de las unidades agrarias.*

## 3. VIDA JURÍDICA

## 4. BIBLIOGRAFÍA

## 5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## 6. JURISPRUDENCIA.