

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.--19958.

## 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 XI  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMLVIII

**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 CIENTÍFICAS**

---

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

## Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español

JERONIMO LOPEZ LOPEZ

### I. FINALIDAD DE ESTE ESTUDIO

Como se sabe, la doctrina jurídica española mantiene posiciones inconciliables en orden al tema enunciado en el título. Un sector de la doctrina de los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo creen que el Código civil sigue, en lo esencial, el Derecho histórico español, y, por tanto, que estas formas de sustitución suponen que se concede al sustituyente poder para disponer de la herencia del sustituido o para hacer testamento en su nombre, con el fin de evitar que fallezca intestado (1). Otro sector de la doctrina de los autores estima, por el contrario, que se trata de casos de llamamiento de herederos en orden sucesivo: el ascendiente, ante la idea de que su descendiente fallecerá abintestato y los bienes en que le suceda pasarán a personas que no son de su agrado, nombra para sí mismo un segundo heredero, que sucederá en los bienes en cuestión (2) si el evento temido se produce; la finalidad de estas sustituciones, se dice, es proteger a los sustituibles, removiendo el obstáculo que se opone a que sean favorecidos por testamento.

La primera de las teorías citadas tiene a su favor el hecho de que en principio el Código civil se redactó con el intento de continuar el Derecho español anterior al mismo (3); todo lo demás son

---

(1) Una variante de esta teoría sostiene que el sustituyente puede hacer testamento por el sustituido o disponer de la herencia del mismo sólo en cuanto a los bienes que éste hubiera recibido del primero por causa de muerte. Defiende la citada opinión, aunque sin aducir argumentos, OLIVA, en el *Diccionario de Derecho privado*, voz «Sustitución», t. II, Barcelona, 1950, págs. 3744-5.

(2) Siguiendo el ejemplo del Código civil, se hará referencia siempre al supuesto de sustitución en la herencia. Para evitar problemas conexos se supone que las sustituciones recaen sólo sobre bienes que son de libre disposición.

(3) El valor de este argumento es limitado; se funda en que la Ley de Bases dispuso que el Código civil se formularía sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos del Derecho histórico español (Base 1.<sup>ª</sup>); pero ello no es obstáculo para que el Código pueda haber acogido una configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar diversa de la que tenían en aquél, pues la misma Base indica, por ejemplo, que podían adoptarse instituciones nuevas, siempre que tu-

desventajas: el punto de partida es ya aceptar que constituyen un

vieran un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas. Este pudo ser el camino para dar entrada al tipo de sustitución pupilar regulado por las Leyes Civiles para el Reino de las Dos Sicilias (art. 945), que la estructuraron como una sustitución fideicomisaria, (CUTURI: *Dei fedecommessi e delle sostituzioni nel Diritto civile italiano*, Città di Castello, 1889, págs. 40-1 y 100), a las que sigue en este punto, con variantes, el Proyecto de Código civil de 1851. Dispone el Proyecto que «puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúbere para el caso de que éste muera antes de llegar a la pubertad» (art. 638, 2.º), precepto que interpreta la doctrina jurídica española en el sentido de que autoriza al sustituyente para instituir para sí en tal supuesto herederos en orden sucesivo. En favor de la teoría que entiende que el Código civil sigue el criterio del Derecho histórico español se dice que así lo demuestra el hecho de que la Base 16.ª indica que se reformará la regulación de las sustituciones fideicomisarias, lo que a contrario hace suponer que los demás tipos de sustitución no se alteran (cf. ALBALADEJO: *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, págs. 133 y 159). El argumento no es convincente. La Base 16.ª está en íntima relación con la 15.ª, que determina que el tratado de las sucesiones del entonces futuro Código civil debía ajustarse en sus principios capitales a los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión general de Codificación en noviembre de 1882. Dichos acuerdos se referían, entre otros temas, a las sustituciones fideicomisarias, y por ello la Base 16.ª hace referencia a ellas. El hecho de que no se diga nada acerca de las sustituciones pupilar y ejemplar no quiere decir que se siga la concepción tradicional; lo único que permite suponer es que no fueron necesarios especiales acuerdos para señalar cuál había de ser su regulación, lo que tanto puede deberse a que se aceptase continuar en su esencia la línea del Derecho español anterior al Código civil, como, por ejemplo, a la circunstancia de que hubiera indudable conformidad general acerca de seguir el criterio entonces imperante en los contados Códigos civiles que aún admitían tales sustituciones, es decir, configurarlas como llamamiento de herederos en orden sucesivo. Pudo ocurrir también que no fuese tratado el tema en aquellas reuniones por poco importante, dada la finalidad de éstas: establecer un acuerdo con los foralistas sobre las bases fundamentales de la futura regulación. Por todos estos caminos (y hay más) se puede llegar a la conclusión de que no es la Base 15.ª, sino la 1.ª, la que debe tenerse en cuenta por lo que se refiere a las sustituciones en examen, y la Base 1.ª permitía (por diversos procedimientos) que se alterase la naturaleza jurídica de las mismas.

En estas notas no se utilizan argumentos derivados de los precedentes históricos, porque la concreta demostración que en ellas se intenta no los necesita. Es de hacer constar que desde el Proyecto de 1851 hasta la discusión parlamentaria de la Ley de Bases se han propuesto variadas sugerencias acerca de cómo debían ser configuradas las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil; un somero examen de algunas de ellas (por ejemplo, las contenidas en la diferentes «Memorias» redactadas en cumplimiento de lo ordenado por el R. D. de 2 de febrero de 1880) basta para ver que hasta el momento actual ni siquiera se han puesto de relieve los principales problemas que suscitan. Es posible, por otra parte, que el examen detenido de los precedentes históricos no proporcione ningún resultado positivo por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de estas sustituciones. En el curso de la Historia, en la doctrina y en los Ordenamientos jurídicos se han configurado de tan diversas formas las sustituciones pupilar y ejemplar—lo mismo que ocurre con la fideicomisaria—que todas las teorías que aquí se han mencionado pueden citar precedentes de las construcciones que pretenden, y esto ocurre también en cuanto al Derecho español. Desde este punto de vista no parece justo decir de cualquiera de ellas que ha sido creada *ex nihilo* (cf. ALBALADEJO: Op. cit., págs. 133-4).



supuesto de excepción a la norma dispuesta por el artículo 670, pr. ; tiene que explicar por qué la regulación del Código se separa de la tradicional (por ejemplo, la sustitución pupilar no es ahora atributo de la patria potestad, art. 775), y encontrar solución al hecho de que la preterición de los herederos forzosos del sustituido (art. 777) no sigue la regla general (art. 814) ; tiene que evitar, asimismo, que el sustituyente pueda disponer de todos los «bienes» del sustituido (cf. arts. 659 y 667), es decir, también de los no patrimoniales (disposición sobre el modo de ser enterrado, relativa a los bienes de la personalidad, etc.) (4), porque de otro modo sería inaceptable ; por otra parte, se ve forzada a declarar sin aplicación algunos preceptos (asi, por ejemplo, art. 780), rompiendo la armonía del orden en que están situados en el Código, etc., etc.

Ante tal estado de cosas, cabe preguntarse si no habrá otras razones que impulsen a la doctrina a seguir una dirección que tantas dificultades ofrece y cuya finalidad ni siquiera para sus mantenedores es muy convincente (5). Las hay, en efecto ; parece que quizá en el fondo la razón principal para aceptar esta configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar no es otra que el pretendido fracaso de la teoría que las construye como llamamiento de herederos en orden sucesivo, lo que lleva a suponer que el Código civil español se ha mantenido en este punto al margen de la corriente de progreso del pensamiento jurídico. Examinar este tema concreto, demostrar que la configuración de estas sustituciones como establecimiento de herederos en orden sucesivo es conveniente y posible en el sistema del Código civil, constituye la finalidad de las notas que siguen.

## II. EXPOSICIÓN DE LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA TESIS AQUÍ MANTENIDA

Frente a la idea de que en las sustituciones pupilar y ejemplar todos los llamados suceden al sustituyente se han opuesto razones diversas ; las principales (6) son las siguientes :

(4) Objeción propuesta por F. DE CASTRO : *Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952, pág. 180, n. 2, núm. 2.º

(5) ALBALADEJO, autor de la mejor obra de la doctrina jurídica española en defensa de la configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar a que se hace ahora referencia en el texto, dice a este respecto : «El juicio crítico que merece tanto la admisión por el Código de la sustitución pupilar como de la ejemplar, no parece, sin embargo, que deba ser favorable. De hecho no lo ha sido, al menos en nuestra doctrina moderna. Basta echar una ojeada a la misma para comprobarlo. Igualmente la repulsa de los Códigos actuales a las mismas es general, y se muestra, desconociéndolas, por anticuadas.» Y añade : «A pesar de todo, en la práctica, sus inconvenientes no son mayores que sus ventajas. Y, en todo caso, el uso no excesivo que se hace de las mismas, viene, en mucho, a quitar candencia a unos y otras» (op. cit., págs. 135-6).

(6) En el texto se analizan las objeciones que por su propio valor o

1) Si así fuera, serían superfluas. La doctrina ha señalado que estas sustituciones son como la vulgar o bien que son análogas a ésta, pero con una ampliación, ya que no sólo surten efecto para el sustituto en el supuesto de que el primer llamado no sea heredero, sino también en el caso de que llegue a serlo (7). En contra de esta idea se ha dicho que no se explica entonces por qué han sido reguladas en el Código civil. Si lo que el testador desea es nombrar un segundo heredero para el caso de que el primer llamado no llegue a serlo, puede utilizar el medio de la sustitución vulgar; si lo que pretende es nombrar un segundo heredero para el supuesto de que sea aceptada la herencia, puede servirse de la sustitución fideicomisaria, condicionando en ambos casos estas sustituciones para que sólo produzcan efecto si el menor fallece antes de llegar a los catorce años o el incapacitado muere en tal estado sin hacer testamento (8). Por

por los problemas que suscitan parecen más importantes. Las restantes se examinan infra, notas 18 y 25.

(7) Por ejemplo, SCAEVOLA-ORTEGA LORCA: *Código civil*, t. XIII, 5.ª edición, Madrid, 1944, pág. 583. Es afirmación corriente en la doctrina.

(8) El párrafo segundo del artículo 776 determina que la sustitución ejemplar quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón. La doctrina coincide en afirmar que la extinción debería producirse siempre que el sustituido dejase de estar incapacitado, aunque no hiciera testamento; pero ante la claridad del texto legal, que exige testamento en todos los supuestos que contempla, vacila y se divide: la casi totalidad de los autores prefieren ser fieles a la letra de la ley, aunque no le encuentran explicación lógica, y sostienen que es necesario el testamento en todo caso; los restantes se inclinan hacia la interpretación más razonable, pero sin plantear y resolver todo el conjunto de problemas que esta postura suscita. Parece que no puede haber duda acerca de que la opinión preferible es esta última, opinión que quizá pudiera argumentarse, en líneas generales, de la siguiente forma: 1.º El artículo 776, párrafo 2.º, no intenta establecer todos los casos de extinción de la sustitución ejemplar. Es evidente que debe extinguirse al cesar su razón de ser (hallarse el sustituido incapacitado por enajenación mental; cfr. art. 776, pr., según la mejor interpretación) y sería anodina una expresa declaración legal en este sentido. La finalidad del precepto que se examina es más concreta: resolver el problema que plantea el hecho de que —a diferencia de lo que ocurre en la sustitución pupilar— el sustituido puede testar en determinadas circunstancias, a pesar de que la incapacitación continúa. 2.º La ley indica los diversos momentos en que el incapacitado puede hacer testamento (si se halla en un intervalo lúcido o bien si ha recobrado la razón), y señala las consecuencias que se producen si testa (la sustitución se extingue). 3.º La doctrina dice que el incapacitado por enajenación mental puede hacer testamento durante los intervalos lúcidos, y por intervalo lúcido entiende todo momento en que tiene el uso de su razón, sin distinguir si se trata de una remisión temporal de la enfermedad o si ésta ha cesado; basta con que la incapacitación continúe. Pero parece que el concepto legal de intervalo lúcido es diferente; por tal se entiende el espacio de tiempo en que alguien que está loco (se halle incapacitado o no) recobra el cabal juicio porque su enfermedad ha remitido temporalmente, o bien—en un significado secundario—los momentos en que alguien que está loco recupera el uso de su razón, pero sin que pueda afirmarse que esto ocurre porque ya está curado. No cabe equiparar el intervalo lúcido y la recuperación de la razón por haber cesado la enfermedad; lo primero se predi-

ello el contenido de las sustituciones pupilar y ejemplar sería «perfectamente inútil e inoperante, habida cuenta de que vendría a ser el mismo que compete a la sustitución vulgar o fideicomisaria», a lo que se añade que, admitida ampliamente esta última, carecería de sentido «declarar posible, para determinados sujetos y en determinadas circunstancias, lo que, en general, se permite a todos y en cualquier caso (9).

2) La regulación legal es contraria a la configuración que se pretende. El artículo 777 determina que si el sustituido tiene herederos forzosos, las sustituciones pupilar y ejemplar sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos. No puede pensarse que los herederos forzosos del menor de catorce años o del incapacitado por enajenación mental tengan acción, «por derecho de legítima sobre sus bienes, contra el sustituto nombrado por el ascendiente para los suyos únicamente» (10), porque se trata de una herencia ajena.

ca de alguien que está enfermo (o, secundariamente, de alguien que no se sabe si está curado), mientras que en el otro supuesto se trata de una persona sana. Por eso los dementes pueden ser incapacitados aunque tengan intervalos lúcidos (art. 200, 1.º), y si la incapaciación se produjo, los intervalos lúcidos no son causa de terminación de la misma (art. 278, 2.º), al contrario de lo que ocurre en el supuesto de que una persona esté mentalmente sana o recupere la razón por haber terminado ya su enfermedad. Como se ha visto, las situaciones de intervalo lúcido entrañan un especial peligro (se trata de un loco, de alguien de quien no se puede decir que está curado) y por ello la ley exige en tales circunstancias especiales requisitos (art. 665) o no permite realizar determinados actos. [La ley aquilata al máximo la protección a la persona en los supuestos muy importantes: contraer matrimonio, hacer testamento, y puede realizar estos negocios jurídicos incluso el demente que se halla en un intervalo lúcido y tiene por ello el «pleno ejercicio de su razón» (art. 83, 2.º), está en posesión de su juicio «cabal» (art. 663, 2.º, en relación con el 665); en cambio, prudentemente, no permite la actuación del loco que está gozando de un intervalo de lucidez en supuestos menos importantes en los cuales ya no se trata de proteger a la persona, y así no puede ser testigo del testamento (art. 681, 6.º, que exige la salud mental, tener el juicio «sano»).] 4.º) Por último, parece conveniente indicar el motivo por el cual la ley exige testamento en estos casos para que la sustitución se extinga, a diferencia de lo que ocurre si la situación de incapacitación cesa. Bastaría, en pura lógica, probar que el sustituido puede hacer testamento, pero la ley escoge el mejor camino de disponer que efectivamente lo haga. Así, si se trata de un intervalo lúcido se utilizan las garantías indicadas en tal caso (art. 665), y en todos los supuestos se evitan los más graves peligros de fraude (tanto porque tiene el incapacitado que otorgar testamento, como porque debe pedirse la cesación de la incapacitación) y se proporciona al juez un elemento de prueba que procede del incapacitado mismo, lo que es especialmente importante para juzgar acerca del estado mental de una persona que ha fallecido incapacitada, como en este caso ocurre.

Se observará que no existe discrepancia alguna entre la *ratio* y la letra de la ley.

(9) ALBALADEJO: Op. cit., págs. 145, 151, 155, 159-160, 161, 162, 202, n. 112 bis, y autores por él citados.

(10) BALLESTER: *Comprensión de la sustitución pupilar*, RGLJ, t. 152 (1928), págs. 532-3.

### III. APRECIACIÓN CRÍTICA

Conviene distinguir, y así se hace a continuación, los siguientes supuestos: 1) Las sustituciones pupilar y ejemplar en relación con la fideicomisaria: A) Caso en el que todos los llamados suceden efectivamente al testador en orden sucesivo: a) Conveniencia, y b) Posibilidad de aquellas sustituciones. B) La transmisión del *ius delationis* del primer llamado. 2) Los supuestos de sustitución vulgar.

Conforme a lo dicho, se considerarán en primer término las sustituciones pupilar y ejemplar 1) en relación con la fideicomisaria, en el caso normal de que A) todos los llamados llegan a suceder al sustituyente.

a) Frente al argumento de que las citadas sustituciones serían inútiles, puesto que se admite con amplitud la fideicomisaria, se ha dicho que ello «podría tener importancia en un Código escrupulosamente meditado y elaborado, pero que no la tiene en el nuestro, que tantas instituciones y normas superfluas ha sancionado» (11). Esta idea no parece convincente, porque en el caso que nos ocupa se trataría de un defecto tan grave que no se puede admitir sin razones muy poderosas (12); resulta necesario acudir a otra argumentación (13).

(11) CASTÁN: *Consulta. Sustitución ejemplar*, RGLJ, t. 137 (1920), pág. 75.

(12) V. la crítica de BALLESTER: *Op. cit.*, pág. 532, y ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 161.

(13) Se ha dicho que quizá las sustituciones pupilar y ejemplar puedan abarcar la legítima que el ascendiente deba en su caso al sustituido, aunque no se proporciona solución definitiva a esta cuestión, «harto delicada» (DE BUEN: *Enciclopedia jurídica española*, voz «Sustitución», t. XXIX, Barcelona, s. a., pág. 166). Ello señalaría una razón de ser de estas sustituciones frente a la fideicomisaria, pero parece que esta sugerencia no es admisible, porque: 1.º El artículo 813 es concluyente al señalar que no podrá imponerse sobre la legítima «sustitución de ninguna especie». No es posible pensar que, no obstante el empleo de tal fórmula, estos dos tipos de sustitución quedan excluidos de dicha norma. 2.º La finalidad de las sustituciones pupilar y ejemplar consiste en facilitar las disposiciones *mortis causa* a favor de los sustitubles. Esto tiene sentido respecto de los bienes de libre disposición y, en su caso, de los que integren la mejora (art. 824), pero no en relación con la legítima, de la que no puede sin justa causa ser privado el descendiente. 3.º El hecho de que para la sustitución fideicomisaria se indique de manera especial que no puede recaer sobre la legítima, y que si se hace sobre la mejora tiene que ser a favor de los descendientes (art. 782) nada dice. En primer lugar, porque tal norma no falta en los otros supuestos (arts. 813 y 824, que tienen carácter general) y, además, porque ello se debe a que la sustitución fideicomisaria estaba ya regulada (así se hizo en el seno de la Comisión general de Codificación) antes de formularse el texto del Código civil; en dicha regulación se indicaban ya estas limitaciones, y al acogerse posteriormente la misma en su totalidad en el tex-

La objeción que se examina tiene en apariencia un valor decisivo, porque es cierto que carecería de sentido, una vez que se admite ampliamente la fideicomisaria, crear como medio general de protección del menor de catorce años o del que se halla incapacitado por enajenación mental unos nuevos tipos de sustitución sólo posibles para los ascendientes de los mismos, y que consisten, en esencia, en la posibilidad de nombrar un heredero en orden sucesivo. Sin embargo, la regulación de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español no es superflua. Si se ha pensado lo contrario se debe a la creencia de que las citadas sustituciones constituyen el modo normal de proteger a las personas que por su edad no pueden hacer testamento o que razonablemente se estima que no podrán hacerlo por hallarse incapacitadas por locura. Pero esto es dar a la regulación del Código un alcance que no tiene, convirtiendo en norma general lo que es sólo un supuesto de excepción.

Se puede proteger a las personas indicadas—evitando que reciban un trato desfavorable en la sucesión—de diversas maneras. Por ejemplo, disponiendo del usufructo de la herencia a su favor, y de la nuda propiedad, bajo condición, a favor de ellas o de las personas que se desee; también mediante una institución de heredero condicionalmente a término y, sobre todo, estableciendo una sustitución fideicomisaria condicional, en especial si se utiliza la forma de residuo. Pero el establecimiento de sustituciones fideicomisarias, y entre ellas la de residuo, está sometido a determinados requisitos a causa, principalmente, de que suponen una profunda alteración del orden normal de suceder: tienen que ser dispuestas de una manera expresa (art. 785, 1.º), y los llamamientos a la sustitución deberán ser expresos (art. 783, pr.). Los citados requisitos, que constituyen una novedad del Código civil español, tienen por objeto evitar la plaga de las sustituciones tácitas. El incumplimiento de los mismos acarrea la nulidad de la disposición a que se refieren; sólo es válida la institución de heredero (art. 786). Esta consecuencia tiene un especial significado en el supuesto de que se le haya dado sustituto a un menor para el caso de que fallezca antes de cumplir los catorce años o al incapacitado por enajenación mental si muere en tal estado sin testamento, porque con frecuencia resultará de la interpretación de la voluntad del testador incluso la nulidad de la institución de heredero; la norma dispuesta por el artículo 786 no se aplica cuando el sustituyente condiciona a la validez de la sustitución la del llamamiento a favor del instituido, y en los supuestos en examen ocurrirá en muchas ocasiones que se llama a éste precisamente porque se ha podido disponer un medio para hacer frente al problema que plantea su po-

---

to del Código se originó una duplicidad de normas (cf. ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, s. a., págs. 175-6).

sible o seguro abintestato (que los bienes pasen a personas que el testador no desea o al Fisco). La finalidad de las sustituciones pupilar y ejemplar es impedir que sobrevenga—en los casos concretos que constituyen su supuesto de hecho—la nulidad de la disposición a favor del sustituido a causa del incumplimiento de los requisitos que se acaban de exponer, y también proteger en los mismos casos el razonable deseo del testador de evitar las consecuencias del abintestato de aquél. La objeción que se analiza estima que es inútil que se permita al ascendiente nombrar un heredero sucesivo para que suceda después del llamado en primer lugar, porque ya está autorizado para ello en virtud del permiso—de contenido más amplio—para hacerlo por medio de la sustitución fideicomisaria. Consideración que es incompleta, porque el contenido de la autorización no es sólo otorgar la facultad de nombrar un heredero en orden sucesivo, sino que además se concede al ascendiente que logre hacerlo sin necesidad de emplear para ello una forma expresa y sin que sea expreso el llamamiento a la sustitución. Se trata, en definitiva, de que la ley, que somete la instauración de sucesiones en orden sucesivo al cumplimiento de especiales requisitos, establece para ciertos supuestos de las mismas un trato de favor (14).

Lo que se acaba de decir explica por qué las sustituciones pupilar y ejemplar están limitadas a determinados sujetos y circunstancias y también el carácter rigidamente imperativo de su regulación. La ley abandona lo que constituye su actitud normal frente a las sucesiones en orden sucesivo sólo para proteger un supuesto concreto y especialmente importante: la sucesión de los descendientes que se hallen en las circunstancias que señala. Protege también la voluntad del testador que nombra sustituto a los mismos en previsión y como remedio de su abintestato, pero cuida de hacerlo en la medida justa: por ello no son válidas las sustituciones pupilar y ejemplar en cuanto perjudiquen los derechos legitima-

---

(14) El valor que tiene esta liberación de formalidades no se aprecia en la actualidad todo lo debido, porque injustificadamente se trata de olvidar la eficacia de las normas que las imponen, y se admiten como sustituciones fideicomisarias (con los graves efectos que éstas tienen) lo que no son sino instituciones separadas en el usufructo y en la nuda propiedad o, en otros casos, simples llamamientos a término (con lo que se contraría, además de la ley, la voluntad de los testadores). Este proceder demuestra, por otra parte, la importancia del tema.

Se olvida el trato de favor que suponen las sustituciones pupilar y ejemplar cuando se dice que para los defensores de la tesis restrictiva de la sustitución, es evidente que toda discusión sobre quiénes pueden ser sustituidos (o sustituyentes) y qué requisitos son precisos (impubertad, estar declarado incapaz por enajenación mental), es discusión que huelga, ya que si la sustitución pupilar o ejemplar no pasa de ser una sustitución vulgar o fideicomisaria, es vano exigir que el sustituido sea impúber o que se haya declarado su incapacidad, etc., puesto que no es preciso que se cumplan tales requisitos para nombrarle un sustituto vulgar o fideicomisario... (ALBALADEJO: Op. cit., pág. 202, n. 112 bis, y allí cit.).

rios de los herederos forzosos del sustituido (art. 777); disposición lógica, pues si lo único que se quiere proteger es la evitación de los efectos del abintestato del primer llamado no tendría sentido privar a los herederos forzosos del mismo de bienes que en conjunto recibirían aunque su causante pudiera hacer e hiciese testamento.

El Código civil español sigue el criterio normal en la época de la codificación, es decir, el abandono de las sustituciones pupilar y ejemplar entendidas en aquel tiempo, sobre la base del Derecho romano, como nombramiento de heredero para otro o disposición de una herencia ajena, y acoge el ejemplo de las legislaciones que establecen para los supuestos de las mismas, bien la mera posibilidad de nombramiento de herederos en orden sucesivo o bien, admitido ya esto, una posición privilegiada para estos casos; se trata con ello de evitar las consecuencias más graves a que conducía la política entonces al uso de prohibición o fuerte restricción de las sustituciones fideicomisarias (15). En nuestro Código civil cristaliza esta tendencia en la regulación por separado de las sustituciones llamadas pupilar y ejemplar; este proceder tiene como efecto principal que en los casos que constituyen el supuesto de hecho de las mismas sea válida la disposición que tendía a establecer una sustitución fideicomisaria, a pesar de que no se hizo de manera expresa o de que el llamamiento a la sustitución no fué expreso. Se trata de un fenómeno de conversión. Otro efecto, aparte de los indicados especialmente en la ley, es que se puede disponer de los bienes objeto de la sustitución en beneficio del menor de catorce años o del incapacitado por enajenación mental y administrarlos en provecho de los mismos y no de la forma que objetivamente sería más

---

(15) Cf. supra, n. 3, sólo como ejemplo. Una vez más acontece que primero se reguló por separado la sustitución pupilar y después se hizo lo mismo con la ejemplar. (Para este tema concreto pueden verse los resultados de la información sobre el Proyecto de 1851, abierta en virtud de lo dispuesto en el R. D. de 12 de junio del mismo año, y MORALES: *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1884, pág. 97 espec.).

No puede ser sustituido ejemplarmente ningún incapacitado que no lo sea por causa de enajenación mental (v. F. DE CASTRO: Op. cit. pág. 329, y ALBALADEJO: Op. cit., págs. 212-3). Por ello se agrava la posición de ciertas personas a quienes no se otorga manera de hacer testamento, así el sordomudo que no sabe leer y escribir. Sería conveniente estudiar si es justa esta situación y si para remediarla deben alterarse los requisitos de las formas de testamento (solución del Código civil italiano, art. 603, párr. último). En todo caso lo que no cabe es desorbitar el problema, como hace GARCÍA GOYENA, que deriva del mismo la curiosa consecuencia de que el sordomudo que no puede testar debe ser por ello incapacitado, y critica el proceder de los demás códigos, que no llegan a tal conclusión, diciendo: «¿Es, por ventura, menos necesaria la manifestación de la voluntad para gobernarse y gobernar sus cosas para toda la vida que para el último acto de ella? ¿La posibilidad no es igual en ambos casos?» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. I, Madrid, 1851, pág. 269).

adecuada, salvo la voluntad en contrario del testador (16) y a diferencia de lo que ocurre en la sustitución fideicomisaria (art. 783, párrafo 2.º) (17). Finalmente, de la tipificación se deriva asimis-

(16) Los poderes que derivan de su titularidad hereditaria no aparecen coartados por una norma como la expresada en el artículo 783, párr. 2.º [La afirmación del texto concuerda con los precedentes históricos que señala la doctrina: el Proyecto de 1851 disponía, en el caso de sustitución fideicomisaria impuesta al hijo en favor de los nietos del testador (art. 638, párr. 3.º), que el gravado quedaba sujeto a todas las obligaciones del usufructuario, lo que no ocurre, en cambio, en el supuesto de sustitución pupilar (art. 638, párr. 2.º).]

(17) En ella la norma general es la obligación de restituir la herencia sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo voluntad contraria del testador. De ahí la importancia de las expresiones utilizadas por éste para manifestar su voluntad, importancia que no se acostumbra a destacar lo bastante. En el Derecho romano común se presentaba igual problema; el sustituyente podía emplear diversas fórmulas para manifestar su voluntad (por regla general rogaba al fiduciario que restituyese el residuo, lo que es una fórmula táctica de establecer los poderes del mismo, como hace notar PEREGRINO: *De fideicommissis*, Venecia, 1595, pág. 364), y en cada caso se interpretaban cuidadosamente las expresiones utilizadas; así, si el testador dijo *volo restitui quidquid supererit ex haereditate mea*, no se deben restituir los frutos de los bienes objeto del fideicomiso estantes en el momento de la muerte del gravado, al contrario de lo que ocurre si se expresó diciendo: *restitui quidquid supererit ex bonis* (MENOCHIO: *De praesumptionibus*, Colonia, 1606, t. 1, 4.º, praes. CLXXXVIII, núm. 17, págs. 865-6). En la doctrina española se ha dicho que si se dispone una sustitución fideicomisaria utilizando la fórmula de residuo (es decir, estableciendo la obligación del fiduciario de restituir el residuo) ello equivale a permitir al instituido que disponga por actos *inter vivos* de los bienes fideicomitidos o, lo que es lo mismo, a llamar al fideicomisario a suceder en los bienes de los que el fiduciario no hubiera dispuesto por actos *inter vivos* (FLORES MICHEO: *Notas sobre el fideicomiso de residuo*, RJC, año LIV, v. LXXII, fas. 1.º, pág. 3). Esto no parece exacto, porque si se utiliza la fórmula de residuo el fideicomisario debe suceder en todos los bienes que el primer llamado hubiera obtenido como contraprestación de los que enajenó por actos entre vivos (subrogación real), cosa que no ocurre si se autoriza al instituido para disponer por actos *inter vivos* o se llama al fideicomisario a suceder en los bienes de los cuales el fiduciario no hubiera dispuesto de tal forma, pues en estos casos el ejercicio de la facultad de disposición determina por sí solo que los bienes sobre los que recae queden liberados de la vinculación fideicomisaria, y que los obtenidos como contraprestación entren a formar parte del patrimonio personal del sustituido. Así lo señalaba ya la doctrina clásica (POTHIER: *Traité des substitutions*, en «Oeuvres», ed. Sifrein, París, 1822, t. XII, pág. 273), que equiparaba este supuesto con el caso en el cual el fideicomitente hubiera ordenado restituir lo que quedase *in natura*, y lo dicen la jurisprudencia española (Sent. T. S. 10 julio 1954) y la doctrina (ROCA SASTRE: *Notas a la trad. esp. del Derecho de sucesiones de Kipp*, en el Tratado de Derecho Civil de Ennecerus-Kipp-Wolff, t. V, v. 2.º, Barcelona, 1951, p. 120).

La necesidad de determinar adecuadamente las especiales facultades concedidas al fiduciario se ha visto agravada, en el supuesto de que el testador desee otorgarle poder para disponer *mortis causa*, por la posición de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia, que exigen que esta facultad se conceda de manera expresa (cf., por ejemplo, OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, págs. 303 y 305, y sentencia del T. S. 21 noviembre 1956), y sin que el empleo del término «disponer» se



mo que todo nombramiento de herederos sucesivos en los casos que integran su supuesto de hecho se considere como sustitución pupilar o ejemplar y no fideicomisaria, salvo que de la voluntad del testador deba seguirse otra cosa (18).

b) Cuando se dice que la regulación del Código civil es contraria a la posibilidad de configurar las sustituciones pupilar y ejemplar como llamamiento de herederos en orden sucesivo se pretende establecer la siguiente alternativa: o se acepta que en ellas se dispone de una herencia ajena, la del sustituido, o bien nos hallamos ante el hecho inexplicable de que los herederos forzosos de éste hacen efectivos sus derechos legitimarios sobre bienes que no pertenecen al mismo.

Se olvida al proponer esta objeción cuál es la realidad de las cosas en la sucesiones en orden sucesivo con sustitución. Tomando como ejemplo la regulación típica de la sustitución fideicomisaria, se observará que la esencia de la misma (en cuanto sucesión en orden sucesivo) radica en que el fideicomitente dispone una segunda sucesión en sus bienes hereditarios para un momento en el cual éstos han formado ya parte del contenido del patrimonio del primer llamado (19). A consecuencia de ella no se sucede en dichos bienes al fiduciario, sino al sustituyente, lo que significa una total alteración del orden normal de suceder, que afecta por igual a la

---

crea suficiente en ningún caso para que se entienda autorizado el instituido para hacerlo *mortis causa*. En la actualidad ha comenzado a dudarse de la bondad de estas opiniones, y con razón, porque el valor de la expresión «disponer» tiene que ser decidido caso por caso para saber cuál es el significado que el testador le asigna, ya que en sí nada indica y puede querer decir tanto disposición por actos entre vivos como por causa de muerte; tampoco parece aceptable que haya de ser concedida de modo expreso la facultad de disponer *mortis causa*, pues no es dudoso que debe considerarse autorizado el fiduciario para hacerlo cuando, por ejemplo, ha recibido los bienes «para gozar y disponer de ellos como de los suyos propios» (TOULLIER: *Le Droit civil français*, t. III, Bruselas, 1857, pág. 20). La doctrina clásica interpretaba con amplitud el término «disponer» (cf. POTIER: *Op. cit.*, pág. 276).

(18) Se ha dicho que el tipo de sustitución acogido por el artículo 638, 2.º, del Proyecto de 1851 es un supuesto de sustitución fideicomisaria, análogo al regulado por el número 3.º del mismo precepto (puede verse su contenido supra, notas 3 y 16) y que se trata de excepciones concretas a la norma general de prohibición de las sustituciones fideicomisarias que el Proyecto establece; por tanto, no se puede decir que éste constituya un antecedente de la regulación del Código civil, el cual parte como regla de la admisión de las mismas, por lo que carecería de sentido declararlas especialmente admitidas para los ascendientes en los casos concretos de que el instituido menor fallezca antes de cumplir los catorce años o abintestato el incapacitado por enajenación mental (ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs 130-2 y 150-1). Se observará que esta objeción es sólo un aspecto de la que se acaba de examinar en el texto y, conforme a lo que se dice en el mismo, no puede ser aceptada.

(19) No es necesario resolver aquí el problema de si la herencia fideicomitida constituye o no un patrimonio separado, pues lo que se indicará seguidamente en el texto es independiente de la solución que se dé al mismo.

sucesión testamentaria, necesaria o legítima del instituido. Se ha creído ver en esto una consecuencia del tipo de titularidad que el primer llamado ostenta, porque, por regla general, se estima que es un heredero a término resolutorio incierto, que la llegada del plazo la señala el momento de su muerte y, por tanto, que no pueden formar parte de su sucesión los bienes fideicomitidos. Pero esta idea no es aceptable; la peculiar titularidad del fiduciario no es sino una consecuencia de que su causante determinó el posterior destino de dichos bienes nombrando un heredero sucesivo, nombramiento del que además no se deriva que el instituido sea un heredero a término, pues existen diferencias entre ambos supuestos que se manifiestan en una doble dirección: en la estructura de los llamamientos y en el contenido de las titularidades que la aceptación origina. Por lo que se refiere a la estructura de los llamamientos, se puede decir (aparte de que el momento de la muerte del fiduciario no tiene significado de término en sentido técnico, en cuanto establecido por la ley) que el del heredero a término está sometido a una limitación de carácter intrínseco; tiene predeterminada la duración temporal de sus efectos. En cambio, los llamamientos en el caso de sustitución fideicomisaria tienen una limitación de carácter extrínseco, que nace de su coexistencia; cada uno de ellos puede otorgar una situación de heredero normal, con plenitud de efectos, pero se limitan recíprocamente. La titularidad del llamado como heredero con término resolutorio se desvanece al llegar éste, porque carece de fuerza interna para seguir viviendo; la del fiduciario, porque un poder extraño, el que se concede al fideicomisario, se impone al suyo. Los herederos sucesivos a término estarían yuxtapuestos, mientras que fiduciario y fideicomisario tienen su llamamiento hereditario recíprocamente limitado: cada uno de ellos puede ser heredero con plenitud de efectos; sólo la posibilidad de ser del llamamiento a favor del otro se lo impide. Por ello el llamamiento a término supone que ha de producirse necesariamente otra sucesión antes o después de haber sucedido el llamado a término, según que el plazo sea suspensivo o resolutorio; por el contrario, en la sustitución fideicomisaria la aceptación de uno cualquiera de los llamados basta para cubrir la sucesión, pues su llamamiento se expansiona cuando faltan las limitaciones a que estaba sometido (20). Las diferencias de estruc-

---

(20) El Código civil parte de esta idea; por eso, si por cualquier causa el llamamiento del fideicomisario no tiene efectividad, el instituido es un heredero pleno (cf. art. 786). Por eso también no regula el problema de si la sustitución fideicomisaria supone la vulgar, pues el fideicomisario adquiere derecho a suceder desde la muerte del testador (art. 784) y su única limitación es el llamamiento a favor del fiduciario; no se trata de que exista una sustitución vulgar tácita, sino de que la fideicomisaria produce, en su caso, efectos idénticos a la vulgar. La posición mantenida en el texto explica, asimismo, el juego de la llamada sustitución vulgar *in fideicommisso*: si uno de los llamamientos intermedios de la sustitución fideicomisaria no tiene efectividad, el llamamiento siguiente se expansiona y llena este vacío.

tura entre los llamamientos de la sustitución fideicomisaria y los a término (21) no pueden observarse con nitidez cuando la sustitución ha cristalizado ya, como consecuencia de la aceptación de todos los llamados, en una situación jurídica interina del tipo de las temporalmente limitadas (pero no a término). En este momento, en cambio, son especialmente relevantes las diferencias de contenido de las titularidades. Baste señalar, por ejemplo, que el fiduciario puede disponer, si es para conservar (es decir, en esencia, para mantener los bienes en su normal productividad), sin que necesite hacerlo a plazo, y que, por el contrario, no puede disponer, ni aun a término, si con ello incumple su deber de conservación.

Como se ha indicado, las sucesiones en orden sucesivo originan una situación anormal. La ley puede atenuar sus efectos; puede el testador, asimismo, establecer una regulación que se aparte menos del orden de suceder normal. Ejemplo de lo primero es el artículo 777 del Código civil, que aquí se examina; de lo segundo, la sustitución fideicomisaria de residuo cuando el fiduciario está autorizado para disponer por causa de muerte de los bienes fideicomitidos (22). La norma contenida en el artículo 777 nada tie-

---

Las diferencias entre los llamamientos de la sustitución fideicomisaria y los meros llamamientos de heredero a término subsisten en el supuesto de sustitución fideicomisaria a término.

(Parece conveniente observar que nada se prejuzga acerca de la posibilidad o no de nombramiento de herederos sucesivos a término, ni sobre la naturaleza y efectos de la situación del heredero que comparte con el llamado a término la sucesión, etc.; todo ello será objeto de un estudio que no procede hacer en estas simples notas).

(21) El olvido del origen y desenvolvimiento histórico de las sustituciones fideicomisarias conduce a considerarlas como supuestos de herederos sucesivos a término. El excesivo apego a los precedentes lleva, por su parte, a la conclusión de que no cabe institución de heredero sometida a término, de que el Código civil español (art. 805) se expresa incorrecta o inexactamente al afirmar lo contrario, y que si se instituye heredero desde cierto tiempo lo único que en realidad se hace es establecer una sustitución fideicomisaria, en la cual, además, este llamado como fideicomisario no es tampoco heredero (VALLET DE GOITYSOLO: *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula usi sine liberis decesserit* en el *Derecho histórico de Castilla y en el Código civil (Notas a dos discursos)*, ADC, IX, III, pág. 783-860), afirmaciones que se basan en la doctrina clásica española (sobre la base del Derecho romano) y en que se estima que el Código civil acoge el concepto de *successio in universum ius*. A pesar de la bondad del estudio en que se hallan contenidas, estas conclusiones no pueden aceptarse a falta de prueba suficiente; el Derecho romano carece hoy, por lo que al Derecho civil común de España se refiere, de eficacia normativa, y los conceptos jurídicos sólo tienen valor demostrativo cuando se construyen plenamente de acuerdo con las normas que tratan de explicar.

(22) Siempre ha suscitado dudas y problemas este supuesto. En la doctrina española se ha negado alguna vez su posibilidad dentro del campo de la sustitución fideicomisaria, y se hace del mismo una imprecisa «sucesión testamentaria subsidiaria por silencio dispositivo del heredero» (ROCA SASTRE: Op. cit., págs. 119-20); pero el argumento aducido es inaceptable; consiste en creer que es de esencia de la sustitución fideicomisaria la obligación de conservar y que esta obligación falta si se

ne de extrño; al contrario, es más normal que el criterio que se sigue en las sustituciones fideicomisarias. No parece acertado tratar de medir con la regulación de éstas, que tienen un carácter muy especial, todos los supuestos de sucesión sucesiva. Tampoco la idea que predomina en la objeción que aquí se critica (a saber, que se trata de bienes que no pertenecen a la herencia del sustituido) es exacta. Los bienes objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar forman parte del contenido del patrimonio del primer llamado, a lo que no obsta que no pueda disponer de ellos *mortis causa* (consecuencia esta debida a que su causante llama a un he-

autoriza al fiduciario para disponer por causa de muerte, al contrario de lo que ocurre si sólo se le faculta para hacerlo por actos *inter vivos*, porque en este caso el temor de despojarse irrevocablemente de los bienes sirve de freno y equivale a una restricción en el disponer que implica la existencia de un gravamen de tipo fideicomisario (ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, pág. 77); en realidad, la sustitución fideicomisaria no implica obligación de conservar (entendida como restricción de la facultad de disponer) y menos puede equipararse esta obligación con la mera conveniencia de no disponer.

En la actualidad depende de la voluntad del sustituyente que el fiduciario pueda o no disponer por causa de muerte de los bienes de la herencia fideicomitida. Con relación al Derecho común (romano), los autores mantienen opiniones muy diversas. Para unos no sólo puede hacerlo, sino que constituye la regla general, porque la ley (Novela 108) permitía que el instituido dispusiese de las tres cuartas partes de la herencia, sin establecer distinciones acerca de cómo debía verificarse la disposición. Otros creen que no puede interpretarse de este modo la Novela 108 y estiman necesaria una especial autorización por parte del causante. Un amplio sector de la doctrina señala que si se otorga facultad para disponer por causa de muerte los bienes sobre los que la misma puede recaer quedan sustraídos al fideicomiso, porque si el fiduciario no dispone de ellos *mortis causa* pasarán a sus herederos legítimos, ya que se estima que quien fallece intestado dispone tácitamente en favor de éstos (sobre todas estas cuestiones, PEREGRINO: Op. cit., págs. 364 y sigs.; MENOCHIO: Op. cit., pág. 865; MANTICA: *Tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum*, Ginebra, 1737, I, VII, tít. VI, núm. 19, pág. 281; RIPA: *De actis in mortis articulo commentarii*, Francfort, 1600, cap. LXVI, págs. 416 y sigs.; SURDUS: *Decisiones*, Lyon, 1600, dec. 272, págs. 569 y sigs.). Prevalcen las opiniones de que la mera fórmula de residuo no autoriza para disponer *mortis causa* (siguen este criterio, por ejemplo, todas las compilaciones del Derecho foral catalán), y que la autorización para disponer por causa de muerte, si no se ejercita, no basta para sustraer los bienes de la sucesión marcada por el sustituyente (POTHIER: Op. cit., loc. cit.). En la época codificadora se origina una nueva tendencia contraria a la posibilidad de que pueda ser autorizado el fiduciario para disponer *mortis causa*; se dice que quedaría entonces al arbitrio del mismo la cuantía y hasta la existencia misma del llamamiento a favor del fideicomisario, y que por ello la sustitución sería nula. Esta opinión fué defendida por un sector de la doctrina antigua francesa y todavía la sostiene la mayor parte de la italiana (v., sin embargo, COSATTINI: *Sostituzione fedecommessaria* (voz), en NDI, t. XII, parte 1.ª, pág. 642); la española no la acepta (cfr. TRAVIESAS: *Sustituciones hereditarias*, RDP, 1928, págs. 7-8), y con razón, pues con igual motivo habría que declarar nula también la sustitución fideicomisaria de residuo en la que sólo se autorizase al instituido para disponer *inter vivos* o consumir, lo que—en el sistema del Código civil español—es inaceptable.

redero sucesivo). Toda vez que la ley ordena que tenga lugar la sucesión necesaria respecto a dichos bienes, por estar en el patrimonio del sustituido se computan para determinar la legítima, y quedan inmovilizados en el patrimonio en que se hallan y con él se convierten en herencia los precisos para satisfacerla, en lugar de seguir el orden sucesorio dispuesto por el sustituyente (23).

La configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar como nombramiento de herederos en orden sucesivo armoniza en todos sus extremos con la regulación que de las mismas hace el Código civil. La teoría opuesta, en cambio, no ha podido explicar satisfactoriamente (entre otras cosas) el artículo 777; se dice que establece «una señalada excepción a la norma contenida en el artículo 814» en el caso de preterición del legitimario del sustituido, y se observa que la solución para este supuesto «resulta un tanto extraña, pues es dar más fuerza a la institución de heredero ajeno que a la del propio», si bien, «en la práctica, el artículo 777 pocos perjuicios ocasionará, porque normalmente el fin de evitar la sucesión intestada, que es lo que de hecho moverá en la mayor parte de los casos a disponer la sustitución, sólo preocupará, por lo general, cuando el sustituido carezca de legitimarios distintos del sustituyente» (24). Parece más adecuado pensar que ninguna relación guardan los artículos 777 y 814 y que el primero no contempla el supuesto de preterición de los herederos forzosos del sustituido, que no puede producirse en ningún caso, porque no hay disposición testamentaria de su herencia; se trata, simplemente, de que la ley ordena la primacía de la sucesión necesaria del sustituido sobre la dispuesta para sí mismo por el testador de quien proceden los bienes (25).

(23) Los herederos forzosos del sustituido cuentan con los bienes objeto de la sustitución para el pago de su legítima, pero la situación de los herederos abintestato no puede ser modificada, ni aun indirectamente, a consecuencia del establecimiento de la misma.

(24) ALBALADEJO: Op. cit., págs. 235-6.

(25) Se ha dicho que las sustituciones pupilar y ejemplar no pueden ser configuradas como nombramiento de herederos en orden sucesivo, porque el artículo 776, párrafo 2.º, dispone para la sustitución ejemplar que quedará sin efecto por el testamento del incapacitado, y no se puede admitir que alguien pueda dejar sin efecto, ni aunque sea parcialmente, el testamento ajeno, a lo que se añade que si se tratase de la herencia del sustituyente podría éste ordenar que la sustitución subsistiese a pesar del testamento del sustituido, cosa que la ley no permite, pues dispone lo contrario imperativamente (ALBALADEJO: Op. cit., págs. 160-1). Esta objeción no puede ser aceptada. El hecho de que la sustitución se extinga si el sustituido hace testamento nada tiene que ver con el supuesto contemplado en el artículo 670, párrafo 2.º; la ley concede que se pueda sustituir con trato favorable para evitar los efectos del abintestato del incapacitado y, en consecuencia, decreta la nulidad de la sustitución si decae este presupuesto. En cuanto a la posibilidad de que el testador ordene que la sustitución subsista, a pesar del testamento del sustituido, no cabe duda de que puede hacerlo; pero en tal caso la ley no protege de una manera especial este supuesto de sucesión sucesiva y el testador está sometido a la regulación dictada para la sustitución fideicomisaria (disposición ex-

B) En las sucesiones en orden sucesivo se establece entre los llamados un sistema de preferencias que se manifiesta en dos direcciones: cada uno de ellos sucede antes que el nombrado con posterioridad; cada llamado sucede normalmente por muerte del titular anterior. Tomando como ejemplo la regulación típica de las sustituciones fideicomisarias, se observa que, a consecuencia de lo antedicho, si el fiduciario fallece sin haber ejercitado su facultad de aceptar es llamado a suceder el fideicomisario, y no los herederos de aquel que han recibido el *ius delationis* en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.006 del Código civil (26), porque la sustitución prevalece sobre la transmisión (27). Las sustituciones pupilar y ejemplar presentan en este punto una especialidad, porque la sustitución está limitada en cuanto al contenido para que no dañe los derechos legitimarios de los herederos forzosos del primer llamado; por consiguiente, éstos—si los hay—suceden al sustituyente en unión del sustituto. Para calcular su legítima es preciso tener en cuenta la facultad de aceptar la herencia objeto de sustitución, pues estaba en el patrimonio del sustituido y está en su herencia en la medida en que sea preciso para el cumplimiento de la sucesión necesaria, quedando por este medio determinada la cuota de los legitimarios y la del segundo llamado. A causa de la precedencia de la sucesión de los herederos forzosos del instituido, y en la medida indicada, la transmisión prevalece sobre la sustitución.

2) Finalmente es necesario indicar que las sustituciones en examen tienen, en el caso de que el primer llamado fallezca antes que el testador, no quiera o no pueda aceptar la herencia, efectos análogos a la vulgar. No se trata de que sean una especie de sustitución vulgar ampliada para el caso de que el sustituido llegue a ser heredero, como dice la doctrina (28) con fórmula poco feliz, suponiendo que puede «ampliarse» esta sustitución con supuestos contrarios por completo a su naturaleza; tampoco de que contengan una sustitución vulgar tácita, sino de que por falta de limitación del llamamiento del sustituto cobra éste toda su amplitud (29). Efecto que forma parte de la eficacia propia de las sucesiones en orden sucesivo con sustitución, es decir, del género al que perte-

---

presa, llamamiento a la sustitución expreso, etc.), con todas sus consecuencias.

(26) A la muerte del primer llamado sus sucesores reciben la facultad de aceptar; ésta se extingue al producirse una aceptación preferente, pero no antes, lo que tiene como consecuencia que si el fideicomisario o sus sucesores renuncian a la herencia pueden aceptarla los que han recibido del fiduciario el *ius delationis* en vez de abrirse la sucesión abintestato.

(27) Al contrario de lo que ocurre en el caso de sustitución vulgar; ésta sólo se produce cuando falta el *ius delationis* procedente de la institución del primer heredero, como demuestra ALBALADEJO: Op. cit. págs. 88 y sigs.

(28) Cf. supra, nota 6.

(29) Cf. supra, nota 20 y texto correspondiente.

necen las sustituciones pupilar y ejemplar, pues la manera como están reguladas en el Código civil (así el art. 777) no permite dudar que se considera normal que todos los llamados sucedan en orden sucesivo al sustituyente. Por tanto, carece de sentido plantear el problema de la conveniencia de las mismas pensando sólo en que producen el efecto que es propio de la sustitución vulgar y comparándolas con ésta aisladamente.





# Recobro «mortis causa» de donaciones a descendientes

(Estudio del artículo 812 del Código Civil)

JOSE LUIS MEZQUITA DEL CACHO

Notario de Baena

SUMARIO: I: LA NORMA EN SÍ.—A) *La letra*.—B) *El proceso histórico*: a) Derecho romano.—b) Derecho germánico.—c) Derecho histórico francés hasta el Code Napoléon.—d) Derecho histórico español hasta el Código civil.—e) Conclusiones.—C) *El fundamento jurídico y ético*: a) Fundamento genérico de la institución.—b) Fundamento concreto de la norma.—D) *La configuración dogmática*: *naturaleza jurídica de la reversión del artículo 812 del Código civil*.—E) *Vigencia espacial del precepto en Derecho español*: a) Aragón.—b) Regiones forales sin Apéndice promulgado. 1: Aplicabilidad a la sucesión intestada; 2: A la sucesión testamentaria.—II: LA HIPÓTESIS DE LA NORMA: PRIMER PRESUPUESTO: DONACIÓN DE UN ASCENDIENTE A UN DESCENDIENTE PREMUERTO.—A) *Alcance subjetivo*: a) La cuestión de la clase de parentesco desde el punto de vista general y desde el estrictamente sucesorio.—b) La capacidad y habilidad sucesorias.—c) La transmisión del derecho y de la sujeción reversionales.—B) *Alcance objetivo*: Bienes susceptibles de derecho de recobro.—C) *Alcance causal y formal*: Donaciones a que se refiere el supuesto legal; Criterio general y supuestos dudosos. 1: La dote obligatoria; 2: La dote conventual; 3: Los regalos de uso y costumbre.—III: LA HIPÓTESIS DE LA NORMA: SEGUNDO PRESUPUESTO: FALTA DE POSTERIDAD RELICTA DEL DESCENDIENTE DONATARIO.—A) *El concepto de posteridad*: La cuestión de la clase de parentesco; 1: Hijos naturales reconocidos; 2: Hijos adoptivos.—B) *Equivalencias al defecto de posteridad*: a) La inhabilidad sucesoria de la descendencia.—b) La repudiación.—C) *Trascendencia de la «missio in conditione» legal de la posteridad*: a) ¿Implica la puesta en condición sustitución legal?—b) ¿Implica la no atribución testamentaria de los bienes a la posteridad existente posibilidad de replanteamiento del recobro?—IV: LA HIPÓTESIS DE LA NORMA: TERCER PRESUPUESTO: PERMANENCIA DE BIENES O VALOR RECOBRABLES EN LA SUCESIÓN DEL DESCENDIENTE DONATARIO.—A) *Planteamiento; sistemas*.—B) *La cuestión de las disposiciones por el donatario a título gratuito o asimilable*.—a) Disposiciones testamentarias.—b) Donaciones.—c) Disposiciones remuneratorias y onerosas sin contraprestación real.—C) *La cuestión de las enajenaciones onerosas con contraprestación real*: a) Reversión directa y recobro por subrogación real: sistemas francés y español.—b) Supuestos dificultosos. 1: La dación del bien donado en pago de deuda del donatario; 2: La renta vitalicia.—c) El problema de los bienes readquiridos.—d) Bienes

agrupados en donación conjunta y divididos materialmente entre los donatarios.—D) *La cuestión de las indemnizaciones por pérdida de la cosa*: a) Planteamiento.—b) Indemnizaciones por seguro.—c) Indemnizaciones por resarcimiento.—V: LA TESIS DE LA NORMA: SUCESIÓN, CON EXCLUSIÓN DE OTRAS PERSONAS.—A) *El efecto sucesorio en sí*: a) Singularidad de la sucesión del recobrannte.—b) Independencia de esta delación sucesoria. Recobro y legítima propia.—B) *La «exclusión de otras personas»*: su alcance: a) Derechos que se le subordinan. 1: Legítimas; 2: Beneficios testamentarios voluntarios; 3: Los acrecimientos presuntos de la donación.—b) Derechos que se le anteponen: los créditos contra el causante.—c) Derechos que ha de soportar. 1: Cargas y gravámenes; 2: Contratos.—d) Derechos con los que ha de coordinarse: otras reversiones.—C) *Las condiciones objetivas del recobro en bienes*: Frutos; accesiones; gastos y mejoras; deterioros.

## I

## LA NORMA EN SÍ

## A) LA LETRA

Pese a su frecuente práctica en la vida y a su destacada peculiaridad en el plano de la teoría del Derecho civil, ha sido escasa la atención doctrinal dedicada en España a la figura del recobro o reversion de las donaciones hechas a descendientes, por premoriencia de éstos sin posteridad.

Al examen de este supuesto va dedicado el presente estudio. La Ley lo contempla, como es sabido, en el artículo 812 del Código civil, cuya letra es la siguiente: *Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas donadas por ellos a sus hijos y descendientes muertos sin posteridad, cuando las mismas cosas donadas existan en la sucesión. Si hubieran sido enajenadas sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con respecto a ellas, o en el precio si se hubieran vendido, o en las cosas que las hubiesen sustituido si las permutó o cambió.*

## B) EL PROCESO HISTÓRICO

a) *Derecho romano.*

Las más antiguas disposiciones que nos es dable encontrar en materia de reversion legal de donaciones se remontan al Derecho romano de fines de la época Consular, como señala SERAFINI (1), con la aparición de la regla distintiva entre dote profecticia y adventicia y régimen de reversion de la primera al constituyente (al menos en los matrimonios libres), en caso de premoriencia de

(1) F. SERAFINI: *Instituciones de Derecho romano*. Trad. de J. Trias Giró. Ed. Espasa, Barcelona, s/f., tomo II, pág. 264.

la mujer (2). La acción para la reclamación era, al parecer, la *rei uxoriae*, pretoria. Esta reversión era total si la mujer fallecía sin posteridad, pero incluso se daba parcialmente cuando dejaba descendencia, ya que el marido sólo podía retener un quinto de tal dote por cada hijo habido, cesando sólo por tanto todo recobro si la mujer dejaba cinco o más.

A esta reversión de la dote profecticia se refiere el texto de Pomponio en Dig. XXIII, 3, ó pr. *De iure dotium*, en el cual incluso se intenta una justificación de la figura: el consuelo del ascendiente recobrante por la muerte de la descendiente dotada. Pero CUQ (3) considera que este inciso debe ser una interpolación, ya que no sólo aparece en contradicción con otros textos, sino con el propio en que aparece expresada, que empieza anunciando una solución de estricta justicia y no sentimental (4). El verdadero fundamento, según el mismo autor, es de equidad: procurar el recobro al padre o ascendiente en caso de premoriencia de la dotada, ya que el marido hacía suya la dote en caso de divorcio.

Está claro que la reversión correspondía sólo al propio constituyente de la dote, sin ulteriores transmisiones de tal derecho (5), y en defecto del constituyente los bienes pasaban a los herederos de la mujer por directo y normal *ius successionis*.

En el período de influencia oriental, la reversión empieza a configurarse en un sentido más similar al que actualmente tiene al quedar subordinada a la condición fundamental de falta de posteridad de la dotada. Según BONFANTE (6), desde una Constitución de Teodosio II y Honorio del año 422, el marido, si hay hijos, retiene la dote profecticia, si bien con prohibición de enajenar, que la Ley previene en beneficio de aquéllos (7). En cambio, se reduce la reversión a sólo una parte en caso de no haber hijos, arbitrándose un sistema bastante complejo de normas para regular la división, ya entre el marido y los herederos de la mujer, ya entre aquél y el ascendiente constituyente y recobrante de la dote.

Otros pasos trascendentales en la configuración de la figura que estudiamos implican dos Novelas de Valentiniano III (8)

(2) AULO GELIO, en sus *Noches áticas*, dice que esta regla diferencial era ya conocida en tiempo del jurisconsulto Servio Sulpicio, muerto en el año 711.

(3) E. CUQ: *Manuel des Institutions juridiques des romains*. Lib. Gén. Pichon et Durand; París, 1917, pág. 185 y ss.

(4) El texto que incluye este inciso es: *Jure succursum est patri, ut filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab eo profecta; ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret.*

(5) ULPIANO: *Reg.* 6, 4, 5.

(6) P. BONFANTE: *Corso di Diritto romano*. Ed. A. Sampaolesi. Roma, 1925, vol. I, págs. 348 a 351.

(7) D. III, 13, 3, *de dotibus*.

(8) Nov. Val. 35-34, 9 y 35, 8, correspondiente a una Const. del año 452; Cod. VI, 20, 19.

y otra del Emperador León (9), a través de las cuales, primero, se emancipa de la distinción entre dote profecticia y adventicia al establecerse que también esta última vaya en recobro a los constituyentes por la línea materna; y después, deja de ser exclusiva de la dote femenil, al reconocerse a los ascendientes del marido premuerto derecho a la reversión de las donaciones esponsalicias, para extenderse, al cabo, a todas las donaciones hechas a un descendiente por una persona investida de patria potestad. Cuantitativamente, sin embargo, la reversión seguía siendo meramente parcial, fijándose ahora en una mitad. Todavía Justiniano completaría la evolución en una Constitución del año 530, aboliendo la distinción entre las acciones *rei uxoriae* y *ex stipulatu*, haciendo descansar el fundamento de la restitución, en todo caso, en una tácita o sobrentendida cláusula devolutoria (10).

En síntesis, la devolución del Derecho romano en este punto es la de una progresiva generalización de la figura, paralelamente a una también progresiva concreción de su naturaleza jurídica. De un estado primario limitado exclusivamente a la dote profecticia de la mujer acaba por generalizarse a toda clase de donaciones, aun no nupciales, hechas a descendientes de cualquier sexo. Y con la asimilación justiniana de la acción *rei uxoriae* a la *ex stipulatu* queda claro, como dice GIRARD (11), y aun a pesar de exigirse en el recobrante el atributo de la patria potestad, *que el Derecho romano conceptuó la reversión como un instituto de Derecho convencional (aunque de carácter legal presuntivo) y no como una figura de Derecho sucesorio.*

#### b) Derecho germánico.

En el Derecho germánico antiguo la reversión de donaciones es una figura tradicional derivada de la misma naturaleza que para este Derecho tuvo la donación. Como señalan BRUNNER-VON SCHWERIN (12), se consideraba por naturaleza la donación como «acto de fin»; es decir, de causa muy especificada, en el sentido de que el bien se daba para que perteneciera al donatario y no a cualquier tercero. Por ello, como regla general y a menos que se transmitiera expresamente la propiedad en concepto de libre y definitiva, la donación común no transmite al donatario más que un dominio limitado, exigiéndose el concurso o consentimiento separado del donante para las enajenaciones del donatario y produciéndose la reversión automáticamente en varios supuestos de los que eran los más importantes: la disolución matrimonial en las donaciones para nupcias y la *premorienza del donatario sin descendencia mas-*

(9) Nov. XXV León; D. VI, 61, 2, *de bonis quae liberis...*

(10) C. V, 13; Const. I, eps. 4, 6 y 13, *de rei ux. act.*

(11) P. F. GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit romain*. Lib. Rousseau. París, 1918, 6.ª ed., págs. 974 y 978.

(12) H. BRUNNER y C. VON SCHWERIN: *Historia del Derecho germánico*. Trad. de J. L. Álvarez López. Ed. Labor, Barcelona, 1936, pág. 70.

*culina*. En suma, como dice H. PLANITZ (13), el derecho de todo donatario era por naturaleza, salvo expresa excepción, una especie singular de propiedad intransmisible e inheredable que a su muerte revertía al donante.

La exclusión del recobro se limitó en el Derecho Sábico al caso de morir el donatario con hijos varones; pero, según PLANITZ, esta limitación duró poco tiempo acabando por admitirse la posteridad femenina como excluyente de la reversión del donador (14). También acabó admitiéndose como excepción *la adoptio in hereditatem* o *Erbengedinge*, aunque ello requería el consentimiento renunciativo de los titulares del derecho reversional (15).

Después de la época franca y en los Derechos germánicos occidentales, sin embargo, la reversión, que parece que en un principio afectaba a toda clase de personas, se limita en su ámbito, reduciéndose fundamentalmente a las donaciones hechas por cualquier donante con ocasión del matrimonio del donatario (las figuras del Wittum—*pretium nuptialis*—, *dotalicium* y Morgengabe—*pretium virginitatis* (16)— y las dádivas de ascendientes a descendientes tanto legítimos como extramatrimoniales (verbigracia: la *Hornungsgabe*).

Al llegar la Edad Media, la generalización del régimen de comunidad matrimonial, según PLANITZ (17), y los primeros vestigios de derechos sucesorios entre cónyuges, provocan paulatinamente la desaparición de los derechos de los parientes a la reversión de las aportaciones matrimoniales, desplazándose el recobro a favor del propio aportante (verbigracia: la *Morgengabe* y el *Wittum*, al marido, aunque se hubiesen constituido con bienes recibidos en donación). Con ello va quedando circunscrita la reversión a las donaciones de ascendientes a descendientes premuertos sin posteridad, como una detracción especial de su herencia (18).

Lo que en esto se aprecia claramente, a nuestro juicio, es que *tampoco en el Derecho germánico que pudiéramos llamar clásico tiene la figura de la reversión de donaciones carácter sucesorio*. Aunque acabe limitándose al supuesto de premoriencia del donatario, *el recobro no se verifica «ex successione» sino «ex donatione»*, porque se considera restricción de la propiedad transmitida en donación. Se trata de una *mortis causa capio*, pero no se da una *successio*.

(13) H. PLANITZ: *Principios de Derecho Privado germánico*. Trad. de C. Melón Infante. Ed. Bosch, Barcelona, 1957, pág. 239.

(14) PLANITZ: Ob. cit. pág. 355.

(15) PLANITZ: Ob. cit. pág. 363.

(16) PLANITZ: Ob. cit. pág. 305, y BRUNNER-V. SCHWERIN: Ob. citada págs. 202 y 230.

(17) PLANITZ: Ob. cit. págs. 306 y 308.

(18) BRUNNER-V. SCHWERIN: Ob. cit. pág. 202.

c) *Derecho histórico francés hasta el Code Napoléon.*

En los Derechos filiales del Derecho franco y en plena Edad Media es cuando la figura de la reversión de donaciones (*droit de retour*) es absorbida en los países de Droit Coutumier (la precisión técnica de cuyas instituciones fué siempre inferior a la de los países de Droit Écrit) en el principio consuetudinario *paterna paternis, materna maternis*, modalidad de sistema troncal que inspiraba su régimen de sucesión abintestato, quizá por la coincidencia circunstancial (en la reversión y en la troncalidad) de la premoriencia sin posteridad del descendiente.

Ello extiende algo el alcance subjetivo-pasivo de la figura (afectando a los descendientes del donatario que a su vez premueran sin descendientes al donante); pero, en cambio, la reduce objetivamente, en algunos países, a los bienes inmuebles y, *sobre todo, desnaturaliza la institución configurándola como una sucesión legal*, acabando por minarla, ya que como en este sistema de *simple cõté* no se investiga la procedencia de los bienes más allá del padre o de la madre, a los efectos de atribución concreta y definitiva de los bienes, podía ocurrir frecuentemente que un colateral del padre o de la madre heredase los bienes donados por abuelos, desplazando a éstos de la reversión. Por otra parte, en los casos en que llegara a darse (recobro de los propios padres; ausencia de colaterales) funcionaba limitadamente a los bienes no enajenados por el donatario (19).

Con este sistema coexistió a lo largo de la Alta Edad Media el de los países de Derecho escrito, que de acuerdo con la tradición romana y germánica consideraban la reversión como un efecto convencional tácito, con base en la originaria donación, y no como un derecho sucesorio. La diferencia era trascendental, ya que el recobro actuaba como cláusula convencional (aun sobrentendida) automáticamente y con retroactividad, a modo de condición resolutoria, afectando a las disposiciones realizadas por el donatario premuerto. Esta concepción liberó a la figura, durante algún tiempo, de ser absorbida y desnaturalizada por el sistema de troncalidad simple seguido en materia sucesoria. Por el contrario, la influencia de éste sobre la figura de la reversión en estos países de Derecho escrito fué en principio más bien positiva, pues a diferencia de la limitación del Derecho romano, extendió el recobro a toda clase de ascendientes donantes.

El sistema del Droit Coutumier fué, sin embargo, desplazando progresivamente al de los países de Derecho escrito e influyendo incluso en sus recopilaciones, hasta el punto de que la de Dijon y la de París acaban de reflejar exactamente el mismo sistema de Droit Coutumier, subordinando el recobro al

---

(19) G. BRAGA DA CRUZ: *O direito de troncalidade e o regime juridico do patrimonio familiar*. Braga, Liv. Cruz, 1941-47, tomo I, págs. 85 ss.

hecho de que el donatario no haya dispuesto de los bienes por ningún título.

Por otra parte, según enseña BRAGA DA CRUZ (20), si ya de por sí el simplismo del sistema de troncalidad *paterna paternis, materna maternis* hacia naufragar en ocasiones frecuentes el recobro de los ascendientes remotos, a fines del siglo XIII aparece una corriente deformadora del principio *propres ne remontent* (los propios no suben), considerado en principio no ya como compatible, sino como complementario de aquél. Esta interpretación literalista estrecha *cierra por completo el paso a la figura de la reversión de donaciones*, consagrando una preferencia absoluta e indiferenciada de los colaterales sobre los ascendientes y motiva una progresiva desaparición de la institución de las *Coutumes* francesas hasta el punto de que a mediados del siglo XV no queda en ellas, salvo raras excepciones, otra regulación que no sea precisamente para establecer su exclusión (21).

Por fin, en el siglo XVI, DUMOULIN, en su Glosa al artículo 129 de la antigua *Coutume* de París, denuncia la anterior deformación interpretativa y demuestra que la primigenia significación del principio *propres ne remontent*, como complementario del *paterna paternis, materna maternis*, no podía ser otra que la simple de impedir que los bienes procedentes de una línea pasaran a los ascendientes de otra y no, en modo alguno, la de establecer una arbitraria exclusión sucesoria de los ascendientes, aparte de que los bienes donados más bien merecían la consideración de adquiridos que la de propios. Esta interpretación correctora de la anterior, seguida por D'ARGENTRE, LOISEL, COQUILLE, LAURIERE y otros comentaristas, provoca el *restablecimiento de la reversión de donaciones* en el artículo 313 de la nueva *Coutume* de París de 1580 y a su través, en más de cuarenta recopilaciones de la época (22), obteniendo de nuevo tal divulgación que la jurisprudencia acaba por considerar el derecho de reversión como *ius receptum*, incluso en aquellos países cuya *Coutume* no regulara explícitamente la materia (23).

En este restablecimiento, desde luego, se consagra triunfante lo concepción *sucesoria* de la reversión, no retroactiva, implicada en la sucesión abintestato, con respeto de las disposiciones del donatario y limitada (por reflejo de los móviles de la troncalidad) sólo a los bienes donados que subsistan en especie en la sucesión. En cambio, se extiende tanto a los bienes muebles como a los inmuebles.

Con tales caracteres pervive en el moderno Derecho francés

(20) Ob. cit. págs. 167 a 169 del tomo II.

(21) BRAGA DA CRUZ: Ob. cit. tomo II, pág. 124.

(22) BRAGA DA CRUZ: Obr. cit. pág. 127.

(23) Fueron únicas excepciones, según BRAGA (loc. cit.), las *Coutumes* de Maine y Anjou, que sustituyeron la reversión por un derecho de usufructo.

la institución. Suprimida (quizá por considerarla una remota vinculación) por una ley de 17 de Nivoso del año II, el Código francés, más respetuoso con la tradición de la figura, la restablece finalmente de nuevo. El artículo 747, destinado a regularla y siguiendo muy de cerca al 313 de la Coutume de París, dice que *los ascendientes suceden excluyendo a toda otra persona en las cosas donadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión en especie. Si los objetos han sido enajenados, los ascendientes tendrán derecho al precio que aún fuere debido. Asimismo sucederán en las acciones de restitución que pudiere tener el donatario.* Otros artículos, como los 358 y 359, establecen también la reversión para el adoptante o sus hijos de sangre sobre los bienes donados por aquél al hijo adoptivo, y el 766 en favor de los hermanos y hermanas legítimos del hijo natural con respecto a las donaciones hechas a éste por el padre común.

Todos estos preceptos fueron reproducidos (con los mismos números) en el Código belga. Sin embargo, un Anteproyecto de reforma del mismo debido al eminente LAURENT, modificaba en su artículo 798 una parte del texto francés al tiempo que lo adicionaba de este modo: «La reversión tiene lugar en los bienes donados que se encuentren en especie en la herencia yacente. *El precio de los bienes enajenados, las acciones para recobrarlos y los bienes adquiridos en su equivalencia recierten al donante también.*»

d) *Derecho histórico español hasta la Codificación.*

Según HINOJOSA (24), en el Derecho castellano primitivo la reversión de donaciones debió responder al mismo sentido que tenía en Derecho germánico, el cual—como vimos—configuraba la reversión como efecto natural de la donación y no como sucesión especial del donatario.

La muestra más antigua—y única para este autor—que refleje tal concepción no aparece, sin embargo, hasta el Fuero romance de Brihuega de 1242 (?), que señala que *tod ome que diere raiz o mueble a fijo o a fija et murieren el fijo o la fija sin fijos, torne la raiz o el mueble al padre o a la madre que lo dieron* (25).

(24) E. HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*. En la Colección de sus *Obras*, ed. por el Inst. Nac. de Ests. Jurs., Madrid, 1955, tomo II, pág. 417, texto y nota 23.

(25) FUERO DE BRIHUEGA, ed. por Catalina García. Madrid, 1887, págs. 155 y 156. Como pone de relieve A. GARCÍA GALLO (*Aportación al estudio de los Fueros*), AHDE, núm. 26 (1956), pág. 437, nota 147, el breve Fuero Latino a Brihuega, de redacción anterior (entre 1221 y 1229), cita en su parágrafo 7 un Fuero anterior (*In omnibus aliis causis, vivunt secundum forum suum...*), que desconocemos. Este Fuero latino no contiene alusión a la figura que en este sentido nos ocupa, pero es muy probable que el Fuero romance posterior la tomara de ese antiguo, hoy perdido.



sin aludir para nada a la herencia general del descendiente donatario.

A nuestro entender, también se trasluce la misma concepción en el parágrafo 9.º del Fuero de Zamora, también del siglo XIII, aunque el supuesto que contempla, referido a donatarios nupciales, sea más concreto. En efecto, dice este texto que *fillo que padre omadre ouier oauolo oauola que hayan de heredar, de quanto le dieren en casamiento non aya poder de uender nem de donar, nem de enagenar sin so mandado, de toda cosa quele dier padre omadre, oauolo oauola, osoglo osogla. E quien delos comprar o engayar, perdalo* (26). Aquí se aprecia la influencia del primitivo Derecho germánico en cuanto conceptúa la donación hecha por razón de nupcias al hijo o hija y aun al yerno, como donación de fin que atribuye al donatario una propiedad muy limitada de lo donado, necesitándose el consentimiento de los donantes para los actos de disposición o gravamen, con resolución retroactiva de tales actos si se realizaren sin dicho consentimiento. Y aunque el inciso *que haya de heredar* haga a primera vista pensar en una posible infiltración limitativa y deformadora de la teoría de la troncalidad, meditado atentamente se nos aparece más bien como una forma burda de expresar la tradicional condición, para el recobro, de que el donatario no tenga descendencia, pues sólo en defecto de ella nos encontraríamos en el supuesto de que «haya de heredar» (y de recobrar) la ascendencia. Así lo confirma la mención de suegros y suegras, a quienes en ningún caso cabe considerar como propios «herederos» legales.

Siquiera no sean dos muestras aisladas base demasiado firme, ya constituyen, sin embargo, un indicio sobre el que asentar un argumento en favor de la hipótesis de que en el propio Derecho de la Reconquista se inicia una vuelta a ese sentido germánico antiguo de la reversión de las donaciones en el Derecho visigótico, sin que constituya argumento contrario el que no aparezca en el texto de la *Lex Visigothorum* (fuertemente romanizada en materia de propiedad y de contratos) ni tampoco expresamente en los fragmentos conocidos del Código Euriciano, sabido como es el desarrollo predominantemente consuetudinario de las instituciones germánicas, pocas veces e incompletamente compiladas.

Es más: en cuanto que la *Lex Visigothorum* establece la troncalidad en la sucesión de los abuelos (27) sin establecerla en

(26) CASTRO Y ONÍS: *Fueros leoneses de Zamora. Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*. Madrid, 1916, pág. 18.

(27) *Si his, qui moritur, avos relinquat, aut avias... de illis vero rebus que ab avis et parentibus habuit, ad avos directa linea recabunt*. Este es el inciso final de la ley VI, tít. II, lib. IV, debida a Recesvinto, y que adiciona el texto, que previamente transcribe, del c. 328 del Código de Eurico (Paliimpsesto de París). Vid. *Lex Visigothorum*, en la ed. de K.

la de los padres (28) cabe entender que no es que pretenda completar un hipotético sistema anterior de troncalidad en la sucesión de los ascendientes limitado a los padres (*paterna paternis, materna maternis*) en el Código de Eurico, sistema muy probablemente inexistente, sino que, por el contrario, *estableciera por vez primera un sistema de troncalidad sucesoria*, de escueto abolengo, en el Derecho español (29). De admitirse esta hipótesis tendríamos base para afirmar que *con anterioridad al Derecho recesvindiano, todo el desarrollo de la institución de la reversión de donaciones en el Derecho español fué plenamente independiente de toda consideración de troncalidad y aun de fenómeno sucesorio*.

Refuerza esta suposición el examen de las significativas adiciones que en la versión romanceada del Fuero Juzgo sufre la antigua disposición recesvindiana. En efecto, la parte final de la antigua ley gótica queda así: «... *Esto es de entender de las cosas que ganó el muerto. Mas de las que él ovo por parte de sus padres o de sus abuelos, deben tornar a sus padres o a sus abuelos cuemo ge las dieron*» (30).

Si hemos de entender que el propósito del redactor del Fuero Juzgo fué restablecer la vigencia del Derecho visigótico escrito en una vuelta a la hispana tradición jurídica, habrá que entender por fuerza que las modificaciones, detalles y retoques con respecto a los viejos textos godos tienen un indudable fin *interpretativo* y aclaratorio, cuya realización hay que suponer se hiciera quizá, de un lado, a base de fuentes y materiales hoy perdidos: pero con seguridad, de otro, tomando directamente el sentido de la tradición consuetudinaria viva mantenida con valor normativo a lo largo de los tiempos y a cuyas fuentes de origen era sin duda mucho menos difícil remontarse entonces que en la actualidad.

Pues bien: de una parte, al introducir la mención de los padres en el derecho de retorno, establece un paralelismo que en la ley antigua no existía: lo que *ovo* de sus padres deberá *tornar* a sus padres; lo que *ovo* de sus abuelos, a sus abuelos. Y siendo claro que tales bienes no pueden ser los heredados (porque en tal caso el llamado a recobrar del muerto sería otro muerto anterior) sólo quedan, como posible objeto de la disposición, los

---

Zeumer, *Monumenta Germaniae Historica*. Leg. Sect. 1.º, tomo I, Hannover-Leipzig, 1902.

(28) Tampoco ésta aparecía establecida en el c. 328 del Código Euriciano.

(29) Esta es, frente a ZEUMER (*Historia de la legislación visigoda*. Trad. C. Clavería. Univers. Barcelona, 1944, págs. 289 a 291) la tesis de G. BRAGA DE CRUZ (*A successão legítima no Código Euriciano*, AHDE, núm. 23 (1953), págs. 794 a 797 y 107-108, que advierte cómo el inciso final de la citada ley de Recesvinto introduce por vez primera la distinción de bienes propios y adquiridos, básica del sistema de troncalidad).

(30) FUERO JUZGO. Ed. de 1ª R. Ac. Española. Madrid, Imp. Ibarra, 1815

*habidos por donación*. Así lo confirma claramente tanto la expresión final «*cuemo ge las dieron*», como la separación de esta regla de la precedente, referida a «*las cosas que ganó el muerto*»; es decir, las adquiridas a título oneroso.

¿Qué significa todo ello? Sencillamente, a nuestro juicio, que el Fuero Juzgo aclara que la *Lex Visigothorum*, al introducir el inciso que se estimó como establecedor de la troncalidad de abolorio, no acertó a reflejar en su redacción el verdadero Derecho visigótico consuetudinario que no era, como el franco, troncalista, ni menos en materia de reversión de donaciones, y que, por tanto, la hipótesis del primitivo sentido germánico de este derecho de recobro (que apoyan, como vimos, los textos de los dos citados Fueros Municipales, recogedores muy directos, como los demás de su género, de la tradición consuetudinaria) es muy probable. El Fuero Juzgo, desde luego, sí refleja claramente esta concepción, pues según establece, el retorno a los donantes ascendientes de las cosas donadas debe tener lugar (*deben tornar*, dice el Fuero) ... *cuemo ge las dieron*. Esto es, *específicamente*, con caducidad de las enajenaciones realizadas por el descendiente donatario y de las cargas que sobre los bienes hubiere establecido. El texto no tiene otro sentido lógico y su tono imperativo (*deben*) demuestra que ese recobro específico no es una contingencia sometida a que tales bienes subsistan, a la muerte del descendiente, en su patrimonio y que tampoco se dispensa por una subrogación real de otros bienes que hubieran podido sustituir a los donados.

Es cierto que el Fuero Juzgo no pasó de ser un intento fallido de unidad, puesto que subsistió la vigencia de los Fueros Municipales. Pero al menos (aparte de su directa vigencia como Fuero Municipal de algunas ciudades, como Córdoba y Sevilla) debió constituir un cuerpo de Derecho supletorio aplicable en cuanto no contradijera la regulación de aquéllos, los cuales, con las salvedades estudiadas, no aluden por lo general a la reversión de donaciones. No hay obstáculo para esta vigencia supletoria en el régimen de troncalidad sucesoria seguida en estos Fueros Municipales, ya que, a diferencia de las *Coutumes* francesas, el sistema de troncalidad es aplicado con gran pureza sólo con relación a bienes heredados en la mayoría de dichos Fueros (31), como asimismo en el Fuero Viejo de Castilla (32).

En el Derecho aragonés histórico se da la circunstancia de que es la propia ley la que se ocupa de establecer el deslinde conceptual entre reversión y troncalidad. Ello se debe a que, de un lado,

(31) Así, los Fueros de Cuenca (rúb. 224), Sepúlveda (tít. 61 del texto romanceado), Salamanca (rúb. 207), Ledesma (rúb. 135), Soria (en el especial sentido en que admite la troncalidad la rúb. 319), y los de Zorita, Plasencia y Baeza.

(32) Fuero Viejo de Castilla, lib. V, tít. II, ley I (Colección Antiguos Códigos Españoles).

la reversión era institución muy arraigada en las costumbres, y a que, de otro, se debió sufrir durante algún tiempo la influencia deformadora del Derecho franco y el sistema adoptado en materia de troncalidad sucesoria fué tan extremista para establecer la preferencia absoluta de los colaterales sobre los ascendientes, que acabó por sentirse la necesidad de una aclaración legal sobre este punto.

Así en las Cortes de Daroca de 1311, bajo Jaime II, se dicta el Fuero I *De successoribus ab intestato*, que corrige al Fuero antiguo *De rebus vincularis*, diciendo que: *Como el Fuero antiguo establece que cuando el padre o la madre dan algunos bienes a alguno de sus hijos y éste muere intestado y sin hijos legítimos los bienes deben volver a los más próximos parientes de donde los bienes descienden, según el Fuero antiguo "De rebus vincularis"; y a aquella sucesión en los mismos bienes eran admitidos los hermanos u otros parientes próximos del muerto, excluidos los padres que habían hecho aquella donación, no siendo eso razonable se ha pensado en hacer la declaración correspondiente que supla al Fuero antiguo, y por ello, si el hijo o hija a quien sus padres hubieran hecho donación al tiempo del matrimonio o "inter vivos" muriere intestado y sin hijos, los bienes donados no serán para los hermanos u otros parientes, sino para el padre o la madre que hicieron la donación. Mas si el hijo o hija a quien fuera hecha falleciere intestado y con hijos y éstos a su vez fallecieren intestados o durante su menor edad los bienes donados si se conservaren volverán al abuelo o abuela donante, si existieren, con exclusión de toda otra persona (33).*

Con todo, el Derecho aragonés no puede sustraerse a la absorbente influencia del principio troncal, y si precisa, salvándola, los términos de la reversión, lo hace al fin y al cabo dándole también un sentido troncalista al configurarla como derecho de sucesión abintestato singular al hacerla recaer sólo sobre los propios bienes donados y en cuanto subsistan, y al extenderla incluso a la sucesión de quienes, como los descendientes del donatario, no fueron sujetos del negocio de donación.

Volviendo al Derecho castellano, hay que reconocer que la situación varía con la publicación del Fuero Real, cuyo sistema, en materia de troncalidad, es mucho más impuro y también más difuso, y en cuanto dispone, sin establecer distinción alguna por razón del origen de los bienes, la sucesión de los padres al hijo, cierra el camino a la reversión (34). No obstante, debe tenerse en cuenta que el Fuero Real no fué promulgado como Ley general, li-

(33) *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*. Por M. Isabal. Zaragoza, 1926. Art. título 104.

(34) FUERO REAL (en la Colección de Antiguos Códigos Españoles), ley 10, tít. VI, libro. III.º

mitándose el Rey Sabio concederlo como Fuero Municipal a algunas localidades leonesas y castellanas.

Así llegamos a la ley VI de Toro, que al regular la sucesión de los ascendientes por el criterio romano de proximidad de grado concluye exceptuando *las ciudades, villas y lugares do, según el fuero de la tierra, se acostumbren tornar los bienes al tronco o la rays a la rays*. Estas excepciones, a nuestro entender, comprenden tanto las propiamente sucesorias del sistema de troncalidad como la integrada en el derecho de reversión, en la que también «tornan los bienes» al donante de quien provienen.

Recogida esta disposición en la ley 1.ª, título 20, libro X de la Novísima Recopilación, se cierra con ello el ciclo histórico anterior al nuestro Código civil.

#### e) Conclusiones.

A nuestro juicio las conclusiones generales que se deducen de este bosquejo histórico son las siguientes:

1.ª La reversión de donaciones por premoriencia del donatario sin posterioridad no es en su origen una figura sucesoria, aunque actúe simultáneamente (por coincidencia de *occasio*) con la sucesión. En Derecho romano se configura como condición resolutoria tácita. (En Derecho germánico, como limitación de la propiedad transmitida por donación.

2.ª Sólo en el Derecho consuetudinario medieval francés se refunde la figura en el sistema general de troncalidad sucesoria, desnaturalizándose y aun llegando a desaparecer para reaparecer más tarde muy restringida. Esta concepción restringida de la reversión como especialidad del abintestato troncal pasa al Derecho aragonés histórico.

3.ª En el Derecho castellano, en cambio, la figura no queda, por lo general, desnaturalizada ni absorbida por el sistema de troncalidad de los Fueros Municipales, mucho más puro que el francés. En algunos, como los de Brihuega y Zamora y en el Fuero Juzgo, resplandece aún la concepción tradicional extrasucesoria de la reversión. El Fuero Real sí confunde troncalidad y reversión, con la consiguiente exclusión de ésta, pero su vigencia fué muy limitada.

4.ª La inspiración del texto del *Code* francés en los principios del *Droit Coutumier* (a través de la *Coutume* de París) es indudable. Su letra y su espíritu reflejan la tradición troncal al limitar el recobro al abintestato y al condicionarlo absolutamente a la subsistencia de los bienes o su residuo en el caudal relicto.

5.ª La inspiración del artículo 812 del Código español en el 747 francés es en principio indudable, pero también lo es—como resaltaremos más adelante—que varía totalmente el sistema de aquél. Y precisamente se aparta del mismo en cuanto sus principios o consecuencias chocan con la tradición jurídica española, en la que

se inspira unas veces directamente (como en la extensión del recobro, por la vía del art. 938, a la sucesión testamentaria), inspirándose en otras, para corregir la estrechez del sistema francés (como en la admisión de la subrogación real y del valor), en el Anteproyecto Laurent para la reforma del Código belga.

### C.) EL FUNDAMENTO JURÍDICO Y ÉTICO

#### a) *Fundamento genérico de la institución.*

El entrecruce de concepciones históricas diversas sobre la reversión de donaciones ha oscurecido un tanto la cuestión del fundamento de la figura, cuando, en realidad, su finalidad en el plano del Derecho natural es permanente, y lo único cambiante, con el continuo mudar y suceder de los sistemas de organización de la propiedad, del Derecho de contratos, de la familia y de las sucesiones, es la fundamentación de la concreta estructura dogmática que, en cada coyuntura histórica, se da a la institución.

Por Derecho natural, las donaciones hechas a descendientes son revertibles si el donatario premuere sin posterioridad, por la sencilla e invariable razón de que es injustificado que, en tal hipótesis, y en vida del donante, se enriquezcan con ellas otras personas en cuya contemplación no fueron realizadas, y que, aunque sean normalmente llamadas a suceder con preferencia al donante, no tienen, como éste, el mérito de haber donado.

Y es que la donación, acto de liberalidad, implica un meritorio sacrificio de un bien con el que el donante pudiera satisfacer necesidades y aun caprichos propios, renunciando a hacerlo así para favorecer a otra persona. Por tales características, el Derecho dispensa a las donaciones un trato especial: por excepción al principio de firmeza definitiva de los negocios voluntarios, consienten en que puedan revocarse, después de hechas, por ciertas señaladas causas, entre las que destacan las de ingratitud, en cuya admisión legal se revela cómo el Derecho considera esencial la cuestión del *sentimiento* en el *consentimiento* de la donación. Igualmente, por tratarse de un acto de desprendimiento, de un acto no normal, que sólo se explica porque el sentimiento altruísta vence en ocasiones al más normal sentimiento egoísta, la Ley admite toda una amplia gama de limitaciones (arts. 639, 641, etc.), a ese desprendimiento. Y por los mismos motivos, exige capacidad especial, superior a la meramente contractual (art. 624), garantías formales (art. 632-633) y para todo caso de dudas en los términos del negocio dicta en el artículo 1.289 la regla interpretativa de que «... si éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses».

La idea del Derecho es, pues, que el objeto de una donación enriquece justificadamente al donatario, porque así lo ha queri-

do el donante, pero enriquecería injustificadamente a quien, fuera de él mismo, los adquiriera gratuitamente.

Junto a este principio existe también—es verdad—el de la libertad del dominio, pero ambos son conciliables y armonizables en las distintas hipótesis previsibles.

Así, el Derecho positivo diferencia dos clases de donaciones por razón del donatario: las que se hagan a descendientes y las que se hagan a otros parientes o a extraños. Las primeras son muy frecuentes; las segundas, casi impracticadas. Las primeras manifiestan el sentimiento—normal—del cariño hacia la descendencia; las segundas, en el noventa por ciento de los casos, vendrán motivadas por un afán remuneratorio que se superpone al simple sentimiento y cualifica singularmente la liberalidad.

Por ello, por la infinitamente mayor frecuencia de aquéllas con relación a éstas; por la máxíma pureza con que se presenta en ellas el meritorio espíritu de la liberalidad, el Derecho atribuye al donante de las mismas una ventaja más que no se preocupa, en cambio, de dejar legalmente sentada para las segundas (ya que, además, el propio donante es libre en todo caso de establecerla y graduarla: cfr. art. 641). Esta ventaja es la de la garantía de un recobro preferente de lo donado en caso de premoriencia del donatario sin posteridad. Este último condicionamiento sigue con lógica el punto de vista del Derecho natural, porque se presume que lo que se quiere en ventaja de la descendencia próxima se quiere también en la de la remota, en la que continúa la sangre y el cariño, por lo que su enriquecimiento directo o indirecto con base en aquella donación no podría estimarse injustificado.

En resumen, que es fundado que el Derecho positivo, traduciendo estas inspiraciones de Derecho natural, establezca, aparte de admitir la reversión convencional, un recobro de juego legal para las donaciones hechas a descendientes que premueran sin posteridad. No se trata, pues, de una medida de política legislativa, como parece dar a entender el texto del Digesto D. VI, 61, 2, *de bonis quae liberis*, para estimular las donaciones (35) (ya que el donante siempre puede establecer por su cuenta la reversión); ni para evitar la frecuencia de los pactos expresos de reversión, con sus inconvenientes de resolución retroactiva (pues la Ley podría atacar directamente estos inconvenientes, estableciendo otros efectos para la reversión convencional). Tampoco la justificación está en un pretendido carácter limitado de la propiedad transmitida por donación (criterio germánico antiguo) ni en un principio vincular o familiar de los bienes, como se entendió en Derecho medieval, pues éstos son meros principios político-jurídicos, que responden a sistemas concretos de organización de la familia o de la propiedad propios de un cierto momento histórico necesariamente superado. La única invocación legal acer-

(35) Este texto dice: *Propiciendum est enim ne hao injecta formidine parentum circa liberos munificentia retardetur.*

tada en el fondo, aunque desgraciada en la expresión, del fundamento de la figura, es la del fragmento de Pomponio citado al tratar de la evolución de la misma en Derecho romano. Claro que no es exactamente que la Ley no quiera «ver sumados en el padre el dolor de perder a su descendiente y el fastidio de perder los bienes»: no es precisamente *ese fastidio* del ascendiente lo que conmueve a la Ley, sino sencillamente la convicción de que tal resultado es contrario a la presumible voluntad del donante (voluntad que en los actos de liberalidad es fuente a la vez del consentimiento y de la causa), y, por tanto, inconsecuente desde el punto de vista del Derecho lógico o científico y al mismo tiempo y desde el punto de vista del Derecho natural es contrario a justicia y a equidad.

b) *Fundamento concreto de la norma.*

Por cuanto se refiere precisamente al artículo 812 de nuestro Código civil, creemos que el legislador español, ante el complejo de concepciones históricas diversas y aun de fundamentos teóricos convergentes en la institución, supo con serenidad depurar los más cabales y trazar su línea normativa del modo más ajustado a la idea del Derecho natural y al propio tiempo a los principios actuales que rigen la propiedad, la familia y las sucesiones.

Así, contra lo que creen muchos comentaristas, inspirados en exceso en las ideas de la doctrina francesa (36), el artículo 812 *no ha visto en la reversión, a diferencia del Code français, un vehículo para la conservación troncal de los bienes concretos en la línea familiar de procedencia* (a lo que, además, era contrario el espíritu de la época), sino un remedio (consecuente con la causa presumible de la donación) para evitar el enriquecimiento injustificado de personas que, aun llamadas con preferencia al donante a la sucesión del donatario, no tienen, como aquél, el mérito de haber favorecido liberalmente al causante con la donación.

Para el logro de esta finalidad, el legislador español se vió, sin embargo, debidamente ponderados todos los intereses en juego y valorado, por tanto, el inviolable derecho del donatario a consumir para sí y a disponer de los bienes en su provecho, en la siguiente encrucijada:

- De arbitrar un sistema de absoluta libertad dispositiva del donatario se caería en la ineptia del Derecho francés, en el que a través de disposiciones gratuitas del descendiente (que

(36) Siguen esta creencia troncalista, entre otros, G. BURON GARCÍA (*Derecho civil español, según los principios, los Códigos y Leyes precedentes y la reforma del Código civil*, Valladolid, Imp. Lib. A. Martín, 1898, tomo II, pág. 769); J. M.<sup>a</sup> MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, 7.<sup>a</sup> ed., rev. y an. por T. Ogáyar, Inst. Ed. Reus, Madrid, 1951, tomo VI, pág. 394 y ss.), y M. BATLLE VÁZQUEZ (*Apéndice al Derecho civil, de CASTÁN, para Registros, en colaboración con el propio CASTÁN*, Inst. Ed. Reus, Madrid, 1945, pág. 247).



- se las da de liberal a base de la liberalidad de su ascendiente), quedaría frustrada la finalidad de la figura.
- De estatuir un sistema de reserva durante la vida del donante, caería en el extremo opuesto, excediéndose del lógico fin de la institución, pues es natural que el donatario titular de los bienes pueda consumirlos para sus necesidades y, por tanto, disponer de ellos a título oneroso.
  - De establecer un sistema de resolución o anulación retroactivas de las enajenaciones del donatario (sistemas respectivos del Derecho romano y del germánico) caería en parejo defecto, produciendo una situación de incertidumbre en la propiedad y de trastorno en el tráfico contractual que son inadmisibles en el espíritu de nuestros tiempos y en el grado actual de desenvolvimiento técnico del Derecho.
  - De perfilar, finalmente, un sistema de recobro por subrogación real y de valor, haciendo contingente sólo el recobro en especie y aplicar al propio tiempo la reversión tanto en la sucesión testada como en la intestada, conseguiría, en cambio, cubrir plenamente los fines propios de la institución (devolviendo al donante lo que injustificadamente hubiera enriquecido a otros), sin producir, no obstante, perturbación alguna en el régimen de la propiedad, ni de los contratos, ni de las sucesiones.

Esto último fué lo que hizo el Código civil en sus artículos 812 y 938, y, por ello, merece franco aplauso. Lo único reprochable es que el primero de dichos preceptos, por haber tratado de aprovechar cómodamente al máximo la letra del artículo 747 del Code francés, no haya escogido una sintaxis rotundamente expresiva de su pensamiento, en vez de cometer el desconcertante equívoco de copiar casi servilmente la letra y, en pequeños retoques, dar, sin embargo, entera vuelta a su sentido, como más adelante tendremos ocasión de demostrar (37).

La acogida doctrinal del artículo 812, sin embargo, ha sido variable. Algunos, como FALCÓN (38), acertando a ver todo su alcance, lo reputan de exagerado, invocando el sagrado principio de libertad absoluta del dominio. Otros, como MANRESA (39), lo acogen con simpatía, pero lo interpretan con tal estrechez que lo enervan. Quizá sólo BONEL (40) lo acoge sin formular reservas.

---

(37) Confirma esta hipótesis el hecho de que el Proyecto de 1851 no recogiera el precepto, por no parecer útiles ni justos al legislador español los términos del art. 747 del *Code Napoleon*, mientras que el art. 797 del Proyecto de 1882 ya lo recoge, modificado y adoptando otro sistema, después de haberse inspirado en el *Anteproyecto Laurent*.

(38) M. FALCÓN: *Los artículos 811 y 812 del Código civil*. «Revista de los Tribunales», 1891, t. XXIII, pág. 19 y ss.

(39) MANRESA: *Ob. cit.* pág. 397 y ss.

(40) L. BONEL SÁNCHEZ: *Código civil español, comentado y concordado*. Barcelona. Imp. A. López Robert. 1890, tomo III, pág. 423.

Nosotros ya hemos expuesto nuestra opinión de que el precepto recoge una inspiración eminentemente justa. A lo largo de este ensayo intentaremos resaltar cómo, además, da a esa idea un desarrollo consecuente completando su sana ética con su acierto dogmático.

D) LA CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA: NATURALEZA JURÍDICA DE LA REVERSIÓN DEL ARTÍCULO 812.

La configuración dogmática de las instituciones en los diversos sistemas de Derecho positivo puede variar en armonía con los distintos regímenes adoptados de acuerdo con las variables necesidades, sociales y económicas, de cada pueblo y de cada época, sin que por ello varíe más que en cuestiones de matiz el fin fundamental que justifique la institución.

De ahí que, en nuestro caso, la figura de la reversión de donaciones a descendientes haya sido estructurada, según vimos, en unas y otras épocas, bajo una configuración dogmática diferente.

El efecto del retorno de los bienes al ascendiente donante, a través del cual se cumple el fin de evitación de enriquecimiento injustificado de otros, se puede así, en principio, lograr atribuyendo al recobro, alternativamente, esta variable naturaleza jurídica:

a) *La reversión como derecho propio contractual.*

Responde a la configuración del recobro como resultado de una cláusula convencional tácita que funciona como condición resolutoria sobrentendida a la donación.

Esta fué la concepción del Derecho romano. Sus efectos (retroactividad resolutoria de los actos celebrados por el donatario) se explican en aquel sistema antiguo si se tiene en cuenta el limitadísimo campo de acción de la figura (donaciones nupciales) durante la mayor parte de su evolución, y la especialísima estructuración de los derechos de familia. Hoy serían desorbitados, pugnando con los principios de libertad dominical, certidumbre en el régimen de la propiedad, y seguridad del tráfico jurídico en general.

b) *La reversión como derecho propio real.*

Puede adquirir este carácter si se la configura:

1. Como residuo dominical *conservado* por el donante, *naturaliter*, al hacer la donación al descendiente. Esta concepción, propia del Derecho germánico primitivo, tendría las mismas consecuencias excesivas que la anterior, al originar la anulabilidad de todos los actos del donatario realizados sin concurso del donante.

2. Como derecho dominical *renacido* para el donante en el mo-

mento de la premoriencia del descendiente donatario. Esta es, por ejemplo, la original posición mantenida por PÉREZ ARDÁ (41), que entiende que la reversión del artículo 812 no es sino *un caso más de revocación de donaciones*: el de falta de posteridad del descendiente donatario; igual en esencia que los demás casos de revocación. Tal derecho es completamente independiente de los eventuales derechos sucesorios del propio recobrante y los de otras personas, porque la reversión no es un fenómeno sucesorio: los bienes, al volver al dominio del donante, causan baja en el inventario de la herencia.

Evidentemente esta postura es equivocada. Dejando aparte el claro término *sucedan* del artículo 812, y la violencia que sufre el concepto técnico de *revocación* (41 bis), bastaría para rechazarla la consideración teleológica de que, con su aplicación los acreedores del donatario quedarían defraudados al ver desaparecer como por arte de magia del patrimonio hereditario del deudor unos bienes con cuya garantía contaban.

c) *La reversión como derecho sucesorio especial.*

Esta es la configuración dogmática que mejor cuadra a los fines de la figura, debidamente ponderados, en general, todos los intereses en juego: los del donante, los del donatario, los de terceros adquirentes y los de posibles acreedores. Y por eso el legislador español, aun a costa de apartarse en ello de la tradición histórica patria, comprende la inaplicabilidad del sistema antiguo a las realidades actuales y, con templanza, estructura el derecho de recobro como derecho sucesorio singular, preferente a todos los demás derechos sucesorios («sucedan... con exclusión de otras personas») pero subordinado, como integrante de la sucesión (arts. 659, 1.082 y ss.) al derecho de los acreedores del causante.

Esta configuración dogmática general acarrea, por de pronto, además de las citadas consecuencias de no resolución de los actos del donatario y de subordinación del recobro al pago de las deudas del mismo, otras también trascendentales, como son: en lo civil, la exigibilidad en el recobrante de capacidad y habilidad sucesorias y el nacimiento de su derecho a los frutos desde la apertura de la sucesión; en lo fiscal, el devengo de un impuesto de transmisión de bienes; y en la esfera del Derecho Internacional Privado, la aplicación, a los conflictos de leyes, de la ley nacional del causante y no la del lugar de la donación ni la de la situación de los bienes donados.

Ahora bien; si en la calificación genérica de la reversión, en

---

(41) E. PÉREZ ARDÁ: *Alrededor del artículo 812 del Código civil*. «Revista Gral. de Leg. y Jurisprudencia», 1908, tomo CXII, págs. 122-125.

(41 bis) V. sobre este concepto técnico, restringido, de la revocación, A. FUENMAYOR: *La revocación de la propiedad*. Madrid, Inst. Nac. de Ests. Jurs., 1941.

Derecho actual, como fenómeno sucesorio, existe un acuerdo prácticamente unánime en la doctrina (42); en cambio, la desorientación es manifiesta en punto a determinar la más concreta o específica naturaleza de esta sucesión.

Los autores franceses y algunos españoles por su influjo (43) se refugian en la ambigua calificación de *sucesión anómala*, pese a reconocer algunos su imprecisión (44). La anomalía consiste, según explican PLANIOL y RIPERT (45), BAUDRY-LACANTINERIE (46), COLIN y CAPITANT (47) y DE PAGE-DEKKERS (48):

1. *En lo subjetivo*, porque representa una excepción al principio de los llamamientos legales por proximidad de parentesco.
2. *En lo objetivo*, porque supone una excepción al principio de indistinción de bienes según su origen.
3. *En lo jurídico*, porque implica una excepción a los principios de unidad e indivisibilidad de la transmisión hereditaria y del patrimonio sucesorio. En efecto, de existir reversión se duplica la opción sucesoria, se escinde el patrimonio a efectos de cálculo y pago de legítimas y deja de ser universal la comunidad hereditaria.

Sin embargo, todas estas *anomalías* resultan tales porque el sistema francés de reversión parte del pie forzado de que el recobro solamente tiene lugar en la sucesión abintestato. Con esta base, *existiendo un solo título de delación* para toda la masa patrimonial del difunto, es claro que resulta *anómalo* el seguir dentro de la sucesión, que se supone homogéneamente deferida, principios heterogéneos y reglas parciales y dispares.

Pero en Derecho español no tenemos por qué partir de ese pie forzado, ya que de acuerdo con lo establecido en el artículo 938, el precepto del 812 se aplica tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada, lo cual quiere decir, sencillamente, que la *reversión obedece a un título de delación sucesoria independiente de los ti-*

(42) Entre los autores franceses la unanimidad es absoluta. Entre los comentaristas españoles sólo se registra la excepción de la antes expuesta teoría de PÉREZ ARDÁ.

(43) Los autores franceses la siguen todos, así como los belgas. Entre los españoles adoptan también esta terminología MANRESA (pág. 400), CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, Notarías, 6.ª ed. Inst. Editorial Reus, Madrid, 1946, t. V, pág. 496), y BATLLE (*Apéndice*, cit. pág. 247).

(44) Así, BAUDRY-LACANTINEIRE et WAHL: *Traité théorique et pratique de Droit civil*. Lib. Soc. Sirey, Bordeaux, 3.ª ed., 1905, t. VII, vol. 1, página 502.

(45) M. PLANIOL y G. RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo IV, con la colab. de J. MAURY y H. VIALLETON. Ed. Cultural, S. A. La Habana, 1945, trad. de Díaz Cruz y Le Riverend, págs. 195 a 198.

(46) A. COLIN y H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*. Traducción y notas de D. De Buen. Inst. Ed. Reus, Madrid, 1928. Tomo VII, pág. 101.

(47) BAUDRY-LACANTINERIE: Ob. cit. págs. 523 a 525.

(48) H. DE PAGE-R. DEKKERS: *Traité élémentaire de Droit civil belge*. Ed. Bruylant (Bruxelles), 1946. Tomo IX, págs. 304 y ss.

tulos testamentario y supletorio legal. Y en suma, que no hay anomalía en nuestro sistema, porque no se rompe la unidad de principios de una delación única, sino que si hay dualidad de formalidades y de efectos es porque hay también dos títulos de delación sucesoria, aunque ambos produzcan simultáneamente la apertura de la sucesión en abstracto del descendiente causante.

Ahora bien; admitido teóricamente que se trata de un título sucesorio independiente del testamento y del llamamiento legal abintestato, ¿qué naturaleza tiene esa delación independiente que indistintamente actúa en la sucesión testada y en la intestada del donatario? Examinemos las posibles calificaciones:

### 1.ª) Sucesión forzosa.

Algunos autores han sostenido que la sucesión forzosa implica un *tertius genus* de delación sucesoria, independiente del testamento y del abintestato y coexistente con ambos a la vez (abintestato parcial (49)). Y son muchos los que, considerando aplicable a la institución, en sentido amplio, el concepto del artículo 806 y fundándose en la colocación del artículo 812 en la sección de las legítimas, califican el derecho de reversión de legítima especial de tipo singular (50).

Sin embargo, como ha demostrado VALLET DE GOYTISOLO, la legítima no es una forma independiente de delación (51), sino un freno o limitación a la amplitud de otra: la testamentaria. La vulneración de tal freno provocaría el salto al otro título de delación: el abintestato. Por otra parte, los términos del artículo 806 no son realmente aplicables a la reversión: los bienes recobrables no son una *portio*, sino una *masa aparte* del patrimonio del donatario descendiente. Por otra parte, según veremos, pueden coincidir, y seguir separadas, sin embargo, a todos los efectos, la condición de recobrante y de heredero forzoso en una misma persona. La inclusión del artículo 812 en la sección de las legítimas, por último, tiene una explicación suficiente y bien distinta: de un lado, sirve precisamente para destacar que la reversión constituye un derecho distinto e independiente del que por legítima pueda corresponder en su caso como ascendiente al recobrante; y de otro, sirve para resaltar que su fuerza privilegiada y preferente («con exclusión de otras personas») afecta incluso a los derechos legítimos de ascendientes intermedios, hijos naturales del hijo legítimo, cónyuge viudo, etc.

(49) En este sentido, J. GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*. «Anales de la Ac. Matritense del Notariado», 1945.

(50) Entre otros, F. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*. Editorial Rivadeneira. Madrid, 1910. Tomo VI, vol. 2.º págs. 1046 y ss.

(51) J. VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*. Separata del «Anuario de Derecho civil». Inst. Nac. de Ests. Jurs. Madrid, 1955. pág. 115.

2.ª) *Reserva especial.*

La reserva es también una figura que, como la legítima, actúa tanto en la sucesión intestada como en la testada. Pero tampoco constituye un llamamiento sucesorio propio, en sí misma, sino que es una simple limitación de la propiedad del reservista que restringe también la amplitud de su facultad de testar, ya que si la disposición testamentaria vulnera la reserva, se anula abriéndose parcialmente al menos, el abintestato.

Algunos autores, incidentalmente y sin hacer de ello tesis, han equiparado la situación del descendiente donatario a la del reservista. Así, OYUELOS (52) y GÓMEZ MORÁN (53) califican la reversión de reserva en favor del ascendiente donador; y más insistentemente, RIAZA MATEO (54) habla del descendiente como de «reservista directo del ascendiente» entendiendo que la amplitud de la admisión de la subrogación de valor en el artículo 812 es seguramente una garantía más de la reserva, a modo de la que contiene el artículo 976.

Esta comparación, sin embargo, es desorbitada, ya que el descendiente donatario ni siquiera tiene limitadas en absoluto, a diferencia del propio reservista, las facultades de disposición *inter vivos* a título oneroso, sin estar, como éste, obligado a conservar.

3.ª) *Sucesión contractual.*

Eliminados los conceptos de legítima y reserva, sólo nos queda como calificación apta para explicar esa *delación independiente* que actúa simultánea, pero dualmente, con la testamentaria e intestada, la de sucesión contractual.

Y a nuestro juicio, esta es precisamente la verdadera naturaleza de la delación sucesoria del artículo 812; fenómeno sucesorio, sí, pero también de base convencional (presunta), que arranca del negocio liberal que justifica la reversión desde su origen.

Esta posición, que sostuvo aisladamente y sin eco GAUDEMET (55) en Francia (en cuyo sistema, limitativo de la reversión al abintestato, la recepción de tal idea era imposible) explica a nuestro juicio, perfectamente, dentro del Derecho español, el fenómeno dual—sucesorio del artículo 812 como verdadera conjunción de delaciones, testamentaria o intestada la una y contractual—tácita la otra, representando además innumerables ventajas

(52) R. OYUELOS: *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*. Imp. Suc. Minuesa. Madrid, 1921. Tomo IV, pág. 28.

(53) L. GÓMEZ MORÁN: *Las reservas en el Derecho español y en el comparado*. Oviedo, 1949.

(54) N. RIAZA MATEO: *Contribución al estudio de la reserva troncal en el Código civil*. Santiago, 1925, págs. 57 y ss.

(55) E. GAUDEMET: *Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel*. «Rev. Trimestrielle de Dr. civil», 1902, página 739 y ss., especialmente pág. 758 y ss.

de orden práctico sobre la consideración del recobro como un derecho sucesorio puramente legal.

No hay a nuestro juicio obstáculo dogmático que se oponga a esta concepción. Si la sucesión contractual pareció en Derecho romano y común una idea jurídicamente tanto monstruosa, el Derecho germánico y el medieval, en cambio, la elaboraron con precisión y amplitud. En las legislaciones modernas de tipo latino se ha seguido el criterio, ciertamente, de restricción en la admisión de sus manifestaciones, por un temor tradicional a los peligros que pudiera originar su práctica; pero se ha tenido que reconocer la perfecta corrección conceptual de la sucesión contractual como forma de delación. Aquel recelo es el que ha empujado al legislador español a omitir su mención (que hubiera implicado su admisión como regla general) en el artículo 658, al lado de las formas testamentarias y legal de sucesión, admitiéndola como excepción en cambio en el artículo 1056 remitido por el 1271-2.º. Dejando aparte que esta excepción no es realmente tal, hay sin embargo, otras excepciones verdaderas, que el Código recoge en los artículos 177, 826, 827 y 1.331 (exclusivamente, según ROCA SASTRE (56), así como—a nuestro juicio—en los artículos 637 y 641. Ello demuestra que *el sentido restrictivo de nuestro Código es fruto de una política legislativa y no de un obstáculo dogmático; los casos de sucesión contractual se admiten como tales allí donde el legislador considera improbable o conjurado el peligro temido*. Y por supuesto, en el caso de nuestra figura, este temor es inexistente, ya que ni el objeto de la sucesión puede exceder al de la donación, ni siquiera son las partes las que por sí mismas configuran o arbitran la cláusula sucesorio-contractual de modo expreso, dándola por existente la Ley misma, en un único y justificadísimo sentido. Desde el punto de vista de los principios dogmáticos, la calificación es, además, adecuada, ya que como se indicó al tratar del fundamento de la institución éste descansa en parte en la presumible voluntad del donante, de cuya savia se nutren el consentimiento y la causa en las donaciones. Así la reversión se explica como una sucesión convencional tácita, con base en una cláusula sobrentendida (57) a la que la Ley, sin embargo, concede expresa eficacia. Y desde el punto de vista histórico, la citada calificación, aparte de representar un residuo parcial de la concepción romana y germánica de la reversión (que se estimaba efecto derivado del negocio de donación, ya de carácter contractual, ya real), responde también a la lógica histórica de la institu-

---

(56) R. M.ª ROCA SASTRE, en sus magníficas *Notas de adaptación al D.º de Sucesiones*, de TH KIPP (Bosch, Barcelona, 1951), vol. 1.º, página 209 y ss.

(57) Igual que se admite que convenciones tácitas puedan modificar efectos propios de los contratos (doctrinas de la cláusula *rebus stantibus*, de la excesiva onerosidad, de la base del negocio, etc.), pero con la ventaja de que su eficacia está expresamente reconocida por la Ley.

ción, abstracción hecha del sistema positivo concreto que la recogiera (58).

Quizá se piense que, aun dando por admitido el concepto de sucesión contractual en nuestro Derecho, debiera la cláusula ser expresa, por parecer que sea el criterio del Código el de que, cuando no se difiera la sucesión por voluntad expresa, la difiera supletoria y exclusivamente la Ley (artículo 658). O sea, que en nuestro caso, considerada la contractual como modalidad bilateral de la delación voluntaria (frente a la unilateral o testamentaria) parece que, faltando la expresión de la voluntad, que hubiera sido perfectamente posible, de acuerdo con el artículo 641, el llamamiento del artículo 812 deba considerarse por ende exclusivamente legal.

Pero debe observarse que la expresión de la voluntad ni es bastante ni es indispensable siempre para deferir una sucesión voluntaria. No es bastante cuando contradice límites legales (legítimas, grados permitidos en las sustituciones, etc.). Y no es indispensable cuando, por el contrario, la Ley la da por supuesta sin perjuicio de su carácter voluntario. En la misma sucesión testamentaria pueden advertirse ejemplos de ello, como son, entre otros, *uno*: la aplicación de la representación a la sucesión testamentaria en el caso de desheredación (artículos 857 y 929); *dos*, la presunción de llamamiento de los herederos intestados después del único instituido expresamente a plazo ya que como agudísimamente destaca ROCA SASTRE, el artículo 805 no dice que *entrarán* directa y legalmente a la sucesión, sino que *se entenderán llamados*, con verdaderos efectos de llamamiento testamentario a propósito, por ejemplo, de *ius transmissionis*; y *tres*, la presunción de llamamiento a los más próximos precisamente en el caso de disposición en favor de los parientes en general de que trata el artículo 751, presunción de llamamiento que lo es también con carácter testamentario; es decir, *sin aplicación del derecho de representación* propio del abintestato que, a diferencia del artículo 921, no salva el precepto citado. En todos estos casos no hay sucesión legal, sino *sucesión voluntaria integrada por la Ley* (58 bis).

Lo mismo, sencillamente, ocurre con relación a la sucesión contractual en el artículo 812. Dicha sucesión puede pactarse expresamente al amparo del artículo 641 que, con relación al donador, permite el pacto en cualquier caso y para cualesquiera circunstancias (es decir, ya con carácter contractual puro, resolutivo

(58) La hipótesis histórica más probable en pura lógica es, en efecto, que las primeras consignaciones legales de la reversión *vinieran precedidas de una práctica secular del pacto expreso de recobro*, que se convirtiera primero en cláusula consuetudinaria *de estilo*, y finalmente, en *elemento natural* de la donación a descendientes, por la proclamación de su presunción legal.

(58 bis) ROCA SASTRE: *Notas cits. supra*, págs. 24 y 139, respectivamente.



rio y retroactivo, o ya, por el principio de que quien puede lo más puede lo menos, con simple carácter sucesorio, cuyos efectos son menos radicales); pero para el caso de que el donante sea ascendiente del donatario y ante la posibilidad de que éste premuera sin descendencia, la *Ley integra, presume* el pacto, reconociéndolo, pese a su elipsis, como sobrentendido. Por lo demás, el caso no es único a nuestro juicio, dándose también en el supuesto del artículo 637, último apartado, aunque no en favor del donante, sino entre los donatarios conjuntos por voluntad concordada presunta con aquél.

En suma, el hecho de que la *Ley reconozca* una delación sucesoria determinada y sus efectos, *aun partiendo, para reconocerla, de presumirla*, no quiere decir que puramente la *establezca*. Esto explica que la naturaleza de la reversión sea en su fondo la de una sucesión contractual, aunque obtenga su eficacia en virtud de presunción y reconocimiento de la Ley. En consecuencia, acomodándose, como sucesión, a los fundamentales principios de Derecho de Sucesiones, no repugna, sin embargo, como contractual, otros del Derecho de contratos, con una enorme ventaja de elasticidad para la institución.

Fundamentalmente se manifiesta esta ventaja en la *admisibilidad de la renuncia anticipada*. De concebirse como legítima especial, la validez de la renuncia anticipada encontraría, no sólo el obstáculo del artículo 1.271-2.º, sino el dique insalvable del artículo 816. Pero conceptuada la reversión como sucesión convencional, ni es aplicable este último precepto—limitado a la legítima—ni tampoco el 1.271, ya que no cabe entender prohibida la renuncia convencional o una sucesión también convencional. De este modo, además, armoniza perfectamente la institución con la existencia y alcance del artículo 641 que consagra la reversión convencional expresa, sucesoria o no, permitiéndola sin límite alguno. Pues si al referirse expresamente a la reversión legal del artículo 812, por la vía del artículo 641, se convierte la misma en contractual pura, no cabe hablar de obstáculo alguno a la renuncia de un derecho contractual, o de lo contrario la disposición de este último artículo sería paradójica: esto está claro. Y tampoco dejaría de ser absurdo que renunciable un derecho en el momento de realizarse voluntariamente el acto que lo funda, no pudiera renunciarse después. Estas dificultades quedan obviadas con la calificación de la reversión del artículo 812 como sucesión convencional tácita, cuyo efecto reconoce la Ley.

Las ventajas de este criterio elástico son innumerables, destacando la que señala GAUDEMET (que la contrasta con los atormentadores problemas que el sistema del Code en su interpretación de sucesión abintestato anómala y singular ha presentado a la jurisprudencia francesa), a saber: que los padres donantes podrían limitar el recobro a la nuda propiedad en cuanto pudiera extenderse a los bienes donados el eventual y futuro derecho usu-

fructuario viual del cónyuge del hijo donatario, sin necesidad de recurrir a la donación oblicua de usufructo, ni a las donaciones *mortis causa* de usufructo entre cónyuges.

Para el Derecho español, además, la renunciabilidad anticipada del derecho de reversión no debiera encontrar obstáculos en una jurisprudencia como la de nuestro Tribunal Supremo que, aunque subordina la consideración de la existencia propiamente dicha de la renuncia hecha, por un reservatario preferente expectante, a la reserva del artículo 811, hasta que llegue efectivamente a cumplirse la *conditio iuris* de la sobrevivencia del renunciante al reservista, considera por lo demás que tal renuncia anticipada se hace inmediatamente y de modo automático firme y eficaz (sentencia de 17 de abril de 1956) (59).

#### E) VIGENCIA ESPACIAL DEL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 812 EN DERECHO ESPAÑOL.

La consagración en los artículos 12 y 13 del Código civil del régimen de diversidad legislativa interna plantea la cuestión de la aplicabilidad del artículo 812 a las regiones de Derecho foral.

##### a) Aragón.

En Aragón la cosa está resuelta claramente en sentido negativo, ya que el Apéndice de 1925, en sus artículos 37 y 38, establece un derecho de reversión a favor de ascendientes o hermanos, no ya sólo donantes, sino aun enajenantes a título oneroso, extendiéndose tal reversión incluso a la sucesión de los descendientes del donatario fallecidos también abintestato y sin prole en vida de los reversionarios. Esta reversión actúa desde luego sólo en la sucesión abintestato.

La institución aragonesa, más amplia subjetiva y objetivamente que la del artículo 812 del Código civil, es sin embargo, mucho más estricta en sentido jurídico. Su finalidad es exclusivamente troncal: regreso de bienes determinados a su procedencia familiar; y su aplicación, reducida a la contingencia, potestativa para el donatario o su descendencia, de que existan los bienes mismos objeto de la donación en el abintestato, por no haber sido enajenados a título oneroso o gratuito. La subrogación real no tiene aplicación.

Con la salvedad de su extensión a los hermanos (y dejando

---

(59) Por los mismos motivos y en un plano puramente teórico, no habría tampoco obstáculo a la cesión del derecho de recobro; pero como este derecho es eventual y contingente a la sobrevivencia del donatario y a la falta de posteridad de éste, así como a la no enajenación onerosa de los bienes o a la subsistencia al menos de su precio, que el donatario puede licitamente consumir, ya se comprende que en la práctica un negocio tal de cesión es una pura entelequia.

aparte su actuación sobre bienes enajenados por el recobrante al causante a título oneroso) la reversión de donaciones en Aragón refleja en síntesis el mismo sistema que el Derecho francés, cuya influencia acusó, como ya vimos, en su Derecho histórico.

b) *Regiones forales sin Apéndice promulgado.*

En las restantes regiones forales hay que enfocar el problema atendiendo, de un lado, a las materias generales afectadas por el artículo 812, en las que pudiera existir particularidad de Derecho foral, y de otro, al grado de supletoriedad que respectivamente tenga en cada una el Código civil.

En Derecho común, el artículo 812, por virtud de lo establecido en el 938, es de aplicación, tanto en la sucesión testada como en la intestada, lo que plantea la cuestión de si, aun admitiendo la aplicabilidad foral a una de estas materias, sería forzosa también su extensión al régimen de la otra.

1. En cuanto a la aplicación del artículo 812 a la sucesión abintestato hay que atenerse (dejando aparte la cuestión de su justificación o injustificación, tan debatida) a la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, que desde la sentencia de 13 de junio de 1914 hasta la de 16 de junio de 1945 viene afirmando sin desviaciones que la sucesión intestada se rige en las regiones forales por las normas del Código civil, derogatorio en este punto de la ley de Mostrencos de 1835, a la que dicha jurisprudencia atribuye anterior vigencia general. Pues bien; con base en esta doctrina legal, el Tribunal Supremo, en sentencias de 10 de diciembre de 1919 y de 24 de mayo y 14 de junio de 1945, ha declarado con referencia a Cataluña, pero en términos aplicables a cualquier región foral, y a propósito del artículo 811, que éste, en cuanto pieza del régimen general de abintestato en el Código civil, es aplicable a toda España. Esta doctrina jurisprudencial, desde luego, es perfectamente ajustable al caso del artículo 812 en cuanto éste haya de actuar sobre la sucesión intestada del donatario, aun reconociendo que con ello se contradiga en algún caso el sistema tradicional de la región correspondiente. Tal ocurriría en Navarra, donde el régimen de sucesión de los bienes troncales que establecía el cap. XVI, título IV, libro II del Fuero, completado por el Amejoramiento, capítulo III, y retocado en las leyes 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, título XIII, libro III de la Novísima Recopilación foral, aceptaba en sentido absoluto, como el Derecho histórico francés de las *Coutumes*, el principio *proprios non suben*, estableciendo la radical preferencia de los colaterales más próximos de la línea de procedencia sobre los padres y ascendientes aun de la misma línea, a los que se atribuye sólo el usufructo vitalicio, y esto cerraba el paso a la reversión de donaciones.

La innovación sería menos trascendente en Vizcaya, donde, de una parte, el sistema de sucesión abintestato de los bienes

muebles es el mismo que el del Código civil; de otra, el de los inmuebles, aun siguiendo un régimen de troncalidad, es dando a los ascendientes de la línea preferencia sobre los colaterales, y donde, finalmente, el Derecho castellano era Derecho supletorio de primer grado, sustituido hoy por el Código civil.

2. Por lo que se refiere, en cambio, a la aplicabilidad del artículo 812 a las regiones forales en materia de sucesión testamentaria, la creemos más discutible. Una cosa es sostenerla en cuanto pieza del sistema general común de sucesión abintestato; es decir, presupuesto que el donatario no ha dispuesto testamentariamente de los bienes donados y otra muy distinta pretender también su aplicación como limitación de la libertad de testar.

Una de las particularidades forales más notables es precisamente la de la amplitud de la libertad de testar, que no obedece otras restricciones que las del propio sistema de legítimas. Verdad es que nosotros hemos afirmado que la sucesión reversional del artículo 812 tiene una naturaleza, en el fondo, contractual; pero esto no nos sirve tampoco para pretender su aplicabilidad, porque también es lo cierto que por ser meramente tácita la convención, si adquiere fuerza es precisamente por obra y gracia del reconocimiento de la ley cuya aplicabilidad se discute, y en las regiones de Fuero precisamente constituye otra de sus más acusadas características jurídicas la amplitud con que se admiten los expresos contratos de sucesión familiar.

El principio fóral de la libertad de testar impone a nuestro juicio, por invocación de los principios generales del Derecho, la inaplicabilidad del artículo 812 a las regiones forales en materia de sucesión testamentaria; que se rige por la ley foral del causante, en tanto en cuanto dicho principio de libertad de testar sea tan firme que excluya a los ascendientes de la consideración de herederos forzosos. Tal ocurre en Navarra y en la parte de Alava sujeta al Fuero de Ayala. Por lo demás, esto no significa más que exclusión de la norma y no de la institución. Dado el rango normativo de la costumbre en Navarra, en todas sus formas, existirá reversión de donaciones de esta región, aun en la sucesión testamentaria, allí donde la costumbre haya restringido en este sentido el principio legal de libertad de testar. En cambio, no procede invocar el régimen justiniano de la reversión de donaciones a los donantes que tuvieran patria potestad sobre el donatario, porque siendo el valor del Derecho romano meramente supletorio y apareciendo en este punto contrario al sistema del Fuero, hay que entender que está tan desplazado por éste como pueda estarlo el artículo 812.

En aquellas regiones en las que los ascendientes sí son considerados como herederos forzosos en defecto de descendientes, como ocurre en Cataluña, Baleares y Vizcaya, habría mayor base de principio para sostener la aplicabilidad del artículo 812. Incluso parece apoyar esta solución la tradición de Vizcaya, recogida en su

Fuero, de distinguir en la sucesión forzosa de los ascendientes entre bienes troncales y no troncales, con limitación del llamamiento, para los primeros, a los pertenecientes a la línea de procedencia. Pero de admitirse, en Vizcaya, cierta aplicabilidad, sería muy limitadamente y de modo muy especial. Pues siendo la legítima colectiva tan amplia, y tan restringida, por ende, la cuota libremente disponible, el principio general de interpretación restrictiva de lo limitativo obligaría a concluir que, de aplicarse el artículo 812, sería dentro de la legítima colectiva, como simple limitación de la facultad de elección del donatario causante, facultad que se entendería limitada a los bienes que no le hubieran sido donados por un ascendiente que le sobreviviera.

En Cataluña y Baleares, finalmente, el artículo 812 tropieza, para su aplicabilidad en materia testamentaria, con la existencia del régimen justinianeo de reversión de donaciones, que sería en todo caso el que, en tanto en cuanto no esté derogado por la costumbre, cuyo valor es también normativo en estas regiones, sería el llamado a regir como supletorio con preferencia al Código civil (60). Y aparte de ello, ni siquiera cabría invocarlo no ya contra los herederos libres, sino contra la legítima, por no existir en estos países un sistema de troncalidad incrustado en el de legítimas, como en Vizcaya, que dé pie a semejante reclamación. Por lo demás, la finalidad que pudiera cubrir el artículo 812 está prácticamente cubierta, sobre todo en Cataluña, por la frecuencia enorme del pacto expreso reversional en las capitulaciones matrimoniales continentales de heredamientos con donación, que contrasta con el casi completo desuso del artículo 641 en las donaciones a descendientes en los territorios de Derecho común.

## II

### LA HIPÓTESIS DE LA NORMA: PRIMER PRESUPUESTO: DONACION DE UN ASCENDIENTE A UN DESCENDIENTE PREMUERTO

#### A) ALCANCE SUBJETIVO

- a) *La cuestión de la clase de parentesco, desde el punto de vista general y desde el estrictamente sucesorio.*

Una vez desaparecida la relación que el Derecho romano exigía entre reversión y patria potestad, no existe límite alguno en las legislaciones que modernamente regulan el recobro por lo que a línea y grado se refiere: la reversión se da en los ascendien-

(60) Incluso para Baleares ha reconocido este valor supletorio preferente del Derecho justinianeo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 6 de junio de 1905 y 8 de mayo de 1925).

tes de la rama paterna o materna y sin tope de grado, siendo como es la condición de donante la única determinante del recobro.

1. En cambio, es muy discutida la solución al problema de la clase de ascendencia; es decir, al de si corresponde el recobro sólo a los ascendientes legítimos o también a los naturales.

Dentro de los naturales y por lo que respecta al segundo y ulteriores grados, algún autor ha llegado a negar el planteamiento mismo del problema (61), considerando que la Ley no concede siquiera a tales ascendientes la cualidad del parentesco, lo cual es esencial para el recobro que, de otro modo, también se reconocería a otros donantes no parientes. Pero esta apreciación no es exacta, no sólo porque el término legal *ascendientes* tiene un significado común amplísimo, sino porque, además, la Ley sí reconoce a tales ascendientes el parentesco, aunque no sea precisamente a efectos sucesorios, bastando recordar al efecto las normas sobre impedimentos civiles para el matrimonio. La limitación del problema a sólo el grado de los padres naturales puede apoyarse simplemente en el argumento de que siendo la reversión una figura sucesoria y que pese a su naturaleza convencional de fondo recibe su eficacia por expresa disposición legal, sólo puede entenderse operante con relación a ascendientes que tengan la condición de sucesores legales.

Así, pues, el problema queda limitado exclusivamente al padre o madre naturales, que si son herederos legales.

En la doctrina francesa, la solución negativa es la predominante. La siguen DEMOLOMBE (62), BAUDRY-LACANTINERIE (63), AUBRY y RAU (64), HUC (65) y FUZIER-HERMAN y DEMOGUE (66), seguidos en Bélgica por LAURENT (67) y DE PAGE-DEKKERS (68), esgrimiendo como argumentos: *primero*, la naturaleza excepcional del precepto legal, que impone un sentido restrictivo a su interpretación, y *segundo*, el argumento *sedes materiae*, ya que el artículo 747 francés, como el 812 español, regula la reversión a continuación de la legítima de los ascendientes legítimos (69).

(61) BAUDRY-LACANTINERIE: Ob. cit. pág. 528.

(62) C. DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon. Traité des Successions*. Ed. A. Lahure. Imp. Gen. Paris, 1870. Tomo XIII, pág. 557.

(63) BAUDRY-LACANTINERIE: Ob. cit. pág. 533.

(64) C. AUBRY y C. RAU: *Cours de Droit civil français*. Ed. Marchal-Rillard. Paris, 4.ª ed., 1873. Tomo VI, ap. 608, texto y nota 23.

(65) TH. HUC: *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. Ed. F. Pichon, Succ. Libr. Cotillon, 1893. Tomo V, pág. 105.

(66) FUZIER-HERMAN y DEMOGUE: *Code civil annoté*. Imp. Contant-Laquerre. Bar-le-Duc, 1936, pág. 327.

(67) F. LAURENT: *Principes de Droit civil français*. Eds. Bruylant (Bruxelles) y Maresq (Paris), 3.ª ed., 1878. Tomo IX, pág. 209.

(68) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 310.

(69) También alegan estos autores que en la discusión parlamentaria del *Code* se propuso expresamente, siendo rechazada, la extensión. El valor de tal argumento es relativo, porque los derechos sucesorios de los padres naturales han sido introducidos con posterioridad al *Code*, reformando éste.

Frente a esta posición, otros, como DURANTON (70), TAULIER (71) y PLANIOL-RIPERT (72), propugnan la extensión del derecho de recobro a los padres naturales. Su más importante argumento es la consideración, de justicia y de equidad, de que en la sucesión conjunta intestada de ambos padres reconocedores sería absurdo que lo donado por uno de ellos pasara al otro y, a su través, a su rama parental. Por otra parte, la expresión legal «ascendientes» no especifica que se refiera sólo a los legítimos, y es norma interpretativa, dicen PLANIOL y RIPERT, que el intérprete no debe distinguir donde la Ley no distingue (73).

Los autores españoles, con raras excepciones (74), vienen siguiendo la tesis negativa o restrictiva, invocando los mismos argumentos de los autores franceses seguidores de esta opinión. A ellos añade MUCIUS SCAVOLA (75) la consideración de que el Código civil sigue claramente un criterio de desigualdad de trato entre ascendientes legítimos y naturales, por lo que debe entenderse que estos últimos no tienen otros derechos que los que clara y explícitamente les resulten atribuidos en la Ley.

Nuestra opinión, sin embargo, se adhiere a la de quienes entienden aplicable el retorno a los padres naturales. Frente al argumento de que los preceptos excepcionales deben ser objeto de interpretación restrictiva opondremos el de que los preceptos que contienen disposiciones favorables (como es una ampliación de una legítima cuantitativamente escasa) deben interpretarse con amplitud. Frente al argumento de *sedes materiae*, objetaremos que la sección en que el artículo 812 está incluida trata de las legítimas en general, comprendida la de los hijos y padres naturales (art. 807, 3.º) y que el artículo 938, que declara la aplicabilidad del 812, tanto a la sucesión testada como a la intestada, cierra una sección en la que se encuentra comprendida tanto la sucesión de los padres naturales como la de los legítimos.

A la consideración expuesta por MUCIUS SCAEVOLA, finalmente, oponemos que si bien es cierto que el Código civil establece una sistemática diferencia de derechos entre padres naturales y legítimos, ello es *siempre que no tiene otro fundamento para ba-*

(70) M. DURANTON: *Cours de Droit civil suivant le Code français*, 4.ª ed. Bruséles, Soc. Typ. Béige, 1841. Tomo VI, ep. 221.

(71) TAULIER: *Théorie raisonnée du Code civil*. Grénohle, 1840-48, tomo III, pág. 153.

(72) PLANIOL y RIPERT: *Ob. cit.*, pág. 199.

(73) Estos autores (como argumento valedero tan sólo para el Derecho francés) alegan también el texto del artículo 766 del *Code*, que concede la reversión a hermanos legítimos del hijo natural. La invocación analógica, imposible en nuestro Código por carecer el mismo de precepto similar, es, por otra parte, de valor muy relativo, ya que, en cambio, los padres naturales tienen un valor sucesorio ordinario del que carecen los hermanos legítimos del hijo natural.

(74) M. FALCÓN: *Trab. cit.*, pág. 21; BONEL: *Loc. cit.*, pág. 423.

(75) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, 4.ª ed., revisada por F. Ortega Lorca. Inst. Ed. Reus, Madrid, 1944. Tomo XIV, pág. 367.

arlos que su estricta condición de padres, en la que reside toda la razón diferencial: la legitimidad o no legitimidad; pero esta diferencia no puede invocarse por analogía *iuris* cuando, como ocurre en nuestro caso, el fundamento del derecho de reversión descansa, mucho más que sobre la diferenciada calidad de los padres, sobre la indiferenciada condición de donantes. Y es que, siendo la reversión una figura característica de la institución de las donaciones, como demuestra su previsión, para toda clase de donantes y en su modalidad convencional pura y expresa, en el artículo 641, es evidente que también en la reversión legalmente presupuesta por el artículo 812 es la condición de padres o ascendientes la que adjetiva o califica a la principal de donantes y no viceversa.

Por otra parte, suscribimos íntegramente la consideración de quienes, como PLANIOL y RIPERT, hacen ver lo injusto e indiscriminado del reparto igualitario entre ambos padres naturales en la sucesión del hijo, sin atención alguna al hecho de la donación por uno de ellos. Ante tal efecto no sería extraño que el reconocimiento del no donante viniera impulsado única y exclusivamente por el conocimiento de las donaciones hechas por el otro reconocido con el incentivo de una posible sucesión del hijo reconocido. E igualmente estimamos significativa la indistinción del término *ascendientes* en el artículo 812, quizá debida a su necesaria relación con el 819, pues precisamente en materia de donaciones hay una característica común a todas las que se hacen de padres a hijos, sean legítimos o naturales: que se presumen hechas como anticipo de legítima.

2. Cabe plantear también la cuestión con relación a las donaciones hechas por el padre adoptivo.

En Derecho francés, los artículos 358 y 359 establecen expresamente la reversión, al padre adoptante, de las donaciones hechas al hijo adoptivo premuerto sin descendencia. Pero en nuestro Derecho no hay previsión especial sobre este punto y no deja de ser significativa la omisión, pese a haber sido el Código francés modelo inspirador del español para el establecimiento de la reversión de donaciones a descendientes de sangre. Por otro lado, por más que se dé a la expresión legal «ascendientes» un sentido amplio, liberal y generoso, no es posible encajar en ella a los padres de adopción. Y, finalmente, hay que considerar que el artículo 177 establece que ningún derecho a suceder al adoptado adquiere el adoptante por la adopción *fuera de testamento*, y la reversión es un derecho sucesorio y extratestamentario.

Sin embargo, de prosperar el actual proyecto de reforma del capítulo V, título VII del libro I del Código civil, que renueva a fondo la regulación completa de la adopción, nuestra opinión es la de que podrá admitirse la reversión de las donaciones hechas por el padre adoptante, ya que partimos de la base de reconocerla para los padres naturales, y el artículo 179 del Código civil re-



tornado por el actual Proyecto atribuiría a los padres adoptantes, en el caso de adopción plena, los mismos derechos legales en lo sucesorio que a los padres naturales.

3. Ahora bien: el haber restringido la aplicabilidad del artículo 812 sólo al padre o madre naturales (o, en su caso, adoptivos que legalmente puedan quedar asimilados) por su condición de legitimarios del causante, ¿implica que creamos que el ascendiente recobrante ha de ser *en todo caso*—incluso tratándose de familia legítima—*heredero forzoso del descendiente premuerto*?

Empecemos por salvar que una tesis restrictiva en este sentido no sería ni muchos menos descabellada. Tendría en su apoyo la colocación del precepto en la sección de las legítimas y tras los artículos que tratan de los derechos de los ascendientes *legitimarios*; y además se invocaría en su favor la regla de que los preceptos excepcionales deben ser objeto de interpretación restrictiva. De modo que, con arreglo a este criterio, el artículo 812 quedaría reducido a expresar que los ascendientes legitimarios, además de su legítima y para no ser perjudicados en la proporción de su lucro sucesorio forzoso con relación a los concurrentes del mismo grado, recobrarán los bienes que ellos mismos hubiesen donado al descendiente causante o los que les hubiesen sustituido en su patrimonio o su valor.

Sin embargo, nuestra opinión es decididamente la contraria, es decir, la de que *no* se exige en la ley para la reversión de las donaciones; que en el ascendiente donador concurra además, por no existir entre ellos a la muerte del donatario grados intermedios de parentesco, la condición de heredero forzoso. Esta es también la opinión unánime de la doctrina española, en la que son varios los autores que, tal vez por parecerles evidente la solución, ni siquiera llegan a plantearse duda formal sobre el particular.

Contra la alegable regla de interpretación restrictiva de los preceptos excepcionales opondríamos, anulándola, el principio interpretativo de que no se debe distinguir donde la ley no distingue, ya que el artículo 812 habla de los *ascendientes* en general *sin distinguir, puntualizar o limitar*. Pero realmente no necesitamos invocar tal principio en cuanto que empezamos por recusar, por tendenciosa, la calificación de este precepto como de derecho excepcional. El artículo 812 funda un derecho *especial*, en cuanto que objetivamente recae sobre un elemento muy concreto: los bienes donados por ascendientes a descendientes, o sus subrogados, o su valor representativo; pero *no es una norma de derecho excepcional*, porque no contradice principios institucionales, sino que simplemente sigue los que le son propios: los de la sucesión contractual. La mayor o menor frecuencia del supuesto nada tiene que ver con el rigor institucional de los conceptos y efectos jurídicos que siente o autorice la norma.

En favor de la tesis amplia que defendemos cabe invocar, finalmente los siguientes argumentos:

α) *El literal* de las expresiones del artículo 812, no sólo en la generalidad e indistinción del término *los ascendientes*, sino también de otros. Así, considérese la generalidad de la frase «con exclusión de otras personas», que resultaría campanuda y excesiva si sólo quisiera indicar exclusión de los demás *legitimarios del mismo grado*. Obsérvese igualmente que habla de cosas dadas «... a sus hijos o descendientes»; es decir, que comprende como presupuesto la donación hecha a nietos o descendientes más remotos existiendo hijos (sabido es que incluso puede hacerles la donación a título de mejora) sin preocuparse tampoco de salvar que para darse el recobro debieran faltar en su día esos hijos o descendientes intermedios.

β) *El histórico*; pues la configuración tradicional antigua de la reversión, como figura derivada del hecho de la donación, era totalmente ajena a ninguna significación sucesoria. Pero incluso el precedente inmediato del artículo 747 del Code francés apoya esta tesis, pues aplicado el precepto sin restricciones sólo dentro de la sucesión abintestato, la condición de donante puede no concurrir en el ascendiente de grado más próximo y llamamiento preferente a la sucesión y, sin embargo, la reversión se da, en todo caso, sin que exista duda alguna en la doctrina ni en la jurisprudencia francesas y belgas.

γ) *El lógico*; pues mientras concebido el derecho de recobro con extensión a todo ascendiente donante es justificada la previsión específica para sólo esta clase de donadores (por la consideración presuntiva de las donaciones a descendientes como anticipos de herencia); en cambio, la interpretación restrictiva a los ascendientes legitimarios haría incomprensible el porqué de la limitación del recobro para sólo los ascendientes. Si el fundamento fuera sólo garantizar que la legítima percibir por el heredero forzoso no vaya a recaer precisamente, en todo o en parte, sobre bienes por él donados (u otros sustitutos, o su valor), la reversión debería darse también para los hijos y descendientes con relación a las donaciones que hubiesen hecho a sus padres y ascendientes, y en favor del cónyuge viudo no sólo respecto a las donaciones hechas al consorte dentro de los límites del artículo 1.334, 2.º, sino aun a las hechas antes del matrimonio, especialmente en consideración a éste, como donaciones dotales y espensalicias, etc.

δ) *El sistemático*; pues el artículo 938, al hacer salvedad de la aplicación del artículo 812, así en la sucesión testada como en la intestada, lo hace presentando esta norma como *excepción* no sólo a la regla de división por líneas y cabezas entre los ascendientes de igual grado, sino también a la de *preferencia absoluta del grado más próximo en la sucesión de los ascendientes*. Efectivamente, el artículo 938 dice que «lo dispuesto en los dos ar-

ticulos anteriores (*por entero, sin puntualizaciones*) se entiende sin perjuicio de lo ordenado en el artículo 812, y el párrafo 2.º del artículo 936 y el 1.º del 937 (los dos anteriores a que se refiere el 938) se destinan precisamente a establecer esa regla de exclusión sucesiva por mayor proximidad de grado con relación al descendiente causante de la sucesión.

b) *La cuestión de la capacidad y habilidad sucesorias.*

Participando como figura sucesoria, aun de base contractual-tácita, de la naturaleza de toda sucesión, es lógico que la doctrina exija en el recobrante las condiciones generales y requeridas para poder suceder. PLANIOL y RIPERT (76) y COLIN y CAPITANT (77) dicen que, pese a la *anomalía* de esta sucesión, no se aparta por ello de las condiciones personales ordinarias de todo fenómeno sucesorio, es decir, del requisito de no hallarse incurso en causas de incapacidad ni de indignidad.

Suscribimos este criterio, que sigue también MANRESA (78), estimando, como él, que en nuestro Derecho debe ampliarse en el sentido de considerar aplicables las causas de desheredación de los ascendientes señaladas en el artículo 854. O sea, que el ascendiente, para recobrar, no deberá estar incurso en causas de indignidad ni haber sido justamente desheredado por el descendiente. No pugna ello con la base contractual atribuida a la reversión, base que sólo especializa el título de delación sin modificar la naturaleza sucesoria del fenómeno jurídico, pues la reversión del artículo 812 no es un derecho contractual puro, sino una sucesión contractual, que es cosa muy distinta. En este punto, sin embargo, puede apreciarse una evidente perplejidad entre los autores patrios. Así VALVERDE (79) señala, por un lado, que la sucesión reversional se abre, como todas las sucesiones, en el momento del fallecimiento del causante, exigiendo en el reversionario capacidad sucesoria pasiva, y a renglón seguido (80) declara que no son aplicables a esta sucesión las causas de desheredación ni de indignidad por arrancar el fundamento sucesorio del hecho raíz de la donación, afirmación peregrina y contradictoria, pues VALVERDE olvida que las causas de indignidad son realmente las únicas de incapacidad que por naturaleza pueden darse en nuestra hipótesis desde el momento en que las señaladas en el artículo 745 son imposibles por naturaleza. Y por su parte SÁN-

---

(76) PLANIOL y RIPERT: Ob cit., pág. 196.

(77) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 110.

(78) MANRESA: Ob. cit., pág. 413.

(79) C. VALVERDE VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 4.ª edición. Valladolid, Tip. Cuesta, 1939, tomo V, págs. 230 y 241, respectivamente.

(80) *Idem* íd.

CHEZ ROMÁN (81), admitiendo, como es lógico, la aplicación de las causas de indignidad, niega, en cambio, la de las de desheredación por el argumento de que no se puede disponer testamentariamente de los bienes revertibles.

Estimamos que este argumento se revuelve por sí solo. Al decir el artículo 938 que el 812 es aplicable a la sucesión testada no puede querer indicar nada diferente, a lo sumo, de lo que indica el artículo 806 cuando señala que no se puede disponer de la porción legítima por haberla reservado la Ley a determinados herederos forzosos. Es decir, que de los bienes o valores revertibles *no* puede el descendiente que fallece sin posteridad disponer a su arbitrio, como *tampoco* puede hacerlo de la porción legítima que corresponda, por ejemplo, a sus otros ascendientes. Pero *sí* podrá naturalmente hacerlo cuando *no a su arbitrio, sino a juicio de la propia Ley*, haya concurrido causa justificada para dispensarle de esta limitación legal. Tales causas son las de desheredación de los ascendientes que señala el artículo 854 del Código civil.

Supuesta la aplicabilidad de las causas de desheredación e indignidad se plantea la duda de si, ya que no sucede el recobrante, sucederán sus descendientes legítimos por aplicación analógica de los artículos 761 y 857. La cuestión la resuelven negativamente, con acierto MANRESA (82) y SÁNCHEZ ROMÁN (83); este último con referencia simplemente a la indignidad, señalando que estos preceptos están establecidos sobre la base de que el descendiente del indigno o desheredado tiene *la misma cualidad* de legitimario que él, una vez desaparecido de la escena jurídica, ya que la indignidad y la desheredación equivalen en este aspecto a la premoriencia, provocando la aplicación de la representación sucesoria. La primera circunstancia no se da aquí, pues el descendiente del reversionario fallido por indignidad o desheredación no tiene la cualidad que aquél tenía y que fundaba su derecho: *la de donante*; y si es cierto que la indignidad o desheredación equivalen a la premoriencia, por eso mismo se excluye la reversión, ya que *conditio iuris de ésta* es la sobrevivencia del ascendiente al donatario.

c) *La cuestión de la transmisión del derecho y de la sujeción reversionales.*

1. Aunque se plantean el problema, los autores franceses y belgas como DEMOLOMBE (84), AUBRY y RAU (85), BAUDRY-LACANTINERIE (86), PLANIOL y RIPERT (87), y DE PAGE-DEKKERS (88), concluyen que no hay obstáculo a la transmisibilidad del derecho

(81) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit. págs. 1060-1061.

(82) MANRESA: Ob. cit., pág. 413.

(83) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., pág. 1062.

(84) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 553.

(85) AUBRY y RAU: Ob. cit., epigr. 608, texto y nota 22.

(86) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., págs. 515 y 530.

(87) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 200.

de recobro a los herederos del reversionario que falleciera sin hacer expresa aceptación ni repudiación del derecho reversionario.

La única objeción estribaría en el carácter *personalísimo* que al derecho de recobro imprime la condición, inseparable de su autor, de *ser donante*. Pero en tal objeción habría un fallo inicial. *El derecho expectante de recobro es*, efectivamente, *personalísimo* y como tal intransmisible, lo que hace que sea inadmisibles, según vimos, el derecho de representación de los herederos del donante que, premuerto al descendiente donatario, habría sido recobrador suyo de haberle sobrevivido. Pero el derecho de reversión *ya adquirido*, por premorir el descendiente donatario—y máxime tratándose de una sucesión singular: arg. an. art. 88—, es un derecho como todos los demás que integran el patrimonio del ascendiente y que se transmite por tanto a sus herederos, aun que no hubiera aceptado expresamente el recobro. En realidad, en materia de sucesiones particulares, el citado artículo 881, en relación con los 882 y 888, dan a entender que la aceptación se presume y que *lo que hay es más bien sucesión sucesiva que transmisión de «ius delationis»* en sentido técnico (89).

2. Más trascendental y, por ende, más discutida es la cuestión de la transmisión de la *sujeción reversionaria*, es decir, la de si debe entenderse limitada la reversión a la sucesión del propio donatario o cabe también exigirla en la de un descendiente de dicho donatario que, premuriendo al primitivo donante, falleciera a su vez sin posteridad.

En el Derecho aragonés el artículo 38 del Apéndice resuelve afirmativamente la cuestión al declarar que se entiende que la persona de cuya sucesión se trata no deja herederos forzosos si, aun habiéndolos tenido, fallecen éstos abintestato y sin prole en vida de los donante. Sin embargo, en el Derecho común, el Código civil no contiene disposición alguna semejante.

Entre los tratadistas franceses la opinión afirmativa era general antes del *Code*, y en tal sentido opinaron, entre otros, LEBRUN (90), DOMAT (91), POTHIER (92), pues ello era lo más acorde con la finalidad eminentemente troncal que la reversión cumplía, como vimos, en el Derecho histórico francés. Pero después de la publicación del Código Napoleón sólo excepcionalmente al-

(88) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 309.

(89) B. sobre este punto, M. ALBALADEJO: *La adquisición de la herencia en Derecho español*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, enero-marzo 1955, página 5.

(90) LEBRUN: *Traité des Successions* Rev. por Espiard. Paris, 1775. Cap. II, sect. 2, art. 3, parágr. 2.

(91) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Ed. Veuve Cavalier, Paris, 1771. 2.ª p., lib. II, tit. 2, sec. 3, epigr. 4.

(92) POTHIER: *Traité des successions, donations testamentaires, donations entre vifs, substitutions et des propres*. Tomo VIII de las *Oeuvres de Pothier*, an. conc. y adapt. por M. Bugnet. Paris, Imp. Cosse-Dumain-Delamotte, 1845-48, lib. I, cap. V, sect. 2, epig. 32 y ss.

gunos autores, como MALLEVILLE (93), VAZEILLE (94) y DELVINCOURT (95), han defendido la interpretación extensiva del artículo 747 del Código, invocando tanto la tradición histórica y la finalidad aun a su juicio troncalista del precepto, como la aplicación analógica del artículo 766 que extiende el recobro del padre adoptante a la sucesión de los descendientes del hijo adoptivo que premurieran sin posteridad.

La opinión negativa cuenta, sin embargo, con el apoyo del grueso de la doctrina, que sin más excepciones que las apuntadas sostiene que el *Code* no se atrevió a perpetuar hasta tal extremo el efecto troncal de la reversión, ya contrario al espíritu de los nuevos tiempos. BAUDRY-LACANTINERIE (96), AUBRY y RAU (97), PLANIOL y RIPERT (98), COLIN y CAPITANT (99) y DE PAGE-DEKKERS (100) afirman que, sin duda alguna, la existencia de un descendiente del donatario supone una condición legal negativa que, cumplida, implica un obstáculo absoluto y definitivo a la reversión o retorno, de modo que, aunque este ascendiente viniera a morir sin ulterior posteridad antes del donante, el retorno no se replantearía. Como dicen los primeramente citados, además del argumento literal hay que tener en cuenta el lógico, pues de aceptarse la tesis extensiva no sería posible determinar quién fuera el donante-recobrante si el primer donatario hubiera a su vez donado los bienes a su descendiente, falleciendo este último antes que aquellos dos. Finalmente, DEMOLOMBE (101) alega que, siendo el donante sucesor *como donante*, también hay que entender, manteniendo compuesta idealmente la relación de donación, que el donatario es causante *como donatario*.

Los autores españoles, sin excepción, se inclinan por la opinión negativa, a la que nos sumamos (102). Como repetidamente hemos venido indicando, la finalidad del artículo 812 español no es troncal, por lo que los argumentos de los autores franceses, válidos ya en un ordenamiento como el que supone el artículo 747, muy impregnado todavía de troncalidad, cobran máximo vigor en nuestro Derecho. Por lo demás, creemos que la propia letra legal lo prejuzga de modo clarísimo, ya que en su parte destinada a establecer el recobro por subrogación de acciones dice:

(93) J. MALLEVILLE: *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil ou Conseil d'Etat*. 3.<sup>a</sup> ed. París, 1821, tomo II, pág. 276.

(94) VAZEILLE: *Résumé et conférence des commentaires du Code civil sur les successions, donations et testaments*. París, 1837, vol. I, pág. 55 y ss.

(95) M. DELVINCOURT: *Cours de Code civil*. Dijon-París, 1834, Tomo II, pág. 19, nota 8.

(96) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., pág. 535.

(97) AUBRY y RAU: Ob. cit., pág. 349, texto y nota 24.

(98) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 200.

(99) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 107.

(100) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit. pág. 312.

(101) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 576 y sig.

(102) MANRESA: Ob. cit., pág. 397; MUCIUS SCAEVOLO: Ob. cit., página 375; SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., págs. 1064 y 1065, nota 1.

«... en todas las acciones que tuviera el donatario», con lo que indica más que que suficientemente, a nuestro juicio, que el fenómeno jurídico de la reversión se da única y exclusivamente entre los mismo sujetos (ahora, a la inversa) que lo fueron de la donación.

Ahora bien, como señala SÁNCHEZ ROMÁN (103), si bien no juega en la sucesión del descendiente del donatario el artículo 812, sí juega en cambio el 811, con lo que el ascendiente heredero legal a quien por simple proximidad de parentesco corresponda sucederle, quedará sujeto a la reserva lineal, bien en favor del propio donante, bien de los parientes de su línea. Y si por línea entendemos, como propugna con justa interpretación VALLET DE GOYTISOLO, la de la trayectoria familiar de los bienes mismos, el reservatario debería ser preferentemente el mismo donante originario (104).

#### B) ALCANCE OBJETIVO: BIENES SUSCEPTIBLES DE DERECHO DE RECOBRO

Desprendido modernamente de toda idea vincular, el precepto que establece el derecho de reversión omite cualquier especificación cualitativa de los bienes comprendidos en su regla, por lo que es tanto aplicable a bienes muebles como a inmuebles.

Pero es que además el artículo, adoptando—como más adelante consideraremos—el más amplio criterio en materia de subrogación real, al admitir la de valor en abstracto que se produce con el pago del precio en caso de venta, sin exigir para que el recobro se dé sobre el mismo ningún requisito de especificación, colocación o inversión, demuestra paladinamente que su finalidad no es lograr el regreso de ciertos bienes, sino el del valor que represente la donación hecha, cuando por concurrir las circunstancias previstas (premorienza del donatario sin posteridad) no haya quien (aunque sea preferentemente llamado a la herencia) sea equitativamente más digno de enriquecerse con él que el donante de recuperarlo.

Esto significa que si es recobable el precio de venta *mientras haya de dónde sacarlo* (el precepto no exige que permanezca líquido), tanto si se invirtió en bienes que subsistan como si se de-

(103) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., pág. 1065, nota 1.

(104) J. VALLET DE GOYTISOLO: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, abril-junio 1957, págs. 391 y 392, y más especialmente en el número de julio-septiembre, págs. 708 a 711. En realidad, VALLET no contempla expresamente la posibilidad de que el donante, tronco de la línea, sea el reservatario, tal vez porque piensa sólo en el supuesto de que los bienes procedan de herencia y no de donación (v. pág. 711); pero entendemos que nuestro pensamiento en este punto se ajusta al suyo, pues el criterio de mayor proximidad de grado de otro ascendiente no sólo no está exigido en el art. 811, sino que, como principio integrador, debiera ceder el paso en este supuesto, en justicia, a una aplicación residual y complementaria del art. 812.

dicó a otras necesidades del donatario, exactamente por el mismo motivo será recobrable la cantidad dineraria donada sin necesidad de especificarla ni de invertirla en bienes determinados. En las cantidades dinerarias ni siquiera puede decirse que haya subrogación porque cambie la especie monetaria. El objeto donado siempre es el mismo, porque el verdadero objeto de la donación de dinero es el valor que éste representa y no su materia física; y el valor como tal no experimenta cambio alguno una vez fijado. Por eso no hay obstáculo a la reversión por el hecho de que no haya líquido (materia física dineraria) en la sucesión del descendiente. Mientras exista algo valorable, algo por lo que obtener valor, traducido en dinero, la reversión es posible y a cargo de dichos bienes debe dársele cumplimiento (105). Quienes otra cosa sostienen (106) negando al dinero recuperabilidad sin previa especificación para que se cumpla el requisito que a su juicio exige la primera parte del artículo 812 («cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión») incurrían en un triple error. El primero, el absurdo de querer forzar a un bien cuya naturaleza es fungible a seguir el régimen de los que son infungibles, cuando no hay nada en la ley que lo exija, ya que tan mismo objeto es cualquier espécimen del género propio del donado (por obra y gracia de la cualidad jurídica de fungibilidad) como la inmutable individualidad del subsistente bien infungible que hubiere sido objeto de la donación. El segundo, el de atribuir al dinero la condición de consumible, cuando es así que—como precisa GARRIGUES—su consumibilidad es simplemente jurídica, y sólo puede hablarse de consumo total del dinero cuando se haya consumido físicamente lo adquirido con él o se haya agotado la utilidad por él producida (107). Y el tercer error es el de ver en la comentada expresión del precepto («cuando los mismos objetos...») un requisito general para el recobro, sentido que desmiente la siguiente frase del precepto que, ligada a la anterior («suceden... en las mismas cosas donadas») significa todo lo contrario: que caso de existir las cosas mismas donadas tiene derecho el ascendiente a exigir que le devuelvan *en especie*, no pudiendo ser compelido a recibir un equivalente en bienes o en dinero. Los sostenedores de la opinión contraria se dejan ciegamente guiar por la corriente de la doctrina francesa, sin percatarse de que en el *Code* francés, que exige para el recobro en el precio de venta que éste sea aún debido, no admitiéndolo cuando ya se ha confundido por el pago en el patrimonio

(105) Así lo reconoce FALCÓN: Loc. cit., pág. 19, aunque particularmente rechaza el sistema, a su entender excesivo.

(106) VALVERDE: Loc. cit., pág. 240; MANRESA: Ob. cit., pág. 408; SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., págs. 1054 y 1056.

(107) Esta confusión es la que hace a MUCIUS SCAEVOLE, después de reconocer la recuperabilidad de los bienes consumibles donados que no hayan sido consumidos, proponer la misma solución respecto al dinero, haciendo depender el recobro de la existencia o inexistencia de metálico en la herencia (Ob. cit., pág. 380).



general del donatario se adopta un sistema radicalmente diferente del nuestro, al rechazar a la subrogación real toda actuación (108).

Lo hasta aquí sostenido se refiere únicamente al dinero y a los bienes que, aunque fungibles, no tengan como destino exclusivo el consumo inevitable y necesario, pues aunque hubieran sido sustituidos por otros, el recobro podría ejercitarse sobre éstos por subrogación real estricta, ya que así lo autoriza el amplio concepto de *cambio* añadido y distinguido en la letra legal del estricto de «*permuta*». En cambio, cuando se trate de cosas cuyo destino sea por naturaleza el necesario consumo (granos, vinos, vituallas, en general), la reversión se limitará a lo que de ellas mismas pueda quedar en la sucesión del donatario, siempre que se pruebe su identidad, y no podrá pretenderse la reversión por subrogación, no ya sobre su valor, sino ni siquiera sobre otros bienes del mismo género que pudieran existir en la herencia. Y es que en la donación de bienes de necesario consumo no se puede presumir la tácita cláusula de recobro, desde el momento en que se dan con conocimiento de que no constituyen legal medida de valor y de que por naturaleza ha de extinguirlos su consumo.

#### C) ALCANCE CAUSAL Y FORMAL: DONACIONES A QUE SE REFIERE EL SUPUESTO LEGAL

1. El texto legal se limita a decir que los ascendientes suceden, por este título especial de recobro, en los bienes *donados por ellos* a sus hijos o descendientes, sin distinguir por razón de clase o forma de la donación.

Por supuesto, el concepto de donación ha de entenderse en sentido rigurosamente dogmático; o sea, de transmisión directa de la propiedad de una cosa o valor, a título gratuito, de donante a donatario. No es preciso, en cambio, que se trate de una donación inmediata. O sea, que no es donación, por ejemplo, lo recibido por un beneficiario del *modus* impuesto al verdadero donatario por el donante en favor de aquél, o lo recibido *conditionis implendae* en análogo supuesto, porque en tales casos el desprendimiento patrimonial en beneficio del favorecido por el modo o condición se verifica en el donatario. En cambio, si es donación verdadera y, por tanto, revertible la donación mediata o sucesiva que prevé el artículo 641 (el llamado fideicomiso contractual), si los segundos donatarios designados son descendientes del donador.

(108) BAUDRY-LACANTINERIE (Ob. cit., pág. 545), admite únicamente el retorno sobre la inversión dada a una suma donada como condición de la donación, pues en tal caso la condición opera con carácter retroactivo y se entiende como objeto de la donación la inversión dada al dinero más que la suma dineraria misma.

Por la misma razón de no existir desplazamiento patrimonial no cabe considerar como «donación» revertible la renuncia de un ascendiente a bienes hereditarios, aunque con ella beneficiara a un descendiente coheredero con él en la sucesión de un causante común, ya que en tal caso la adquisición del descendiente, como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1950, tiene lugar directamente del causante, por derecho de acrecer hereditario, y no del renunciante a los bienes acrecidos.

Dentro de las verdaderas donaciones, señalan PLANIOL y RIPERT (109) y BAUDRY-LACANTINERIE (110), cuya argumentación estimamos adaptable a nuestro Derecho, que no cabe hacer distinciones en cuanto a la forma que revista la liberalidad, siendo procedente el recobro lo mismo en las donaciones ordinarias que en las hechas por contrato antenupcial o en donación-partición, así como en las manuales: basta con que exista adquisición a título gratuito.

Desde el punto de vista de la causa específica no hay-tampoco motivo para suponer en el espíritu del precepto distinciones no reflejadas en su letra. Estimamos, pues, incluidas las donaciones por razón de matrimonio, pues su especialidad califica la causa, no en cuanto ésta se apoye en la consideración del sujeto. Tal inclusión no supone, sin embargo, que la *posterioridad* del donatario excluyente del recobro haya de proceder *precisamente* del matrimonio en cuya contemplación se realiza la donación, ya que la Ley no da motivo para hacer tal distinción. Por lo demás, y excepción hecha de las donaciones *mortis causa*, a las que por principio es inaplicable el supuesto de la reversión, ésta es exigible en cualquier otro tipo de donaciones de causa especial. Todo estriba en depurar y concretar los límites de la liberalidad neta; y así, en los casos de donaciones onerosas o con cargas que reduzcan su provecho sólo se dará proporción al verdadero beneficio recibido gratuitamente por el donatario, reembolsando las expensas invertidas en el cumplimiento de las cargas; y del propio modo, en las remuneratorias, habrá de hacerse deducción, al recobrar, del valor de los servicios que fueron remunerados.

2. Si no procede hacer distinciones atendiendo a la forma de la donación *inter vivos* o a sus especialidades causales, sí precisa, en cambio, exigir con el mayor rigor que *exista realmente la causa de la liberalidad*. El recobro, que en las donaciones mixtas habrá de limitarse a la parte de puro beneficio, deberá proceder incluso en las donaciones indirectas y encubiertas, pero deberá negarse en los casos en que, bajo la apariencia de un acto liberal, se oculte realmente un acto oneroso. Así una resolución de la D. G. de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1955 ha declarado que no es donación a la que quepa aplicar el artículo 812

(109) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 205.

(110) BAUDRY-LACANTINERIE: Ob. cit., págs. 530 a 532.

la renuncia gratuita de la madre viuda en favor de los hijos, y en las operaciones particionales de la herencia del padre, de la nuda propiedad de cuantos derechos, en abstracto, le pudieran corresponder por aportaciones y gananciales, por no reunir este acto verdaderamente las características de una donación traslativa de bienes individualizados, y máxime cuando esta renuncia gratuita aparezca compensada, como en el caso examinado, por una correlativa renuncia gratuita de los hijos, en favor de su madre, al usufructo de todos los bienes de la herencia paterna, pues esta compensación o contraprestación de intereses excluye el genuino ánimo de liberalidad propio de las donaciones.

Este segundo motivo, apreciada la correspondencia de las mutuas renunciaciones de madre e hijos, hubiera sido motivo suficiente para declarar excluida la aplicación del artículo 812, ya que más que un intercambio de donaciones hay aquí una permuta de derechos. En cambio, no nos parece acertada la exigencia de que las donaciones revertibles deban referirse a bienes individualizados de antemano. Tal individualización podría resultar de la participación misma, y, aunque no llegara a hacerse materialmente, bastaría con conocer el valor de lo donado, pues las donaciones de valor caben perfectamente en el ámbito del artículo 812, sin que, por otra parte (ya que se trataba de derechos «por aportaciones y gananciales» y no de derechos sucesorios) existiera en este caso el motivo que fundó la sentencia antes citada, del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 1950, en el supuesto de la cual los derechos renunciados eran sucesorios; es decir, no estaban en el patrimonio del renunciante.

Asimismo dentro de los negocios no onerosos hay que excluir de la aplicación de la reversión todos aquellos supuestos en que la transmisión patrimonial no obedezca al *animus donandi*, sino que venga impuesta como cumplimiento de un deber legal.

a) En este último caso se encuentra la llamada *dote obligatoria*, que regulan los artículos 1.340 y siguiente de nuestro Código civil y que OTERO VALETÍN (111) y VALLET DE GOYTISOLO (112) consideran fundamentalmente que nunca en cuanto tal es donación, sino mero anticipo obligatorio de la legítima. Esta naturaleza, por llevar implícita la *conditio iuris* de que llegue a acreditarse la legítima debería producir, según el último de los citados, en caso de premoriencia de la dotada y al margen de toda invocación del artículo 812, la reversión a los dotantes de los bienes objeto de la dote tanto si la hija deja como si no deja descendencia. Sin embargo, «atendiendo al especial carácter que imprime a la dote su causa matrimonial», concluye VALLET DE GOYTISOLO que «hay que distinguir según que la dotada deje hijos del matrimonio en

(111) J. OTERO VALETÍN: *Anticipos de legítima*. Valladolid, 1914, páginas 46 y 89.

(112) J. VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes*, cit. supra, págs. 506 y 508.

cuestión—en cuyo caso no debe haber restitución—o bien no deje ninguno o los deje de otras nupcias, supuestos en los que será procedente la reversión de la dote sin perjuicio de la legítima que en su día pueda corresponder en la herencia del propio abuelo dotante a los hijos que de la dotada hubiesen quedado de otro matrimonio. En suma, que a juicio de este autor, la dote obligatoria no revierte a los dotantes por la vía del artículo 812, por no ser donación, pero revierte por vía distinta en la misma hipótesis de premoriencia sin posterioridad, por ser anticipo de una legítima no consolidada.

Francamente, discrepamos en esta ocasión del parecer del admirable y admirado compañero. Si es absolutamente cierto que por no ser donación no revierte la dote obligatoria a través del artículo 812, también creemos que *tampoco revierte por otro fundamento*. Si tiene carácter de anticipo de legítima, creemos que no todos los anticipos lo son en el mismo sentido y con las mismas consecuencias. Queremos insinuar que entre los anticipos los hay de sentido absoluto y relativo. Los primeros son aquellos que se consideran tales, *aunque el que los recibe no llegue a acreditar legítima por premorir al que los hace*, mientras los segundos son aquellos que se imputarán a la legítima, *precisamente, cuando el que los recibe llegue a devengar efectivamente tal legítima*. A nuestro juicio, pertenecen a la primera clase los anticipos *voluntarios* de legítima, porque ésta no se hubiera acreditado hasta la premoriencia del donante; y si sobrevive en vez de premorir, es lógico que, considerándola voluntariamente condicionada a dicha premoriencia del donante, se resuelve la relación de donación. Pero la dote obligatoria pertenece, a nuestro entender, al segundo grupo o especie de anticipos, considerándose tal *anticipo* si la hija dotada llega a devengar efectivamente legítima por sobrevivir a los dotantes; de modo que en tal caso deberá imputar la dote recibida a su legítima, después de computado su valor para el cálculo general, sin poder exigir que se le cubra independientemente de lo ya recibido. Con este fin exclusivamente se adopta en la Ley (arts. 1.340-1.341) la legítima rigurosa presunta como módulo o base de cálculo de la dote forzosa. Pero aquí acaba—a nuestro juicio—toda relación conceptual entre legítima y dote obligatoria. Aquélla, como tal, se acredita sólo al morir los que la deben; *pero ésta, también por su propia naturaleza, se acredita—y de modo forzoso—por el hecho de contraer matrimonio*, hecho que perfecciona el derecho de la dotada—no hay por qué entender otra cosa—de modo pleno, fundando en su virtud una adquisición que debe entenderse definitiva y libre.

En consecuencia, creemos que no hay reversión de la dote obligatoria, ni por la vía del artículo 812 ni por otra alguna. Los padres dotantes, premuerta la hija dotada y abintestato, recuperarán los bienes dotados si se hallan en la herencia por simple aplicación de las reglas comunes de la sucesión intestada, pero

ni excluirán el derecho del cónyuge viudo sobre ellos, sus sustitutos o su precio; ni entre sí podrán exigirse la adjudicación de cada bien al patrimonio respectivo de origen. Del propio modo, si la hija falleciera bajo testamento, tampoco podrán exigir aun en el caso de que subsistan los mismos bienes dotados, que se forme con ellos masa independiente del caudal remanente de la hija fallecida a efectos de que se calcule sólo sobre este remanente su cuota legítima paterna y se les adjudiquen independientemente los bienes separados, ni menos, impugnar las disposiciones testamentarias hechas por la hija sobre los bienes dotados. *Si la dote obligatoria, ciertamente, no es donación, no debe considerarse haya respecto de ella reversión propiamente dicha (figura exclusiva de las propias donaciones), a ningún efecto.*

β) Un supuesto de dudosa calificación lo constituye el de la llamada *dote conventual*; es decir, de los bienes o más generalmente metálico, que los padres de las hijas que ingresan en una Orden o Instituto religioso constituyen para que éstas hagan aportación de «dote» al convento o comunidad.

Naturalmente, la cuestión de la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 812 a este supuesto depende que sea calificable o no de verdadera donación (cuestión que no debe resolverse pura y simplemente, atendiendo a la forma externa de que se revista al acto). Por de pronto, ha de hacerse directamente a la hija profesanda; pues, si la dación de dote se hace directamente a la Comunidad o Convento no cabe hablar lógicamente de posible reversión.

En los casos en que la dación de dote se otorgue a favor de la misma hija (con posterior aportación de ésta al Instituto) sí parece, en principio, existir verdadera donación, pero también puede entenderse que la dotación tiene un cierto carácter de *deber*; como *compensación de la obligación alimenticia parental que cesa* (113).

La cuestión es delicada y entendemos que no es posible resolverla con fórmulas generales, siendo el arbitrio judicial el que en cada caso concreto deberá decidir la procedencia o improcedencia del recobro, calificando o no la dotación de donación verdadera, atendiendo a las distintas circunstancias de edad, profesión, ocupación o trabajo de la hija, fortuna propia, dedicación de la vida conventual (es decir, si la hija profesa va o no a desarrollar en la Comunidad un trabajo valorable), etc.: pues tales circunstancias pueden ser decisivas en la calificación, fundamental, de si el acto de dotación es puramente liberal o implica un pago de la obligación alimenticia parental (114).

(113) En la jurisprudencia francesa, un arrêt de la Cour de Agen de 12 de julio de 1836 consideró la dotación conventual como el equivalente a las expensas que se hubieran invertido en dar a la hija una colocación o carrera.

(114) En este sentido, LAURENT: Ob. cit., pág. 227.

7) Algunos autores, finalmente, consideran excluidas de la reversión aquellas donaciones en las que la motivación del acto viene influida por consideraciones de *costumbre familiar o social*, que matizan de modo especialísimo el proceso formativo de la voluntad del donante, mestizando, privando de espontánea pureza a la causa genérica de liberalidad.

Así, en lo doctrina francesa y belga, DEMOLOMBE (115), BAUDRY-LACANTINERIE (116) y DE PAGE-DEKKERS (117), consideran excluidos de la reversión *los obsequios de costumbre* hechos a los hijos y descendientes con ocasión de matrimonio (ajuar doméstico y regalos personales), onomásticas, premios de conducta o aplicación, etc., invocando el hecho de que el artículo 852 del *Code* no los comprende entre los bienes colacionables, como argumento demostrativo de que la Ley, en realidad, no los considera auténticas donaciones. Este argumento, de darse por bueno, sería trasladable a nuestro Derecho, donde el artículo 1.041 excluye de colación, en general (debiera decir de computación) «... *los regalos de costumbre*»; y el 1.044 incluso exceptúa de reducción por inoficiosidad, en cuanto su exceso no alcance a un décimo de lo disponible, «*los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos*».

No obstante, nuestra opinión, en este punto, es la de la que la reversión se extiende sin duda a este tipo de donaciones y presentes. *Primero*, porque *la fuerza del uso* no es más que un *motivo secundario*, que si matiza la causa genérica de liberalidad en la donación, no la desnaturaliza o desvirtúa. *Segundo*, porque la propia ley lo estima así, ya que ocupándose expresamente de modificar o exceptuar estos presentes de algunas de las singulares consecuencias y reglas de las donaciones (inoficiosidad; computación), se cife exclusivamente a tales aspectos concretos, sin modificar en nada más el amplísimo campo de efectos de la donación común (118). Y *tercero*, porque si se reconoce en este precepto una indirecta o remota influencia, al menos, de la idea de conservación familiar de bienes tradicionalmente lineales, hay que tener en cuenta que precisamente en las ropas, alhajas, muebles y objetos ornamentales o de uso personal se da con singular frecuencia la característica de venir ligados a una tradición familiar, representando un poderoso valor de afección, igual o superior al valor intrínseco de los bienes y que justifica plenamente la solución reversional.

---

(115) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 534.

(116) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., pág. 534.

(117) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 321.

(118) No nos contradecimos al señalar que el artículo 1.041 exceptúa los regalos de costumbre de computación, pues ésta se refiere al caudal de la sucesión ordinaria. La sucesión reversional, en cuanto provocada por un título de delación distinto, tiene su propia masa, constituida precisamente por los bienes donados.

## III

## LA HIPOTESIS DE LA NORMA: SEGUNDO PRESUPUESTO. LA FALTA DE POSTERIDAD RELICTA DEL DESCENDIENTE DONATARIO

## A) EL CONCEPTO DE POSTERIDAD: LA CUESTIÓN DE LA CLASE DE DESCENDENCIA

Presupuesto subjetivo negativo para el recobro del artículo 812 es, conforme al texto del mismo, que el descendiente donatario fallezca *sin posteridad*.

1. Sin embargo, se suscita la duda sobre la amplitud de esta expresión legal, fundamentalmente, sobre si hace referencia exclusiva a la descendencia legítima o legitimada o también a la descendencia natural reconocida.

En la doctrina francesa la solución es discutida (119), mientras que los autores españoles, con muy raras excepciones (120) se pronuncian por la solución restrictiva (121) entendiendo que el precepto se refiere sólo a la posteridad legítima, de modo que la existencia de descendencia natural no empece al recobro del ascendiente donante.

AUBRY y RAU (122), DEMOLOMBE (123), BAUDRY-LACANTINERIE (124), HUC (125), COLIN y CAPITANT (126), LAURENT (127) y DE PAGE-DEKKERS (128) propugnan la solución negativa absoluta considerando que no debe frustrar ni obstaculizar el derecho de un ascendiente del padre quien, como el hijo natural de éste, no tiene lazo legal alguno con aquél. Y los autores españoles, partidarios como es sabido de restringir exclusivamente al ámbito del parentesco legítimo la aplicación del artículo 812 e invocando la inspiración troncalista del precepto, añaden que la filiación ilegí-

(119) En el Code francés la existencia de posteridad natural sí impide el recobro de los hermanos legítimos del hijo natural que establece el artículo 766; pero no frustra la de los artículos 358 y 359 en favor del adoptante o sus descendientes de sangre.

(120) FALCÓN: Loc. cit., pág. 20, y, al parecer, BONEL: Loc. cit., página 423.

(121) VALVERDE: Ob. cit., pág. 240; MUCIUS SCAEVOLA: Ob. cit., pág. 375; SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., pág. 1046; MANRESA: Ob. cit., pág. 403. Este último autor dice que de otro modo habría que incluir también a la posteridad ilegítima, porque lo que no hay es base legal para soluciones intermedias. No obstante creemos que la base legal está en que el hijo natural es heredero legal y el ilegítimo no.

(122) AUBRY y RAU: Ob. cit., pág. 343.

(123) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 561 y ss.

(124) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., pág. 535 y ss.

(125) HUC: Ob. cit., pág. 107.

(126) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 106.

(127) LAURENT: Ob. cit., pág. 218 y ss.

(128) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 309 y ss.

tima siempre se ha considerado irrelevante en materia de troncalidad.

Otros autores, olvidando la especialidad del derecho de reversión, enfocan la cuestión distinguiendo según que exista en el caudal sucesorio en el que estén implicados los bienes reservables haber bastante para el pago de los derechos sucesorios legales del hijo natural del causante o no; y así, DURANTON (129) cree que en todo caso el hijo natural impediría el recobro del ascendiente hasta el límite de su propia cuota sucesoria, que habría de hacerse efectiva sobre bienes recobrables si no hubiere otros suficientes.

Finalmente y en la línea opuesta, PLANIOL y RIPERT (130) y BEUDANT (131) estiman que la existencia de posteridad natural impide absolutamente y en todo caso la reversión del ascendiente, desde el momento en que la legislación (132) reconoce a los hijos naturales, en concurrencia con los legítimos, la condición de sucesores legales, cualidad ésta que, unida a la de descendientes de sangre que por naturaleza les corresponde, les hace quedar comprendidos dentro de la expresión legal *posteridad* sin que exista ningún argumento de rango superior para considerarlos excluidos de ella. Por otro lado, y siendo plenamente independientes los principios y reglas que informan esta especial sucesión, de los propios de la sucesión ordinaria, debe llegarse, a juicio de estos autores, a la conclusión de que el impedimento al recobro del ascendiente es absoluto y no meramente limitado a la proporción que supongan los derechos atribuidos por la ley al hijo natural en la sucesión ordinaria.

Dentro de la doctrina española y con referencia a nuestro Derecho positivo existe también cierta controversia. FALCÓN (133), BURÓN (134) y BONEL (135) creen que la posteridad natural del donatario (hijos naturales y sus descendientes legítimos) excluye la reversión del ascendiente donante, en tanto que VALVERDE (136), SÁNCHEZ ROMÁN (137), MUCIUS SCAEVOLA (138), CASTÁN (139), BATLLE (140), MANRESA (141), DE BUEN (142), ESPÍN (143) y

(129) DURANTON: Ob. cit., pág. 306.

(130) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 204.

(131) CH. BEUDANT: *Cours de Droit civil français*, 2.<sup>a</sup> ed. Libr. Rousseau, París, 1936, epígr. 368, pág. 223.

(132) En Derecho francés a partir de la ley de 25 de marzo de 1896.

(133) M. FALCÓN: Loc. cit., pág. 21.

(134) G. BURÓN: Ob. cit., pág. 797.

(135) L. BONEL: Ob. cit., pág. 424.

(136) C. VALVERDE: Ob. cit., pág. 240.

(137) F. SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., pág. 1046.

(138) MUCIUS SCAEVOLA: Ob. cit., pág. 375.

(139) J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, pág. 497

(140) M. BATLLE: *Apéndice*, cit. pág. 247.

(141) MANRESA: Ob. cit., pág. 403.

(142) D. DE BUEN: *Notas al Curso elemental*, de Colin y Capitant. Tomo VIII, pág. 398.

(143) D. ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*. Edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1957, tomo V, pág. 305.



ROYO (144) sostienen la negativa. El que más extensa y profundamente la razona, MANRESA, alega el obstáculo de equidad que supone el hecho de que, no impidiendo la legítima de los hijos naturales, a falta de legítimos, la concurrencia sucesoria de los ascendientes intermedios no donantes del descendiente causante, resultara que se arrebatarían los bienes donados al donante para atribuirlos tal vez a otros ascendientes, lo cual no puede ser más contrario al espíritu de la Ley.

Nuestra opinión coincide, en principio general, con la de estos autores. Pero partiendo de la base de que admitimos el recobro de los padres naturales y estimando que en tal caso el inconveniente apuntado por MANRESA no se daría, creemos que en los casos en que la sucesión del hijo natural excluye a la de los ascendientes (es decir, cuando éstos son también naturales), excluirá también el recobro de los mismos.

En definitiva, dado que en principio la descendencia natural no puede excluirse por meras conjeturas del amplísimo término *posteridad* del artículo 812 (145) y que sin embargo la exclusión en todo caso del recobro de los ascendientes por la existencia de hijos naturales daría lugar a resultados contrarios al espíritu de la ley, creemos que la duda debe integrarse a base de aplicar los principios que rigen la sucesión legal de los ascendientes y de los hijos naturales y, entre ellos, el principio distintivo que, en el orden de los llamamientos al abintestato, se sigue en nuestro Código según se trate de causante hijo legítimo o natural, estableciendo una preferencia en favor de la mejor clase de parentesco.

De este modo, si el donatario causante era hijo legítimo, su posteridad natural no afectará al derecho de recobro del padre o ascendiente donante. Verdad es que en la sucesión intestada de los ascendientes legítimos concurren los hijos naturales del causante por su cuota legitimaria (art. 942), pero ello es sobre la herencia ordinaria. El recobrante no heredero (v. gr.: ascendiente de ulterior grado existiendo otro más próximo al causante) excluye de toda competencia al hijo natural legitimario por la misma razón (*con exclusión de otras personas*—dice el precepto—) que aparta de estos bienes a los ascendientes intermedios, sucesores abintestato, que concurren con aquél. Y el recobrante que fuere además heredero excluye igualmente de suceder al hijo natural de suceder en estos bienes, en cuanto alegue la especialidad del derecho reversional que sobre ellos ostenta; pues al separarlos del patrimonio de la herencia ordinaria los exime del gravamen legitimario de aquél, que sólo recae sobre la sucesión común.

(144) J. ROYO MARTÍNEZ: *Derecho sucesorio «mortis causa»*. Sevilla, 1956, pág. 217.

(145) Hay que tener en cuenta que el artículo 944, empleando exactamente la misma locución *posteridad*, equipara expresamente, dentro de la misma, a los efectos que previene, la posteridad legítima y la reconocida.

tanto a los efectos de cálculo de la cuota cuanto como masa de extracción para su pago. Tal exclusión debe entenderse absoluta; es decir, incluso en el caso de que por estar el patrimonio del causante constituido en su totalidad o mayor parte por los bienes recobrables, no hubiera otros con que satisfacer total o parcialmente dicha legítima. Debe recordarse que el derecho de reversión del artículo 812 no está subordinado a derechos legitimarios ni siquiera de ascendientes intermedios, como demuestra el que, estando colocado en la sección de las legítimas, especifique el precepto que el especial derecho que atribuye actúa *con exclusión de otras personas*.

Pero en cambio, si el donatario causante fuera hijo natural, entendemos que su posteridad natural excluirá el recobro legal de su padre o madre naturales donantes, de modo pleno y absoluto.

Esta solución se acomoda, por lo demás, perfectamente, al criterio seguido por el Código civil cuando, reconociendo derechos sucesorios al hijo legítimo del hijo natural, en la sucesión del abuelo (art. 941, en relación con los 143, 843 y 943), no los reconoce en cambio, en la misma hipótesis de sucesión, al hijo natural del hijo legítimo (art. 807, en relación con los 843, 939 y 941).

2. En cuanto a hijos adoptivos se refiere, existe también disparidad de opiniones sobre su posible consideración como posteridad a los efectos de impedir el recobro del ascendiente donante.

En la doctrina franco-belga, PLANIOL y RIPERT (146), DURANTON (147) y DEMOLOMBE (148) se muestran partidarios de considerarlos «posteridad» a los efectos indicados, señalando que los artículos 350 y 357 del *Code* establecen una asimilación entre el hijo adoptivo y el legítimo en cuanto a derechos en la herencia del adoptante y que, ante el silencio de la ley, no es lícito al intérprete distinguir si tales derechos son a ejercitar en la sucesión ordinaria o en la anómala, para la que no se establece ninguna excepción expresa. Contraria opinión sustentan AUBRY y RAU (149), BAUDRY-LACANTINERIE (150), COLIN y CAPITANT (151), FUZIER-HERMAN y DEMOGUE (152), LAURENT (153) y DE PAGE-DEKKERS (154), que además de un argumento de analogía con otro supuesto del Código francés (155) señalan que el hijo adop-

(146) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., págs. 203 y 204.

(147) M. DURANTON: Ob. cit., pág. 308.

(148) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 566.

(149) AUBRY y RAU: Ob. cit., pág. 345, texto y nota 14.

(150) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., pág. 537.

(151) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 107.

(152) FUZIER-HERMAN y DEMOGUE, pág. 328, núm. 9.

(153) LAURENT: Ob. cit., pág. 220 y sig.

(154) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 311.

(155) En el artículo 351 del *Code*, el recobro del adoptante sólo es impedido por la existencia de descendientes legítimos del adoptado.

tivo no encaja en la significación natural de la voz *posteridad* y que si bien la hipótesis de sobreveniencia de hijos o descendientes legítimos se comprende como natural y perfectamente previsible por el donante, lo que justifica la cesación del recobro, no ocurre lo mismo con la hipótesis de la adopción de un hijo por el descendiente donatario, siendo más bien presumible, por el contrario, que tal hecho no haya sido previsto y que, de haberlo sido, se hubiera consignado la reversión por pacto expreso; pues es absurdo admitir el impedimento al recobro fundado en el derecho de quien ningún lazo de parentesco, ni de sangre, ni legal, tiene con el ascendiente donador.

Ponderando los argumentos de una y otra postura, nos parecen en principio más fuertes los del sector doctrinal que se inclina por la tesis negativa. Sin embargo, habida cuenta de que el Proyecto español de nueva regulación de la adopción establece para la llamada adopción plena una equiparación de derechos sucesorios con los de la filiación natural reconocida, habremos de aplicar consecuentemente los mismos principios y soluciones que expusimos al tratar del problema de la posteridad natural; y en consecuencia, sólo para la adopción plena y en el caso de que el proyecto aludido alcance sin sustanciales variaciones el rango legal, estimamos que, por aplicación del principio sucesorio de ordenación de llamamientos según clases de parentesco habrá que concluir en la siguiente solución: si el donatario causante fuera hijo legítimo, sus hijos adoptivos no impedirán el recobro del ascendiente de sangre donador, y si, en cambio, fuera hijo adoptivo de adopción plena, no tendrá el padre adoptante derecho al recobro de lo por él donado, si aquél adoptó a su vez plenamente uno o más hijos.

3. Presupuesto todo lo anterior podría plantearse el problema de si, fallecido el descendiente donatario que fuera hijo legítimo, dejando a su vez hijos legítimos y naturales, o adoptivos de adopción plena (anterior, como es natural, al nacimiento de aquéllos), el cálculo de la porción legitimaria de los no legítimos deberá hacerse sobre el total caudal del causante o sólo sobre la masa de bienes que no procedan de la donación ni hayan sustituido a los donados. Podría pensarse que es ilógico que si por su propio derecho de herederos forzosos no pueden impedir ni reducir el recobro, alcancen sin embargo derecho, aun indirecto, sobre dichos bienes; por el hecho, que parece debiera ser totalmente irrelevante para su posición frente a los bienes recobrables, de concurrir terceros y preferentes sujetos como son los hijos legítimos del causante.

Creemos que la solución es distinta según los casos. Si el donatario fallece intestado, entendemos que la masa de cálculo para la legítima de los hijos naturales es la misma que para el de la de los legítimos, sin separación de los bienes procedentes de donación ni deducción de su valor, y ello tanto si hay como si no

hay en el patrimonio relicto más bienes que los donados; porque si la Ley antepone al derecho de recobro la sucesión de los descendientes legítimos, también, de otro lado, grava ésta con la legítima de los hijos naturales. Lo mismo entendemos que ocurre cuando el donatario, en testamento, salva simplemente la legítima de sus hijos naturales instituyendo en el bloque de la herencia a los legítimos. Pero si el donatario hace en testamento disposiciones puramente libres en beneficio de estos hijos naturales o asimilables, creemos que no convalida estas disposiciones el mero hecho de haber tenido posteridad legítima. Si el derecho de recobro del ascendiente donante no cede más que a la preferencia de la posteridad legítima, cuando no sea ésta la efectivamente beneficiada, no debe ceder a ningún otro beneficio sucesorio. Volveremos sobre esto más adelante.

## B) EQUIVALENCIAS AL DEFECTO DE POSTERIDAD

### a) *La inhabilidad sucesoria de la descendencia.*

Todos los comentaristas extranjeros y patrios están de acuerdo en equiparar a todos los efectos, a la falta de posteridad, la inhabilidad sucesoria de los miembros de la misma. Esta inhabilidad puede proceder, en Derecho español, de indignidad o desheredación.

Podría plantearse si las causas de una y otra son alegables tan sólo en cuanto medien entre el donatario causante y sus descendientes o también entre éstos y el ascendiente donante cuyo recobro impedirían de ser sucesoriamente hábiles.

Con referencia a la desheredación, puesto que debe expresarse su causa en testamento (art. 849), hay que entender que sólo pueden alegarse sus causas por quien está en condiciones de disponer testamentariamente de los bienes entre la descendencia, por hallarse en su patrimonio; y esto excluye al ascendiente donador. Ni siquiera cabe que alegue las causas el donatario, si no han sido cometidas contra él mismo, aunque lo hayan sido contra el donante, según se desprende de los núms. 1.º y 2.º del artículo 853.

En cuanto a las de indignidad, serían comisibles las señaladas en los núms. 2.º, 3.º y 5.º del artículo 756 contra el ascendiente donante; pero impide su alegabilidad el hecho claro de que la posteridad del donatario sucede a éste en los bienes y no al ascendiente donador. Este (art. 648) e incluso a nuestro juicio sus herederos (arts. 756 y 853, en relación con los 818, 819 y 1.035 y concordantes) están protegidos contra la ingratitud e indignidad del propio donatario, pero no contra las de los descendientes de éste que hayan de sucederle en los bienes donados.

Claro es que esta falta de protección es criticable. Teniendo en cuenta que uno de los fundamentos justificativos de la reversión radica, según vimos, en la consideración de la presumible

voluntad del donante, configuradora tanto de la causa como del consentimiento en la donación, y que la misma naturaleza de la institución es en el fondo la de una sucesión contractual tácita; es decir, fundada en un pacto presupuesto o sobrentendido, hay que convenir en que el donante, perfectamente conforme en favorecer no sólo al donatario, sino a su descendencia digna, no lo hubiera sido nunca en beneficiar a unos descendientes del donatario que hubieran cometido contra él mismo faltas como las incluidas en los núms. 1.º y 2.º del artículo 853—de desheredación—o en los núms. 2.º, 3.º y 5.º del 756—de indignidad sucesoria—, resumibles en su mayoría en las enumeradas como de revocación por ingratitud en el artículo 648.

Estimamos, pues, que ya en Derecho constituido no existe remedio contra esta anomalía (por lo demás, como es lógico, muy poco frecuente en la práctica), debiera preverse en una eventual revisión de este instituto, dentro de la mas general del Código civil.

#### b) *La repudiación.*

Supuesto que el descendiente del donatario indigno de suceder a éste o desheredado justamente por el mismo no impide la reversión del ascendiente donador, parece que el mismo efecto deberá producirse en el caso de que el descendiente del donatario repudie la herencia de éste.

Podría plantearse la duda fundándose en la diferencia existente entre estos supuestos que radica en que, mientras en la indignidad o desheredación la delación no se produce, en el caso de repudiación sí, por lo que quizá pudiera pensarse que consistiendo la condición que eventualiza el recobro meramente en la existencia de posteridad apta para suceder, la delación se ha producido (*conditio existit*) y el derecho a recobrar no ha llegado a nacer, favoreciendo en consecuencia la repudiación a los otros posibles herederos, testamentarios o legales, del donatario fallecido.

Sin embargo, esta argumentación olvidaría que en nuestro Derecho la repudiación (art. 989) tiene carácter retroactivo, borrando la delación producida, que constituía el obstáculo al recobro. La solución legal, es, además, concordante con la lógica, ya que aun admitiendo que fuera la delación de un descendiente el hecho obstaculizador del derecho de recobro, sólo merecería serlo en cuanto realmente fuera efectiva y no cuando no llegase a cuajar en adquisición hereditaria, frustrándose por la repudiación.

#### C) TRASCENDENCIA DE LA «MISSIO IN CONDITIONE» LEGAL DE LA POSTERIDAD

##### a) *¿Implica la puesta en condición sustitución legal?*

A primera vista, el artículo 812 parece hacer depender todo el

fenómeno de la reversión de la existencia o inexistencia de posteridad del donatario (se presume que apta para suceder y no repudiante). E igualmente, parece deducirse que su idea inspiradora sea establecer como una jerarquía de intereses, que procurase atender por su orden reconocido. Así, el derecho del ascendiente se coloca por encima (*con exclusión*) del de los legitimarios ascendientes intermedios; pero en cambio, con la condición *mueertos sin posteridad* se coloca por debajo de lo que el propio precepto considera, al parecer, el rango superior de los derechos de esa posteridad. En otras palabras, parece como si, implícitamente, estableciera el siguiente orden sucesorio de los bienes donados por el ascendiente: 1.º, la posteridad del donatario, de existir; 2.º, el ascendiente donador.

Sobre esta idea se plantea la cuestión de *si el descendiente donatario estará obligado a dejar estos bienes en testamento a alguno de los miembros de su posteridad, y si, caso de legarlos a otros, podrán los referidos posterí reclamar su adjudicación*. El problema es paralelo al que en los fideicomisos *si sine liberis decesserit* se plantea con los hijos puestos en condición: si el estar puestos en condición implica que estén llamados en sustitución. En este caso, si el estar la posteridad puesta en *conditio iuris* (legal) negativa del recobro, implica que la misma posteridad sea reservataria legal de los bienes procedentes de donación de ascendientes del causante.

Los comentaristas no se plantean o eluden el problema. Sólo SÁNCHEZ ROMÁN (156) lo aborda brevemente, preguntándose si podrá el donatario disponer en favor de personas no descendientes, para concluir que aunque la letra de la ley no lo prohíbe, el espíritu sí.

Tal opinión nos parece desacertada, atribuyendo al espíritu de la Ley algo totalmente ajeno a su intención.

Dejando aparte nuestra repetida alegación de que el artículo 812 español está limpio de inspiración troncalista en lo fundamental, pondremos de relieve los resultados absurdos que con tal concepción derivarían—argumento teleológico de interpretación—de la aplicación del 812. Pues los hijos y descendientes, en el régimen sucesorio general del Derecho español, *no pueden pretender del caudal de sus padres y ascendientes* (arts. 806 y codes.) más que una *cuota* legitimaria que se calcula (art. 818 y codes.) sobre el valor total, contingente y variable, *de lo que dejen al morir*. Por otra parte, el sistema legal es claro en que, fuera de limitados casos (sustituciones fideicomisarias *expresas*: arts. 641, 781, 783, 785) rechaza las vinculaciones impuestas voluntariamente con lo que mucho menos va a incurrir en la paradoja de establecerlas por sí, sobre bienes concretos, por el mero hecho de que el ascendiente que deba la legítima haya adquirido ciertos bienes de

su patrimonio por donación de otro ascendiente suyo. Y, finalmente, obsérvese que los criterios de subrogación de valor que contiene el precepto para el caso de recobro son inaplicables a una pretendida sucesión necesaria y especial de los descendientes del donatario. Sería sencillamente monstruoso que los hijos y descendientes pudieran obligar a su ascendiente a imputar las enajenaciones que hiciere de bienes recibidos por donación de otro ascendiente a la parte libremente disponible por testamento al tiempo de su muerte, con lo cual reducirían o incluso anularían toda libre disponibilidad del padre o ascendiente, si la fortuna del mismo hubiera disminuído (157).

Por tanto, entendemos que no hay, contra lo que pretende SÁNCHEZ ROMÁN, nulidad de acto contrario a la ley (espíritu) que hubiera acarreado, con la apertura del abintestato parcial, una nueva sucesión de los hijos y descendientes en tales bienes. Estos forman parte del caudal general del donatario y sobre ese caudal general e indistinto debe calcularse, existiendo posteridad apta y no repudiante, la parte de legítima y la libre disposición, no teniendo tampoco el donatario obligación de incluir los bienes recibidos en donación de otro ascendiente en la parte legitimaria para que pasen a sus descendientes.

b) *¿Implica la puesta en condición que, de no suceder efectivamente en esos bienes de posteridad, pueda exigirse el recobro contra otros herederos o legatarios no «posteris»?*

Aún cabría plantear, en relación con la cuestión anterior, y aun admitido que los *posteris* no tienen derecho a reclamar de su ascendiente los bienes recibidos por éste en donación de otro ulterior si, ya que dichos "*posteris*" no son quienes impiden el recobro, podría éste exigirse contra otros herederos o legatarios, ya que el artículo 812, aplicable según el 938 a la sucesión testamentaria, configura el recobro como derecho que actúa "con exclusión de otras personas" a excepción de los mismos "*posteris*" del donatario.

A primera vista parece que deba responderse que si los propios *posteris*, cuyo interés coloca la ley por encima del de los donantes ascendientes, no pueden exigir que se les adjudiquen tales bienes o se les asigne su valor o los bienes sustitutos independientemente de la herencia ordinaria de su ascendiente donatario, menos

---

(157) Nos explicaremos: Supongamos que A, ascendiente donatario con un hijo H, deja a su muerte bienes por valor de 60, habiendo enajenado en vida todos los bienes de B, ascendiente donante, importantes en 20. Si entenderíamos que H tiene derecho a los bienes donados por B o al valor subrogado por su enajenación, independientemente de su legítima paterna que asciende a 40 (2/3 de 60), resultaría que al sumar el valor 20 subrogado a los 40 debidos por legítima se agotaría el caudal de A, que no tendría parte de libre disposición testamentaria. Este resultado es, más que absurdo, monstruoso, como dejamos dicho en el texto

podrán reclamar la reversión los propios ascendientes donadores.

Sin embargo, aquí sí que habría una clara y flagrante transgresión del espíritu de la Ley, por contradecir el fundamento mismo de la institución del recobro: la evitación del enriquecimiento injustificado de personas que no siendo descendientes del donatario, en los que continúa la sangre y el cariño del donante, no deben en el orden natural de las cosas anteponerse a quien, como el donante, ostenta el mérito de haber donado. Es claro, pues, que *cuando toda la fortuna del donatario se dispone en testamento en favor de descendientes, sea cualquiera su grado y la proporción en que la disposición se haga, la reversión no tiene razón de ser; pero si alguna porción de ese caudal, engrosado con los bienes donados, se dispone, con cargo a la parte libre, en favor de quienes no sean descendientes, el derecho reversional recobra todo su fundamento de actuación.* Aquí si entendemos que existe acto contrario a la ley, y no sólo en su espíritu o fundamento de Derecho natural, sino aun en su interpretación sistemática positiva. Pues si el artículo 812 declara que el derecho de reversión actúa «con exclusión de otras personas» (excepto las de la posteridad, que en caso de colisión excluyen el recobro) y el 938 declara su plena aplicación a la sucesión testamentaria, la deducción lógica es *que actúa excluyendo cualquier sucesor testamentario que no sea precisamente descendiente del donatario.*

En suma, que el artículo 812 no gradúa un derecho de los *posterí* (troncal) frente al de extraños, sino que se ocupa sólo del derecho de recobro, *posponiéndolo* al de los *posterí* herederos legales o sucesores voluntarios del descendiente donatario, *pero anteponiéndolo, ya en la sucesión legal ya en la testamentaria, con efecto de exclusión, al derecho, legal o testamentariamente adquirido, de toda otra persona.*

Así resulta de la relación entre los artículos 812 y 938 interpretados lógicamente. Pues si aun existiendo posteridad el hecho de ser ésta indigna o haber sido desheredada abre de nuevo el paso a la aplicación del derecho de reversión sin que sea libre el donatario en este caso de beneficiar a extraños en los bienes donados (artículo 938), lógicamente debe producirse el mismo efecto, por existir el mismo fundamento, cuando existiendo posteridad y siendo digna de suceder, se disponga, sin embargo, de los bienes donados o de un valor que los represente, con cargo a la parte de libre disposición, en favor de personas distintas de la descendencia.

Y no se diga que lo mismo ocurre en relación con la legítima general de los ascendientes, que quedando excluida sólo por la de los descendientes en el orden del artículo 807, no puede, sin embargo reclamarse sobre la parte libremente dispuesta en favor de los extraños por el causante con descendencia. El caso no es el mismo porque la legítima, tanto de descendientes como de ascendientes, es una cuota de la única masa hereditaria ordinaria, *correlativa a la cual hay ya presupuesta para cada caso una respectiva parte*



*libre*. El derecho de recobro, en cambio, no recae sobre una cuota sino sobre una masa fija (máxima) independiente de la de la herencia ordinaria, con la que precisamente—como veremos—no se confunde para el cálculo de legítima alguna. La reversión es una sucesión singular y concreta desligada de la legítima y aun superior a todas ellas no habiendo descendencia. La reversión no es una legítima: hasta su título de delación (convencional legalmente reconocido) es diferente.

Que la *mera existencia* de la posteridad no es condición absoluta extintiva del derecho expectante de recobro lo demuestra, como antes vimos, que la repudiación, la desheredación y la indignidad de los *posteriores* lo salvan. Lo que ocurre es que el artículo 812 está pensado para el abintestato (y desgraciadamente copiado en mucha parte a la letra del precepto francés, donde sólo se aplica la institución al abintestato) y esto explica que hable solamente del hecho de *existir* posteridad, porque por su mera existencia *ya actúa en su favor el llamamiento legal* a la sucesión. Pero el artículo 938 avisa que *la norma es también aplicable a la sucesión testamentaria, y en ésta ya es perfectamente posible que los descendientes no sucedan en todo*, porque el testador disponga del tercio libre en favor de extraños. En tal supuesto, el fundamento de la exclusión del recobro desaparece, porque éste debe actuar (art. 812) «con exclusión de otras personas» (excepto la posteridad), incluso (art. 938) en la sucesión testamentaria.

Esta solución tiene en su abono, además, un último argumento lógico. Y es que si—como veremos, y por aplicación del artículo 938—los no descendientes no pueden ser favorecidos con exclusión del recobro del donante cuando el donatario no tiene descendientes, no tiene tampoco razón alguna de ser el que sí puedan recibir tal beneficio en perjuicio del recobro por el hecho de tener el donatario descendencia, pues esta circunstancia les es totalmente ajena, y en relación jurídica frente al ascendiente donador debe ser perfectamente irrelevante.

En consecuencia, entendemos que si los bienes donados, o los sustituidos de ellos, o los que representen su valor han sido legados con cargo al tercio libre (o dejados mediante institución) a personas no descendientes del donatario, *el ascendiente donante podrá exigir la reversión frente a dichos legatarios o herederos voluntarios, fundándose en el carácter preferente de su concreto derecho*. Ello tendría como consecuencia, no un reajuste de la masa general hereditaria con replanteamiento del cálculo de porción legítima y porción libre, porque ello acabaría perjudicando a los descendientes, siempre preferentes, sino *deduciendo o extrayendo directamente y sin más del tercio libre*, con la consiguiente reducción o aun anulación de las disposiciones hechas con cargo al mismo y en favor de no descendientes del donatario.

Esta conclusión no debe escandalizarnos en modo alguno. Al fin y al cabo, lo mismo ocurre en la extracción de la legítima de

los hijos naturales que concurren con legítimos (art. 840); y ya hemos visto que la reversión del artículo 812 es derecho de más vigor que esta legítima de los hijos naturales, y preferente a ella.

#### IV

### LA HIPOTESIS DE LA NORMA: TERCER PRESUPUESTO. LA PERMANENCIA DE BIENES O VALOR RECOPRABLES EN LA SUCESION DEL DONATARIO

#### A) PLANTEAMIENTO ; SISTEMAS.

Presupuesto de hecho fundamental para el recobro es, junto a los anteriormente estudiados, el de la permanencia, en la sucesión del donatario, de bienes o valores sobre los que el recobro pueda ejercitarse. Pudiéramos decir que si la donación es el presupuesto inicial del que arranca como derecho eventual la posible reversión (presupuesto positivo de *concepción* del derecho), la falta de posteridad y la permanencia de bienes o valores recobrables en la sucesión del descendiente donatario vienen a ser los presupuestos finales para la eficacia o *viabilidad* del mismo derecho.

El planteamiento de la cuestión en términos simples parece bordear la perogrullada. Es claro que para recobrar algo debe haber algo que recobrar. Pero el núcleo de la cuestión está en analizar si el presupuesto de la permanencia de los bienes o valores recobrables es o no algo de pura contingencia, mero factor previo de hecho *a posteriori* del cual se plantea la hipótesis del recobro, o si la contingencia no es absoluta sino que la concurrencia de los presupuestos de donación a descendientes y falta de posteridad de éstos produce ya algún efecto antes el fallecimiento de los donatarios; a saber: si en algún modo les limita sus facultades dispositivas en garantía del eventual derecho de recobro, provocando en cierto modo y dentro de ciertos límites al menos, la sobreveniencia del tercer presupuesto que pasamos a estudiar, o sea, la conservación de bienes o valor recobrables en el caudal sucesorio del ascendiente.

En el Derecho francés se suscitó la cuestión a raíz de la promulgación del *Code*. Los antiguos comentaristas, como BRETONNIER (158), BENOIT (159), GUY-COQUILLE (160) y DOMAT (161),

(158) BRETONNIER: *Recueil de questions de Droit*, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 322, voc. «Retour» (cit. por DEMOLOMBE: *Ob. cit.*, pág. 587).

(159) BENOIT: *Traité de la dot*, tomo II, epíg. 187 (cit. por PLANIOL y RIPER: *Ob. cit.*, pág. 207 y bibliog. cap.,; y por BAUDRY: *Ob. cit.*, páginas 541-542).

(160) GUY-COQUILLE, cit. por BAUDRY-LACANTINERIE: *Ob. cit.*, pág. 542, nota 2.

(161) DOMAT: *Ob. cit.*, lib. II, tít. II, sect. III, núm. 5.

distinguían tradicionalmente entre enajenaciones gratuitas y onerosas, y dentro de las primeras, entre donaciones y disposiciones testamentarias, considerando válidas las enajenaciones a título oneroso y estimando, en cambio, indemnizables por fraude legal las donaciones (BRETONNIER) y absolutamente ineficaces las disposiciones testamentarias, señalando BENOIT que las cosas legadas siguen estando en la sucesión, por lo que en la colisión producida debe vencer el preferente derecho legal del ascendiente donador. Por su parte, recalca DOMAT que la disponibilidad testamentaria, además de no ser como la *inter vivos* esencial para la consideración del derecho del donatario como verdaderamente dominical (lo que ocurre también en el caso de las sustituciones fideicomisarias), contradice la presumible voluntad del ascendiente donante, en consideración a la cual fundamentalmente se establece en la ley la reversión.

La doctrina actual, sin embargo, considera con rara unanimidad injustificadas las antiguas controversias, entendiendo que no procede hacer distinciones en las facultades dispositivas del descendiente donatario, quien, como pleno propietario que es, podrá disponer de modo libre tanto onerosa como gratuitamente así por donación como por testamento, y que *la enajenación realizada por el donatario* (fuera de los casos de recobro del precio debido y de las acciones restitutorias que exclusivamente contempla el precepto legal) *elimina absolutamente la reversión del donador*. El acto de disposición sustrae definitivamente el bien de que se dispone de la sucesión reversional; incluso el que se haga por testamento, pues el artículo 1.014 del *Code* establece que el legatario tiene derecho a los bienes legados desde la muerte del testador, no figurando aquéllos en la herencia ordinaria, en consecuencia, más que a efectos de calcular la legítima y la parte libre. En definitiva—y así lo abona la inclusión del precepto entre las normas del abintestato—el derecho de reversión se da solamente, en Derecho francés, en la sucesión intestada, total o parcial. Así lo afirman indubitablemente AUBRY y RAU (162), DEMOLOMBE (163), BAUDRY-LACANTINERIE (164), COLIN y CAPITANT (165), PLANIOL y RIPERT (166), FUZIER-HERMAN y DEMOGUE (167), HUC (168) y DURANTON (169). Igualmente DE PAGE-DEKKERS (170), si bien preocupándose de puntualizar que en caso de repudiación de los legatarios las cosas se entenderían

(162) AUBRY y RAU: Ob. cit., pág. 357. texto y nota 14.

(163) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 587.

(164) BAUDRY-LACANTINERIE y WHAL: Ob. cit., págs. 541 y 542.

(165) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 111.

(166) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 207.

(167) FUZIER-HERMAN y DEMOGUE: Ob. cit., pág. 327.

(168) HUC: Ob. cit., pág. 109.

(169) DURANTON: Ob. cit., pág. 310.

(170) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., págs. 323 y 324.

retroactivamente existentes en la herencia desde el fallecimiento y no adquiridas por ésta *ex causa nova*, de modo que procederá la reversión del ascendiente donador.

La posición de este mayoritario sector doctrinal ha sido consagrada por la jurisprudencia francesa. En definitiva, *en el sistema francés el presupuesto de permanencia de los bienes donados en la sucesión del donatario es previo y condicionante de la existencia del derecho de reversión como supuesto de hecho "a posteriori" del cual nace aquél*. Ello se corresponde perfectamente con el criterio restrictivo con que—según veremos después—la propia doctrina y jurisprudencia francesas han interpretado el artículo 747 admitiendo sólo el recobro específico o, en caso de enajenación *inter vivos*, sobre el precio debido de la venta o sobre las acciones precisamente restitutorias sin aceptar el recobro por subrogación real.

Presupuesta la indudable inspiración que en lo fundamental ejerció el texto francés sobre el precepto español del artículo 812, se plantea la cuestión de si éste, al recoger la institución del recobro de donaciones a descendientes, adoptó el mismo sistema seguido en el Código Napoleón a propósito de la materia que tratamos.

A nuestro juicio—ya anticipado varias veces con anterioridad—, *el Código español adopta un sistema totalmente diferente*, entendiéndose, en garantía del eventual derecho de recobro, limitadas las facultades dispositivas del descendiente donatario que carezca de posteridad, a los actos onerosos y a los de consumo en provecho propio. En una palabra: que siempre que al fallecer el descendiente donatario sin posteridad haya en su caudal relicto haber suficiente para hacer efectivo en todo o en parte el derecho de reversión del ascendiente donante este derecho será el que («con exclusión de otras personas»—dice el artículo 812, incluido en la sección de las legítimas—) deberá satisfacerse de modo preferente a todo otro. Si subsisten los mismos bienes donados, en ellos precisamente sucederá el reversionario sin que pueda ser obligado a aceptar en satisfacción otros o un valor en equivalencia. Si fueron directamente sustituidos por otros por un negocio o proceso especial de cambio (permuta, dación en pago, aportación seguida de adjudicación de bienes distintos, renovación de mera fungibilidad) sobre estos bienes subrogados, infungibles o fungibles se efectuará la reversión. Si fueron enajenados, sucederá el donante en primer lugar en todas las acciones que conserve el donatario, recobro *residual* que puede generar indirectamente un recobro directo con respecto a los mismos bienes. Si no conserva acciones porque la enajenación fue perfecta y definitiva, sucederá en su valor, representado en el caso concreto de venta por el precio pagado; pero en cualquier otro caso, lógicamente, por su valor en el momento de la enajenación. Y si, finalmente, no existe valor alguno en la herencia para satisfacer el derecho de recobro, por haber consumido el descen-

diente donatario su caudal, es claro que no hay recobro, como no hay herencia de ninguna especie.

Trataremos de desarrollar esta tesis con el estudio sucesivo de los efectos que sobre el derecho eventual o expectante de reversión producen las disposiciones del descendiente donatario, ya hechas a título gratuito o asimilable, ya a título oneroso y a base de contraprestación real.

## B) LA CUESTIÓN DE LAS DISPONIBILIDADES HECHAS POR EL DONATARIO A TÍTULO GRATUITO O ASIMILABLE.

### a) *Disposiciones testamentarias.*

Por de pronto, y a diferencia del Código francés, que por omisión adopta el sistema opuesto, el artículo 938 del Código español se cuida de dejar sentado que «... lo ordenado en los artículos 811 y 812... es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria». Declaración legal que, por lo que al artículo 812 respecta, sólo puede significar (ya que su aplicación al abintestato no presentaría en ningún caso obstáculo alguno) que la reversión del ascendiente donante se da incluso contra disposición testamentaria del donatario, salvo, naturalmente, como vimos al tratar de la naturaleza y presupuestos de nuestra figura, el juego de las causas de desheredación. En otro sentido hubiera sido absolutamente innecesario establecer el precepto, que quedaría redundante e inútil, porque la falta de disposición testamentaria sobre los bienes o valores susceptibles de recobro ya produciría de por sí el abintestato por el juego del artículo 912, 2.º Además, la propia letra del artículo 812, «... suceden con exclusión de otras personas» es una cuña en todo el sistema de sucesión *mortis causa* y significa suceder con exclusión de todo otro sucesor llamado, sea en las reglas legales del abintestato, sea por el donatario en testamento.

Concuerdan en negar al donatario sin posteridad disponibilidad testamentaria de los bienes casi todos los comentaristas españoles que se han ocupado con mayor o menor extensión del artículo 812, como SÁNCHEZ ROMÁN (171), VALVERDE (172), MANRESA (173) y MUCIUS SCAEVOLA (174). Este último autor llega a decir que la especie de ineficacia de las disposiciones testamentarias del donatario sería, como acto contrario a Ley, la de una verdadera nulidad radical.

### b) *Donaciones.*

En la referente a donaciones ya existe mayor desconcierto doctrinal. No existe problema si la donación es revocable o anulable

(171) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., págs. 1050 y 1061.

(172) VALVERDE: Ob. cit., pág. 241.

(173) MANRESA: Ob. cit., págs. 401 y 410.

(174) MUCIUS SCAEVOLA: Ob. cit., pág. 363.

por alguna causa ya nacida (*actio nata*), pues entonces lo que procederá será el recobro de la acción correspondiente de revocación o anulación, a cuyo través se efectuará, en definitiva, una reversión directa. La cuestión se plantea cuando no existan causas de anulación ni de revocación.

Ni SÁNCHEZ ROMÁN ni VALVERDE se definen en este dificultoso punto. Por su parte, BURÓN (175) y MANRESA (176) adoptan la postura, verdaderamente anómala, de entender eficaz la donación sin que el ascendiente que hubiera sido recobrante pueda pedir su anulación ni reducción ni tampoco compensación de valor alguna, pese a afirmar este último autor que el derecho de reversión es una especie de legítima particular de mayor fuerza que las legítimas a las que desplaza (177); y aun a pesar de reconocer expresamente que tal solución violenta lo establecido en el artículo 636, conforme al cual sólo se puede disponer por donación de lo que se puede disponer por testamento. Como única explicación o excusa a tanta violencia de normas y principios alega que el artículo 812 es excepcional y que si el descendiente se desprendió de los bienes por donación ya no existirán en la herencia al morir ni se dará, por tanto, presupuesto para la reversión establecido en el artículo 812.

A nuestro juicio, es MUCIUS SCAEVOLA (178) quien ha enfocado y resuelto el problema con acierto, aunque no desarrolle suficientemente su argumentación para justificar la solución propugnada. Para este comentarista, cuya opinión hacemos nuestra en este punto, el *donatario sin descendencia puede donar a su vez los bienes recibidos, pero debiendo restituirse al donante, si lo hay en la sucesión, el importe de su valor*, porque en la reversión hay, como en la reserva, una cierta obligación de conservar, mitigada en el artículo 812 por la admisión de la subrogación real de valor y dispensada, por supuesto, ante las necesidades de propio provecho v consumo. «Si el donatario puede permutar o vender los bienes—dice el citado comentarista—es lógico que pueda también donarlos con tal de que asegure al recobrante una utilidad equivalente a la que se hubiera obtenido con la permuta o con la venta.»

MANRESA (179) objeta que «para admitir esta solución habría que probar que la Ley autoriza la sustitución de los bienes por su valor y esto no puede probarse, porque ni se trata de una acción del donatario con relación a esos bienes ni del precio de ellos, porque no medió, ni de cambio ni de permuta».

La objeción de MANRESA no nos parece consistente ni siquiera enfocada. Pero respondamos de ella, pese a todo, directamente.

En primer lugar, el que la subrogación de valor, en general,

(175) BURÓN: Ob. cit., pág. 796.

(176) MANRESA: Ob. cit., págs. 401 y 411.

(177) MANRESA: Ob. cit., pág. 412.

(178) MUCIUS SCAEVOLA: Ob. cit., pág. 395.

(179) MANRESA: Ob. cit., pág. 411.

está admitida en el artículo 812 es algo—como más adelante hemos de ver—incontestable, como consecuencia de la admisión de la reversión por subrogación en el precio de venta en general, sin exigir, como el Código francés, que tal precio esté *aún debido*. Pero tal vez MANRESA quiera insinuar o que en los negocios de donación no cabe subrogación real por no existir un bien o valor que «entre» en sustitución del bien que «sale» o quizá que la referencia escueta al caso de precio de venta y el principio de interpretación restrictiva de los preceptos excepcionales se oponen a la admisión, por analogía, de otros casos de subrogación de valor.

A lo primero contestaremos que, efectivamente, no hay subrogación real, en la donación, en el patrimonio general del donante, puesto que no hay valor que entre a compensar el desplazamiento del bien recibido por donación y de nuevo donado. Pero es que aquí no se discute esto, sino si hay subrogación o debe haberla no en el patrimonio general del descendiente, *sino en el derecho eventual de reversión precisamente*; y con relación a esta especialísima afección es tan perfectamente posible que la subrogación real se efectúe con cargo a otro valor líquido o liquidable del patrimonio del descendiente en los casos de nueva donación de éste, como con cargo al concreto bien o valor que ingresa en sustitución de los enajenados a título oneroso.

En cuanto a la procedencia de un criterio de analogía a propósito de la subrogación de valor, la creemos indudable por las razones siguientes:

1. Porque es lo que más se acomoda al fundamento de la institución y a su naturaleza sucesorio-convencional, ya que hay que considerar no sólo la presumible voluntad del donante, sino que, siendo la sucesión convencional irrevocable por naturaleza, la donación sin compensación de valor equivaldría a una revocación.
2. Porque si la subrogación de valor se establece incluso en las enajenaciones onerosas, que es tanto como decir en aquellas en que el ejercicio de la facultad dispositiva del donatario titular está plenamente justificado, con mayor razón debe admitirse en las disposiciones gratuitas que no se fundamentan en ninguna situación de necesidad del disponente (argumento a *majore ad minus*).
3. Porque la solución contraria que propugna MANRESA conduce a resultados absurdos, que el propio autor admite como irremediables. Así, al no considerar el objeto donado ni su valor sometido a recobro, sería, en cambio, ineludible computar ese valor en la sucesión ordinaria del donatario a efectos de determinar la parte libre y la de legítimas; y de ser excesiva la donación sería reducible... en provecho de los legitimarios comunes

del donatario (arts. 818 y 819), que resultarían beneficiados a través de un acto que, por ser ajeno a la esfera de sus derechos expectantes (como es la nueva donación de bienes recobrables), no debiera afectarles ni a favor ni en contra.

Por esta vía habría incluso que llegar a admitir que el donatario, dando al traste con la supremacía de rango que el artículo 812 otorga al derecho de recobro sobre la legítima de ascendientes intermedios («... con exclusión de otras personas...») podría donar directamente los bienes a dichos legitimarios sin hacer expresa imputación de la donación e instituirles posteriormente herederos en todos sus bienes, sin que el derecho de recobro tuviera frente a tal maniobra defensa alguna, a pesar del artículo 938 y su claro sentido.

4. Porque si *del precio* de venta del bien donado, valor subrogado en el bien mismo (art. 812) *no se puede disponer por testamento* (art. 938) y *del valor que no se puede disponer por testamento tampoco se puede disponer por donación* (art. 636), resulta que *no se puede excluir el recobro en un solo acto respecto del bien donado y de su valor*. Este valor sólo es agotable, consumible o invertible en provecho del propio donatario, dándose mientras subsista la subrogación de valor para efectos de reversión eventual.
5. Porque diferenciándose la posición del reversionario de la del reservatario sólo en que el descendiente donatario goza, a diferencia del reservista, de plena y definitiva facultad dispositiva en toda clase de bienes por actos onerosos, es justificable la aplicabilidad analógica de la regla que el Código civil establece para los únicos casos en que se admite la validez plena de las enajenaciones hechas por el reservista, es decir, las de bienes muebles. Esta regla es la que contiene el artículo 976 del Código civil que deja siempre a salvo «la obligación de indemnizar» (subrogación de valor) sin distinguir el título de la enajenación.

En definitiva, entendemos que, *postergándola sólo al pago de las deudas del causante, de la masa de la sucesión del descendiente habrá que extraer para cubrir, como primera atención, el recobro del ascendiente donador*. No pudiendo éste ser directo por haber sido los bienes donados por el causante, se efectuará *sobre el valor que los mismos tuvieran en el momento de la donación*. De este modo, satisfecho el derecho preferente, que es la reversión, se pasará al que le sigue en orden, que es el derecho de los legitimarios del causante. En cualquier caso, se computará nuevamente, ahora a efectos de garantía de legítimas, el valor de la donación con el caudal restante después de deducido y satisfecho



el derecho de recobro para determinar su oficiosidad o inoficiosidad; y de resultar las donaciones excesivas se reducirán por la vía del artículo 819 y concordantes, porque antes es el legitimario que el donatario. Si el donatario fuere uno de los legitimarios, entrarán en juego las normas de los artículos 1.035 y concordantes sobre colación.

Estas normas sí serían perfectamente armónicas con lo establecido en el artículo 636, que *no se refiere a una indisponibilidad de bienes o valores concretos, sino a unos límites de proporción, de valor, a las facultades de disposición por testamento o donación, como garantía de los de los derechos de sucesión forzosa.*

Por lo que se refiere al supuesto de que el caudal hereditario, después de satisfechas las deudas, no arroja líquido suficiente para satisfacer el valor del derecho de recobro, se soluciona a nuestro entender por la misma vía. Si no hay para satisfacer la reversión—que es lo preferente—es que tampoco hay para pagar las legítimas, que son las apartadas por la preferencia del recobro. Y si no hay para pagar las legítimas *hay que ir por fuerza a la reducción o a la anulación de las donaciones* (art. 819, en relación con los 636, 654 y 656) que puede incluso quedar sin otro efecto que el producido durante la vida del donante. Se dirá que el retorno de lo donado a la herencia del descendiente implicará inmediatamente un recobro directo, por lo que los legitimarios, únicos titulares de la acción de reducción o supresión, careciendo de todo interés en ésta, renunciarán a ella o no la ejercerán. Pero esta visión es engañosa. Si los legitimarios (ascendientes intermedios) renuncian es porque *renuncian a su condición misma de legitimarios que ocuparía inmediatamente, ejercitando la acción con este carácter, el ascendiente donante de grado ulterior.* Y aunque así no sea hay que tener en cuenta que la renuncia de derechos en perjuicio de tercero se considera nula en el artículo 4 del Código civil, por lo que se verán compelidos a ejercitar dichas acciones en provecho del recobrante, o a cedérselas, pues estas acciones mismas son las que constituyen (a falta de otros bienes, derechos o valores) la masa legitimaria. Incluso contra el peligro de que los legitimarios dejen indefinidamente sin ejercitar la acción quedaría al recobrante el recurso de la *interrogatio in iure* para que definan aquéllos si repudian o aceptan, e incluso el de la *acción subrogatoria* si se considera el recobro como deuda de la herencia, ocupando por subrogación la titularidad si no de los legitimarios si de la herencia yacente. Y todo ello aparte de la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por la omisión de los herederos forzosos, en su caso.

c) *Disposiciones remuneratorias y onerosas sin contraprestación real.*

Como se recordará, el encabezamiento del epigrafe que estamos desarrollando aludía al estudio de las disposiciones gratuitas

y «asimilables» del descendiente donatario. En estas asimilables hemos querido comprender tanto aquellas en las que la causa de liberalidad es no totalmente pura (como las donaciones remuneratorias de servicios no exigibles), cuanto aquellas otras que, siendo auténticas prestaciones onerosas, contraprestan otras no reales, es decir, que no consisten en bienes o valores, sino en servicios exigibles. A unas y a otras disposiciones estimamos íntegramente aplicables las reglas propuestas a propósito de las donaciones hechas por el donatario. Incluso a las contraprestaciones reales y onerosas de servicios anticipados o exigibles, porque, existiendo sobre el patrimonio del descendiente una serie de derechos expectantes o eventuales de diversa jerarquización legal (recobro, legítimas, disposiciones libremente hechas en testamento), esta jerarquía no debe ceder al mero hecho de que el causante disponga a su conveniencia el desplazamiento patrimonial de los bienes sobre que recaiga el derecho expectante de superior jerarquía antes que el de otros cualesquiera sin que, por lo menos y dada la gran amplitud con que en nuestro Derecho resulta admitida la subrogación real y de valor, se reajuste o restablezca automáticamente esa jerarquía dentro del patrimonio remanente, asignando al derecho de rango superior—el de reversión—un valor sustitutivo del bien dispuesto, a extraer con exclusión de todo otro derecho sucesorio de ese remanente patrimonial, en tanto exista líquido o bienes convertibles en él.

#### C) LA CUESTIÓN DE LAS ENAJENACIONES ONEROSAS CON CONTRAPRESTACIÓN REAL.

##### a) *Reversión directa y recobro por subrogación: sistemas francés y español.*

En este punto la diferencia entre el sistema adoptado por el Código francés y el seguido por el español es paralela a la existente en materia de facultades dispositivas del donatario a título gratuito, cuestión con la que está, en fin de cuentas, íntimamente relacionada la que vamos a tratar, como se vió anteriormente, al apoyar en el sistema de recobro por subrogación de valor en las enajenaciones onerosas la base argumental lógica para la solución del problema de las donaciones hechas por el donatario. Y es que ambas cuestiones integran al fin y al cabo la más general del presupuesto de permanencia de bienes o valores recobrables en la sucesión del descendiente donatario, necesario para la actuación de la sucesión reversional, y es natural que entre ambas facetas del problema exista, dentro de cada sistema, correlación, congruencia y armonía.

De aquí que el artículo 747 francés, congruente con la solución de exclusión del recobro por donaciones o disposiciones tes-

tamentarias del donatario, y reducido su campo de acción a los bienes donados que subsistan en el abintestato, adopte un criterio igualmente restringido en los casos de enajenaciones onerosas con contraprestación real, admitiendo como único en principio el recobro directo al condicionarlo a que los bienes donados se encuentren *en especie* en la sucesión. Que esto es un verdadero condicionamiento general y no, a diferencia del Código español, la mera regla concreta de una de las modalidades admitidas de recobro, lo demuestra el texto restante del precepto cuando, en el caso de venta, limita la posibilidad del recobro en el precio a la circunstancia de que éste *aún fuere debido*. La significación de ello es trascendental: *negar la subrogación de valor, es decir, una vez se produzca el ingreso del precio en el patrimonio general del donatario enajenante*. Pero no menor es la trascendencia de la limitación del recobro de acciones *precisamente a las «acciones de restitución que pudiera tener el donatario»* en cualquier caso de enajenación del bien donado (180).

Un grupo de autores franceses vió en estas dos alusiones del precepto, y aun dentro de su concreción y estrechez, dos auténticas excepciones al principio de recobro en especie y, por ende, dos casos verdaderos de *subrogación real*. Algunos, como DEMANTE (181) y PLANIOL y RIPERT (182), puntualizaron que tales supuestos eran exclusivos, tanto por ser la subrogación real una *fictio iuridica* insusceptible de generalización, ya que la Ley no hubiera precisado los casos en que funciona si su intención hubiera sido darle la categoría de principio general, cuanto por los concretos términos, expresamente limitativos, del propio artículo 747, cuya regla general inicial («cuando los bienes donados se encuentre *en especie* en la sucesión») desautoriza todo intento de interpretación extensiva. Por lo demás—señalaban estos autores—, no existe aquí, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en materia de patrimonio del ausente, ningún motivo de equidad que fuerce a admitir la subrogación real como principio general.

Otros, más avanzados, como CHABOT (183), DELVINCOURT (184),

---

(180) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL (ob. cit., pág. 550) enumeran como comprendidas en este precepto las acciones de rescisión por lesión, anulación, por incapacidad contractual o vicios de consentimiento, reivindicación, resolución por impago de precio o no entrega del bien permutado, revocación de donaciones, restitución de aportaciones a sociedad o a comunidad o sistema matrimonial, etc.

(181) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE: *Cours analytique du Code civil* París, 2.ª ed., 1881-85, págs. 209 a 212.

(182) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 201.

(183) CHABOT: *Commentaire sur la loi des successions*. 7.ª ed. anot. por M. BELOST-JOLIMONT. Dijon, 1839, art. 747, núms. 25 y ss.

(184) DELVINCOURT: Ob. cit., t. II, págs. 37 y ss.

TOULLIER (185), MALPEL (186), DURANTON (187), HUC (188), AUBRY y RAU (189) y TAULIER (190), seguidos más modernamente por COLIN y CAPITANT (191), DE PAGE-DEKKERS (192) BONNECASSE (193) y JOSSERAND (194), interpretaron el precepto en el sentido plenamente favorable a la extensión analógica a otros casos de subrogación real estricta, aunque siempre reconociendo la clara inadmisión legal de la subrogación de valor. El único motivo, para estos autores, de la precisión legal de que el precio de venta sea «aún debido» está en que en tal caso dicho precio *es plenamente identificable*, a diferencia de lo que ocurre en el precio pagado, confundido en el piélagó patrimonial del donatario enajenante y ya, por tanto, insusceptible de identificación. Y partiendo de esta premisa sostienen que la equidad impone la extensión analógica integrando el descuido de la letra legal *a todo otro caso de sustitución del bien enajenado, en el patrimonio del disponente, por un objeto que sea perfectamente identificable*, siempre—claro está—que la concatenación causal del ingreso del bien sustituto y la transmisión del bien sustituido (fundamental para la subrogación real) también sea clara. Por concurrir ambas circunstancias estiman aplicable la reversión a los objetos adquiridos por el donatario por permuta o dación en pago del precio debido de venta, o de adjudicación en pago de haber en un fondo social o conyugal al que hubiera aportado el bien donado, e incluso (aunque en este punto reina más desacuerdo en este sector) (195) sobre el mismo precio pagado con tal de que haya sido especificado y en cuanto la especie subsista, en todo o en parte, en la sucesión. Con la excepción de AUBRY y RAU, que niegan la subrogación sucesiva o de segundo grado, los comentaristas indicados llegan a sostener, por las mismas razones, la extensión de la subrogación, a efectos de retorno, a los bienes en que conocidamente se hubiera empleado la suma donada o en que se hubiera reemplorado el precio de venta de los bienes objeto de la donación.

Y es que—para los citados autores—el derecho de retorno se

(185) TOULLIER: *Droit civil français, suivant l'ordre du Code civil*. 6.<sup>a</sup> ed. Paris, Ed. Ch. Hingray, 1842 (anot. y cont. por DUVERGIER y TROPLONG), tomo IV, pág. 245.

(186) MALPEL: *Traité élémentaire des successions ab intestat*. Toulouse, 1825-29, epíg. 135 y ss.

(187) DURANTON: Ob. cit., págs. 316 a 321.

(188) HUC: Ob. cit., pág. 110 y sig.

(189) AUBRY y RAU: Ob. cit., págs. 353 a 358. texto y nota 35.

(190) TAULIER: Ob. cit., t. III, pág. 160.

(191) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 113.

(192) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., págs. 329-330.

(193) J. BONNECASSE: *Elementos de Derecho civil*. Trad. y ed. de J. M. Cajica. Puebla (México), tomo III (1946), págs. 469 y ss., espec., pág. 471.

(194) L. JOSSERAND: *Cours de Droit civil positif français*, 2.<sup>a</sup> ed. París, ed. Sirey, 1933, tomo III, pág. 469.

(195) En contra, verbigracia, BONNECASSE: Ob. cit., pág. 471.

funda más en el origen de los bienes que en su propia naturaleza intrínseca, entendiéndose además que la propia Ley, al someter al retorno el precio debido, demuestra considerar la reversión desde un punto de vista más bien económico o pecuniario que propiamente troncal, es decir, de consideración a la individualidad del bien donado.

No obstante el éxito inicial de esta concepción, que llegó a influir en algunas decisiones jurisprudenciales en los finales del siglo pasado, hoy día predomina en la jurisprudencia francesa el criterio opuesto, no fundado en un principio de interpretación restrictiva de supuestos casos concretos de admisión de la subrogación real en el texto del precepto, sino en la idea más exacta, sustentada por LAURENT (196), BAUDRY-LACANTINERIE (197), DEMOLOMBE (198), BEUDANT (199) y FUZIER-HERMAN y DEMOGUE (200), de que en el artículo 747 del Code francés no existe propiamente ningún caso de subrogación real, por lo que falta la base misma sobre que invocar la analogía.

Al decir de BAUDRY-LACANTINERIE, a través del llamado recobro en acciones, puesto que éstas han de ser precisamente *restitutorias*, no se produce sino (aunque indirectamente) un recobro en especie, y es que tanto esta reversión de acciones como la del precio debido de venta se dan porque aquéllas y éste son como el *residuo* jurídico de la cosa misma que no se ha acabado de perder totalmente en el patrimonio. DELVINCOURT y DURANTON esgrimen frente a esto que en casos de desplazamiento, incluso inicial de la cosa, como ocurre en las aportaciones matrimoniales, la subrogación real se da claramente a través de las acciones de restitución, puesto que ésta puede no ser específica. Pero DEMOLOMBE contraobjeta que tampoco en las aportaciones matrimoniales se pierde totalmente el bien donado, sino que *resta* del mismo, de su titularidad, el *crédito para la restitución*, y si el ejercicio de esta acción puede desembocar en la adjudicación de un bien equivalente o de una estimación, ello no representa una subrogación, ya que deriva de un carácter propio del crédito restitutorio mismo, que es lo que realmente *adquiere* la descendiente donataria cuando recibe la donación con el carácter dotal (en cuyo caso el recobro no dejaría de ser de lo mismo que se donó). o lo que *conserva* cuando fuera ella misma la que en la aportación diera a los bienes el carácter dotal o comunal (en cuyo caso habría un *recobro específico-residual*, pues el crédito restitutorio es *resto* de la titularidad de lo aportado). De modo que *lo que no hay nunca es subrogación real, porque el crédito restitutorio no se obtiene a cambio de la aportación*. La reversión actúa sobre el crédito, sobre la acción. que

---

(196) LAURENT: Ob. cit., pág. 236.

(197) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., pág. 546 y sig.

(198) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 598 y ss.

(199) BEUDANT: Ob. cit., t. V, epíg. 369.

(200) FUZIER-HERMAN y DEMOGUE: Ob. cit., pág. 327.

es, cuando menos, *resto* de la titularidad de lo donado. Que posteriormente la acción tenga un resultado diferente de la restitución específica es ya algo independiente que se produce *a posteriori* *de verificado el recobro, sin afectar, ni mucho menos determinar o calificar, la naturaleza de éste.*

Dentro de la misma línea argumental, LAURENT explica que si la subrogación real estuviera admitida, la ley la establecería sobre el precio pagado que se especificase, y que si no lo hace, limitando el recobro no directo al de acciones *restitutorias* y precio *aún debido*, es porque considera que *unas y otro representan la cosa misma*. Así lo demuestra el hecho de que *el pago del precio debido paralizaría la acción de resolución de la venta*, lo que obliga a considerar tal precio, con la cosa, como objeto alternativo de dicha acción. Y esto es lo que fuerza al legislador a mencionar expresamente el recobro del precio debido en vez de limitarse a establecerlo—fuera de los casos directos—sólo sobre las acciones *restitutorias*—recobro también específico, aunque indirecto—: *la necesidad de no violentar los principios de la acción de resolución por impago, comprendida por esencia entre las restitutorias y atribuida, por ende, al recobrante, pero en la que, sin embargo, el pago del precio paraliza la pretensión de restitución específica.*

En definitiva, un análisis detenido de los términos del precepto francés demuestra que *en el mismo no se admite más reversión que la específica, ya directa, ya indirecta, ya residual*. Ello, en fin de cuenta, es lo que, con todos los inconvenientes del sistema, armoniza, sin embargo, congruentemente con el criterio seguido en punto a disposiciones gratuitas del descendiente donatario. *La reversión en Derecho francés no es un derecho expectante, ni siquiera un derecho eventual, puesto que es potestativo para el donatario eludirlo por cualquier vía*, y en estas condiciones carece de garantías y de medios de defensa. *No es más que un fenómeno que nace y se actúa a posteriori* de producida, por concurrencia de todos los elementos que el precepto enuncia como condicionantes, la hipótesis compleja de premoriencia del descendiente donatario, sin posteridad y conservando en su patrimonio, sin haber dispuesto tampoco de ellos por última voluntad, los bienes donados mismos o acciones para recuperarlos.

El sistema adoptado por el artículo 812 del Código civil español es radicalmente diferente.

En primer lugar, admite la subrogación real estricta (201) de modo clarísimo, haciéndola jugar sobre *los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió*, cabiendo, dentro de la amplia referencia al fenómeno económico del *cambio*, la sustitución de mera fungibilidad y la dación en pago de precio de venta

(201) R. M.<sup>a</sup> ROCA SASTRE: *La subrogación real*, en «Rev. Der. Priv.», 1949, págs. 287 y 301.

debido. Pero, además, como pone de relieve MOLINA RAVELLO (202), a cuya observación se adhiere VALLET DE GOYTISOLO (203), se consagra también en este precepto la *subrogación real de valor abstracto*, modalidad la más amplia y generosa de aquélla, que se manifiesta, en el caso de recobro, «en el precio, si se hubieren vendido», que comprende, en su indistinción, tanto el precio debido como el cobrado, con lo que, pese a su ingreso en el patrimonio del enajenante, el precio queda inmutablemente fijado en su importe nominal (204), abstracción hecha de su peripecia posterior. Tan trascendentales modificaciones a la letra y al espíritu del precepto inspirador francés obligan, finalmente, por la lógica más elemental, a dar un sentido totalmente diferente a la frase inicial, desdichadamente vertida de modo literal. «suceden... en las cosas dadas por ellos... cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión». La única significación que es dable a esta expresión es, no la de una *condición* a la que se subordine el recobro, sentido con el que sería contradictorio todo el texto restante del artículo, sino, por el contrario, la de *que si bien el derecho de reversión es susceptible de satisfacerse ya en valor ya en bienes subrogados cuando en la sucesión no subsistan las propias cosas donadas, es, en cambio, un derecho a satisfacer rigurosamente "in natura" (en las cosas dadas por ellos) «cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión», sin que los herederos ordinarios ni los albaceas puedan compeler al recobante a recibir bienes o valores equivalentes*: En suma: que mientras en el sistema francés la permanencia específica o *residual* de los bienes donados es *requisito apriorístico y esencial del recobro*, en Derecho español es *simplemente determinante de una modalidad de reversión, la específica*, dejando aparte, en todas sus posibilidades, el recobro por subrogación.

Finalmente concuerda y armoniza con todo este sistema de amplitud la significativa supresión del calificativo de «restitutorias» que el precepto francés consigna para el recobro sobre acciones. De modo que junto a las restitutorias propiamente dichas entran, entre otros, en el recobro del artículo 812, las acciones de reparto social y la adjudicación de cuota de disolución social en caso de haberse aportado a sociedad los bienes donados, las posesorias, en su caso, y las rentarías en general.

Esto significa, en definitiva, que con arreglo al sistema español, el retorno se da en todo caso de enajenación onerosa del donatario con contraprestación real o dineraria, siempre, naturalmente, que en la sucesión queden bienes o valores sobre los que hacer

(202) E. MOLINA RAVELLO: *Subrogación en la reserva lineal*, en «Rev. Grai. de Derecho», mayo 1945, pág. 266

(203) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes cit.*, supra, pág. 301, nota 52.

(204) Sobre la subrogación de valor abstracto como modalidad de subrogación real, vid. J. VALLET DE GOYTISOLO: *Pignus Tabernae*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1953, págs. 805 a 807.

efectivo el derecho reversional por no haberse consumido totalmente el patrimonio en provecho del causante titular. Con arreglo a este criterio, además, nada obsta a que se realicen en cadena (reemplazos y recambios) sucesivas subrogaciones reales, siempre que sea posible reconstruir con certeza la cadena causal hasta la primera sustitución del propio bien o caudal donado, por enajenación o por inversión, porque, además, y en los casos en que tal reconstrucción presente dificultades o dudas, existe, sin perjuicio del reversionario (que de todos modos ya no recobraría en especie) el recurso de la subrogación de valor, abonándosele con cargo a la herencia la estimación del bien en el momento de ser enajenado o su precio *strictu sensu* si la enajenación tuvo lugar por venta precisamente.

#### b) *Supuestos dificultosos.*

Esta subrogación real solamente presenta alguna dificultad en dos casos que estudiaremos a continuación: uno, el de la transmisión de los bienes donados en pago de deuda del donatario, y otro, el de enajenación de los mismos contra estipulación de renta vitalicia.

1. *La transmisión del bien donado por dación en pago de deuda del donatario* es indudablemente un acto oneroso en sí mismo considerado; pero como el pago en general, del que constituye una sustitución, carece de independencia causal. El convenio solutorio sobre la dación en pago es accesorio del negocio fundamental del que nació la deuda, y si a virtud de este negocio ingresó previamente en el patrimonio del donatario un bien o valor es perfectamente correcto entender que entre el mismo y el donado que se desplaza para ser dado en pago existe una relación de subrogación real. Es verdad que lo *normal* es que en el fenómeno de la subrogación real (que por verificarse siempre en un patrimonio ha de verse por fuerza de modo unilateral) *preceda el desplazamiento* del bien o valor que sale *al ingreso* del bien o valor que entra; pero que esto sea normal no quiere en modo alguno decir que sea esencial. También es cierto que la subrogación no se produce desde el primer momento (ya que el bien ingresado se había de contraprestar con un precio en metálico extraído de la indeferenciada masa del patrimonio entero, y la dación en pago viene a sustituir a ese precio con posterioridad), pero tampoco constituye ello obstáculo dogmático para la subrogación. Por encima de todo concurre la circunstancia de relación causal entre el desprendimiento de un objeto y en el ingreso del otro en el patrimonio del descendiente donatario, es decir, el hecho de la sustitución, y ello sólo hace que el supuesto encaje en los términos del artículo 812.

En el caso de que la dación de bien donado en pago de deuda corresponda no a una obligación nacida de previa prestación real recibida, sino de otra especie, la solución será la misma que dejamos



indicada al tratar de las disposiciones del donatario «asimilables a las gratuitas». El valor del bien donado y dado en pago, mientras haya en la herencia de donde sacarlo, será preferentemente revertido, por subrogación, al ascendiente donador.

2. Por lo que se refiere a la *renta vitalicia*, es ésta un negocio oneroso, aunque aleatorio, en el que la aleatoriedad consiste en la incierta proporción que, al extinguirse la relación contractual, habrán llegado a guardar entre sí las recíprocas prestaciones de los contratantes: el valor de los bienes transmitidos por el rentista frente al montante de la renta percibida por el mismo. Por de pronto, hay que partir de la base de que, siendo una enajenación onerosa, sería desorbitado e injusto atribuir al donante reversionario el capital de estimación de los bienes. Y, por otra parte, se da la circunstancia de que la contraprestación de la transmisión discutiblemente real si globalmente se la considera (ya que el art. 1.805 del Código civil conceptúa el derecho rentario como de crédito), es, aún considerada como real en sus manifestaciones concretas: las rentas, no de tracto único (casos en que la subrogación real se produce con claridad), sino continuo o sucesivo.

Ante estas circunstancias habrá que concluir que la subrogación se opera desde luego en las acciones que el descendiente rentista tuviera frente al deudor rentario para reclamar judicialmente el pago de las pensiones atrasadas, pues la acción que funda el artículo 1.805 está indudablemente comprendida en los términos ilimitados de la subrogación en las acciones del donatario a que se refiere el artículo 812. Por el mismo motivo se dará la subrogación en las acciones de ejecución hipotecaria que, para garantía del débito rentario, se hubieran concertado en el contrato. Con esta acción puede reclamarse también la renta no atrasada, pero si devengada, correspondiente a la anualidad corriente, a la muerte del descendiente donatario y rentista, cuando se dé el supuesto del artículo 1.806, 2.º, del Código civil.

En cuanto a las rentas percibidas, y por el hecho de la percepción capitalizadas en el patrimonio general del rentista, las consideramos igualmente sujetas a la reversión sin necesidad de especificación alguna, es decir, que el ascendiente donador sucederá en una cantidad igual a la percibida por el descendiente en este concepto, siempre que haya en la herencia de donde sacarla.

El recobro por subrogación en el derecho a percibir ulteriores pensiones no existirá si la renta se pactó sobre la vida del propio pensionista; pero sí cuando, conforme a lo prevenido en los artículos 1.802 y 1.803, se hubiera pactado el pago de la renta sobre la vida de un tercero que sobreviva al descendiente contratante y a favor de este último. Finalmente, en el caso de que el tercero sobre cuya vida se contrate la renta u otro distinto hayan sido designados beneficiarios, y puesto que la enajenación ya no puede estimarse propiamente onerosa y justificable por necesidad o con-

vivencia del descendiente, las soluciones a aplicar—con las correspondientes adaptaciones—serán las mismas que dejamos señaladas para los supuestos de donaciones realizadas por el donatario, a menos que la atribución del beneficio rentario se hubiese hecho contraprestándola onerosa y realmente, en bienes o dinero, el beneficiario designado, en cuyo caso la reversión se dará, por subrogación, sobre el precio o contraprestación de que se trate.

c) *El problema de los bienes readquiridos.*

Un extremo que queda por aclarar es el de si, producida la subrogación real en el patrimonio del descendiente, puede el derecho expectante de reversión volver a ser directo si los bienes donados volvieren a ingresar en dicho patrimonio por nueva adquisición del donatario.

En la doctrina francesa existen dos sectores de opuesta opinión. De un lado, proponen la afirmativa los autores que sostienen que la subrogación real se ampara en el artículo 747 del *Code* y la analogía para todo supuesto en que sea posible identificar el bien subrogado, posibilidad que se da en grado máximo cuando es el propio bien enajenado el que vuelve, al término de la cadena subrogatoria, al mismo patrimonio del que se desplazó. Y también defienden la misma opinión aquellos que, aun no propugnando la extensión analógica o incluso no creyendo en la subrogación real sino meramente en el recobro directo, entienden que éste al menos debe admitirse sin restricciones; es decir, sin atender a que antes de plantearse el supuesto del recobro por muerte del descendiente donatario haya podido salir del patrimonio el bien donado una o varias veces para reingresar de nuevo. Con uno u otro fundamento, sostienen la opinión afirmativa, entre otros, DELVINCOURT (205), TOULLIER (206), TAULIER (207), VAZEILLE (208), BENOIT (209), DURANTON (210) y BELOST-JOLIMONT (211), que también se apoyan en el argumento *a maiore ad minus*, considerando que es más conceder el recobro sobre el precio debido que sobre el mismo bien donado, abstracción hecha de la alternativa que el mismo haya podido correr dentro y fuera del patrimonio del descendiente donatario.

Frente a esta opinión se halla la del grueso de la doctrina clásica francesa y belga, entre cuyos más destacados representantes

(205) DELVINCOURT: Ob. cit., tomo II, pág. 19, nota 5.

(206) TOULLIER: Ob. cit., epíg. 233 (tomo IV).

(207) TAULIER: Ob. cit., pág. 160.

(208) VAZEILLE: Ob. cit., art. 47, núm. 25.

(209) BENOIT: Ob. cit., epíg. 108.

(210) DURANTON: Ob. cit., págs. 314 y ss.

(211) M. BELOST-JOLIMONT: *Notas* a la ob. cit. de CHABOT, art. 747.

citaremos a HUC (212), LAURENT (213), DEMOLOMBE (214), BAUDRY-LACANTINERIE (215), COLÍN y CAPITANT (216), PLANIOL y RIPERT (217) y DE PAGE-DEKKERS (218), todos los cuales distinguen según que la readquisición del donatario haya sido *ex causa antiqua*, como, por ejemplo, por efecto de una resolución, revocación o retracto convencional, en cuyo caso sí procederá el recobro; o que, por el contrario, la readquisición se haya verificado *ex causa nova* (una nueva compra, por ejemplo, o una nueva adquisición gratuita), en cuyo caso la reversión será improcedente porque si la cosa se halla en la sucesión del donatario *no es ya por efecto de la donación primera*, sino de otro título posterior. En apoyo de esta solución presentan BAUDRY-LACANTINERIE una hipótesis un tanto atormentada, aunque posible: que el hijo que adquirió por donación de su padre venda la cosa donada al abuelo y vuelva luego a adquirirla por nueva donación de éste, premuriendo finalmente al padre y al abuelo. La insolubilidad de esta colisión de recobros, si se admitiera la reversión de lo readquirido *ex causa nova* es, a su juicio, el mejor argumento para rechazarla, admitiendo únicamente el recobro de los bienes no enajenados o de los readquiridos *ex antiqua causa*.

Estas dificultades doctrinales, sin embargo, son simple consecuencia (en la que claramente resalta la desventaja de la estrechez del criterio legal) de la inadmisión, en Derecho francés, del recobro por subrogación real de valor. En el Derecho español, donde el artículo 812 sí la admite, el problema planteado por BAUDRY-LACANTINERIE tiene una solución fácil y lógica: el abuelo, último donante, recobrará directamente el bien donado; el padre, donante antiguo, el precio de la venta que el abuelo satisfizo en su día y que substituyó a aquel bien en el patrimonio del descendiente común.

Lo que la contemplación de este supuesto nos enseña es, sin embargo, que lo atendible es no una simple distinción de *causa antiqua* y *causa nova* en la readquisición del descendiente, sino de causa onerosa o causa gratuita de la misma; y dentro de esta última esfera de gratuidad, existencia o inexistencia de derechos sobre la cosa que puedan entrar en colisión con el derecho del ascendiente antiguo donante. Un caso de colisión es el antes examinado y resuelto: colisión de derechos de recobro; otro puede serlo la imposición por el segundo disponente a título gratuito, por donación, herencia o legado, de una sustitución sucesiva o fideicomisaria. Otro, la anulación de la disposición testamentaria hecha por el segundo disponente en favor del causante del recobro,

(212) HUC: Ob. cit., epág. 86.

(213) LAURENT: Ob. cit., pág. 235 y sig.

(214) DEMOLOMBE: Ob. cit., págs. 600-601.

(215) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., págs. 543-544

(216) COLÍN y CAPITANT: Ob. cit., págs. 111-112.

(217) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 205.

(218) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 235.

para cubrir las legítimas de los herederos forzosos de aquél. En todos, la solución consistiría en limitar el recobro al valor de la enajenación que sustituyó al bien donado. Un caso de colisión parcial será, finalmente, el de simple reducción de la liberalidad testamentaria o de la donación segunda por los herederos forzosos de quien la dispusiera, que se resolvería por la vía del artículo 821 en relación con el 819-2.º, actuando en representación del causante del recobro el ascendiente presunto sucesor reversional.

Pero fuera de los anteriores y, en realidad, extraordinarios casos, tanto en las readquisiciones lucrativas en que no existan derechos en colisión derivados del segundo disponente a título gratuito como en las readquisiciones a título oneroso, se impone la regla general de reconocer al ascendiente donante el derecho de reversión sobre los bienes donados enajenados y readquiridos por el donatario (219), dejando para los sucesores de éste ya el beneficio de la posible diferencia dineraria favorable entre ambos negocios de enajenación y de readquisición, ya la carga del posible quebranto resultante (220). Así se desprende de una interpretación teleológica, de la ratio y fundamento del precepto, si se admite que en el establecimiento del mismo, y por encima de cualquier otra consideración, preponderó la presunción de la voluntad del donante, y el análisis riguroso de los elementos del consentimiento y causa en la liberalidad de ascendiente a descendiente. El artículo 812, sin distinguir en su letra ni seguramente en su espíritu, establece, «cuando los mismos bienes donados existan en la sucesión», el derecho del ascendiente donados a recobrarlos *específicamente*.

d) *Bienes agrupados en donación conjunta y divididos entre los donatarios.*

Junto a todas las precitadas ventajas del sistema español de amplitud en la admisión del retorno por subrogación real hay que considerar la que supone la eliminación de cuantas dificultades puedan producirse en la determinación de lo recobrable por el ascendiente, cuando la donación hubiera sido hecha conjuntamente por varios (frecuentemente por padre y madre o abuelo y abuela) en favor también de varios donatarios que dividieran después materialmente entre sí los bienes sin guardar en tal división, para cada lote, la exacta proporción objetiva de los bienes de una y otra procedencia. Con arreglo al sistema francés, de sobrevivir uno sólo de los donantes a la muerte de cualquiera de los donatarios sin posterioridad, hay que llegar a soluciones que el propio DE-

(219) En este sentido MANRESA, con carácter general, fundado en el principio *ubi lex non distinguit...* (ob. cit., pág. 409).

(220) Esta desventaja se compensa con la muy probable ventaja de haber salvado el donatario una situación de crisis o necesidad entre la enajenación y la recuperación.

MOLOMBE (221), sostenedor a ultranza de la interpretación restrictiva, reconoce como inconvenientes y poco equitativas; pues si en el lote del descendiente premuerto no hay parte alguna procedente de los bienes donados por el ascendiente que ha sobrevivido, nada recobrará éste; si la hay en proporción menor a la existente en los lotes de los otros codonatarios con los que dividió el objeto de la donación común, sólo recobrará el ascendiente supérstite en esa estricta proporción; y, sin embargo, si la hubiera en proporción mayor que en los otros lotes tampoco se extendería el recobro más que a la proporción resultante de dividir igualmente entre todos los donatarios, por entenderse que todo exceso sobre esta proporción representa para el donatario premuerto una adquisición onerosa *ex causa nova*, como compensación a la renuncia de la parte correspondiente de los bienes procedentes del otro ascendiente donador (222).

En el sistema español, el juego que la subrogación, al mantener automáticamente, en todo caso, la misma proporción de los bienes de una y otra procedencia, aunque algunos o partes de ellos sean sustituidos por otros o por su valor, despeja todo problema en estos casos, en los que la reversión se abrirá siempre en la proporción fija del valor que los bienes donados por el ascendiente supérstite tuvieron con relación a los del codonante.

#### D) LA CUESTIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR PÉRDIDA DE LA COSA

##### a) Planteamiento.

Las indemnizaciones por pérdida de la cosa ofrecen mayores dificultades para ser consideradas como comprendidas en los términos del artículo 812, pues, si bien es cierto que éste admite con gran amplitud la subrogación real, es de notar, sin embargo, que tanto para su modalidad estricta (recobro en acciones en las cosas permutadas o cambiadas) como para la de abstracto valor (reversión en el precio de venta) parece partir del previo supuesto de un acto voluntario, negocial, del descendiente causante: «... si hubieran sido enajenados...»; «... si se hubieran vendido...»; «... si los permutó o cambió...». Es evidente que no está comprendida en estos supuestos la hipótesis de pérdida fortuita del bien donado. La cuestión está precisamente en decidir si, pese a no estar contemplada expresamente, ni darse tampoco un estricto presupuesto de analogía, cabría, no obstante, extender la misma solución a los casos de pérdida de la cosa seguida de indemnización, ya que no por analogía legis, si por analogía iuris.

Puede argumentarse que en el patrimonio del donatario aparece evidentemente causado el ingreso de la indemnización por la

(221) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 612.

(222) Así lo entienden PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 206.

desaparición o pérdida de la cosa; pero este no es argumento, porque si esta relación de causalidad es *requisito* para que la subrogación real se produzca, no quiere ello decir que sea *elemento suficiente* por sí solo para hacerla actuar, faltando junto a él el más importante: que la ley reconozca expresamente el efecto subrogatorio—en más o menos aspectos—o al menos que lo establezca para un caso en que la identidad de presupuestos con el no previsto sea tan clara, que la aplicabilidad de la analogía sea evidente. Contrariamente, en contra de esta invocación existen en nuestro caso poderosos argumentos como son: *uno*, el de que *inclusio unius, exclusio alterius*; pues es patente la modalización que en los casos de subrogación real admitidos en el precepto comentado supone la existencia en todos ellos de un negocio jurídico: enajenación, venta, permuta, cambio; *dos*, el de que la reversión del artículo 812 es un *supuesto de derecho singular o especial* sujeto al principio de *interpretación restrictiva* en cuanto existan dudas sobre el ámbito material de su aplicación, y *tres*, el principio de que *toda adquisición o enriquecimiento ha de ser justificado*, pudiendo no serlo el recobro en la indemnización por pérdida cuando esta indemnización no sea debida a una cualidad intrínseca del bien donado, o el derecho que la origine emane de una relación constituida por el donatario y no por el donante.

Para el Derecho francés, BAUDRY-LACANTINERIE (223) considera indudable, con base en la inadmisión de la subrogación real en el precepto del artículo 747, que el descendiente no recobraría la indemnización en ningún caso. Sin embargo, esta solución nos parece inconsecuente con su propia tesis, que admite el recobro «residual» como una modalidad de recobro específico; pues es evidente que la indemnización por pérdida es como el residuo de la misma cosa perdida. Simplemente, en armonía con los principios generales del sistema y por paralelismo con el supuesto de venta, habría a nuestro juicio que distinguir según la indemnización estuviera ya satisfecha o no, dándose el recobro en el último caso y no en el primero; todo ello aparte de la reversión de la acción para reclamar la indemnización misma, si ésta no estuviera siquiera reconocida.

En el Derecho español no existe, según vimos, obstáculo a la subrogación de valor; pero creemos que *la solución al problema no depende tanto de la cuestión dogmática de la subrogación real como de la ponderación del principio jurídico de evitación del enriquecimiento injustificado*. Ello nos obligaría a distinguir entre las diversas causas de la indemnización, que puede deberse a un resarcimiento de daños y perjuicios o ser constitutiva de la prestación derivada de una relación de seguro.

---

(223) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit. pág. 545.

b) *Indemnizaciones por seguro.*

A nuestro juicio, si el ascendiente donó los bienes ya asegurados, bien por haber concertado él mismo el seguro o por haber continuado (pagando las primas correspondientes) el concertado por otro titular anterior de los bienes, es evidente que en caso de pérdida y posterior premoriencia del descendiente, el ascendiente donante tiene un justificado derecho de recobro por subrogación.

No consideramos relevante, en cambio, que el donante, en comparación con el donatario, haya pagado pocas o muchas primas, estimando inadmisibile en consecuencia que la indemnización se fraccione en ningún caso en esta proporción entre la sucesión ordinaria y la especial reversional que simultáneamente abre el fallecimiento del descendiente. Y ello porque en la relación del seguro —aleatoria— el pago de la indemnización no depende del número ni del montante de las primas pagadas, sino que se determina por los elementos del valor contractualmente asegurado y del importe del que realmente suponga la pérdida. Es decir, que el donante, ya contratante, ya titular durante el tiempo de su propiedad, de la relación del seguro, transmitió al donatario un derecho, el de la indemnización, eventual por naturaleza pero plenamente perfeccionado, sin que las primas satisfechas por el donatario supusieran otra cosa que un requisito contractual e institucionalmente *conservativo* del derecho adquirido y *no constitutivo* del mismo, al que ni siquiera modifica en su entidad cuantitativa si no existe expresa modificación del contrato. En suma, que puede decirse que en el acto de la donación ya podrá ser considerado objeto de la misma, tanto como el actual del bien donado, el eventual de la indemnización por pérdida, derivada del seguro contratado.

Si el seguro, por el contrario, hubiera sido concertado por el donatario descendiente, no puede decirse que el derecho a indemnización en caso de pérdida se haya transmitido en la donación como cualidad del bien donado y, por tanto, el recobro del ascendiente sería injustificado, ya que lograda esta ventaja exclusivamente a expensas del donatario deberá transmitirse a su muerte, lógicamente, a sus sucesores ordinarios.

En los casos de ampliación de la póliza por el donatario, en fin, la indemnización se repartirá proporcionalmente, correspondiendo al ascendiente recobrante la parte causada por el contrato primitivo y a los sucesores ordinarios la correspondiente a la diferencia que sobre aquélla represente la póliza ampliada.

c) *Indemnizaciones por resarcimiento.*

Por lo que se refiere a las indemnizaciones resarcitorias (derivadas de delito o falta o de responsabilidad civil extracontractual) por pérdida de la cosa, es evidente que el derecho a la suma indemnizatoria es una cualidad potencial intrínseca a la cosa misma (una especie de valor de contingencia, de valor de segundo

grado) que no depende de la actividad o mérito de su titular y que, por tanto, existe ya en ese plano potencial al tiempo de la donación. En consecuencia, y pese a que los ya de por sí amplios términos en que la subrogación real está admitida en el artículo 812 no son, por referirse a una hipótesis de derecho singular, susceptibles de exagerada ampliación, creemos que, no oponiéndose a ello en este caso el obstáculo del enriquecimiento injustificado, el ascendiente donante debe hacer suya la suma indemnizatoria o lo que de ella quede. En Derecho español el derecho al recobro tiene el doble cauce de la subrogación de valor si la suma indemnizatoria estuviere ya pagada o el de la subrogación en la acción para reclamarla, si no estuviere aún reconocida o satisfecha. Finalmente, si la acción, sin estar caducada, no hubiera sido interpuesta todavía, creemos que el ascendiente puede elegir entre accionar con el carácter de *recobrante* o con el de *propio perjudicado*, ya que no cabe duda de que si la pérdida a resarcir perjudicaba al donatario titular de ella en el momento de producirse, no menos perjudica—impidiéndolo—el derecho del ascendiente a recobrar el bien donado.

## V

## LA TESIS DE LA NORMA: SUCESION, CON EXCLUSION DE OTRAS PERSONAS

## A) EL EFECTO SUCESORIO EN SÍ.

a) *Singularidad de la sucesión del recobrante.*

Ya hemos dejado sentado en otro lugar que la reversión de donaciones es en el Derecho actual, y como la califica el texto del artículo 812, un verdadero fenómeno de sucesión *mortis causa*.

En Derecho francés ha sido muy discutido el carácter universal o singular de esta sucesión. Como sucesión particular la entendieron DELVINCOURT (224), TOULLIER (225), DEMANTE (226), BELOST-JOLIMONT (227), BEUDANT (228) y LAURENT (229). Este último autor razona que el recobrante no es investido de pleno derecho en todas las titularidades del difunto, sino que sólo recupera lo que él mismo donó, que no tanto por su parentesco como por su condición de donante recobra, y que siendo la reversión figura de homogenea naturaleza en todas sus manifestaciones no es posible atribuir el carácter de herederos del causante a los benefi-

(224) DELVINCOURT: Ob. cit., pág. 18, nota 4.

(225) TOULLIER: Ob. cit., epíg. 235.

(226) DEMANTE: Ob. cit., epíg. 56.

(227) BELOST-JOLIMONT: *Novas cit.*, supra, art. 747, obs. 10.

(228) BEUDANT: Ob. cit., epígs. 49 y 347.

(229) LAURENT: Ob. cit., pág. 199.



ciarios de las otras reversiones establecidas en el *Code*, a saber: el adoptante y los descendientes de sangre del mismo y los hermanos legítimos del hijo natural. BELOST-JOLIMONT arguye por su parte que el retorno sucesorio tiene lugar sobre lo que fué objeto de la donación, y ésta no puede recaer sobre una universalidad.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria sustenta la opinión opuesta. AUBRY y RAU (230), DEMOLOMBE (231), HUC (232), BAUDRY-LACANTINERIE (233), PLANIOL y RIPERT (234) y DE PAGE-DEKKERS (235) entienden que se trata de una sucesión universal; que los bienes, una vez donados, pueden perfectamente constituir, *ex novo*, una *universitas* legal, aunque restringida o limitada a los efectos del recobro, pues aun constituyendo una masa aislada y particular dentro del activo de la sucesión, sus elementos aparecen unidos por su común origen y su común destino, debiendo ofrecer, considerados desde el punto de vista de su sucesión, el carácter de un *patrimonio separado* del otro patrimonio que es la herencia común. Además, a su juicio, *el carácter de herederos universales que el artículo 724 del Code atribuye en general a todos los sucesores abintestato a efectos de responsabilidad patrimonial por deudas no tiene excepción expresa en la Ley por lo que al reversionario respecta.*

En la doctrina española, MANRESA (236), VALVERDE (237), SÁNCHEZ ROMÁN (238) y BATLLE (239) siguen la opinión de quienes consideran la reversión como *sucesión singular*. A su juicio, por encima de que los bienes donados (sobre todo si son varios) puedan componer una universidad jurídica, *por el hecho de quedar ésta separada y fijada de modo precisamente identificado (los bienes donados o su valor) y no por su proporción o relación con el total caudal del causante (pars aliquota), se impide su consideración como universitas a efectos precisamente sucesorios.* Esta opinión nos parece exacta para nuestro Derecho. Conforme a ella, estimamos que la adquisición tiene lugar (arts. 881, 882 y 888) sin necesidad de aceptación expresa que se presume. En cambio, la conclusión no tiene trascendencia a efectos posesorios, pues como los bienes a recobrar integran una masa aparte de la de la herencia común no tienen los herederos ordinarios su posesión previa ni el recobrante ha de dirigirse a ellos para tomar po-

(230) AUBRY y RAU: Ob. cit., pág. 352, nota 2.

(231) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 539 y sig.

(232) HUC: Ob. cit., pág. 103.

(233) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., pág. 519.

(234) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 194.

(235) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 306.

(236) MANRESA: Ob. cit., pág. 399, aunque se contradice en la 400, párrafo 2.º

(237) VALVERDE: Ob. cit., pág. 239.

(238) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., pág. 1047.

(239) BATLLE: *Apéndice cit.*, *supra*, pág. 247.

sesión de los bienes, pudiendo tomarla por sí mismo. Una previa aprehensión de los mismos por los herederos comunes podría tener, en su caso, todos los efectos de una posesión de mala fe.

b) *Independencia de esta delación sucesoria. El recobro y la legítima propia.*

Tratando la cuestión en general expusimos nuestra opinión, en la primera parte de este estudio, en el sentido de considerar que la intrínseca naturaleza de este fenómeno era la de una sucesión contractual, aunque por la elipsis o tacitación de la cláusula, extrínsecamente aparezca producido su efecto por obra y gracia del reconocimiento legal que integra el lapso con su presunción.

A este fundamento mediato de la sucesión reversional que constituye una delación de género distinto de la que legalmente se puede simultáneamente producir (en cuanto que esta segunda *la establece* la Ley, mientras que a la anterior simplemente *la reconoce*), atribuimos el hecho—en el que los autores franceses, que creen en una sola delación legal, ven, por ende, una «anomalía»—de que la reversión de donaciones se desenvuelve junto al resto de la sucesión de modo especial e independiente, como sucesión regida por principios propios y en parte diferentes de los que actúan sobre la herencia ordinaria, lo que produce a algunos autores la impresión de una quiebra excepcional en el principio de unidad de la sucesión en general.

Esta independencia se manifiesta incluso en el caso de que el reversionario sea, además, legitimario o heredero testamentario o legal del causante donatario. En todo caso habrá una *dualidad de opciones*, correspondiente a la dualidad de delaciones, pudiendo aceptarse una y repudiarse otra, aunque prácticamente es difícil que exista interés en proceder para una y otra de forma diferente.

Efectivamente, aunque algunos autores, como BAUDRY-LACANTINERIE (240), creen que el aceptar la sucesión reversional y repudiar la ordinaria puede tener como objetivo el disminuir la proporción en el reparto de deudas, mientras el aceptar la ordinaria y repudiar la «anómala» puede servir a la finalidad de aumentar la legítima, estimamos que tales finalidades no se lograrían realmente. El de aumento de la legítima (como cuota que puede aumentar si aumenta el caudal herencial total) no supondrá nunca por fuerza tanto beneficio como la retención integral de todos los bienes comprendidos en la sucesión reversional más la detracción de la legítima, aunque ésta se calcule sólo sobre la herencia ordinaria; pero es que además, probablemente, no cupiera, hecha la renuncia de la sucesión reversional, pretender que los bienes de ella se incrementen a los de la herencia común para

(240) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL.: Ob cit., pág. 526.

el cálculo de la legítima del renunciante, porque la renuncia debe entenderse hecha a todos los efectos. Así parece suponerlo BONNECASE (241). Y en cuanto a la finalidad de disminuir la proporción del pasivo a través de una repudiación de la sucesión ordinaria, nunca supondría mayor ventaja, sino, al contrario, que la que suponga la aceptación a beneficio de inventario. La única trascendencia verdadera de la independencia de ambos *iura optionis* está en la consecuencia, apuntada por DE PAGE-DEKKERS (242) de que la aceptación expresa de la sucesión reversional, o la toma de posesión de los bienes que la integren, o la gestión de los mismos como sucesor, no implicará de ningún modo la consideración de tales actos como «acto propio de la calidad general de heredero» que prejuzgue legalmente la aceptación de la herencia ordinaria.

En todo caso, *aun aceptadas ambas delaciones, funcionan con independencia* a todos los efectos. Así, si el recobrante sucede sólo como tal (o en la parte que suceda como tal, aunque sea además heredero ordinario, voluntario o legal), *no puede ser considerado como coheredero de los sucesores ordinarios*, y al faltar la relación cohereditaria se dan, entre otras, las siguientes especialidades:

1. No hay entre él y los herederos ordinarios partición propiamente dicha ni, por consiguiente, se dan las derivadas garantías mutuas de evicción y saneamiento.
2. No hay retracto de coherederos en caso de cesión de sus derechos respectivos.
3. No hay acrecimiento al sucesor reversional por renuncia de los sucesores ordinarios, sino, en su caso—cosa diferente—, reproducción de la delación legal a su favor, si le corresponde. Lo mismo ocurre en la repudiación del ascendiente recobrante: la herencia se incrementa objetivamente y la delación ordinaria se amplía a dicho incremento.

Como bien dicen BAUDRY-LACANTINERIE (243), la independencia de la sucesión reversional es personal, es decir, de haber varios, con relación a cada recobrante, a menos que hubieran sido codonantes, no habiendo fuera de este caso comunidad entre ellos ni tampoco, por ende, partición, acrecimiento ni retracto.

La más trascendente consecuencia de la independencia de esta delación sucesoria es, con todo, la que se produce *en relación con las legítimas*. La masa de lo recobrable debe considerarse irrelevante a efectos de cálculo legitimario, incluso para lo relativo a la legítima propia de quien, además de reversionario, fuera heredero forzoso. En este sentido, con la única excepción de DURAN-

(241) BONNECASE: Ob. cit., pág. 472.

(242) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 306.

(243) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., pág. 523.

TON (244), que basa su aislada opinión en la regla general de que lo recibido a título hereditario debe imputarse a la legítima y en la presunción de la voluntad del descendiente donatario, todos los autores de la doctrina francesa y belga sostienen la improcedencia de la imputación de lo revertido a la legítima del reversionario que fuese además heredero forzoso. La misma opinión siguen en España CASTÁN (245), PÉREZ ARDÁ (246) y MANRESA (247), alegando este último comentarista que lo contrario representaría una especie de *colación de bienes donados* en vez de bienes recibidos en donación, lo que sería absurdo. «En el donante—sigue—se reúnen dos derechos, de los que uno le corresponde por su proximidad de parentesco y el otro por proceder de él ciertos bienes por donación; y si por éste sucede en las cosas que donó, por el otro sucederá en la mitad o en la parte de la mitad de los bienes que le correspondan como heredero forzoso. No hay razón para limitar uno de estos derechos por el hecho de que recaigan en una sola persona.»

Por el mismo motivo, consistiendo la masa recobrable en dinero correspondiente al precio de venta de los bienes donados, habría que hacer efectiva la reversión, con independencia de otro derecho atribuido al ascendiente en el testamento del donatario, ya a título de heredero ya de legatario.

#### B) LA «EXCLUSIÓN DE OTRAS PERSONAS»: SU ALCANCE.

El artículo 812, concurrentes los presupuestos de su hipótesis, establece que la sucesión del ascendiente recobrante es «con exclusión de otras personas».

Pero esta expresión, como es natural, no tiene un alcance absoluto e ilimitado. Estableciendo el precepto, como establece, un derecho *por vía de sucesión*, sus términos deben entenderse en el sentido de que atribuye al recobro una preferencia excluyente sobre todo otro derecho *de naturaleza también sucesoria*, pero en modo alguno sobre derechos de terceros de origen anterior y distinto del de la sucesión.

Según ello distinguiremos, en este orden, los derechos que se subordinan al de reversión, los que se le anteponen con exclusión, los que ha de soportar como mengua de su utilidad y, finalmente, aquellos otros con los que se ha de equilibrar y coordinar.

##### a) *Derechos que se le subordinan.*

1. *Legítimas.*—Colocado el artículo 812 en la sección de las legítimas, resalta claramente la intención del legislador de atribuir al derecho de recobro una eficacia preferente y aun exclu-

(244) DURANTON: Ob. cit., págs. 310 y 311.

(245) CASTÁN: Ob. cit., pág. 497.

(246) PÉREZ ARDÁ: Loc. cit., pág. 124.

(247) MANRESA: Ob. cit., pág. 414.

yente si no alcanza la fortuna del donatario al pago de la reversión y al de las legítimas de quienes no sean descendientes legítimos del donatario.

La preferencia de la reversión sobre estas legítimas la reconocen los comentaristas patrios, como SÁNCHEZ ROMÁN (248) y MANRESA (249), pero existe alguna discrepancia en cuanto a la forma de hacer efectiva esa exclusión.

Así, MANRESA considera que, no distinguiendo el artículo 818 y defiriéndose el derecho de recobro por sucesión a la muerte del descendiente, los objetos donados no son separables del caudal a efectos de cálculo de parte legitimaria y parte libre, deduciéndose las deudas del total, agregando después el valor de las donaciones colacionables y haciendo sobre el caudal resultante la distinción de mitad legitimaria y mitad libre. Con cargo a esta última se cumplirá después lo preceptuado en el artículo 812: si hay sobrante se harán efectivos en lo posible los legados o instituciones voluntarias, o se hará efectivo al ascendiente intermedio legitimario lo que le corresponde abintestato, y si no hubiere sobrante, sino exceso del valor de lo donado sobre la parte libre, se reducirá en lo necesario la legítima.

En cambio, DE BUEN (250) entiende que la masa de bienes recobrables debe considerarse separada y no ser tenida en cuenta en la determinación o cómputo de la legítima y de la parte libre en la herencia ordinaria del causante.

A nuestro modo de ver, la discusión es un tanto bizantina si tanto en un caso como en otro la reversión ha de anteponerse al pago de las legítimas y posponerse al de las deudas. Partiendo de esta base será indiferente adoptar un sistema de contabilización global o separada. Porque, además, si los bienes subsisten en especie y aunque se contabilice su valor a los efectos de pago de deudas, dada la excluyente eficacia que el recobro tiene en la Ley frente a todo otro derecho sucesorio, estos bienes serían *los últimos* del caudal del causante en ser ejecutados o adjudicados para pago. Luego, en definitiva, la cuantía de lo recobrado será irrelevante para determinar la cuota legitimaria de ascendientes y del cónyuge viudo (251).

Del propio modo y según dejamos sentado en su lugar, el importe de lo recobrado no ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la legítima de los hijos naturales del descendiente que concurren con ascendientes intermedios. Por excepción, en cambio, fundada en el preferente derecho de la posteridad legítima, que nunca ha de quedar perjudicada por el juego de la reversión, si habría de englobarse en el total caudal relicto del donatario que

(248) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., págs. 1051 y 1064.

(249) MANRESA: Ob. cit. pág. 412.

(250) DE BUEN: *Notas cits.*, supra, tomo VIII, pág. 400.

(251) *Ibidem*, PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., págs. 198, y DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 306.

dejara descendientes legítimos para calcular la legítima de los hijos naturales concurrentes con ellos como operación previa a la detracción y aun anulación que se dirigiera contra la parte libre dispuesta en favor de quienes no fueran descendientes legítimos para hacer efectivo el recobro por encima de tales beneficios.

2. *Beneficios testamentarios voluntarios.* Ya dejamos dicho en otros lugares de este estudio que el derecho de reversión excluye al de todo heredero o legatario designado en el testamento del causante (artículo 938), sosteniendo incluso que tal exclusión se daría en los casos de dejar el testador posteridad legítima, cuando no fuera ésta la favorecida con tales disposiciones puramente libres. Y ello no sólo en cuanto la disposición testamentaria se opusiera a un posible recobro específico, sino también de valor. A nuestro juicio, esta solución se desprende necesariamente de la relación entre los artículos 812 y 938 y del efecto excluyente que el derecho establecido en el primero tiene frente a derechos legales de rango legitimario (legítimas de ascendientes, cónyuge viudo e hijos naturales) y, por tanto, superior al de los simples beneficios voluntarios (argumento *a maiore ad minus*) (252).

3. *Los acrecimientos presuntos de la donación.*—Junto a los anteriores hay otros derechos, de carácter sucesorio más discutible, que pueden en algún caso entrar en aparente colisión con el derecho de recobro. Nos referimos al derecho de acrecer presuntivamente establecido en la ley entre algunos codonatarios. En Derecho español esta presunción legal se limita (art. 637, párr. 2.º) al caso de que los codonatarios sean marido y mujer, dando por hecho el acrecimiento «si el donante no hubiere dispuesto lo contrario». En este caso, de haber sido el donante un ascendiente del cónyuge premuerto y fallecer éste sin dejar sucesión del matrimonio con el codonatario superstite se plantea el problema de cuál de los dos derechos en aparente colisión excluirá al otro: si el de reversión del ascendiente donante (art. 812) o el de acrecimiento del sobreviviente cónyuge codonatario (art. 637, 2.º).

Si se conceptúa el acrecimiento como derecho sucesorio entre cónyuges parece quedar incluido en la genérica e indistinta expresión «con exclusión de otras personas» con que el artículo 812 califica, frente a todo otro derecho sucesorio concurrente, el derecho de retorno del ascendiente donador. Pero también puede sostenerse que por ser el artículo 637 una disposición que se refiere a la donación, es decir, a los efectos del negocio de donación, entiende el acrecimiento a que el párrafo 2.º se refiere *no como un efecto sucesorio entre cónyuges, sino como un efecto que arranca de la do-*

(252) Sistema totalmente distinto es—como se indicó— el del Derecho francés, donde el artículo 747 es sólo aplicable al abintestato total o parcial, y el legado de cosa recobrabable extingue el recobro. Incluso algunos, como BAUDRY-LACANTINERIE (ob. cit., pág. 520), pretenden que el reversionario debe considerarse obligado al pago de legados de género, de cantidad y de parte alcuota.

nación, y que, por ende, la adquisición de la porción acrecida al cónyuge superviviente codonatario *deriva directamente del donante, como lo prueba el hecho mismo de que sea el donante quien pueda desplazar esta presunción con la salvedad en contrario, como señala el último apartado de este artículo.*

Nuestra opinión es que *si el donante no es ascendiente del cónyuge premuerto o, aun siéndolo, quedan hijos del mismo que sean de otro matrimonio*, el derecho de acrecimiento se produce a su muerte en favor del sobreviviente en vez de incluirse la parte del premuerto en el caudal general de su herencia. Esta debe ser la finalidad del precepto: suponer, salvo cláusula en contrario, que el donante, que contempla al matrimonio de donatarios como un todo, establece tácitamente la sucesión contractual del consorte sobreviviente en la parte de la donación correspondiente al premuerto por encima del posible derecho sucesorio ordinario de descendientes u otros herederos del mismo, o, si se quiere, y con el mismo fin, atribuye ya inicialmente el incremento al que sobreviva como derecho eventual.

Pero *si el donante si fuere ascendiente del fallecido y no queda posteridad del codonatario premuerto*, de manera que el derecho que haya de perjudicarse sea el recobro del propio donante, a consecuencia del presunto acrecimiento al cónyuge superviviente, *entendemos que en la colisión prevalecerá, respecto a la mitad de lo donado, el derecho de reversión del artículo 812.* En apoyo de esta conclusión está el texto del artículo 1.289, porque siendo dudosa la solución y tratándose como se trata de un contrato a título gratuito hay que solucionar la duda, como dicho precepto ordena, *en favor de la menor transmisión de derechos e intereses.*

b) *Derechos que se le anteponen: los créditos contra el causante.*

Dado el carácter reconocidamente sucesorio que tiene el derecho de reversión, no puede pretenderse el retorno de los bienes a los donantes en concepto de libres de toda afección por las deudas del descendiente donatario.

La concepción de la reversión como sucesión legal a título universal que ha predominado en la doctrina y aun, al parecer, en la jurisprudencia francesa, impone, en el Derecho del país vecino, la solución de considerar los bienes recobrables como una parte del total caudal sucesorio a estos efectos, determinando la proporción que representan en el mismo y asignando al reversionario una cuota igual de *responsabilidad* por deudas. Así lo afirman PLANIOL y RIPERT (253), BAUDRY-LACANTINERIE (254), DEMOLOMBE (255), COLIN y CAPITANT (256) y DE PAGE-DEKKERS (257), en-

(253) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 196.

(254) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: Ob. cit., págs. 520 y 521.

(255) DEMOLOMBE: Ob. cit., págs. 626 y 629.

(256) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 102.

(257) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 331.

tre otros. DURANTON (258) puntualiza que los herederos ordinarios demandados por los acreedores tienen derecho a hacer citar o llamar en garantía al ascendiente recobrante para que se fije la proporción que los bienes recobrados representen en el caudal, desgravándose ellos en la misma proporción. Todos ellos convienen en que la responsabilidad del recobrante será *ultra vires hereditatis* mientras no acepte a beneficio de inventario.

En el Derecho español, donde no cabe calificar la reversión de sucesión a título universal o de herencia, siendo su carácter *singular* o *particular*, no cabe hablar de *responsabilidad* propiamente dicha, sino de *mera afección* pasiva de los bienes o valor a recobrar al pago preferente de las deudas. Y ello sin necesidad de aceptar a beneficio de inventario. Por ello rechazamos, contra MANRESA (259) y SÁNCHEZ ROMÁN (260), que quepa hablar siquiera de «proporción en la responsabilidad por deudas». Con contradicción e ilógica evidentes, el primero de los citados comentaristas, después de haber admitido que el pago de la reversión puede eliminar completamente la legítima, afirma en esta ocasión que «sería injusto descargar la responsabilidad de las deudas sólo sobre la legítima». De modo que admite que las legítimas se queden a *cero* y el recobro se haga efectivo en un *cien por cien* cuando no hay deudas, y, en cambio, por el hecho, totalmente ajeno a la esfera de la relación de las legítimas frente al recobro, de existir deudas, considera que después de aplicada al pago de éstas la parte libre habría que establecer un reparto proporcional pasivo a cuyas resultas podrían quedar legítimas y reversión a un cincuenta por ciento cada una de lo que hubieran sido. Tal conclusión nos parece absurda.

A nuestro juicio, para mantener la lógica del sistema, si las deudas son preferentes al recobro y éste lo es a las legítimas, no existe otra solución que aplicar por entero al pago de aquéllas, después de la parte libre, la porción legitimaria, y *sólo después de agotada ésta sufrirá la afección de las deudas la masa de los bienes o valores sujetos al recobro*. Así parece entenderlo también VALVERDE (261) al subordinar la sujeción de los bienes recobrables a las deudas al hecho de que no existan otros bienes en la herencia. Por supuesto, esta afección alcanza exclusivamente a los bienes mismos o absorbe simplemente su valor. Nada más, ya que como destaca acertadamente BATLLE (262), el mismo artículo 812 condiciona el derecho de recobro a que existan las cosas *o su valor*; y si por agotarse el valor no llega a nacer el derecho no puede hablarse de obligación ni responsabilidad correlativas.

---

(258) DURANTON: Ob. cit., pág. 306.

(259) MANRESA: Ob. cit., pág. 415.

(260) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., pág. 1064.

(261) VALVERDE: Ob. cit., pág. 241.

(262) BATLLE: Loc. cit., pág. 247.



c) *Derechos que há de soportar.*

1. *Cargas y gravámenes de los bienes recobrados.*—El principio de equivalencia de lo recobrado a lo donado impone que el reversionario deberá, al recobrar, satisfacer las mismas cargas que impuso al donatario o deducir el valor de las que estableció en su propio beneficio (263).

Por lo que respecta a los gravámenes que sobre los bienes donados hubiera constituido el donatario, hay que dar una solución en relación y armonía con las propuestas para los actos de disposición.

Así, cuando el gravamen consista en la constitución de un derecho real de goce o uso del bien donado (servidumbre, usufructo, censo, etc.) habrá que distinguir según que la constitución se haya realizado a título oneroso o gratuito. Si se constituyó a título oneroso, los bienes se recobrarán afectados por el derecho que los grave y, además, siempre que haya en la herencia de dónde sacarlo, el precio con que se hubiera contraprestado el derecho concedido. Si se constituyó a título gratuito o como compensación de una prestación no real ni dineraria, el ascendiente recobrará los bienes gravados y el valor del derecho limitativo constituido en el momento de la reversión, el cual podrá fijarse judicialmente, salvo que convenga con los herederos ordinarios en la reversión del valor íntegro de los bienes en dicho momento, dejándolos gravados en la herencia. El valor del derecho real limitativo podrá reclamarse incluso del concesionario por vía de reducción o supresión fundada en inoficiosidad, del propio modo que vimos al tratar de las donaciones hechas por el donatario en propiedad. Todo ello se entiende, por supuesto, sin perjuicio del recobro de las acciones correspondientes sobre el canon censual, la indemnización por servidumbre, etc., aparte de las pertinentes a la consolidación del dominio o extinción del derecho real, en su caso.

Si el gravamen fuere de garantía de una obligación del descendiente (prenda o hipoteca), la solución viene impuesta como corolario del régimen de afección de la masa recobtable por las deudas del descendiente donatario. Según hemos visto, el reversionario queda afectado por las deudas del causante, pero sólo cuando ya se ha agotado el caudal hereditario ordinario. De modo que, por el carácter preferente, excluyente o privilegiado de su derecho, el ascendiente recobrante podrá exigir que las deudas garantidas con la prenda o la hipoteca del bien recobtable se paguen con la masa hereditaria ordinaria, y sólo en su defecto se ejecute la prenda o la hipoteca. Claro que su derecho en nada afecta al acreedor pignoraticio o hipotecario, que podrá promover la ejecución sin atenderse a lo anterior; pero si el recobrante, para liberar el bien revertido, paga la obligación, podrá repetir contra la herencia por

(263) En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINIERE (ob. cit., pág. 556) y DE PAGE-DEKKERS (ob. cit., pág. 320).

la totalidad de la deuda hasta agotar el caudal hereditario e incluso, por vía de subrogación personal del artículo 1.210, contra los bienes propios de los herederos que no hayan aceptado a beneficio de inventario. Incluso para mejor garantía podría, a nuestro juicio, solicitar el embargo del derecho hereditario de los sucesores ordinarios o de los bienes adjudicados a éstos y anotarlo preventivamente en el Registro de la Propiedad a través de los artículos 42 ó 46 de la Ley Hipotecaria.

2. *Contratos.*—De acuerdo con los mismos principios que se han venido exponiendo y puesto que la reversión tiene carácter sucesorio y no puramente convencional, el reversionario vendrá obligado a respetar los contratos concertados por el causante donatario y que afecten a las cosas a recobrar, subrogándose en su posición contractual respectiva. Aunque la principal manifestación de este afecto es la del contrato de arrendamiento, el principio es de general aplicación a cualquier otro contrato que afecte a los bienes revertibles, tales como los de promesa y opción de venta, aparcería y sociedad.

d) *Derechos con los que ha de coordinarse: otras reversiones:*

La reversión es un derecho excluyente de todo otro sucesorio en cuanto no tropiece con otros de idéntica naturaleza, es decir, con otro derecho de reversión.

No nos referimos aquí solamente al caso, estudiado al tratar del recobro de bienes adquiridos, de que *la misma cosa*, median- do una o varias ventas, *haya sido donada por dos veces y dos dis- tintos ascendientes a un mismo descendiente*. Ya concluimos que el recobro en especie correspondería al último donante, y al primer- o la reversión en el precio en que fué vendida la cosa por el donatario. Añadamos ahora que, de no existir el mismo bien ni otro que le hubiera sustituido por cambio en la sucesión, revertirá su valor primeramente al segundo donador (entendiendo por valor el que tuviera al tiempo de hacerse la última enajenación por el donatario) y después, y sólo en cuanto haya en el caudal sucesorio de donde sacarlo, el primer valor de enajenación revertirá también al primer donante.

También incumbe aquí tratar del supuesto en que *distintos bienes* hayan sido donados *al mismo donatario por diferentes ascendientes*. Y de acuerdo con los principios admitidos habrá que concluir que, si los bienes subsisten en especie, serán recobrados por el ascendiente que respectivamente los diera, como asimismo los bienes que conocidamente los hubiera sustituido en casos de permuta o cambio o las acciones que respecto a los bienes enajenados tuviera el donatario, sin tener en cuenta que haya o no haya en el caudal general hereditario valor con que satisfacer el de los bienes donados por el otro ascendiente y que no subsistan *in natura* ni por estricta subrogación real. En cambio, si los bienes donados

por uno y por otro, en todo o en parte, hubieran sido enajenados por precio o donación e independientemente de los derechos que ya indicamos les corresponderían a propósito de los actos gratuitos del donatario, entendemos que, *habiendo de efectuarse el recobro en valor y ante la posibilidad de que no exista en la herencia suficiente líquido o bienes convertibles en él, deberá establecerse una proporción para los distintos recobros, que será la misma existente entre los diversos precios de venta de los bienes respectivamente donados o los diversos valores representados por los mismos al ser donados de nuevo por el descendiente donatario.*

C) LAS CONDICIONES OBJETIVAS DEL RECOBRO EN BIENES: FRUTOS; ACCESIONES; GASTOS Y MEJORAS; DETERIOROS.

Para los casos en que proceda la reversión directa de los bienes donados o el recobro por subrogación estricta sobre los que los hubiesen sustituido, importa determinar la extensión objetiva del retorno en materia de frutos, accesiones, mejoras y deterioros.

En materia de *frutos* entendemos que, por aplicación de los principios generales, el ascendiente sucesor reversional hará suyos los frutos de los bienes recobrados *desde el momento de la apertura de la sucesión*. Algún autor, como DURANTON (264) cree que el recobrante debería indemnizar a la masa de la herencia ordinaria el valor de los frutos pendientes y el importe de los gastos de laboreo y siembra correspondientes tanto a esos frutos como a los por venir. DEMANTE (265) limita por su parte el alcance de esta opinión al caso de que el ascendiente deje herederos forzosos excluidos por el reversionario. Y DEMOLOMBE (266) la restringe aún más; limitando la procedencia de tal indemnización sólo al caso de que el recobro del donador deje reducida la parte a recibir por los herederos forzosos a menos de lo que hubiere sido en una sucesión testamentaria, atendiendo a lo que en el total caudal del causante hubiera representado la parte de legítima.

A nuestro juicio, sin embargo, no existe base para ver un enriquecimiento injustificado del recobrante en esta materia: en cuanto a frutos, porque son resultado de la cualidad de los bienes de ser productivos, cualidad que ya ostenta en la donación; y en cuanto a los gastos de siembra y laboreo, porque hay que suponerlos compensados con los realizados por el donante antes de la donación. Claro es que se trata de una presunción *juris tantum*, y contra ella podrá prosperar, fundada en el enriquecimiento injustificado en que se traduciría la falta de reciprocidad de efectos, la pretensión de los herederos ordinarios reclamando indemnización por estos conceptos cuando prueben que al tiempo

(264) DURANTON: Ob. cit., pág. 322

(265) DEMANTE: Ob. cit., tomo III, epíg. 57 bis.

(266) DEMOLOMBE: Ob. cit., pág. 641.

de la donación eran los bienes improductivos, o se hizo el donante compensar los gastos de siembra y laboreo, o retuvo o se hizo igualmente compensar los frutos pendientes o primeramente sobrenidos.

Por lo que se refiere a *aciones naturales* de la cosa entendemos, contra MANRESA (267), que si bien es verdad que la cualidad de extenderse a cuanto acceda es intrínseca al mismo bien donado, también lo es que esta ventaja emana del derecho de propiedad sobre la cosa, por lo que sus resultados sólo deben beneficiar a quien, en la ocasión concreta de producirse la *acción*, sea propietario del bien principal. Quedando la cosa al retornar al donante con la misma potencialidad aprehensiva que tuviera para eventuales *aciones posteriores*, ningún derecho debe corresponder al recobrante para reclamar las *aciones naturales* continuas producidas durante el tiempo en que el donatario fué dueño de los bienes. Tales *aciones*, pues, deberán cobrar carácter principal y autónomo al tiempo de la sucesión, pasando su valor al haber de los herederos ordinarios cuando su sustancia no sea separable de la del bien a que accedieron, caso en que el recobrante haría suyas las *aciones* contra el pago de su indemnización.

En cuanto a *mejoras útiles y deterioros*, hay autores, como PLANIOL y RIPERT (268) que adoptan el criterio radical de atribuir aquéllas e imputar éstos al recobrante, globalmente y sin distinción, considerando que si realmente no es justificable que el recobrante reclame contra los herederos ordinarios del descendiente donatario por razón de deterioros (269), correlativamente y como corolario se impone la atribución al mismo de todas las mejoras, por el principio de que quien está a los *pericula* es natural que esté a los *commoda*. La misma opinión exponen FUZIER-HERMAN y DEMOGUE (270), DEMANDE (271) y DEMOLOMBE (272) y, entre los españoles, MANRESA (273) y MUCIUS SCAEVOLA (274).

Contrariamente opina la gran mayoría de la doctrina francesa y belga, de la que destacaremos a TAULIER (275), HUC (276), AUBRY y RAU (277), BAUDRY-LACANTINERIE (278). COLÍN y CAPI-

(267) MANRESA: Ob. cit., pág. 415.

(268) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 208.

(269) DE PAGE-DEKKERS (ob. cit., pág. 308) destacan que ésta es una de las consecuencias de considerar la reversión como sucesión y no como cláusula contractual tácita pura, en cuyo caso el recobrante hubiera tenido derecho a indemnización por deterioros.

(270) FUZIER-HERMAN y DEMOGUE: Ob. cit., art. 747, núm. 76.

(271) DEMANTE: Ob. cit., III, epíg. 57 bis.

(272) DEMOLOMBE: Ob. cit., págs. 632 y ss.

(273) MANRESA: Ob. cit., pág. 416.

(274) MUCIUS SCAEVOLA: Ob. cit., pág. 390.

(275) TAULIER: Ob. cit., pág. 159.

(276) HUC: Ob. cit., epíg. 86.

(277) AUBRY y RAU: Ob. cit., pág. 720, nota 10.

(278) BAUDRY-LACANTINERIE y WALH: Ob. cit., pág. 513.

TANT (279), DURANTON (280), LAURENT (281) y DE PAGE-DEKKERS (282) y a la que nos sumamos, entendiendo que el criterio antes expuesto, justo y equitativo en cuanto se trate de mejoras y deterioros naturales, no lo es cuando existan mejoras industriales de consideración, como plantaciones y construcciones, cuyo mérito es debido al donatario que las hizo. Para este caso nos parece lo justo que, si el bien se puede recobrar separando las mejoras, se atribuya a los herederos ordinarios del causante el *ius tollendi*, a menos que prefiera el recobrante indemnizarlas y hacerlas suyas de acuerdo con dichos herederos; y si no son separables, que se indemnicen por su valor, fijado por acuerdo mutuo o judicialmente en su defecto, en la medida del plusvalor procurado por estas mejoras al bien donado que se recupera. Otra cosa sería extender el recobro a más de lo que fué donado, sin que sirva de objeción la pretendida compensación con la atribución al recobrante de los deterioros, pues no siendo el suyo un derecho definitivo sobre los bienes, sino sólo *eventual*, subordinado a una contingencia incierta, es lógico que haya de reducirse a los bienes escuetamente y en el estado en que se encuentren al sobrevenir (*conditio iuris existit*) las circunstancias que lo hacen definitivo y ejercitable.

Por el mismo motivo, entendemos que los gastos necesarios de conservación hechos por el descendiente deberán reembolsarse a sus sucesores ordinarios. En materia de mejoras voluptuarias, en cambio, encontramos justo el criterio propuesto por MUCIUS SCAEVOLA (283) y SÁNCHEZ ROMÁN (284), que estiman que su construcción comporta el *ius tollendi* a favor de los herederos ordinarios, pero que si no fueren separables, las hará suyas el sucesor reversionario sin obligación de indemnizar.

Lo anteriormente expuesto en materia de frutos, así como de cargas establecidas por el donante, afecta sin distinción a los bienes mismos donados sobre los que directa y específicamente tuviera lugar la reversión como a los subrogados en el lugar de aquéllos en los casos de sustitución real estricta. En cuanto a accesiones, gastos y mejoras, en cambio, sólo se entienden aplicables a los bienes subrogados los criterios expuestos en tanto en cuanto la accesión, el gasto o la mejora hayan tenido lugar a partir del momento en que el bien nuevo haya entrado en el patrimonio del descendiente en concepto de propio y en sustitución del bien donado (\*).

(279) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 111.

(280) DURANTON: Ob. cit., pág. 322.

(281) LAURENT: Ob. cit., págs. 245-246.

(282) DE PAGE-DEKKERS: Ob. cit., pág. 326.

(283) MUCIUS SCAEVOLA: Ob. cit., pág. 390.

(284) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., pág. 1058.

(\*) *Advertencia final*.—El autor ruega a quien leyere dispensa sobre una anomalía que habrá podido advertir en la bibliografía. Mientras las citas de la mayoría de las obras se hacen a la página, en otras se hacen

al epígrafe, sección, número o artículo. Incluso la misma obra aparece citada unas veces de una forma y otras de otra. La causa es la siguiente: este trabajo ha sido compuesto utilizando el material bibliográfico existente en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Valencia. El autor tomó las primeras fichas y notas siguiendo el sistema, tan utilizado en los índices de las obras francesas antiguas y en las citas de los autores franceses entre sí, de las referencias a número o epígrafe. Más adelantado el trabajo cambió radicalmente de criterio y, terminado aquél, comenzó a rectificar en este sentido las citas. Esta labor quedó interrumpida con la inundación de la Biblioteca en el desbordamiento del río Turia del 14 de octubre pasado, que tanto dañó la misma y que suspendió indefinidamente sus servicios normales. Ante esta circunstancia, ignorando el autor cuándo podría terminar esta labor de rectificación, ha preferido dejar parcialmente subsistente la anomalía advertida con algo más de incomodidad para la comprobación de las citas, rogando disculpa por ello al lector para este «damnificado» trabajo.

# Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones

Como introducción para un estudio de la ley como fuente de derechos de crédito

JOSE FERRANDIS VILELLA

Doctor en Derecho. Profesor A. de Derecho Civil en la Universidad de Madrid

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Las clasificaciones romanas. — III. Las Codificaciones. Críticas a las clasificaciones legales y nuevas clasificaciones propuestas por la doctrina. La tendencia simplificadora. — IV. Las simples enumeraciones de fuentes. — V. La clasificación de las fuentes de las obligaciones en los Códigos latinos: A) Código de Napoleón. — VI. B) Código civil español. La enumeración del artículo 1.089 y la clasificación del Código. — VII. Las verdaderas fuentes. — VIII. Resumen final.

I. No deja de resultar un tanto sorprendente el hecho de que para la doctrina haya merecido tan poca atención el tema de las obligaciones legales o, dicho en otros términos—quizá más exactos—, el de la ley como fuente de derechos de crédito. El hecho resulta incluso paradójico si se tiene en cuenta que los autores han tratado a fondo, y a veces con acentos polémicos, la cuestión relativa a la clasificación de las fuentes de las obligaciones, y que tanto en las clasificaciones propuestas por la mayoría de ellos como en las que brindan muchos de los códigos vigentes, se alude expresamente a la ley entre las fuentes o causas originadoras de la obligación. Pero lo cierto es que casi nunca se pasa de esa simple alusión o mención expresa, sin que ni los códigos ni los autores se decidan a desarrollarla, descendiendo a una regulación más detallada o a un estudio más detenido de tan importante tema.

Tema que en cualquier época hubiera ofrecido indudable interés, pero que en la nuestra, y por motivos en los que no hace falta insistir, ha visto considerablemente acrecida su importancia. El principio de la autonomía de la voluntad, más o menos abiertamente proclamado o reconocido en la época de las codificaciones, pero que tuvo entonces categoría de «dogma» y que informó decisivamente las normas relativas a la contratación, ha sido sometido después a una profunda revisión. Paso a paso, primero con timidez y después cada vez con mayor audacia, el legislador ha ido po-

miendo cortapisas y limitaciones a aquel principio. El dogma de la autonomía de la voluntad ha sido abandonado y la libertad de contratación ha venido a quedar considerablemente reducida. A ello se ha llegado a través de medidas de muy diversa índole; pero no es la menos importante de ellas la aparición de una serie de obligaciones—y de correlativos derechos—que tienen su origen directo e inmediato en la ley. Lo cual no significa, en modo alguno, la aparición de una nueva fuente de obligaciones, puesto que ya estaba prevista en los códigos (o en algunos de ellos) esa función de la ley como fuente, origen o causa de derechos de crédito. Significa solamente, y esa es la razón de que aludamos a tal fenómeno, la creciente importancia que ha ido cobrando dicha fuente, revelando una energía en potencia en la que, sin duda, no se pensó cuando al redactar el Código civil se incluyó a la ley entre las fuentes de las obligaciones. Su auge, en este aspecto, resulta tanto más visible por la circunstancia de corresponder a un paralelo descenso del valor del contrato, considerado en aquella época como la fuente primordial de las obligaciones.

Pero, y permítasenos insistir en ello, la novedad no consiste en la agregación de un nuevo miembro a la clasificación de las fuentes, sino en la importancia adquirida por uno de los miembros que ya figuraban en ella. No se trata, pues, de modificar un esquema, sino de entenderlo y explicarlo en función de realidades actuales que tienen cabida en él, a pesar de que cuando se concibió tal esquema no eran ni siquiera hipótesis esas realidades de hoy. De ahí que tengamos que partir de una revisión de toda la teoría de las fuentes de las obligaciones o, mejor dicho, de su clasificación. Revisión que, por sí sola, ofrece materia suficiente para un estudio detenido.

Incluso parece conveniente hacer esa revisión separadamente, con independencia de un estudio sobre cada una de las fuentes en particular o sobre una determinada de ellas. Esta es, pues, la tarea que intentaremos llevar a cabo en este trabajo. Con todo, del subtítulo que figura en su encabezamiento y de estas mismas advertencias preliminares ya se deduce que al hacer dicha revisión hemos de cargar el acento en uno de los elementos de la clasificación. Sirva esta aclaración para justificar la brevedad con que aludiremos a algunos problemas o cuestiones que, con ser importantes, quedan un poco al margen de nuestro camino.

II. El obligado punto de partida lo constituye la clasificación de las fuentes de las obligaciones que nos ha legado el Derecho romano. O, mejor dicho, las varias clasificaciones que en aquel Derecho se hicieron de dichas fuentes, ya que, como es sabido, de la primera división bipartita se pasó a una enumeración tripartita y de ésta a la cuatrimembre del Derecho justinianeo (1).

(1) Para la explicación de esta progresión histórica que ofrece la clasificación de las fuentes de las obligaciones en el Derecho romano, véase



Para el Derecho del período clásico, Gayo nos ofrece una clasificación que contiene solamente dos miembros: contrato y delito. Toda obligación nace o de un contrato o de un delito (Gayo, Inst. III-88: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*). La simplicidad de esta clasificación se explica si se tiene en cuenta que, como advierte el mismo Gayo, se trata de una *summa divisio*, es decir, de una suprema o principal división o, como diríamos nosotros, de una división «a grandes rasgos». Pero, además, no hay que perder de vista que en aquella época el término *contractus* tiene un significado que no corresponde exactamente a nuestra concepción del contrato y que ni siquiera coincide con el significado que el *contractus* habría de llegar a tener en el mismo Derecho romano postclásico y justiniano. Algo semejante ocurre con el término *delictum*. Por tanto, sería inexacto afirmar que el Derecho romano clásico conoce como únicas fuentes de la obligación el contrato y el delito, entendiendo estos conceptos de acuerdo con nuestra mentalidad actual. Hay que apreciarlos, por lo que se refiere al contrato, teniendo en cuenta que en aquella época no se considera que el *acuerdo de las partes* sea esencial en el contrato; lo fundamental es que dicho contrato produzca una obligación. Cuando Gayo menciona el contrato como fuente de las obligaciones hay que pensar que dentro del *contractus* quedan incluidas las obligaciones nacidas de la tutela e incluso la *negotiorum gestio* (v. Digesto, 3, 5, 15). Y por lo que se refiere al delito, debe tenerse en cuenta que también es propio de aquella época el considerar como tal el acto ilícito productor de obligaciones, tanto si existe intención dolosa como si no; así, por ejemplo, el *damnum iniuria datum* se produce no sólo por dolo, sino también por culpa.

Como, por otra parte, el Derecho clásico no conoce un concepto de *contractus* ni de *delictum* como categorías abstractas y genéricas, sino que solamente se regulan tipos concretos y aislados, taxativamente determinados, de contratos y de delitos, se comprenderá nuestra afirmación de que la división bipartita formulada por Gayo, reduciendo las fuentes de las obligaciones al contrato y el delito, no puede ser valorada conforme a nuestra mentalidad actual ni pueden servirnos nuestros criterios para determinar qué fuentes son las que quedan dentro o fuera de esa primera clasificación.

Para el Derecho postclásico y justiniano esta primera divi-

---

especialmente el interesante trabajo de Ursicino ALVAREZ SUÁREZ: *Breves notas sobre las fuentes de las obligaciones en Derecho romano y en Derecho moderno* (separata de la «Revista de la Universidad de Madrid», tomo II, fasc. III, 1942). V. también LONGO: *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950 págs. 148-149. Para un estudio más detenido de la cuestión, v. ALBERTARIO: *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1.097 del Codice civile*, en «Riv. Dir. Comm.», XXI (1923), 1.ª parte, págs. 493 sigs.

sión bipartita ya no podía resultar adecuada. Iniciada la evolución de los conceptos contrato y delito, a los mismos juristas clásicos había de resultarles evidente que la división de las obligaciones en contractuales y delictuales no agotaba todos los tipos de ellas; precisamente por circunscribirse el concepto de contrato a los tipos contractuales del Derecho civil, quedaba una serie de «figuras de causas» de obligación que no podían tener cabida en la clase de los contratos ni en la de los delitos (2). Con todo, hasta la época postclásica no se añaden nuevos miembros a la primera clasificación. Un texto del Digesto (44, 7, 1, pr.), tomado de las *res cottidianae*, atribuidas a Gayo, añade a las obligaciones nacidas de contrato y de delito un tercer grupo de obligaciones nacidas de «otras varias figuras de causas» («... aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris»).

La nueva clasificación—triptita—no representa simplemente la agregación de una tercera fuente que coexistiera con las dos primeramente mencionadas. Cuando ahora se habla de contrato y delito, estos términos tienen ya un significado distinto del que tuvieron al formularse la clasificación bipartita. Elemento esencial del contrato es desde la época postclásica la *conventio*, el acuerdo de voluntades. Igualmente es esencial para el concepto de delito la existencia del dolo. Por tanto, las *variae causarum figurae* no aluden a un grupo de nuevas causas, desconocidas anteriormente, sino a varias causas que en el Derecho clásico habían podido tener cabida dentro de alguno de los dos miembros de la clasificación de las fuentes—contrato y delito—, pero que, dado el perfil que habían adquirido posteriormente estos conceptos, ya no podían ser incluídas ni en uno ni en otro.

El Derecho justiniano completaría, desarrollando este tercer grupo (las *variae causarum figurae*), la clasificación de las fuentes. En Digesto 44, 7, 5 (tomado de las supuestas *res cottidianae*, de Gayo), se encuentran ya los conceptos del cuasicontrato y cuasidelito, pero con toda probabilidad se trata de un texto interpolado (3). Es en las Instituciones de Justiniano (3, 13, 2) donde aparecen ya definidas estas fuentes como categoría especial («... aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio»). Conocida es la alteración terminológica que los intérpretes hicieron al trasponer la partícula *ex* en la enunciación de esas dos nuevas categorías, con lo que la clasificación cuatripartita quedó definitivamente formulada a base de la enume-

(2) JÖRS-KUNKEL: *Derecho Privado romano*, trad. esp. Barcelona, 1937, páginas 275-276.

(3) Sobre la autenticidad de las *res cottidianae* y sobre los antecedentes de las nuevas categorías en la época clásica, v. las hipótesis de PERROZZI y RICCOBONO, *cits.* en JÖRS-KUNKEL, *ob. cit.*, pág. 275, nota 2. V. también la bibliografía que cita en nota 1.

ración de esas cuatro fuentes: contrato, cuasi contrato, delito y cuasi delito (4).

III. Sin más variación que la agregación de la ley como quinta fuente (5), la clasificación justiniana se mantiene durante siglos hasta que se incorpora a las Codificaciones (debido, principalmente, a la autoridad de Pothier). Ley, contrato, cuasi contrato, delito y cuasi delito serán las fuentes de obligaciones que reconocerán sucesivamente los Códigos francés, italiano (del año 1865) y español (aunque el nuestro sin respetar exactamente esta terminología por lo que se refiere a las dos últimas). Con todo, si bien el Código francés menciona estas cinco fuentes, no puede tachársele de haberse limitado a reproducir la clasificación justiniana; anticipando una idea que habremos de desarrollar después, diremos que el Código napoleónico *menciona* aquellas cuatro fuentes justinianas con la añadidura de la ley, pero acudiendo a otros elementos para hacer la *clasificación*. *Las fuentes son las mismas, pero la clasificación es distinta*. Lo cual, pese a resultar evidente sin más que una simple lectura del artículo 1.370 del Código civil francés, no ha sido suficientemente destacado ni siquiera por la propia doctrina francesa que, casi en bloque, se ha sumado al coro de críticas dirigidas contra la resucitada clasificación justiniana y principalmente contra el Código de Napoleón, por haber sido el realizador del trasplante.

Estas críticas han dado lugar a que los autores propongan otras clasificaciones. Examinaremos a continuación las más conocidas, pero advirtiendo de antemano que no todas ellas son verdaderas *clasificaciones*, pues algunas no pasan de ser meras *enumeraciones*,

(4) Probablemente, JUSTINIANO no pretendió formular una verdadera clasificación cuatripartita de las fuentes de las obligaciones distinguiendo contrato, cuasi contrato, delito y cuasi delito. No pretendió crear una noción de cuasi contrato ni una noción de cuasi delito. Se limitó a afirmar que, a veces, en ausencia de delito y de contrato puede existir una obligación entre dos personas *como si* hubieran celebrado un contrato o *como si* una de ellas hubiera cometido un delito. Pero, en verdad, la fórmula se prestaba a confusión y confundió a los intérpretes. MAZRAUD (H.): *Essai de classification des obligations...*, etc., en «Rev. trim. de Droit Civil», XXV, 1936, págs. 1 y sigs. (esp., pág. 10).

(5) Es probable que ya en el Derecho justiniano se hubiera superado la cuatripartición, llegando a considerarse a la ley como fuente de obligaciones. Sin proclamarlo abiertamente, la admisión de una *condictio ex lege* de carácter general llevaba virtualmente a admitir la posibilidad de obligaciones *ex lege*, nacidas con independencia de la voluntad de las partes (v. BESTA: *Le obbligazioni nella storia del Diritto italiano*, Padova, 1937, pág. 19).

De todos modos, todavía se tardó en incluir a la ley en el cuadro de las fuentes. Los iusnaturalistas dieron el paso decisivo, y GROCIO situó a la ley junto al contrato y al delito al hacer la enumeración de las fuentes de las obligaciones. POTHIER ya formula la clasificación quintuple, que daría lugar al art. 1.370 del Código francés (v. *Oeuvres de POTHIER annotées par M. BUGNET*, 2.<sup>a</sup> ed. Paris, 1861; tomo 2.<sup>o</sup> *Traité des Obligations*, número 123, págs. 59-60).

desprovistas de un principio que pueda considerarse como criterio clasificador.

En Francia, Planiol censura la clasificación legal (entiéndase, la justiniana con la añadidura de la ley como quinto miembro) que, a su juicio, carece de valor científico, no corresponde a la realidad y es, a la vez, insuficiente y complicada. Si ha sido aceptada—afirma—ello obedece exclusivamente a su comodidad. En realidad, todas las obligaciones derivan de dos fuentes: el *contrato* o la *ley*. En ausencia de contrato, el nacimiento de la obligación no puede tener otra causa que la ley. Sólo que, como la voluntad del legislador no podría ser arbitraria, la ley únicamente crea la obligación cuando concurre en la persona del acreedor una circunstancia que impone la necesidad de tal creación y esta circunstancia no es otra que una lesión injusta para él, que se trata de evitar si todavía no se ha producido o de reparar si ya se ha realizado (6).

En la doctrina italiana se ha defendido insistentemente esta clasificación simplificadora (7). Para Ruggiero el derecho de crédito sólo puede derivar o voluntariamente de un *negocio jurídico* o necesariamente de la *ley*. Voluntad y ley quedan, pues, como únicos elementos de la clasificación de las causas o fuentes de las obligaciones desde un punto de vista rigurosamente científico. Estas causas se agrupan en dos grandes categorías: a), hechos con-

(6) PLANIOL: *Classification des sources des obligations*, en «Revue critique de legisl. et. jurispr.», XXXIII, 1904, págs. 224 y sigs.; también en el *Traité élémentaire*, II, núm. 807. Es curioso que los refundidores de este *Traité*, RIPERT y BOULANGER, hayan criticado, a su vez, la clasificación simplista propuesta por PLANIOL, por considerar que este nuevo análisis de las fuentes es también insuficiente, y también, en algún aspecto, poco exacto. Observan dichos autores que si el contrato tiene valor es porque la ley se lo reconoce, que la comparación y oposición entre el contrato y la ley es un abuso de la teoría de la autonomía de la voluntad; que, por otra parte, reducir el fundamento de todas las obligaciones legales a la prevención o a la reparación de un perjuicio equivale a conformarse con una idea general y un tanto vaga de equidad. Y concluyen afirmando que, puesto que el progreso del Derecho ha dado lugar a que se distingan las fuentes de las obligaciones, vendría a destruirse el resultado de ese progreso si se suprimieran ciertas nociones adquiridas, pese a que hayan podido ser deformadas (v. *Traité élém.*, tomo II, págs. 10-11, 4.ª ed., París, 1952).

(7) Con ocasión de la publicación del trabajo de PLANIOL, cit. en nota 6, SCIALOJA señaló la no originalidad de esta dicotomía, que ya había sido defendida por la escuela alemana a través de la distinción entre *obligationes dativae (mediatae)* y *obligationes nativae (immediatae)*: WEBER, MÜHLENBRUCH, UNTERHOLZNER, HASENGHEL, KARLOWA, etc. En Italia la había sido aplicada al Derecho administrativo por RANIELLETTI. El mismo SCIALOJA acepta esta división, señalando que las verdaderas y únicas fuentes directas de las obligaciones son la voluntad singular de los particulares y la voluntad general del legislador; ésta es, a su juicio, la clasificación más exacta, por ser sencilla (quizá demasiado) por ser clara y por responder a una concepción realista (SCIALOJA: *Le fonti delle obbligazioni*, en «Riv. Dir. Comm.», vol. II, 1904, 1.ª parte; págs. 520 y sigs.).

sistentes en la libre manifestación de la voluntad, que produce el nacimiento de un vínculo obligatorio, es decir, declaraciones de voluntad hechas con la intención de obligarse; b), hechos que no implican determinación volitiva alguna, a los que el Derecho objetivo asocia el efecto de producir un vínculo jurídico (8). Dentro de esta misma línea, Messineo considerará que toda obligación nace o de la *voluntad del deudor* o de la *voluntad de la ley*, de donde resulta la clasificación de las obligaciones en voluntarias y legales (o *ex lege*) (9). Fuentes de la obligación que emanan de la voluntad humana serán—según este autor—el contrato, el acto colectivo y la promesa unilateral; fuentes emanadas de la voluntad de la ley serán el acto ilícito y algunas situaciones en las que puede encontrarse el sujeto (gestión de negocios ajenos, pago de lo indebido, enriquecimiento sin causa) (10).

Consideración aparte merece la posición de Pacchioni. Se mantiene también dentro de la tendencia simplificadora, pero hay en la clasificación que propone ciertos matices que conviene destacar porque afectan, concretamente, al punto que más nos interesa, es

(8) DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp. de la 4.ª ed. italiana, tomo II, vol. 1.º, págs. 96-97. Obsérvese que, comparada con la clasificación de PLANIOL, la de RUGGIERO tiene la ventaja de no limitarse a la mención del contrato y de acudir a un concepto más amplio—el de negocio jurídico—, que permitirá incluir entre las obligaciones nacidas de una «libre manifestación de voluntad», tanto a las que procedan de contrato como a las derivadas de una declaración unilateral de voluntad. (Por otra parte, el que PLANIOL no hable de «negocio jurídico» no puede sorprender, si se tiene en cuenta que este término es totalmente extraño a la técnica francesa).

(9) MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, parte 2.ª, Milano, 1951 (págs. 22-23).

(10) Suele decirse (no en Alemania, naturalmente) que el Código civil alemán sigue esta misma dirección y que en su parágr. 305 reduce las fuentes de las obligaciones a dos: el contrato y la ley.

Afirmación que, sin ser inexacta, requiere alguna aclaración. Por de pronto, importa advertir que el Código alemán no incluye ninguna clasificación de las fuentes. No contiene ningún precepto en el que se diga que las obligaciones nacen de *tafes* o cuales fuentes o causas. Se limita a regular las relaciones obligatorias derivadas de los contratos en una serie de normas que vienen a corresponder a lo que llamaríamos «doctrina general del contrato» (sección 2.ª del libro II) y después, al regular las relaciones obligatorias en particular (sección 7.ª del mismo libro) incluye una serie de supuestos, en los que la obligación nace porque el mismo Código la impone: gestión de negocios sin mandato (título 11), comunidad (título 15), enriquecimiento injusto (tít. 24) y actos ilícitos (tít. 25).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que cuando en el párrafo 305 se menciona a la ley, no se alude a ella como fuente de obligaciones (aunque lo sea). Lo que se dice en ese párrafo—primero de los que regulan las relaciones obligatorias derivadas de los contratos—es que «para la constitución de una relación obligatoria *por negocio jurídico...*, es necesario un contrato entre los interesados, en tanto la ley no prescriba otra cosa». O sea, lo que se dice en este precepto es que *el único negocio jurídico* apto para constituir una relación obligatoria es el contrato; equivale a negar eficacia a la promesa unilateral como regla general, regla para la que expresamente se prevé que la ley pueda establecer excepciones (una excepción, por ejemplo, se establece en el parágr. 657: obligatoriedad de la promesa de recompensa divulgada públicamente).

decir, a la ley como fuente de derechos de crédito. A juicio de Pacchioni, la única división de las obligaciones, atendiendo a su nacimiento, que tiene seguro fundamento racional, es la que las agrupa en las dos grandes categorías siguientes: a) obligaciones que la ley reconoce y admite en conformidad con una *voluntad privada* dirigida a hacerlas surgir y con el contenido que les atribuye dicha voluntad; b) obligaciones que la ley reconoce *sobre la base de un hecho*, que puede ser natural o material, una relación de cosa a cosa, o de persona a persona, o incluso un acto voluntario del hombre, lícito o ilícito, pero siempre—aun en este último caso—tomado en consideración en su materialidad objetiva social y no como manifestación de una voluntad dirigida a producir efectos jurídicos (11). Adviértase que en la clasificación propuesta por este autor ya no quedan enfrentadas voluntad y ley como fuentes fundamentales de las obligaciones, sino que la ley juega en ambas el mismo papel (*reconocer* a las obligaciones); lo que varía es el fundamento de ese reconocimiento, que en unas será la «conformidad con una voluntad privada» y en otras se basará en un hecho «tomado en consideración en su materialidad objetiva social». Es evidente que, para este autor, la ley no es una fuente (directa) de obligaciones, y, por si quedara alguna duda acerca de su punto de vista, nos lo confirma después en otra de sus obras (12) cuando, criticando al Código italiano de 1865 por haber incluido a la ley entre las fuentes de las obligaciones (en el artículo 1.097) ve en ello un evidente error, «porque la ley o, mejor dicho, el ordenamiento jurídico, es el presupuesto de todas las obligaciones en cuanto atribuye a un hecho cualquiera (lícito o ilícito) el poder de hacer que surja una obligación» (13).

El Código italiano de 1942 ha abandonado la clasificación quintuple, y en su artículo 1.173, bajo la rúbrica «Fuentes de las obligaciones», declara que «las obligaciones derivan del *contrato*, del *hecho ilícito*, o de *cualquier otro acto o hecho* idóneo para producir las de conformidad con el ordenamiento jurídico». Esta nueva clasificación merece, aunque sólo sea por la circunstancia de haber sido propuesta en el más moderno de los Códigos latinos, un examen detenido.

Ante todo podemos observar que si bien el nuevo Código italiano se afilia a las tendencias simplificadoras, no lleva, sin embargo, la simplificación hasta el extremo de reducir las fuentes de la obligación a dos únicos elementos (ley y voluntad o ley y contrato). En segundo lugar, si esta clasificación del artículo 1.173 re-

(11) PACCHIONI: *Delle obbligazioni in generale*, vol. I. 3.ª ed. Padova, 1941 (pág. 269).

(12) PACCHIONI: *Obbligazioni e contratti (succinto commento al libro quarto del Codice Civile)* Padova, 1950 (pág. 3).

(13) En parecidos términos habla criticado al Código italiano de 1865, por esa misma razón, GARGI: *Teoría de las obligaciones*, trad. esp. Madrid, 1910; vol. III, pág. 18.

presenta un avance en el orden lógico, no'es menos evidente que representa también un retroceso en el orden histórico, pues la sola lectura de este precepto nos hace pensar inmediatamente en la clasificación tripartita del Digesto (la del dudoso Gayo de las *res cottidianae*), que junto a las fuentes originariamente reconocidas—contrato y delito—añadía como tercer elemento las *variae causarum figurae*, pues a éstas puede ser comparada esa «categoría en blanco» constituida por los «actos o hechos idóneos para producir las, de conformidad con el ordenamiento jurídico» (14).

Adviértase, por otra parte, que tampoco el legislador italiano se ha decidido a sustituir el término «contrato» por el de «negocio jurídico» que, dada su mayor amplitud, hubiera permitido incluir dentro de él a la promesa unilateral. Esta, no obstante, es considerada como fuente de obligaciones, ya que el mismo Código (art. 1.087) declara que la promesa unilateral produce efectos obligatorios, aunque «sólo en los casos admitidos por la ley». ¿Habrá que entender que la promesa unilateral queda comprendida en esa tercera categoría constituida por los actos o hechos idóneos para producir obligaciones, de conformidad con el ordenamiento jurídico? Así lo cree Pacchioni; no parece ser de la misma opinión Messineo, para quien esa tercera fuente, que asume el significado de una «categoría en blanco» para designar a las que los romanos llamaban las *variae causarum figurae*, coincide con las obligaciones *ex lege*. En fin, basta con estas indicaciones para poner de relieve que la nueva clasificación adoptada por el legislador italiano tampoco resuelve todas las dificultades y que pueden surgir dudas a la hora de catalogar alguna de las concretas fuentes reconocidas como tales. Como, por otra parte, la nueva clasificación es compatible con el dualismo voluntad-ley, algunos autores se limitan a tomarla como una simple enumeración y, al margen de ella, clasifican las fuentes—como lo hace Messineo—en fuentes que emanan de la voluntad humana y fuentes que emanan de la voluntad de la ley (15).

También la doctrina española ha querido apartarse de la enumeración de fuentes de las obligaciones que le brindaba el Código civil en su artículo 1.089, sumándose a la corriente simplificadora. Desde Sánchez Román se afirma que las obligaciones de cualquier clase que sean—siempre en el sentido jurídico de la palabra (16)—

(14) Este paralelismo entre la clasificación de las fuentes en el nuevo Código y la tripartición del Digesto, ha sido advertido desde el primer momento por la doctrina italiana. Véase D'AVANZO, en el *Commentario al Codice Civile (Libro delle Obligazioni)* dirigido por D'AMELIO y FINZI, Firenze, 1948; TRABUCCHI: *Istituzioni di Diritto Civile*, 4.ª ed. Padova, 1948; PACCHIONI: *Obbligazioni e contratti*, cit. pág. 4; MESSINEO, *Manuale...* cit., página 23; etc., etc.

(15) V. MESSINEO, cit. en nota 9.

(16) Obsérvese la amplitud del concepto. Parece que se quiere aludir a la obligación en su significado de «deber jurídico», y no solamente a la obligación regulada en el libro del Código que trata «de las obligaciones y

no pueden menos de ser producto de dos causas: la *ley* y la *voluntad individual*. En todas las obligaciones jurídicas intervienen, aunque en proporcionalidad diversa, la ley y la voluntad individual; la diferencia sólo consiste en que en unas la ley es causa directa e inmediata, y en las otras, indirecta y mediata, así como en las primeras la voluntad no obra tan próxima y libremente como en las segundas (17). En parecidos términos se expresa Valverde (18). Y De Diego, para quien las obligaciones se originan o por hechos voluntarios en forma de acto jurídico, o por otros hechos a los que la ordenación de Derecho anuda la originación de alguna obligación (19). Con todo, aunque nuestros citados autores partan de la reducción de todas las fuentes de las obligaciones a esas dos únicas—ley y voluntad—, coinciden en clasificar después las obligaciones atendiendo a su origen o nacimiento en tres grupos: contractuales (o voluntarias), legales y penales. No explican cuál es el criterio que les ha llevado a desglosar del grupo de las obligaciones legales a esa tercera categoría de «obligaciones penales» que, según ellos, proceden también de la ley. Probablemente, la única razón para esta tripartición la encontrarían todos ellos en la remisión que en el artículo 1.092 del Código civil se hace a las disposiciones del Código penal para la regulación de las obligaciones nacidas de los delitos o faltas. Quizá pensaron que si el origen de estas obligaciones estaba en los delitos y faltas previstos en el Código penal y si eran las disposiciones de dicho Código las que habían de regirlas, convenía separarlas de las restantes obligaciones—voluntarias o legales—regidas exclusivamente por disposiciones civiles. Pero ni este criterio, si efectivamente fué el que les inspiró, ni la nomenclatura de *obligaciones penales* aplicada a «las que proceden de la ley, por causa de delito» (De Diego), pueden satisfacerlos. Porque el artículo 1.092 del Código civil se refiere literalmente a «las obligaciones *civiles* que nazcan de los delitos o faltas...». El hecho de que tales obligaciones tengan su origen en delitos o faltas no les priva de su carácter de obligaciones ci-

---

contratos». Algo parecido hará CLEMENTE DE DIEGO, cuando al clasificar las obligaciones por su origen—siguiendo el mismo criterio de SÁNCHEZ ROMÁN—dirá que éste es el punto de vista más comprensivo, tanto que abarca todas las obligaciones «y no sólo las que son objeto de nuestro estudio en este tratado», es decir, en el tratado de las obligaciones y contratos.

(17) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1899, tomo IV, págs. 18-19. Más adelante alude a la opinión según la cual las fuentes de las obligaciones se reducen a dos: la ley y los hechos (págs. 136-137). Y señala que, con arreglo a esa doctrina, procedería clasificar a tales hechos en cuatro grupos, cada uno de los cuales corresponde a uno de los elementos de la clasificación justinianea.

(18) *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, 2.<sup>a</sup> ed. Valladolid, 1920, págs. 193-195.

(19) DR DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1930, tomo II, pág. 76; v. también pág. 47.



viles. Lo que ocurrió fué que, a fuerza de querer ser consecuentes y de tratar de hacer una clasificación de las obligaciones, atendiendo a su origen, en la que la terminología se adaptara fielmente a las distintas causas originadoras, Sánchez Román, Valverde y De Diego cayeron en la incongruencia de denominar «obligaciones penales» a una serie de obligaciones que, fuera cual fuese su origen, solamente podían tener cabida en esa clasificación precisamente por ser obligaciones civiles (20).

Por último, podemos citar también entre los autores partidarios del criterio simplificador a Ossorio Morales, que, sin embargo, ya no se contenta con seguir la opinión de los anteriormente citados, ni incide en sus errores; más bien parece influido por la doctrina italiana. A su juicio, puede decirse que las obligaciones nacen:

a) De ciertos *negocios jurídicos* aptos para producirlas, entre los cuales no sólo está el contrato, sino también, por ejemplo, el testamento, el matrimonio, la adopción, etc.

b) O de ciertos hechos a los que *la ley* adscribe como consecuencia el nacimiento de una obligación. Siendo de advertir que tales hechos pueden ser de naturaleza muy diversa: pueden ser hechos materiales o naturales (21) y actos humanos, voluntarios o involuntarios, lícitos o ilícitos, pero considerados tales actos humanos independientemente de los efectos que su autor haya querido producir, de modo que las obligaciones a que dan lugar se producen *ex lege*, no *ex voluntate* (22).

IV. Independientemente del mayor o menor acierto que pueda reconocérsele al criterio simplificador que preside estas clasificaciones, e independientemente de los errores en que alguno de los autores que las patrocinan haya podido incurrir, lo cierto es que se trata de verdaderas clasificaciones. Frente a ellas, y queriendo superarlas en exactitud y rigor técnico, otros autores han propuesto clasificaciones que, en realidad, no pasan de ser *meras enumeraciones* de fuentes, hechas con pretensión exhaustiva pero desprovistas de un principio *sistemático* y ordenador que permita considerarlas como verdaderas clasificaciones.

Entre estas enumeraciones de fuentes, merece un examen espe-

---

(20) Recientemente, ORTEGA PARDO (*Cuasi contratos atípicos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo 1, 1949, fasc. 2.º, págs. 493 y sigs.) ha propuesto una clasificación que viene a seguir—con una leve variante terminológica—esta misma dirección. Según él, «la clasificación correcta de las fuentes de obligaciones debe ser la tripartita: obligaciones contractuales, delictuales y legales» (pág. 505). En realidad, este autor no ha clasificado las fuentes sino las obligaciones; pero, ya se comprende que, a su juicio, las fuentes son: contrato, delito y ley.

(21) Pone el ejemplo de la mezcla casual de dos cosas de distinto dueño, artículo 381 del Código civil.

(22) OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho civil (Obligaciones y contratos, Parte general)*. Granada, 1956, págs. 104-105.

cial la que hace Demogue (23). Advirtamos, no obstante, que en ella alienta una pretensión clasificadora y que, para hacerla, su ilustre autor adopta un criterio que considera como el mejor: este criterio consiste en atender a la *intervención de las voluntades privadas*, que da lugar a interesantes consecuencias, especialmente en orden a la capacidad. Según Demogue, desde este punto de vista se puede distinguir:

1.º *El contrato*, en el que entran en juego las voluntades de acreedor y deudor.

2.º *La voluntad unilateral del deudor*.

3.º *El delito y el cuasi delito*, a los que se puede englobar bajo la denominación de *actos ilícitos*.

4.º *La voluntad del acreedor*, que da lugar al *cuasi contrato*, expresión criticable pero que hay que emplear, dado que responde a una realidad oscurecida durante mucho tiempo por la evolución de las ideas individualistas.

5.º *El simple hecho* que engendra obligación, sin que la ley tenga en cuenta para nada la voluntad de las partes. A éstas es a las que se suele llamar *obligaciones legales* y, más exactamente, *obligaciones ex re* (Pacchioni, Molitor).

La división propuesta por Demogue es sugestiva pero artificiosa. Ciertamente existen notables diferencias entre esas distintas fuentes que enumera, pero en modo alguno puede afirmarse que esas diferencias o que la razón de ser de cada una de dichas categorías consistan en la distinta intervención que la voluntad tiene en cada una de éstas.

En cuanto a las dos primeras categorías, parece que no hay reparos graves que oponer. Entre el contrato y la promesa unilateral puede, ciertamente, apreciarse una diferencia en orden a la intervención de voluntades. Podría, con todo, objetarse que en definitiva la promesa unilateral sólo engendrará obligación cuando haya sido aceptada o cuando una persona haya llevado a cabo el hecho previsto o impuesto por el promitente. Pero, sin entrar a fondo en la cuestión relativa a la eficacia obligatoria de la declaración unilateral, podemos admitir que existe una cierta diferencia entre ella y el contrato, y que la diferencia reposa principalmente en la distinta intervención de las voluntades.

Por lo que se refiere a la cuarta categoría (cuasi contrato) el criterio adoptado por Demogue empieza a resentirse de artificialidad. Según él, la obligación cuasi contractual nace «de la sola voluntad del acreedor». Para darnos cuenta de lo inexacto de esta afirmación nos bastará considerar uno de los ejemplos que pone. Señala que en el pago de lo indebido el *accipiens* no ha dado su consentimiento. Estamos de acuerdo; pero ¿puede sin más afir-

---

(23) DEMOGUE: *Traité des obligations en général*, París, 1923, tomo I, págs. 45-47.

marse que la *voluntad* del *solvens* —acreedor a la restitución— es la que origina la obligación de restituir? ¿Cabe pensar que cuando pagó lo que no debía lo hizo movido por la voluntad de hacer surgir la obligación de restituir? La respuesta afirmativa a estas preguntas sería absurda. Una cosa es que el que recibe quede obligado sin haberlo querido y otra cosa muy distinta es deducir de ello que el que pagó lo hizo para adquirir un crédito imponiendo al otro la correlativa obligación. No cabría imaginar conducta más inconsecuente. La voluntad del que paga lo que no debe, no se dirige a crear, sino a extinguir una obligación por la que, erróneamente, se creía vinculado (24).

Por la pretendida clasificación de Demogue todavía nos reserva otra sorpresa. A renglón seguido de estas consideraciones sobre el cuasi contrato, y al enunciar la quinta y última categoría—el *simple hecho*—incluye dentro de ella a «ciertas situaciones que se suelen calificar como cuasi contratos» y, entre ellas, al pago de lo indebido. Con lo que resulta que el pago de lo indebido queda incluido a la vez dentro de las categorías cuarta y quinta y nos quedamos sin saber si la obligación de restituir lo indebidamente cobrado tiene su fundamento en la *voluntad del acreedor* (4.ª categoría) o en el *simple hecho de haberlo pagado* (5.ª categoría).

Por último, las contradicciones llegan a ser insalvables por lo que se refiere al tercer grupo de fuentes de la clasificación de Demogue. En ese grupo, como hemos visto, figuran «el delito y el cuasi delito», que pueden englobarse bajo la denominación de «actos ilícitos». Actos que, según Demogue, «suponen una cierta voluntad y una cierta capacidad por parte del obligado». Por fuerza hay que suponer que esta *voluntad* no tiene nada que ver con las voluntades de deudor y acreedor que concurren en el contrato, ni con la voluntad unilateral del deudor, suponiendo que pueda valer como fuente de obligaciones. Porque en el contrato las partes *quieren* la obligación, pero en el delito no cabe pensar que quien lo comete *ha querido obligarse*. Cuando, a propósito de los actos ilícitos, se predica su carácter de voluntarios solamente cabe referir esta voluntariedad a la realización del acto, pero en modo alguno puede pensarse que la intervención de la voluntad del agente sea la que haga nacer una obligación de reparar el daño y la que justifique la inclusión del acto ilícito dentro del cuadro de las fuentes de las obligaciones (25). Para aumentar la confusión sobre este punto, Demogue concluye afirmando que, a diferencia de lo que hace el Código civil (francés), hay que reunir dentro del mismo grupo de fuentes a los delitos y cuasi delitos, *sin establecer ningun-*

(24) Idea que ya encontramos en el Digesto (44,7,5, parágr. 3): «... *qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur*».

(25) Como observa SCIALOJA, no siempre que se habla de actos humanos productores de efectos jurídicos puede decirse que tales efectos nazcan por voluntad del hombre: cuando lo querido sea el hecho, pero no el efecto,

no diferencia entre la responsabilidad nacida del daño causado voluntariamente (delito) o del daño causado por imprudencia (cuasi delito). No tendríamos inconveniente en suscribir esta afirmación, pero ¿cómo compaginarla con una clasificación de las fuentes de la obligación que —según se pretende— se basa en la *intervención de las voluntades privadas*?

Si bien se mira, lo que hace Demogue es repetir la tradicional clasificación quintuple, con algunos retoques que consisten principalmente en añadir el acto unilateral y en fundir en un mismo concepto—el de actos ilícitos—a los delitos y cuasi delitos; por último, en sustituir a la ley por el «simple hecho» (por supuesto, siempre que la ley le reconozca virtualidad suficiente para engendrar una obligación). Pero al hacerlo así, pretende justificar la clasificación que propone en la distinta intervención que en cada una de las fuentes tiene la voluntad privada. Como, en realidad, la clasificación no responde a ese pretendido criterio, es por lo que afirmamos que más que de una verdadera clasificación se trata de una simple enumeración de fuentes.

Otro tanto puede decirse de la clasificación propuesta por Josserand. Según este autor hay que distinguir cuatro grandes fuentes de obligaciones: 1.º *actos jurídicos* (que pueden ser contratos y actos de formación unilateral); 2.º *actos ilícitos* (subdivididos en delitos y cuasi delitos); 3.º el *enriquecimiento sin causa*; 4.º la *ley* (26). Si nos fijamos sólo en los dos primeros grupos podemos advertir un criterio clasificador basado en la contraposición de lo lícito a lo ilícito. Pero los otros dos ya no encajan en una clasificación que tuviera por base esa contraposición y, al incluirlos, lo único que se hace es completar la enumeración de fuentes, añadiéndole esos dos elementos para que pueda ser exhaustiva.

Enneccerus tampoco hace una clasificación de fuentes—ni pretende hacerla—sino una simple enumeración, que quiere ser agotadora al máximo, al decir que «las obligaciones nacen: de los negocios jurídicos, de los actos semejantes a los negocios y de los actos reales; de los actos ilícitos; de los actos no culposos, pero que, no obstante, obligan a indemnización; de ciertos estados de naturaleza jurídica o de hecho, por ejemplo, de los derechos reales, de los derechos de familia, del derecho hereditario y del enriquecimiento injusto» (27).

Recientemente, Savatier ha propuesto una nueva clasificación que, a fuerza de ser original, llega a resultar desconcertante. Según esta «clasificación racional» (así la denomina su ilustre autor)

---

debe decirse que éste deriva directamente de la ley. Y así en los actos ilícitos no cabe estimar que sea en la voluntad del agente en lo que se funda la sanción (SCIALOJA: *Le fonti...* cit., págs. 521-522).

(26) JOSSERAND: *Cours de Droit Civil*, París, 1930, tomo 2.º, pág. 6.

(27) ENNECERUS: *Tratado...* trad. esp., tomo II (*Derecho de obligaciones*) vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1954, pág. 139.

la ley hace derivar las obligaciones de cinco principios: 1.º El principio de la *autonomía de la voluntad*; de él derivan las obligaciones que nacen de los contratos y de ciertas promesas unilaterales. 2.º El principio de *equivalencia*; de él provienen las obligaciones que nacen del pago de lo indebido y del enriquecimiento injusto. 3.º El principio de la *responsabilidad por las faltas*; de él son consecuencia las obligaciones que derivan de los delitos y cuasi delitos. 4.º El principio de *riesgo creado*; de él deriva la obligación que tiene el patrono de reparar el daño sufrido por sus obreros en accidentes de trabajo, etc. 5.º El *interés social*, que da lugar a que la ley establezca ciertas obligaciones derivadas del derecho de vecindad, de la tutela, etc., etc. (28).

Como puede verse, Savatier no clasifica fuentes, sino que enumera *principios* de los que—él mismo lo dice—«la ley hace derivar las obligaciones». Resulta difícil admitir que el principio de la autonomía de la voluntad, o cualquier otro de los que enumera, puedan ser considerados como fuentes de las obligaciones si hemos de entender la palabra «fuente» en el sentido de causa, origen, fuerza social capaz de convertir a una persona en deudora frente a otra. Esos principios podrán servir de fundamento a las distintas obligaciones, pero no serán por sí mismos sus fuentes, porque no serán ellos solos los que las originen. Por otra parte, esa afirmación de que «la ley hace derivar las obligaciones de cinco principios», nos lleva a pensar en un criterio simplificador hasta el punto de reconocer una sola fuente. Cabría preguntarle: ¿juega el mismo papel la ley cuando reconoce el contrato y cuando impone la obligación de reparar el perjuicio causado a otro? Pero la parte más desconcertante en la exposición de Savatier es, precisamente, la que dedica a detallar y explicar, mediante ejemplos, su «clasificación racional». Véase una muestra: «Las obligaciones que *nacen* de los contratos... *derivan* de la autonomía de la voluntad.» Preguntáramos: ¿cuál es entonces la fuente? ¿El contrato del que *nacen* o el principio del que *derivan*? ¿O la ley, que las *hace derivar* de ese principio? (Y la misma contradicción encontraríamos en cada una de las restantes categorías: «las que *nacen* del pago de lo indebido... *provienen* del principio de equivalencia...» y así sucesivamente).

La «clasificación racional» de Savatier tiene valor, pues, como explicación del fundamento de las distintas clases de obligaciones, pero en modo alguno como aportación a la clasificación de las fuentes.

V. *La clasificación de las fuentes de la obligación en los Códigos latinos.*—Limitaremos nuestro examen a los Códigos francés y español; el italiano de 1865 quedaba situado dentro

(28) SAVATIER: *Cours de Droit civil*, tomo 2.º, 2.ª ed. París, 1949, págs. 41-42.

de la misma línea que éstos, pero ya hemos aludido al cambio de criterio que la reforma de 1942 introdujo y a la clasificación tripartita propuesta en el artículo 1.173 del nuevo Código italiano.

Ya vimos cómo la clasificación justiniánea, convertida en quintuple por la agregación de la ley, pasó al Código de Napoleón. Hemos aludido también a las críticas que, por esta razón, se han dirigido contra dicho Código y hemos tenido ocasión de referirnos a algunas de ellas y a las clasificaciones que en Francia se han propuesto como más adecuadas que la legal.

Pero ya advertíamos que, aunque el Código francés haya mencionado aquellas tradicionales cinco fuentes, no puede tachársele de haberse limitado a reproducir la clasificación justiniánea. El Código francés recoge la *nomenclatura* justiniánea; pero, por encima de ella, acude a otros elementos para hacer la *clasificación*; de donde resulta que, aunque las fuentes sean las mismas, la clasificación es distinta.

He aquí la verdadera clasificación: después de haber destinado todo el título tercero del libro III a la regulación de los contratos y de las obligaciones convencionales, el título cuarto va dedicado a las obligaciones que se forman sin convención. Encabeza este título el artículo 1.370, en el que se hace—conviene no perderlo de vista—no la clasificación de las fuentes de las obligaciones, sino una subclasificación o subdistinción dentro de las obligaciones que se forman sin convención. Y aquí, dentro de este grupo, es donde se van enumerando las fuentes de las obligaciones, repartidas todavía en dos categorías, según que resulten exclusivamente de la autoridad de la ley (obligaciones entre propietarios vecinos, obligaciones de los tutores y de los demás administradores que no puedan rehusar la función a ellos deferida) o nazcan de un hecho de la persona que resulta obligada (cuasi contratos, delitos y cuasi delitos). Por tanto, la clasificación del *Code* puede ser esquematizada en la forma siguiente.

Primer grupo: Obligaciones convencionales (arts. 1.101-1.369).

Segundo grupo: Obligaciones que se forman sin convención (artículo 1.370).

Y dentro de este último, dos subgrupos:

a) Unas nacen exclusivamente de la autoridad de la ley.

b) Otras nacen de un *hecho de la persona* que resulta obligada (y derivan de los cuasi contratos, de los delitos o de los cuasi delitos).

Esta es, pues, la clasificación que hace el Código de Napoleón (29). Lo que ocurre es que el legislador francés no se atre-

(29) Uno de los poquísimos autores franceses—quizá el único—que aprecian exactamente el alcance de esta clasificación del artículo 1.370 es H. MAZEAUD: *Essai de classification...* cit., págs. 12-13. Señala que los primeros comentaristas del *Code* no llegaron a advertir la innovación que

vió a prescindir de una terminología consagrada por la tradición y, aunque acudiendo a otros elementos para hacer la clasificación, mantuvo las categorías del cuasi contrato y cuasi delito a las que, con razón, la doctrina moderna les niega utilidad técnica y rigor sistemático. Pero conviene no entremezclar ni confundir estas cuestiones: puede decirse, si se quiere, que la figura del cuasi contrato carece de realidad científica o de utilidad técnica y que su mismo nombre implica una inexactitud; pero lo que no cabe dudar es que la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido, etc., como actos que dan lugar al nacimiento de obligaciones, por fuerza habrán de mantenerse separados y diferenciados del contrato. La clasificación del artículo 1.370 del Código civil francés—que no queda completamente libre de puntos criticables—tiene el mérito y el acierto de haber reunido dentro de un mismo grupo a todas las obligaciones que no nacen de una convención. Quedan así enfrentadas las obligaciones contractuales y las extracontractuales. Queda perfectamente definido el criterio que preside esta clasificación fundamental, que viene a ser también—como la que hizo Gayo en sus Instituciones—una *summa divisio*. Ya no se trata de distinguir dos, tres, cuatro o cinco clases de obligaciones atendiendo a su origen y de enumerar otras tantas fuentes. La clasificación justiniana y muchas de las que, al combatirla, propuso la doctrina, tenían que tropezar invariablemente en un escollo que ellas mismas creaban al situar a todas las fuentes en un mismo plano. De ahí las dificultades para encontrar un verdadero principio que justificara la autonomía de cada una de las fuentes y revelara las diferencias entre ellas. En la clasificación del *Code* queda salvado este obstáculo; cuasi contrato, delito y cuasi delito no figuran ya al lado del contrato, sino dentro del grupo de fuentes o causas que dan lugar a obligaciones extracontractuales. Lo que las une es el denominador común de dar lugar a obligaciones *no queridas por las partes*. Lo que las separa entre sí es *el distinto supuesto de hecho que justifica el nacimiento de la obligación* y que evidentemente varía según se trate de delitos, cuasi contratos o cuasi delitos.

Falta solamente precisar qué fuerza es la que, en ausencia de la voluntad (30), puede hacer que nazca una obligación. Y al

representaba esa clasificación; hasta tal punto que incluso trataron de configurar un «cuasi contrato de vecindad» para explicar el nacimiento de esa obligación entre propietarios vecinos que, según el artículo 1.370, nacía de la autoridad de la ley.

(30) Entiéndase, en ausencia de la voluntad de *hacer surgir una obligación*. No caigamos en el error de DEMOGUE cuando pretende justificar, por ejemplo, el cuasi contrato en la voluntad del acreedor o cuando alude a la voluntariedad del acto ilícito. Una cosa es que el acto que da lugar al nacimiento de la obligación sea voluntario y otra muy distinta que la voluntad de su autor se dirigiera a crear una obligación. El que comete un delito y el que realiza un hecho de los que dan lugar a uno de los llamados cuasi contratos quiere un resultado que no es precisamente el nacimiento de una relación obligatoria entre otra persona y él.

responder a esta pregunta no hay más remedio que atribuir esta fuerza a la ley y sólo a ella. Volvemos con ello al dualismo ley-voluntad (31); dualismo que cuando dió lugar a una clasificación simplificadora suscitó también críticas, pues muchos autores entendieron que, en cierto sentido, todas las obligaciones son legales, ya que solamente pueden ser invocadas en cuanto que hayan sido consagradas por la ley (32); se dijo que también las obligaciones procedentes de los contratos serían legales, pues si producen efectos es por orden del legislador, que quiere que las convenciones sean ley entre quienes las celebraron (33). Y todavía recientemente se ha afirmado que todas las obligaciones pueden ser consideradas como derivadas de la ley, pues es la ley la que determina los efectos de los contratos, de los delitos, de los cuasi delitos, etc. (34). Pero fácilmente se advierte la inexactitud de estos puntos de vista; cuando la ley consagra el contrato, cuando declara su obligatoriedad y determina o describe sus efectos, no hace más que *reconocer* la obligación querida por las partes; pero en los demás casos *impone* una obligación a una persona prescindiendo de su voluntad y, por descontado, aun en contra de su voluntad (35). La afirmación de que todas las obligaciones son legales o pueden ser consideradas como tales, resulta tanto más anómala cuando se la hace precisamente al tratar de las fuentes de las obligaciones o de la clasificación de las obligaciones por razón de su origen. Porque, por lo que se refiere al contrato, es evidente que la ley no *origina* ni engendra nada cuando se limita a reconocerlo y a permitir o consagrar sus efectos. Entre las obligaciones contractuales y las demás hay toda la distancia que media entre *obligarse* y *resultar obligado*; el más inculto contratante sabe o intuye que es él mismo quien se obli-

---

(31) Véanse PLANIOL, RUGGIERO, MESSINEO, citados en notas 6, 8, 9, etcétera. Precisamente, la clasificación simplista propuesta por PLANIOL corresponde—según él observa—a la distinción entre obligaciones contractuales y no contractuales. PLANIOL sustituye esta segunda fórmula negativa por la fórmula positiva «obligaciones legales».

(32) DEMOGUE: Ob. cit., tomo 1, pág. 45.

(33) JOSSEKAND: Ob. y loc. cit. en nota 26; v. también PACCHIONI, citado en nota 12.

(34) SAVATIER: Ob. cit., tomo 2.º págs. 40-41.

(35) El mismo DEMOGUE ha pasado rozando esta cuestión sin llegar a afrontarla e incluso planteándola equivocadamente. Dice (ob. cit., págs. 47-48) que, situándose en el punto de vista del *contenido*, se puede separar el contrato de las otras fuentes, y se muestra dispuesto a admitir «en una débil medida» la utilidad del sistema seguido por PLANIOL y SCIALOJA al no distinguir como fuentes más que el contrato y la ley.

Cabría objetar a DEMOGUE que no es el contenido sino el *origen* de las obligaciones lo que está en juego cuando se contraponen contrato y ley. Y advertirle que esa distinción que según él «puede hacerse», era precisamente la que constituía la base de la clasificación hecha por el Código francés (aunque no atendiendo al contenido, sino precisamente al origen, es decir, a las fuentes).



ga a cumplir; el más arrepentido delincuente no ignora que es la ley la que le obliga a reparar.

No obstante, y volviendo al artículo 1.370 del Código de Napoleón, cabe preguntarse si realmente fué éste el punto de vista de que partió el legislador francés. Es decir, ¿se quiso afirmar que la ley es la única fuente de las obligaciones que no tienen su origen en una convención?

Ciertamente, en el artículo 1.370 no llegó a decirse tal cosa. Pero creemos que, sin decidirse a decirlo, el legislador francés lo insinuó al distinguir, dentro de las obligaciones que se forman sin convención, unas que nacen sólo de la *autoridad de la ley* y otras que nacen de un *hecho de la persona* que resulta obligada (es decir, de la autoridad de la ley más ese hecho personal). Incluso al hacer esa distinción se cargaron las tintas para acentuar el contraste, porque es evidente que ni en las más rotundas obligaciones legales será sólo la autoridad de la ley la que las origine, sino que la ley siempre habrá de tomar en cuenta un supuesto de hecho cualquiera que justifique la conveniencia y la justicia de la obligación que impone. De no ser así, se trataría de leyes arbitrarias y de mandatos despóticos.

Parece, pues, que el Código francés quiso enfrentar contrato y ley como fuentes de las obligaciones. Ahora bien, por otra parte, se encontró con una tradición (avalada especialmente por la autoridad de Pothier, cuya influencia sobre los redactores del *Code* es sobradamente conocida) que había aceptado y consagrado las categorías justinianeas. Suprimirlas, después de que durante siglos habían ido cargándose de sentido, pareció quizá demasiado atrevido. Los redactores del *Code* se decidieron a conservarlas, pero inscribiéndolas dentro de un esquema más amplio, que contendría la verdadera clasificación de las fuentes.

En todo caso, parece indudable que el artículo 1370 del *Code* ofrece posibilidades que la doctrina francesa no ha sabido aprovechar. Se puede criticar la clasificación de fuentes que ofrece este Código; pero lo que no se puede hacer es utilizar para ello los mismos argumentos que se esgrimirían si la crítica se dirigiera contra la clasificación justiniana. Los franceses han sido injustos con su propio Código al poner una y otra clasificación a la misma altura.

VI. Con estos antecedentes ya estamos en situación de trasladarnos al Código civil español para revisar la clasificación de las fuentes de las obligaciones en nuestro Derecho. En buena medida son aplicables a él las consideraciones que hemos hecho a propósito del Derecho francés; ahora bien, hay que tener en cuenta que en esta materia el Código de Napoleón no fué tomado como modelo directo del nuestro, pues como intermediario entre ambos jugó también su papel el Código italiano de 1865. Incluso puede afirmarse que la influencia de este último resulta más visible; pero,

como veremos, no queda totalmente descartada la del Código de Napoleón.

A esta «mediación» del Código italiano se debe el artículo 1.089 del Código civil español, trasunto del 1.097 del italiano de 1865; precepto que, propiamente, no concuerda con ninguno de los del Código francés y que en modo alguno puede ser comparado con el artículo 1.370 de este último, pues, como acabamos de ver, en el artículo 1.370 del Cód. Nap. se hace una verdadera clasificación (o subclasificación, dentro de las obligaciones que se forman sin convención) mientras que nuestro artículo 1.089 contiene una mera enumeración de fuentes de las obligaciones (36).

Se enumeran las cinco fuentes tradicionales (las cuatro de la clasificación justiniana, precedidas de la ley). Y se advierte una leve discrepancia, casi puramente terminológica: a diferencia de la clasificación justiniana y del precepto italiano utilizado como modelo, nuestro Código no emplea las palabras delitos y cuasi delitos. Para referirse a los primeros, utiliza el término «actos y omisiones ilícitos»; para aludir a los segundos se sirve de la expresión, actos y omisiones «en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». Con ello, el legislador español revela un deseo de precisión, que consigue al dar cabida dentro de los «actos y omisiones ilícitos», no sólo a los delitos, sino también a las faltas. Que es éste su criterio lo confirma casi inmediatamente el artículo 1.092 en el que, al remitirse a las disposiciones del Código penal, alude expresamente a «las obligaciones civiles que nazcan de los *delitos o faltas...*». Precisión que también se consigue al prescindir de la mención del cuasi delito que, citado a renglón seguido del delito (o de los delitos y faltas) hubiera podido hacer pensar en una categoría cerrada, en un *numerus*

(36) El Proyecto de 1851 no contenía ningún precepto comparable al artículo 1.089 del Código civil que, como advertimos, fué tomado del Código italiano de 1865. En cambio, se inspiró en el artículo 1.370 del Código de Napoleón para redactar el artículo 1.890, cuyo texto era el siguiente:

«Sin necesidad de pacto se forman algunas obligaciones por sólo el ministerio de la ley o por un hecho.

Las obligaciones constituidas por la ley son las que se determinan en este Código por consideraciones de interés público o de equidad, tales como las de los tutores, servidumbres medianerías y otras.

Las obligaciones que se forman por un hecho provienen de los cuasi contratos, de los delitos y de culpa o negligencia.»

Independientemente de los reparos que puedan ponerse a este precepto hay que reconocerle el mismo acierto que al artículo 1.370 del *Code*, del que es una reproducción bastante fiel: en lugar de situar a todas las tradicionales fuentes en el mismo plano, separó las obligaciones contractuales de las extracontractuales y sólo mencionó al cuasi contrato, al delito y al cuasi delito (culpa o negligencia) al hacer la subdivisión dentro «de las obligaciones que se contraen sin convención» (rúbrica del título XXI del libro III, título encabezado precisamente por este art. 1.890). Al hacer esta subdivisión todavía se distribuyen las obligaciones contraídas sin convención en dos grupos: a) las formadas por sólo el ministerio de la ley; y b) las que se forman por un hecho.

*clausus* de cuasi delitos (por ejemplo, los del Derecho justinianeo: la *actio de deiectis vel effusis*, el caso de *positum et suspensum*, la responsabilidad de los *nautae, cauponae et stabularii* por los hurtos o daños causados por sus dependientes, y el caso del *iudex qui litem suam fecit*). Lejos de sugerir una categoría cerrada o un *numerus clausus*, el Código acude a una locución que, por su misma redacción, parece estar queriendo proclamar el carácter de generalidad y amplitud que se quiere dar a esta última fuente: «actos y omisiones... en que intervenga *cualquier género* de culpa o negligencia». Generalidad y amplitud que confirmará después el artículo 1902 al establecer que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado» (37).

En cambio se mantiene la categoría de los cuasi contratos. En esto la Comisión Redactora del Código no tuvo otra alternativa porque así se lo había impuesto expresamente la Ley de Bases. En la Base 21 se decía: «Se mantendrá el concepto de los cuasi contratos, determinando las responsabilidades que puedan surgir de los distintos hechos voluntarios que les dan causa, conforme a los altos principios de justicia en que descansaba la doctrina del antiguo Derecho, unánimemente seguida por los modernos Códigos...» Pero no deja de ser significativa la forma en que la Ley de Bases alude al cuasi contrato. Probablemente, ya había motivos para que se dudara de si convenía o no mantener la categoría del cuasi contrato, que incluso resultaba difícil de definir salvo haciéndolo en forma negativa. La Base 21 parece una decisión que viniera a zanjar una discusión o que, por lo menos, pusiera fin a un momento de vacilación o de duda: «Se mantendrá el concepto de los cuasi contratos...». Y, aunque en ella se aluda también a esos «altos principios de justicia», es indudable que lo que influyó en el legislador español fué el ejemplo de los «modernos Códigos» que, especialmente al regular esta materia, se tenían muy a la vista.

Contratos y cuasi contratos, delitos y cuasi delitos (estas dos últimas categorías designadas con otros nombres) y la ley para completar el esquema. He aquí las fuentes que enumera nuestro Código en el artículo 1.089. Ahora bien, ¿es ésta la clasificación legal? ¿Es, al menos, la única que el Código hace?

Creemos que no. Es más, ni siquiera nos parece una verdadera clasificación, sino que no pasa de ser una enumeración de las fuentes o causas de obligación que el Código reconoce.

La verdadera clasificación la hace nuestro Código—a semejanza del francés, si bien con menos precisión—al distribuir sis-

(37) De esta forma, el Código español queda libre de las censuras que se dirigieron contra el italiano por haber regulado toda la materia del cuasi delito, dando como supuesta la noción del mismo y sin decir qué era lo que el legislador entendía por delito y por cuasi delito. (Véase RUGGIERO, ob. cit., tomo II, vol I, págs. 544 y sigs.).

temáticamente las reglas aplicables a las distintas clases de obligaciones, distribución a la que corresponden las rúbricas de los respectivos Títulos. Y así, el título II del libro cuarto va destinado a la regulación *De los Contratos*, y seguido de otros trece títulos en los que se regulan los diversos contratos típicos (con alguna ingerencia un tanto anómala, como la que representa la inclusión del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio—título III—en el que se entremezclan las reglas relativas a la dote, sociedad de gananciales, bienes parafernales, etc.). Hasta que en el título XVI se agrupan las normas que contienen la regulación *De las obligaciones que se contraen sin convenio*, rúbrica bajo la que quedan englobados en sendos capítulos los *cuasi contratos* y las *obligaciones que nacen de culpa o negligencia*.

Al margen, pues, de la enumeración de fuentes contenida en el artículo 1.089, se hace esta división, guiada por un verdadero criterio clasificador. A diferencia, sin embargo, del Código francés, han quedado fuera de esta clasificación dos de las fuentes mencionadas en el artículo 1.089: la ley y los delitos (o, ajustándonos a la terminología de nuestro Código, los «actos y omisiones ilícitos»). Pero ello obedece a una razón muy sencilla: tanto para las obligaciones derivadas de la ley como para las que nazcan de los delitos o faltas, el Código ha dictado ya las oportunas reglas de remisión. Las primeras se regirán «por los preceptos de la ley que las hubiere establecido» (art. 1.090); las segundas, «por las disposiciones del Código penal (art. 1.092). Unas y otras quedan, por tanto, fuera de la regulación del Código (al menos directamente, pues para las obligaciones legales se aplicará con carácter supletorio el libro cuarto del Código). Es indudable que también se trata de «obligaciones que se contraen sin convenio», pero no podían ser incluidas en el título XVI, porque el Código ya se había «desentendido» de su regulación, estableciendo las citadas reglas de remisión.

De esta manera, podemos completar la clasificación de fuentes que hace el Código civil, combinando la enumeración del artículo 1.089 con esta *summa divisio* que pone frente a las obligaciones contractuales las que se contraen sin convenio. Es evidente que esta reducción de las *obligaciones* a dos grandes grupos corresponde a una paralela reducción de las *fuentes* a dos únicas categorías: la *voluntad* y la *ley*, o, si se prefiere la terminología empleada por Messineo, la «voluntad humana» y la «voluntad de la ley» (38).

---

(38) No parece que deba tenerse en cuenta al tratar de las fuentes de las obligaciones lo que dispone el artículo 32 del Código civil cuando al referirse a la menor edad, demencia, etc., dice que «los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero». Creemos que no puede interpretarse esta alusión a

Si frente a este retorno a la clasificación simplista se vuelve a emplear el argumento de que «en cierto modo todas las obligaciones son legales», habremos de repetir las consideraciones que ya hicimos al tratar de refutar esta afirmación (39). Al declarar la obligatoriedad del contrato, la ley se limita a *reconocer* la obligación voluntariamente asumida por una o por ambas partes contratantes; en todos los demás casos, la ley *impone* una obligación no querida por la persona que resulta obligada (40). Es innegable que la ley puede hacerlo; pero, además, es evidente que es la única que podría hacerlo, pues no cabe imaginar otra fuerza capaz de hacer surgir una obligación sin la voluntad y aún en contra de la voluntad de la persona obligada.

VII. De todos modos, parece que no se puede prescindir de la enumeración de «fuentes» que hace el artículo 1.089. Ahora bien, hay que considerarla como mera enumeración y, sobre todo, hay que tener en cuenta que, propiamente, no todas ellas son verdaderas fuentes de obligaciones. Ya hemos tenido ocasión de advertirlo al comentar el artículo 1.370 del Código civil francés. En ausencia de contrato, sólo la ley puede hacer que nazca una obligación; todas las obligaciones que no se originen por un contrato presentarán entre sí la nota común de ser obligaciones *no queridas por las partes* y se diferenciarán unas de otras *por el distinto supuesto de hecho que justifique el nacimiento de la obligación*. Algunos de estos supuestos de hecho han llegado a constituir *tipos*; una tradición que arranca del Derecho romano y que las codificaciones incorporaron y consagraron, pero que ha merecido las críticas de la doctrina, ha querido convertir estos

---

los «hechos» y a esas «relaciones» como reconocimiento por parte del Código de otras fuentes de obligaciones distintas de las mencionadas en el artículo 1.089. Dada la finalidad y el emplazamiento de este precepto—entre las normas que regulan la personalidad y la capacidad—es evidente que su alcance no es otro que el de precisar los casos en que el menor, demente, etcétera, puede quedar obligado sin intervención de su voluntad, a la que no se le reconoce aptitud para contratar ni madurez y consciencia suficientes para fundar una imputabilidad criminal.

(39) V. *supra* en el texto la parte que corresponde a las notas 30 a 35.

(40) Distinción elegantemente explicada por GARCÍA GOYENA en unos párrafos que vale la pena transcribir: «Las obligaciones convencionales descansan en un sentimiento innato de justicia anterior a todas las leyes positivas; en este caso la ley civil no hace más que sancionar o garantizar lo que está ya arreglado por la conciencia y voluntad expresa de los contrayentes. Pero la sociedad política sería muy imperfecta si los miembros que la componen no tuvieran entre sí más obligaciones que las que ellos mismos han previsto y arreglado por sus convenios. Así, la ley debe querer por nosotros lo que querríamos siendo justos, y supone entre los hombres, en ciertos casos imprevistos, las obligaciones necesarias para la conservación del orden social» (GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, tomo IV, pág. 240).

tipos en fuentes de las obligaciones. Pero, a poco que se profundice en su examen, se advertirá la inexactitud que encierra el considerar como fuentes de la obligación a lo que no son más que tipificaciones de supuestos de hecho en los que la ley aprecia entidad suficiente para justificar el nacimiento de una obligación. Tal obligación nace porque la ley la impone; por tanto, no es exacto decir que las obligaciones *nacen* de los cuasi contratos, de los delitos, de los cuasi delitos, o, por lo menos, no se puede situar a estas «fuentes» en el mismo plano que al contrato y a la ley.

El delito (o los delitos y las faltas, si nos ajustamos a la terminología del Código civil) es, sin duda, entre esas pretendidas «fuentes», la que con más claridad nos suministra el ejemplo de que no es lo mismo ser fuente de obligaciones que constituir un supuesto de hecho del que la ley hace derivar una obligación. El Código civil—arrastrado por la inercia de la clasificación tradicional de las fuentes—o no ha sabido ver esa diferencia o no la ha matizado suficientemente, y así, en el artículo 1.089 ha dicho que «las obligaciones *nacen...* de los actos y omisiones ilícitos...»; idea que se repite en el artículo 1.092 cuando, al remitirse al Código penal, ha aludido expresamente a «las obligaciones civiles que *nazcan* de los delitos o faltas». Esta última remisión nos autoriza a trasladarnos al ámbito del Derecho penal, en el que, sin más que unas sencillas consideraciones, encontraremos argumentos más que suficientes para demostrar que el delito no es, estrictamente hablando, una verdadera fuente de obligaciones.

En síntesis, todo el contenido del Código penal puede quedar reducido a dos clases de normas: a) normas en las que se definen y se describen minuciosamente ciertas conductas humanas antijurídicas que, en virtud de esa misma tipificación, es decir, en virtud de su incorporación al Código, quedan calificadas como delitos o faltas; b) normas en las que se establece la reacción del ordenamiento jurídico frente a tales conductas, señalando la responsabilidad en que incurre el autor de un delito o de una falta.

Ahora bien, esta responsabilidad se diversifica en dos figuras bien definidas que, paralelamente, dan lugar a dos tipos de sanciones. En primer lugar—y esto es lo fundamental para el Código penal—se declara que «el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en *responsabilidad criminal...*» (Cod. Pen., artículo 1.º, párrafo tercero). En segundo lugar, se establece que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta *lo es también civilmente* (Cod. pen. art. 19). La ley—concretamente el Código penal—hace derivar de los delitos y faltas una responsabilidad criminal y una responsabilidad civil; la primera da lugar a que la ley imponga una *pena*; la segunda da lugar a que la ley haga nacer una *obligación civil* cuyo contenido comprende, según el artículo 101 del Código penal: «1.º La restitución...

ción. 2.º La reparación del daño causado. 3.º La indemnización de perjuicios.» (41):

Es evidente que, tanto la pena como la obligación civil de restituir, reparar e indemnizar, tienen el mismo origen o la misma fuente. Y salta a la vista la inexactitud que envuelve la afirmación de que del delito nacen obligaciones y la consiguiente inclusión de los actos ilícitos entre las «fuentes» de las obligaciones. Porque, en estricta lógica, habría que afirmar entonces que también la pena nace del delito o que éste constituye la fuente o el origen de aquella, lo cual es completamente absurdo.

El delito (o la falta) constituye, pues, un supuesto de hecho del que la ley hace nacer una obligación. El supuesto reúne características tan definidas (o, lo que es lo mismo, resulta tan típico) que ha podido dar lugar a que se le considerara como una fuente de obligaciones. Pero no es del delito de donde *nace* la obligación, sino de la ley, que reacciona contra el acto ilícito imponiendo simultáneamente una pena y una obligación de reparar.

Lo mismo ocurre en los llamados cuasi contratos y cuasi delitos; aunque no de manera tan visible como en los delitos, ya que éstos, precisamente por ser conceptos propios del Derecho penal, que ha hecho de la tipicidad uno de sus principios fundamentales, se nos presentan bien definidos, sin posibilidad de confusión con otras figuras o supuestos más o menos afines, y sin que quepa lugar a dudas sobre lo que es delito o falta y lo que no lo es. Por lo que se refiere a los cuasi contratos, es indudable que constituyen también supuestos de hecho que la ley (en este caso, la ley civil) ha tipificado llegando a englobarlos dentro de una categoría a la que se ha dado desde el Derecho justinianeo ese equívoco nombre. Con todo, no nos interesan aquí ni la cuestión terminológica ni la relativa a la naturaleza jurídica de esta figura (42). Prescindiremos también de las opiniones doc-

---

(41) Las disposiciones del Código penal a que se remite el Código civil en el artículo 1.092 para la regulación de las obligaciones civiles nacidas de delitos o faltas están contenidas en el libro primero, título II, capítulo II («De las personas responsables civilmente de los delitos y faltas»: arts. 19-22) y en el título IV del mismo libro («De la responsabilidad civil y de las costas procesales»: arts. 101-112; el 109 y el 110 se refieren sólo a las costas). A su vez, el Código penal se remite a las reglas del Derecho civil para la extinción de la responsabilidad civil nacida de delitos o faltas (artículo 117).

(42) Un resumen de las posiciones de la ciencia moderna ante la teoría del cuasi contrato puede verse en CASTÁN: *Derecho civil...* etc., tomo IV (8.ª ed., Madrid, 1956), págs. 796-798.

Entre estas posiciones se cita la de un grupo de relevantes tratadistas —PLANIOL, GIORGI, PACIFICI-MAZZONI, RUGGIERO, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, ARACIL—que consideran a los cuasi contratos como simples disposiciones legales que deben lógicamente incluirse dentro de las obligaciones fundadas en la ley (v. también ORTEGA PARDO, cit. en nota 20). Criterio que compartimos, pero no sin hacer la advertencia de que otro tanto puede decirse de todas las obligaciones que no nazcan de un contrato.

trinales que se han mantenido en torno a la cuestión de si hay en los llamados cuasi contratos una serie de características comunes que permitan considerarlos como un grupo de naturaleza homogénea (43). Lo que queremos destacar es que el Código civil ha reunido bajo la rúbrica del cuasi contrato dos supuestos de hecho—gestión de negocios ajenos y cobro de lo indebido (44)—que, de acuerdo con la tradición, han sido consagrados como fuentes de obligaciones. Con ello, han quedado tipificados como supuestos de los que *la ley* hace nacer una obligación; pero, en sí mismos, no pueden ser considerados como fuentes de las obligaciones. Tampoco es cierto, pues, que las obligaciones *nazcan* de los cuasi contratos.

Por último, quedan los cuasi delitos, denominación que el Código no emplea, sustituyéndola por la de actos y omisiones «en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» (artículo 1.089). Aquí la tipicidad y la homogeneidad de los supuestos que pueden englobarse dentro de esta categoría parecen todavía más confusas e inciertas. La categoría resulta un tanto vaga, pero no puede negarse que, por lo menos, existirá entre los supuestos que la integran esa nota común constituida por la circunstancia de intervenir en ellos «cualquier género» de culpa o negligencia «no penadas, por la ley» (con la misma amplitud, el artículo 1.902—primero de los que, por la remisión hecha en el artículo 1.093, rigen esta materia—impone la obligación de reparar el daño causado por toda acción u omisión que cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia); a esta circunstancia ha de unirse la de que la acción u omisión culposa o negligente haya causado un daño (circunstancia no expresada en los arts. 1.089 y 1.093, aunque sí en el 1.902) (45). Pues bien, todo daño causado a otra persona por acto u omisión en que intervenga cualquier

(43) Véase CASTÁN: ob. y loc. cit. en la nota anterior.

(44) Estas son las dos figuras de cuasi contrato que regula el Código. Pero antes de entrar en su regulación, el Código ha dado una definición genérica del cuasi contrato en el artículo 1.887. Sobre la posibilidad de añadir otros supuestos que deban considerarse como cuasi contratos por su analogía con los que el Código regula y por poderseles aplicar esa definición legal genérica, véase el interesante trabajo de ORTEGA PARDO, citado en nota 20.

(45) El criterio de diferenciación entre los delitos o faltas y estos otros actos u omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia es—como se ha observado—puramente formal. Lo que hace de estos últimos un grupo aparte (que sustituye al de los cuasi delitos) es, según nuestro Código civil, el no estar penados por la ley. Pero Ursicino ALVAREZ observa (en loc. cit., págs. 9 y sigs.) que aún admitiendo este imperfecto sistema de diferenciación, un análisis detenido de las disposiciones de los Códigos civil y penal lleva a la sorprendente conclusión de que apenas existe posibilidad de imaginar daño alguno ocasionado por acto u omisión ilícita en que intervenga culpa o negligencia que no sea objeto de sanción penal, con la consecuencia absurda de que el capítulo II del título XVI del libro cuarto de nuestro Código civil, al que se remite el artículo 1.093 para la regulación de las obligaciones nacidas de dichos actos u omisiones, no tendría nunca aplicación.



género de culpa o negligencia, constituye un supuesto de hecho que la ley—concretamente, el Código civil en su artículo 1.902—sanciona imponiendo a su autor la obligación de reparar el daño causado. Obligación que no *nace* de la acción u omisión culposa o negligente, sino de la ley.

Resulta, pues, que de todas las que el artículo 1.089 enumera, solamente dos pueden ser consideradas como verdaderas fuentes de las obligaciones: el contrato y la ley. De los cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia no nacen obligaciones; se trata simplemente de supuestos de los que la ley hace nacer una obligación. Ahora bien, es evidente que no son éstos los únicos supuestos en los que la ley aprecia una base suficiente para justificar el nacimiento de la obligación establecida por ella; lo de-

---

En efecto, el artículo 19 del Código penal sienta el principio genérico de que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente», y como los supuestos previstos en los arts. 1.905, 1907, 1908, números 1.º y 4.º, y 1910 del Código civil corresponden a otros tantos supuestos previstos y penados en el Código penal como faltas (art. 572, 575 y 576 del Código penal de 1932, que corresponden a los arts. 577, 580 y 581 del Código penal vigente), resultará que en tales casos la responsabilidad no será la derivada del artículo 1.902, sino la responsabilidad civil aparejada a toda responsabilidad criminal en virtud del citado art. 19. del Código penal. Es decir, se responderá por una acción u omisión culposa o negligente y penada por la ley, con lo que estaremos dentro del supuesto del artículo 1.092 (obligaciones civiles nacidas de los delitos o faltas) y no en el del 1.093. Quedarían, pues, como hipótesis exclusivas de actos ilícitos en que intervenga culpa o negligencia no sancionados en el Código penal, los contenidos en el artículo 1.906 (que, hasta cierto punto, es sólo una ampliación del 1.905), la del art. 1908, núms. 2 y 3, y los correspondientes a los daños causados por animales no feroces ni dañinos, dados los términos amplios en que está redactado el artículo 1.905 del Código civil, aunque también puede estimarse una correspondencia de este artículo con el 586 del Código penal (de 1932; corresponde al 592 del Código penal vigente). Cabría añadir otros casos imaginables al amparo de la generalidad con que en el artículo 1.089 se alude a «cualquier género de culpa o negligencia» y a la misma amplitud del artículo 1.902. Pero ni aun esto atenuaría en nada la conclusión absurda antes aludida, ya que el artículo 594 del Código penal (corresponde al art. 600 del vigente), con una disposición genérica y omnicompreensiva, sanciona a «los que por negligencia o por descuido causaren un daño cualquiera...» Por lo tanto—concluye ALVAREZ SUÁREZ—no existe hipótesis alguna que cumpla la previsión del artículo 1.093 del Código civil, pues apenas se hallan supuestos de los que él aborda no sancionados por el Código penal. Y termina señalando como únicos casos en los que tendrá aplicación el capítulo II del título XVI del libro cuarto del Código civil (arts. 1.902-1.910) los dos siguientes: 1.º Caso de que el Tribunal criminal no aprecie existencia de delito o falta y, sin embargo, exista daño debido a culpa o negligencia (difícil en vista del artículo 600 del Código Penal.) 2.º Caso de que aun existiendo delito o falta se haya extinguido la acción penal por muerte del culpable (art. 115 Ley Enjuiciamiento Criminal).

Con todo, y sin negar que esta interferencia entre el ordenamiento civil y el penal viene a reducir considerablemente el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y sigs. del Código civil, creemos que no puede llevarse la cues-

muestra el que, al lado de ellos, el artículo 1.089 ha mencionado a la ley entre las fuentes de las obligaciones. ¿Qué obligaciones serán las nacidas de la ley? Nuestra respuesta ya la hemos dado: lo son todas las que no nacen de un contrato. Pero fácilmente se comprende que la respuesta del Código no podría ser la misma; al incluir a la ley entre las fuentes y al mencionarla junto a esas otras figuras que, como hemos visto, no son verdaderas fuentes de obligación pero que el Código consideró como tales, el legislador estaba pensando en otras obligaciones que, si no eran las nacidas del contrato, no eran tampoco las que, según él, nacían del cuasi contrato y de los actos y omisiones ilícitos... etc.

La respuesta del Código la da el artículo 1.090. En él, después de decir que «las obligaciones derivadas de la ley no se presumen», se establece que «sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales». Se trata, pues, de obligaciones impuestas expresamente por la ley (46), pero tampoco parece que esta aclaración acabe de resolver la cuestión ya que, después de las consideraciones que hemos hecho acerca de las pretendidas «fuentes» que, junto a la ley y a los contratos menciona el artículo 1.089, hemos podido llegar a la conclusión de que también en esos casos se trata de obligaciones impuestas por la ley y expresamente determinadas en el Código civil o en el Código penal.

Lo que ocurre—ya lo advertíamos—es que todas las obligaciones no originadas por un contrato presentan la nota común de ser obligaciones no queridas por las partes, sino impuestas por la ley; y lo que las diferencia—y las diferencia hasta tal punto que parece que nazcan de distintas fuentes—es el distinto supuesto de hecho que justifica el nacimiento de la obligación. Equivocadamente, las codificaciones han considerado esos supuestos de hecho como fuentes de las obligaciones, lo cual se explica teniendo en cuenta la tradición y teniendo en cuenta también que, al amparo de ella, tales supuestos habían llegado a constituir verdaderos tipos. Pero no pueden pasar de ahí; es decir, no pue-

---

tión hasta el punto de afirmar la inutilidad o inaplicabilidad de esos preceptos. A esos supuestos que acabamos de mencionar—y que se indican como los únicos en que tendrían aplicación las normas civiles en materia de responsabilidad por daños—todavía podrían agregarse otros. Podríamos añadir el caso de extinción de la acción penal por prescripción (que en las faltas tiene un plazo sumamente reducido) subsistiendo la responsabilidad civil, sometida al plazo general de prescripción de las acciones civiles. Y también—supuesto que consideramos muy probable y frecuente—el caso de que el perjudicado no tenga interés en promover la acción penal para que se imponga la sanción (insignificante) de la falta, contentándose con exigir la responsabilidad civil que es la que verdaderamente le interesa.

(46) A propósito del artículo 1.090 observa ESPÍN CÁNOVAS que aunque de él parece deducirse que las obligaciones legales han de estar impuestas precisamente por el Código civil o por leyes especiales, hay que entender que pueden derivarse de cualquier ley, sea o no especial (*Manual de Derecho civil español*, vol. III, *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1954, pág. 121).

deñ ser considerados más que como supuestos de hecho de los que la ley hace derivar una obligación.

La ley hace nacer también obligaciones de otros supuestos que, a diferencia de aquéllos, no presentan características homogéneas y que, por esa misma razón, no han podido llegar a adquirir tipicidad y a constituir una categoría bien definida. En ausencia de notas comunes a todos esos supuestos, que pudieran justificar el que se los englobara dentro de un grupo de contornos bien definidos, ha quedado como única nota visible la circunstancia de que en todos esos casos sea la ley la que hace surgir la obligación. Lo cual no es privativo de tales casos, puesto que ocurre también en todas las obligaciones que no derivando de un contrato no pueden tener otra fuente que la ley.

Se ha dicho que de las obligaciones nacidas de la ley (en el sentido del art. 1.089) sólo se puede dar un concepto negativo: son las nacidas de todos los hechos no previstos especialmente en el artículo 1.089 (47). Lo cual es cierto, pero lo es precisamente por la defectuosa técnica de este precepto en el que se han mezclado de manera confusa «fuentes» y «hechos», es decir, verdaderas fuentes (ley y contrato) y supuestos de hecho que justifican el nacimiento de obligaciones cuya única fuente posible es la ley.

Sin embargo, muchos autores han querido caracterizar de manera positiva a esas obligaciones nacidas «de la ley», y para ello han señalado que su peculiaridad consiste en la circunstancia de que tales obligaciones proceden *directa e inmediatamente* de la ley (48). Lo cual es inexacto. En primer lugar, hay que advertir

(47) Es el concepto que da de ellas DÍAZ PAIRÓ: *Introducción al Derecho de Obligaciones*, Habana, 1943, tomo II, pág. 8. También las caracteriza en forma negativa y por exclusión PLANIOL, cuando al criticar a los autores que, apoyándose en el artículo 1.370 del Código francés, llaman *obligaciones legales* a las que no resultan de alguna de las otras fuentes, observa que tal expresión no es exacta por ser demasiado general. «En cierto modo—dice—todas las obligaciones extracontractuales son obligaciones legales; cuando el Código habla de obligaciones nacidas exclusivamente «de la autoridad de la ley» se refiere a las que no derivan de un hecho del hombre, lícito o ilícito» (*Traité Elem.*, tomo 2.º, 4.ª ed. París, 1952, pág. 421). V. también GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, trad. esp., Madrid, 1930 (2.ª ed.), vol. VI, pág. 13.

MESSINEO acude también al concepto negativo, pero téngase en cuenta que este autor ya no opera sobre un precepto legal que, como el artículo 1.370 del Código francés o como el 1.089 del Código civil español, mencione expresamente a la ley entre las fuentes de las obligaciones. De lo que parte MESSINEO es de su propia clasificación en obligaciones derivadas «de la voluntad humana» y «de la voluntad de la ley»; las obligaciones legales serán, según él, todas las que nazcan de una fuente que no sea el contrato ni la promesa unilateral (*Manuale...*, vol. 3.º, 1.ª parte, tomo 2.º, 8.ª ed. Milán, 1954, pág. 448). La caracterización es, como las anteriores, negativa, pero de significado distinto al de aquéllas por tomar como punto de partida una clasificación completamente distinta.

(48) Entre los españoles, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE DE DIEGO, etcétera; en Francia, JOSSEERAND y otros.

que tal afirmación parece hecha para salir al paso de la posible objeción de que todas las obligaciones son legales; anticipándose a ella se afirma que, si bien es cierto que la ley interviene en todas las obligaciones, no lo hace siempre del mismo modo, ya que en unas es causa directa e inmediata y en las otras indirecta y mediata. Criterio que desvirtúa completamente el valor de la ley como fuente de obligaciones, porque los autores que lo mantienen afirmarán, por ejemplo, que en el caso del delito la obligación de reparar tiene su fuente directa e inmediata en el delito mismo y que la ley juega tan sólo como fuente o causa indirecta y mediata, lo cual es completamente inadmisibile. Y otro tanto se dirá respecto de los cuasi contratos, de los cuasi delitos y aun del mismo contrato. La causa del error está, una vez más, en el hecho de que desde la clasificación justiniana se venga colocando al contrato en el mismo plano en que se coloca a todas esas otras pretendidas fuentes; de ahí que se haya considerado a estas últimas como verdaderas causas de obligaciones cuando, en realidad, la fuente de tales obligaciones es siempre la ley. A la afirmación de que todas las obligaciones (incluso las nacidas del contrato) son legales, lo que hay que responder es que la intervención de la ley es distinta en los contratos y en los demás supuestos, porque en aquellos la ley se limita a *reconocer* la obligación querida por las partes, mientras que en éstos *impone* una obligación sin la voluntad o en contra de la voluntad de la persona que resulta obligada.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, aún en esas obligaciones que se dicen nacidas *directa e inmediatamente* de la ley, será indispensable un hecho humano o una situación que sirva de fundamento a la obligación que la ley impone (49). Quizá lo que haya dado lugar a aquella idea sea la expresión del artículo 1.370 del Código francés cuando alude a obligaciones que resultan «exclusivamente de la autoridad de la ley»; pero, como ya tuvimos ocasión de advertir al comentar dicho artículo, la expresión envuelve una exageración ya que aún en esas obligaciones la ley tomará siempre en cuenta un supuesto de hecho cualquiera que justifique la conveniencia de la obligación que impone.

Resumiendo, pues, hemos de advertir: 1.º Que, si bien es cierto que hay obligaciones que tienen su origen *directa e inmediatamente* en la ley, tal circunstancia no solamente conviene a las obligaciones nacidas «de la ley», en el sentido del artículo 1.089, sino también a las que, impropiaemente, se considera nacidas de

(49) Ya lo advertía GIORGI (ob. cit., vol III, pág. 17) diciendo que la obligación de alimentos—una de las que los autores proponían como ejemplo de obligaciones legales «directas e inmediatas»—no se concibe sin el matrimonio o la filiación... etc. Nosotros añadíamos todavía las otras circunstancias necesarias para que surja la obligación legal de alimentos: necesidad del alimentista, posibilidad material del obligado a prestarlos, etc.

los cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Toda obligación contraída sin intervención de la voluntad del obligado tiene su fuente directa e inmediata en la ley. 2.º Que la consideración de la ley como fuente *directa e inmediata* de obligaciones no puede significar que la ley las imponga sin que exista un acto humano o una situación en los que la obligación pueda encontrar su fundamento propio.

VIII. La conclusión de esta revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones no ha de llevarnos forzosamente a proponer una nueva clasificación. Ello no tendría ninguna utilidad, ni siquiera en el puro terreno doctrinal, mientras no se borrarán del Código los artículos que enumeran las que el legislador considera como fuentes de las obligaciones. De todos modos, tampoco el hecho de que el Código contenga una enumeración de fuentes ha de considerarse como un impedimento para que la doctrina intente una rectificación de esos conceptos y una reducción de la cuestión a sus verdaderos límites.

Más que proponer nuevas clasificaciones, lo que interesa es aprovechar los elementos que el mismo Código nos ofrece para entender rectamente el sentido de sus disposiciones en esta materia. Los Códigos, que «no se equivocan» cuando mandan, pueden equivocarse cuando definen o cuando clasifican. Una equivocación en una norma imperativa implicaría una injusticia que, sin embargo, no privaría a la norma de su obligatoriedad y de su eficacia. Una equivocación en una norma cuyo contenido no fuera imperativo sino enunciativo de un principio o sistematizador de unas instituciones, implicaría no una injusticia, sino una *inexactitud*. Fácilmente se comprende que para remediar la primera situación no habría otro medio que el de una reforma legislativa (50); para poner remedio a la segunda puede bastar, en cambio—al menos provisionalmente—una aclaración que deje bien deslindado lo que hay de exacto y de inexacto en la norma, su parte de verdad y su parte de error. Terreno, por tanto, en el que la doctrina tiene amplias posibilidades de actuación, porque su papel no se agotará en una crítica estéril sino que consistirá en lograr que, pese a la inexactitud de la norma, se pueda llegar a comprender exactamente lo que debería decir, aunque de momento siga diciendo lo que dice.

Se trata, pues, no de lanzarse a una pura especulación doctrinal, sino de mantenerse en contacto con la norma puesto que, en definitiva, la cuestión queda planteada como problema de interpretación. Y, centrada en este terreno, creemos que el Código

---

(50) Cabe pensar también en una interpretación correctiva por parte de los Tribunales. Pero fácilmente se comprende que éste no sería un verdadero remedio más que para el caso concreto resuelto por la sentencia en que se acudiera a dicha interpretación correctiva.

ofrece elementos aprovechables para aclarar el problema de la clasificación de las fuentes. Simplemente como resumen de todo lo dicho hasta aquí, podemos ofrecer un esquema de la clasificación de las fuentes de las obligaciones *en el Código civil*, clasificación que se deduce de la agrupación de las obligaciones en dos grandes categorías:

a) Obligaciones nacidas de un *contrato* (títulos II y sigs. del libro 4.º) (51).

b) Obligaciones que se contraen *sin convenio* (título XVI del mismo libro).

Las del segundo grupo, no siendo resultado de la voluntad de los interesados no pueden tener otra fuente que la ley. Nacen directamente de la ley, pero ésta no las impone arbitrariamente, sino cuando concurren determinados supuestos de hecho en los que aprecia un fundamento para hacer que nazca una obligación entre dos personas.

Ahora bien, algunos de esos supuestos de hecho presentan características bastantes definidas que han dado lugar a que lleguen a formar un grupo homogéneo; es decir, han llegado a constituir *tipos* de supuestos de los que la ley hace nacer obligaciones. De ahí que, *dentro «de las obligaciones que se contraen sin convenio»*, distinga el Código:

1.º) Obligaciones que *la ley impone* cuando concurren los supuestos de la gestión de negocios y del cobro de lo indebido (supuestos agrupados bajo la impropia denominación de *cuasi contratos*).

2.º) Obligaciones que *la ley impone* cuando concurren los supuestos tipificados en el Código penal como delitos o faltas. La misma ley hace nacer de los delitos y de las faltas una responsabilidad penal y una responsabilidad civil.

3.º) Obligaciones que *la ley impone* cuando concurren los supuestos de una conducta culposa o negligente para la que no se establece una sanción penal.

4.º) Obligaciones que *la ley impone* cuando concurren otros supuestos que, por no reunir características homogéneas, no han llegado a formar un supuesto típico, como los anteriores. A ellas alude genéricamente el artículo 1.089 cuando dice que las obligaciones nacen «de la ley».

---

(51) A este primer grupo se le puede dar un contenido más amplio si en lugar de aludir al contrato se alude al *negocio jurídico* o a la *voluntad humana*, conceptos que permitirían incluir en esta categoría a las obligaciones nacidas de la promesa unilateral, por ejemplo. Pero va ha quedado subrayado que el esquema que ofrecemos es el de la clasificación de las fuentes de las obligaciones *en el Código civil*. Y en el Código solamente se alude al contrato como fuente de obligaciones voluntarias, es decir, *queridas por las partes*.

# Problemas de la contratación entre personas distantes

ALBERTO DE ROVIRA MOLA

y

ALBERTO PALOMAR BARÓ

Abogados del Ilustre Colegio de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INDICACIONES HISTÓRICAS: 1. *Derecho romano*. 2. *Derecho español*.—III. MOMENTO DE PERFECCIÓN: 1. *Exposición doctrinal*: A) Teoría de la declaración. B) Teoría de la expedición. C) Teoría de la recepción. D) Teoría de la cognición. E) Teoría de WINDSCHEID. F) Teoría de KOEPPEN. G) Teoría de PESCATORE. H) Teoría de GIORGI. I) Conclusiones críticas. 2. *Derecho comparado*: A) Legislaciones que adoptan el sistema de la declaración. B) Legislaciones que siguen el sistema de la expedición. C) Legislaciones que acogen el sistema de la recepción. D) Legislaciones que sancionan el sistema de la cognición. 3. *Derecho español*.—IV. LUGAR DE FORMACIÓN.—V. CRUCE DE OFERTAS.—VI. SUSTANTIVIDAD DE LA OFERTA: 1. *Doctrina*. 2. *Derecho comparado*. 3. *Derecho español*.—VII. ACEPTACIÓN TARDÍA: 1. *Aceptación emitida o expedida fuera de plazo*. 2. *Aceptación expedida a tiempo, pero llegada al oferente, sin culpa del aceptante, una vez extinguido el plazo*. 3. *Aceptación expedida a tiempo, pero llegada al oferente una vez transcurrido el plazo y por culpa del aceptante*. 4. *Falta de plazo de aceptación*. 5. *Modo de computar el plazo de aceptación*.—VIII. REVOCACIÓN DE LA OFERTA: 1. *Exposición doctrinal*: A) Consideración de la irrevocabilidad. B) El derecho de revocación. Su alcance. C) Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios. D) Renuncia a la revocación. E) El caso de las ofertas con la cláusula «sin compromiso». 2. *Derecho comparado*. 3. *Derecho español*.—IX. REVOCACIÓN DE LA ACEPTACIÓN: 1. *Doctrina*. 2. *Derecho comparado*. 3. *Derecho español*.—X. CASOS ESPECIALES SEGÚN EL MEDIO DE TRANSMISIÓN EMPLEADO: 1. *Contratación por nuncio o mensajero*. 2. *Contratación por telégrafo*: A) Cuestiones que presenta: a) Determinación de la identidad del expedidor. b) Supuesto de error en la transmisión. B) Derecho comparado. C) Derecho español. Consideración especial del artículo 51, párrafo 2, del Código de Comercio. 3. *Contratación por teléfono*: A) *Doctrina*. B) *Derecho comparado*. C) *Derecho español*.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1.258 del Código civil dice que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento», y el 1.262, que éste se ma-

nifiesta «por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.»

Por consiguiente, si existe una coincidencia completa entre la oferta y la aceptación, surge el consentimiento, que por sí mismo basta para el nacimiento del contrato, según la doctrina espiritualista que informa nuestro Derecho contractual y que tan claramente consagra el artículo 1.254 del propio Código civil.

Cuando las partes están *presentes*, es decir, cuando el oferente y el aceptante se hallan en tal situación que la oferta y la aceptación se declaran casi simultáneamente, no se plantea cuestión alguna por razón del momento de perfección del contrato, derivada de la existencia de un intervalo durante el cual pueda dudarse de si se ha verificado o no el encuentro de voluntades que es causa de aquél, pues dicho intervalo no existe.

En cambio, el problema se presenta cuando las partes no están presentes, sino que, por hallarse en lugares distintos, las declaraciones de una y otra no pueden hacerse en la forma simultánea que se acaba de indicar. En tal supuesto, existe una persona ante una oferta declarada hace más o menos tiempo por otra situada en distinto lugar; y, por tanto, si declara su conformidad con tal oferta, mediante la correspondiente aceptación, ésta tardará también un tiempo, más o menos largo, en llegar a la primera, es decir, al oferente. Esta falta de coincidencia de oferta y aceptación en un tiempo brevísimo, como sucede cuando las partes están presentes, da lugar al problema que tradicionalmente se ha venido llamando en la doctrina jurídica del «momento de perfección de los contratos celebrados entre ausentes».

En el presente trabajo nos ocuparemos, desde luego, del apuntado problema, pero también de otros, conexos o derivados del mismo, que nacen de la existencia del intervalo que media entre las declaraciones de las partes, y del hecho de que ambas residan en lugares distintos, no encontrándose en presencia material la una respecto de la otra.

Hemos de advertir, no obstante, que en la doctrina española la generalidad de los autores habla de «contratos entre *ausentes*» o de «contratos por *correspondencia*». En cuanto a esta última expresión, su empleo se basa en estimar que se refiere, en su más amplia acepción, a todas las relaciones que mantienen personas apartadas entre sí, pudiendo manifestarse en forma escrita (correspondencia postal o epistolar y telegráfica), oral (correspondencia telefónica) y mixta (por mandato o por mensaje). Sin embargo, la consideramos inexacta porque en la actualidad el sentido usual y corriente que tiene entre nosotros el término correspondencia lo identifica con la comunicación por medio de carta u otro escrito análogo, y, a lo más, con la telegráfica; y, por consiguiente, preferimos no hablar únicamente de contrato por correspondencia, porque los problemas que examinaremos surgen del hecho indubitado de que dos personas, que se proponen



contratar, se hallan en lugares distintos. Por otra parte, tampoco nos parece acertada la expresión «entre ausentes», ya que si bien la palabra ausente se dice del que está separado de alguna persona o lugar, es lo cierto que en el lenguaje jurídico dicho término tiene un sentido perfectamente claro y definido, expresivo de la situación de ausencia legal, que es preferible no utilizar para designar otros supuestos que nada tienen que ver con dicha acepción exclusivamente técnica.

De ahí que consideremos más conveniente emplear la locución «entre personas *distantes*», que hemos visto acogida en varios autores italianos (v. gr.: MESSINEO, VIVANTE), y reservar la de «ausentes» para aludir a los que están en la situación legal de ausencia. Además, el hecho de que en el ordenamiento jurídico patrio no exista sobre este particular una terminología definida, pues, como veremos, los textos legales únicamente citan la contratación por medio de carta y la que tiene lugar a través del telégrafo, facilita la adopción de unos términos claramente diferenciados de otros que tienen su propia esfera de aplicación.

Ahora bien, puede darse el caso de que entre dos personas que se hallen en diversos lugares, la comunicación recíproca de sus declaraciones de voluntad contractual se manifieste en forma análoga a la que se realiza entre personas presentes, de modo que aquéllas se producen casi simultáneamente; éste es el supuesto de la contratación por teléfono, a la que dedicaremos un apartado especial. Por esta razón, se ha distinguido entre los contratos celebrados entre personas distintas y los celebrados entre presentes, por una parte, y de otra, entre los contratos de formación simultánea y los de formación sucesiva o *ex intervallo*. Estas dos categorías no son coincidentes, pues si bien ordinariamente los contratos entre personas distantes son de formación sucesiva, en algún caso, como el indicado de la contratación por teléfono, son de formación instantánea; y en los contratos entre presentes, si bien generalmente constituyen supuestos de formación instantánea, no puede excluirse la posibilidad de que lleguen a ser contratos de formación sucesiva, por ejemplo, en el caso de que, en presencia las dos partes, una de ellas, el oferente, conceda a la otra un plazo de deliberación para aceptar.

Realmente esta diferenciación, que ha puesto de relieve MORENO QUESADA (1), tiene la ventaja de solucionar en forma definitiva la discusión doctrinal nacida en algunos casos de contratos celebrados entre personas distantes, como el tan repetido del teléfono, que si, por lo que se refiere a la cuestión del momento de perfección, se estima celebrado entre presentes, en cuanto al lugar en que debe considerarse perfeccionado, se reputa contraído entre ausentes.

---

(1) *La oferta de contrato*, en «Revista de Derecho Notarial», tomo IV, abril-junio 1956, págs. 113 y sigs.

Ofrecemos este trabajo bajo la expresión de «contratos entre personas distantes», puesto que toma como punto de partida de los problemas a estudiar el hecho de que los contratantes estén materialmente alejados uno del otro, tanto si, por razón del medio de comunicación entre ellos empleado, el contrato deba calificarse como de formación simultánea o como de formación sucesiva.

Es de toda evidencia que los contratos entre personas distantes constituyen en la actualidad un tanto por ciento muy elevado de los que se celebra, y es sobre todo en la esfera mercantil donde adquieren su más amplio desarrollo. Los comerciantes concluyen la mayor parte de sus operaciones por medio de cartas, telegramas y llamadas telefónicas. El comercio relaciona a personas que viven en distinta población e incluso en diferentes países, y que probablemente, a pesar de un frecuente e intenso trato, nunca se han conocido personalmente. Sin embargo, también en el Derecho civil, como es natural, tiene interés el examen de la contratación entre personas distantes, si bien el menor volumen de contratación los hace menos habituales.

Hemos de destacar aquí la circunstancia de que la doctrina y jurisprudencia extranjeras son particularmente abundantes en el tema que nos ocupa, siendo así que en nuestro Derecho, aunque no puede decirse que sean ciertamente escasos los autores que se han ocupado de esta cuestión, resulta, en cambio, sorprendente la escasez de jurisprudencia, lo que parece indicar, sobre todo en el ámbito comercial, donde, según acabamos de decir, el supuesto habrá de presentarse con mayor frecuencia, que la honestidad y buena fe de los comerciantes resuelve, sin necesidad de litigios, los problemas que hemos de examinar.

En los apartados siguientes expondremos, después de unas breves indicaciones históricas y del examen de los tradicionales problemas del momento y lugar de perfección de los contratos celebrados entre personas distantes, las consideraciones que nos sugieren el cruce de ofertas, la aceptación tardía, la sustantividad de la oferta y la revocación de ésta y de la aceptación, así como las cuestiones especiales que ofrece el particular medio de comunicación empleado para contratar, todo ello, con una ligera referencia a las legislaciones extranjeras, con vista especialmente a las soluciones procedentes en el Derecho español.

## II. INDICACIONES HISTÓRICAS

1. *Derecho romano*.—Sería inútil tratar de encontrar en los textos romanos una solución concreta a la diversidad de problemas de que se ocupa el presente trabajo, porque los jurisperitos de Roma, con su característica hostilidad hacia la abstracción, no construyeron una teoría general de la contratación ni de las declaraciones de voluntad, sino que fueron estudiando, en los dis-

tintos casos que la realidad les ofrecía, las situaciones que merecían ser protegidas por medio de acciones y las circunstancias que facultaban a determinada persona para actuar respecto de una cosa o de otra persona también determinada.

Por ello, puede afirmarse que los problemas que van a ser objeto de nuestra atención carecen de antecedente romano, algunos de ellos, como es natural, por imposibilidad material de que pudieran presentarse (contratación por telégrafo, por teléfono, etc.), si bien, en términos generales, es posible asegurar que el supuesto de la contratación entre personas distantes, por ser circunstancia que la vida jurídica había de presentar con relativa frecuencia, estaba previsto en el Derecho romano, según lo atestiguan los diversos fragmentos que aluden a la posibilidad de perfeccionar convenciones entre ausentes, por mensajero (*nuntius*) o por carta (D, II, 4, 2; XVII, 1, 62, § 1; XLIV, 7 38).

Claro es que esa posibilidad estaba limitada a los negocios no formales, que no requerían la presencia simultánea de las partes; por lo que los contratos procedentes del *ius gentium* eran los que precisamente admitían su perfeccionamiento *inter absentes*, por carta o mensajero. A ellos se refieren expresamente las fuentes, en general a la compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato (D, XLIV, 7, 2, § 2), y en particular, a la compraventa (D, XVIII, 1, 1, § 2; C, IV, 50, 9), a la sociedad (D, XVIII 2, 4) y al mandato (D, XVII, 1, 1, § 1). En cambio, los negocios jurídicos formales, como la *stipulatio*, en los que era necesaria la presencia de las partes y la emisión oral de la voluntad, resultaban ineficaces de ser contraídos entre personas distantes (I, III, 20; § 12; D, V, 7, 2).

El caso más contemplado en las fuentes es el del *nuntius*, que se utilizó en Roma con gran amplitud (en los negocios no formales), con su específica misión de mero portador de la voluntad del *dominus negotii* o como simple instrumento para realizar un comportamiento con trascendencia jurídica. Así, como portavoz del *dominus*, aparte de los fragmentos citados, puede verse: D, II, 14, 2; XVII, 1, 1, § 1; XVII, 2, 4; XLIV, 7, 2; como instrumento, de un comportamiento pueden encontrarse en las fuentes varios casos en los que es posible adquirir la posesión valiéndose de un nuncio que ejecute el acto de aprehender y conservar el *corpus*, aun cuando no tenga el *animus*, que puede residir exclusivamente en el *dominus*; por tanto, es posible adquirir también la propiedad por *traditio* a través de dichas personas. He aquí varios supuestos: D, XXXIX, 5, 6, sobre adquisición de la piedra de una cantera mediante un mercenario; D, XL, 2, 22, y XL, 9, 15, § 1, que refieren casos de manumisión de esclavos realizados por *filiifamilias*; D, XLI, 2, 1, § 5, que expresamente dice que puede adquirirse la posesión por medio del esclavo o del hijo que está bajo potestad; D, XLI, 2, 51, que considera adquirido un montón de leña desde el instante en que el comprador le pone un vigi-

lante o guarda, pues, desde aquel momento se considera que se le entregó.

Por el contrario, parece seguro que el nuncio no podía ser utilizado para iniciar un proceso ante el magistrado (2).

Por otra parte, sería muy difícil encontrar en el Derecho romano apoyo para ninguna de las doctrinas que posteriormente tanto han dividido a la opinión científica y a las legislaciones respecto al momento de perfección de los contratos celebrados entre personas distantes. Aunque las leyes romanas no solucionan dicha cuestión, no faltan autores (3) que se inclinan a pensar como más conforme al espíritu del Derecho romano la teoría de la cognición, o que invocan a favor de ésta, o por lo menos para excluir la doctrina de la declaración, ciertos textos, según los cuales un sordo no puede estipular porque no es capaz de percibir la respuesta del promitente (D, XLV, I, I pr.; D, XLV, I, I, § 15; D, XLIV, 7, 48). Pero, como dice ENNECCERUS (4), este argumento quiebra si se tiene en cuenta que una declaración que se hace por un medio que *no puede* llegar en modo alguno a la conciencia del destinatario no es una declaración a éste, de modo que ha de considerarse como no efectuada; y, además, que la especialidad del caso de la *stipulatio*, contrato esencialmente formal, no permite extender sus requisitos peculiares a todos los contratos.

2. *Derecho español*.—La contratación entre personas distantes, y de una manera especial la que tiene lugar por medio de la correspondencia, careció de regulación en el Derecho visigótico; el formalismo propio del Derecho romano, que como hemos visto, no construyó una teoría general de las declaraciones de voluntad, limitándose a indicar en algunos fragmentos de las fuentes la posibilidad de perfeccionar convenciones *inter absentes* por *nuntius*, o por carta, unido a la imposibilidad práctica en que se hallaba la mayoría del pueblo por su falta de cultura y de medios, de utilizar la escritura como instrumento de transmisión de la

(2) ULPIANO, XXXVI, 1, 67, 3, itp., citado por ALVAREZ SUÁREZ: *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1954, pág. 90, nota 195.

(3) ARIAS RAMOS: *Derecho romano* (Apuntes didácticos para un curso), Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1940, tomo I, vol. II, pág. 55; DÍAZ GONZÁLEZ: *Instituciones de Derecho romano*, 5.ª edición, Barcelona, Bosch, 1944, tomo II, pág. 344; GRASSI: *Istituzioni di Diritto romano comparato col Diritto moderno*, Catania, Società Internazionale degli Intellettuali, 1921, tomo II, pág. 27; MAYNZ: *Curso de Derecho romano*, traducido por Antonio José POU Y ORDINAS, Barcelona, Jaime Molins, editor, 1877, tomo III, pág. 163, nota 11.

(4) *Derecho civil* (Parte general), 13.ª edición por H. C. NIPPERDEY, traducción de la 39.ª edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, Bosch, 1935, vol. II, pág. 141, nota 6.

voluntad, determinaron que, ni en tiempos de la Monarquía visigoda, ni posteriormente durante la dominación árabe y la Reconquista, nuestra legislación se ocupara de una forma de contratación que difícilmente podía realizarse.

Es en la ley 187 de las de Estilo donde, por primera vez en nuestro Derecho, aparece la palabra *carta*, aunque con un sentido distinto al que se le da actualmente, considerándola equivalente a documento público, y estableciendo que la carta de escribano público en que se hiciera el reconocimiento de una deuda no valiera, aunque el deudor asegurase ser cierta, si aquél a quien se le reconocía no estaba entonces presente; sin la doble presencia de los obligados, la obligación no tenía realidad alguna, pues, como rezaba la ley, «*ca esto es de la sustancia del prometer uno a otro*».

Esta doctrina, tan alejada del espíritu que alienta ahora en nuestras leyes, se reflejó también en la legislación de Partidas, que mostró la misma falta de flexibilidad. Pero, con carácter excepcional, se reconoce por vez primera en dicho Código la validez de la promesa hecha por carta (dando a esta palabra el mismo significado que tiene hoy en día), de pagar la deuda ajena, o la propia hecha sobre *debdo antiguo*, siendo nula dicha promesa en los demás casos; reconocimiento que surge de los términos de la ley 3.<sup>a</sup>, título 11 de la Partida 5.<sup>a</sup> (5), que admite asimismo que dicha promesa pudiera ser hecha por mensajero cierto.

No nos hallamos aún frente al reconocimiento de la contratación por correspondencia, pero es lo cierto que se ha dado un paso hacia el mismo al admitirse que la carta pueda dar lugar a una relación contractual y al nacimiento de un obligación.

Es con el Ordenamiento de Alcalá cuando surge definitivamente la posibilidad de los contratos por correspondencia, al elevar a principio jurídico de carácter general la libertad contractual, según resulta de los términos de la ley única de su título XVI, dentro de cuyo principio general de libertad cabe perfectamente dicha modalidad de contratación, como forma especial de dar vida a las relaciones contractuales entre personas distantes.

Pero aunque virtualmente se desprenda del Ordenamiento la posibilidad del contrato por correspondencia, de modo expreso

(5) Queriendo un ome a otro obligarse por pagar la debda ajena, enviandol prometer, o dezir por su *carta firmada* o por su mensajero cierto, que el se obligaba a pagarle la debda, que la deuia fulano; nombrandole señaladamente, *como quier, que tal obligación como esta, non valdria, si la ficiesse nuevamente por su debda propia, non estando presente, el que prometiesse, e el que recibiesse la promission, pero vale quanto en la que es ajena, de qual manera quier que sea*. Otrossi dezimos, que si un ome deuiesse a otro marauedis que lo ouiesse a dar a cierto dia, e quando viesse aquel plazo, a que gelos deuia dar, *enbiasse dezir e rogar por su carta, que aquellos marauedis que le deuia, que non gelos podra dar en ante: mas que gelos daria en algun lugar que señalasse a otro dia cierto que nombrasse: tal obligación como esta vale porque es fecha sobre debdo antiguo...*

ninguna disposición posterior hace referencia a la misma, regulando la citada forma de contratación; si bien es cierto que a partir de los Reyes Católicos, y durante todo el reinado de la Casa de Austria, se organiza cada vez con mayor perfección el servicio de Correos, lo que es evidente que debió facilitar la contratación por medio de cartas.

Mas hemos de llegar a las Ordenanzas de Bilbao del año 1737 para que se reconozca expresamente el contrato por correspondencia, explicándose el hecho de que sean unas ordenanzas mercantiles las primeras en ocuparse de esta materia, por ser este modo de contratar más propio y natural entre comerciantes que entre individuos ajenos a la profesión mercantil. Pero los preceptos de las Ordenanzas son bastante escasos y deficientes, limitándose a establecer la obligación en que se encontraban los comerciantes de llevar varios libros (Capítulo IX, núm. 1), entre ellos un *copiador de cartas*, encuadernado, y en el que «se han de escribir en copia todas las cartas de negocios que se enviaren a los correspondientes, con toda puntualidad, consecutivamente y a la letra, sin dexar entre una y otra carta más hueco o blanco que el de su separación» (núm. V del mismo capítulo), y a reglamentar «las contratas de comercio que se hicieren entre mercaderes y sus calidades» en el capítulo XI, cuyo número VII establecía que «los negocios que se hicieren con personas ausentes, se han de justificar por lo que constare de los libros y cartas originales recibidas, y copias de las que se hubieren escrito», regulándose por los números I, II, V y VI de dicho capítulo las formalidades de la contratación, cosa que hacen igualmente los números V y VII del capítulo XII.

Estas disposiciones demuestran que en aquella época la contratación por correspondencia entre mercaderes debía de ser cosa frecuente, si bien este medio de contratación no preocupaba demasiado al legislador, que se inhibía de regular los problemas múltiples que el mismo ofrece.

Desde las Ordenanzas de Bilbao de 1737, cuyas reglas se insertan íntegras en las Ordenanzas del Consulado de San Sebastián, confirmadas por una Real providencia del Consejo del mes de agosto de 1776, nada se avanza con relación al particular que nos ocupa en el campo legislativo, hasta llegar al Código de Comercio de 1829, cuyo texto significa el paso del mero reconocimiento de la contratación por correspondencia hacia las Ordenanzas citadas, a la regulación del contrato mismo con sus especiales características y de las diversas consecuencias legales que esta forma contractual lleva consigo. Mérito éste que, como dice Lorenzo BENTO, «es preciso reconocer en el autor del Código, el insigne jurisconsulto don Pedro SÁINZ DE ANDINO, por cuanto para ello ni tuvo precedentes en nuestra legislación, ni en la legislación napoleónica, que representaba en la época en que él redactaba el Código de Comercio la obra legal más perfecta

hasta entonces conocida, pues ni en el Código de Comercio de Francia ni en el Código civil del mismo país hay precepto alguno que se refiera directa e inmediatamente a la contratación por correspondencia» (6).

El Código de 1829 contiene una Sección (la 3.<sup>a</sup> del título II del libro I) dedicada por completo a la «correspondencia mercantil», en la que se establece, con todo detalle y la máxima precisión, la obligación de los comerciantes de «conservar en legajos y en buen orden todas las cartas que reciben con relación a sus negociaciones y giros, anotando en su dorso la fecha en que las contestaron o si no dieron contestación» (art. 56), así como la de «trasladar íntegramente y a la letra todas las cartas que ellos escriban sobre su tráfico en un libro denominado Copiador, que llevarán al efecto encuadernado y foliado» (art. 57), debiéndose poner las cartas en el copiador «por el orden de sus fechas, sin dejar huecos en blanco ni intermedios», salvándose las erratas que puedan cometerse al copiarlas «precisamente a continuación de la misma carta por nota escrita dentro de las márgenes del libro y no fuera de ellas», insertándose las postdatas o adiciones que se hagan después que se hubieren registrado, «a continuación de la última carta copiada con la conveniente referencia» (art. 58), prohibiéndose trasladar las cartas al copiador «por traducción, sino que se copiarán en el idioma en que se hayan escrito los originales» (art. 59), corrigiéndose la falta del copiador de cartas, su informalidad o los defectos que en ellos se adviertan en contravención de la ley «con las penas pecuniarias que van prescritas para casos iguales con respecto a los libros de contabilidad» (art. 60), y pudiéndose decretar por los tribunales «de oficio, o a instancia de parte legítima, que se presenten en juicio las cartas que tengan relación con el asunto del litigio, así como que se extraigan del registro copias de las de igual clase que se hayan escrito por los litigantes, designándose determinadamente de antemano las que hayan de copiarse por la parte que lo solicita» (art. 61)

Pero lo más importante de este Código es su afirmación de que los comerciantes pueden contratar y obligarse, aparte de por los demás medios que enumera su artículo 235, «por correspondencia epistolar» (núm. 4.<sup>o</sup> del citado artículo), único medio de correspondencia posible en aquella época, regulando en el artículo 243 todo lo referente a la contratación por correspondencia, como sigue: «En las negociaciones que se traten por correspondencia se considerarán concluidos los contratos, y surtirán efecto obligatorio, desde que el que recibió la propuesta expida la carta de contestación aceptándola pura y simplemente, sin condición ni reserva, y hasta este punto está en libertad el propo-

---

(6) En RAMELLA: *Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil*, seguido de un estudio referente a la legislación española por Lorenzo BENITO, Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1897, pág. 587.

nente de retractar su propuesta, a menos que al hacerla no se hubiese comprometido a esperar contestación, y a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada su proposición, o hasta que hubiere transcurrido un término determinado. Las aceptaciones condicionales no son obligatorias hasta que el primer proponente dé aviso de haberse conformado con la condición».

Dado que el Código de 1829 establece que los contratos se considerarán concluidos y surtirán efecto obligatorio desde que el que recibió la oferta expida la carta de aceptación, hemos de reputar incluido dicho cuerpo legal entre los que adoptan, para determinar el momento de perfección de los contratos entre personas distantes, el sistema de la expedición, a que aludiremos en el apartado siguiente.

Admite el citado Código la facultad del proponente de retirar su oferta hasta la expedición de la respuesta, facultad que, sin embargo, es renunciable, pudiendo obligarse el oferente a no disponer del objeto del contrato hasta después de desechada su oferta o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado.

En cuanto a la aceptación condicional, la considera como nueva proposición u oferta, ya que no la estima obligatoria hasta que el primer oferente dé aviso de haberse conformado con la condición.

Finalmente, en su artículo 262 el Código de Comercio de 1829 admite la correspondencia como medio de prueba de las obligaciones mercantiles.

### III. MOMENTO DE PERFECCIÓN

1. *Exposición doctrinal.*—El problema que con respecto a la contratación *inter absentes* ha provocado más discusión y soluciones diversas en la doctrina y en las legislaciones, es el relativo a la determinación del momento en que dichos contratos han de considerarse perfeccionados.

Las teorías formuladas sobre el particular son numerosas, pero de ellas destacan cuatro, que suelen citar todas las obras y trabajos que se refieren a esta materia. Nosotros las exponemos con la mayor brevedad posible, significando los pros y contras de cada una.

Para comprender más exactamente la posición de dichas doctrinas, conviene aludir antes a los periodos o estados por que pasa la aceptación de una oferta desde el aceptante al proponente. Son los siguientes:

- 1.º Declaración de voluntad del destinatario de la oferta, expresiva de la aceptación.
- 2.º Expedición o participación de dicha aceptación al oferente.
- 3.º Recepción de la misma por el proponente.



## 4.º Cognición o conocimiento por éste de la aceptación.

En el contrato entre presentes, los cuatro estados de la aceptación coinciden, en la mayoría de los casos, en un mismo momento, de modo que cuando el destinatario de la oferta decide aceptar y emite una declaración en tal sentido, ésta es percibida y conocida inmediatamente por el proponente, perfeccionándose así el contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación, sin ninguna duda en cuanto al momento en que ha de considerarse perfeccionado.

Pero en los contratos entre personas distantes, la manifestación de la voluntad de aceptar, salvo en algún caso (contrato por teléfono, por ejemplo), ocurre en tiempo posterior al de recepción de la oferta, y da lugar a la necesidad de concretar el momento en que el contrato se perfecciona por la existencia del mutuo consentimiento.

Pues bien, los diversos criterios adoptados por la doctrina corresponden a cada uno de los cuatro estados de la aceptación, en forma que la declaración, la expedición, la recepción y la cognición de la aceptación han sido considerados como el verdadero punto temporal para referir al mismo el perfeccionamiento del contrato entre personas distantes.

A) Teoría de la declaración (*Ausserungstheorie* o *Declarations o Agnitionstheoric*).—Llamada también de la manifestación y de la emisión, y seguida, entre otros, por BOLAFFIO, DAHN, DEMOGUE, LITTEN, PIGOZZI y SUPINO, sitúa el momento de perfección en el primer estado de la aceptación, es decir, en aquél en que el destinatario de la oferta emite, manifiesta o declara su aceptación.

Según esta teoría, en los contratos *inter absentes*, desde el momento en que la voluntad del aceptante se halla en presencia de la voluntad expresa y duradera del oferente y se adhiere a ella también expresamente, surge el consentimiento recíproco de las dos partes y nace el contrato, sin necesidad del cumplimiento de otros requisitos (7).

Pero se objeta que si el consentimiento, desde el punto de vista abstracto y filosófico, puede considerarse existente en el acuerdo simultáneo y puramente psicológico de las voluntades de las partes, desde el punto de vista jurídico sólo adquiere existencia cierta en el momento en que se afirma en un acto exterior e irrevocable (8); pues, por ejemplo, la aceptación contenida en una carta, cuyo autor puede no enviarla y aun destruirla, queda desconocida para el oferente, de modo que una aceptación en tales condiciones difiere bien poco de una voluntad aún no manifestada exteriormente.

(7) RAMELLA: Obra citada, pág. 173.

(8) PIGOZZI: *Della perfezioni dei contratti per corrispondenza*, en «Archivio giuridico», VIII, 1870, pág. 22.

No faltan, es cierto, casos de actos externos capaces de hacer constar la existencia de la declaración de voluntad, como si el aceptante, sin dar aviso al proponente, participara a un tercero la decisión de aceptar; o si, cuando el que acepta es comerciante, transcribe la carta de aceptación, escrita pero no expedida, en el libro copiador, o en el diario, supuestos que, independientemente de toda comunicación a la otra parte, permiten probar el hecho y la fecha de la aceptación. Pero es evidente que al escribir una carta de aceptación, o al leerla a un tercero, aun no se realiza un acto de disposición de la voluntad propia, sino que se prepara sólo un instrumento mediante el cual se quiere declarar dicha voluntad a la otra parte (9).

B) Teoría de la expedición (*Übermittlung*).—Según esta teoría, para la perfección del contrato es necesario que la declaración de voluntad de aceptar sea expedida o comunicada al proponente, es decir, estima que el segundo período de la aceptación es el decisivo para el perfeccionamiento contractual.

Los partidarios de la doctrina de la expedición (o transmisión), entre los cuales se cuentan DARQUER, GRAULT, GUIOUARD, HEPF, SERAFINI, SCHEURL, consideran, en oposición a la teoría precedente, que no basta la mera declaración de la voluntad de aceptar, sino que es preciso que el aceptante haga por su parte todo lo necesario para que la aceptación llegue al proponente. Escribir una carta de aceptación no equivale a la aceptación misma, que requería, por lo menos, la entrega de aquélla en las oficinas de Correos, para que la aceptación se manifestase de tal forma que su autor no la pudiese destruir, y aunque pudiera el aceptante retirar la carta de la Administración de Correos antes de su llegada al oferente, las formalidades necesarias para lograrlo constituirían todavía una prueba cierta del consentimiento prestado (10).

Pero tampoco esta teoría deja de presentar sus inconvenientes. Ante todo, se dice, como modificación que es de la doctrina de la declaración, no destruye las dificultades que ésta suscita. Se hace observar también que con la entrega de la carta en Correos, el aceptante no se despoja aún definitivamente de la aceptación prestada, pues mientras la correspondencia no se haya entregado al destinatario, el remitente puede retenerla o pedir su restitución, señal evidente de que el contrato no está aún perfeccionado. Así, pues, con la declaración de voluntad y con el primer acto de su transmisión, la aceptación no es aún completa, sino que necesita llegar efectivamente al destinatario (11).

Por último, contra esta y la anterior teoría está la circunstan-

(9) RAMELLA: Obra citada, pág. 174.

(10) RAMELLA: Obra citada, pág. 176.

(11) BEKKER: *Über Verträge unter Abwesenden*, en «Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts», II, 1858, pág. 346; SCHOTT: *Der Obligationenvertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873, pág. 84.

cia de que, según ellas, la aceptación, una vez emitida o expedida, se hace irrevocable, mientras la tendencia general es que puede revocarse hasta su llegada al proponente.

La teoría de la expedición, por tanto, debe rechazarse, o llevar a los que la aceptan a acoger, cuando menos, los argumentos y consecuencias de la de la recepción.

C) Teoría de la recepción (*Empfangstheorie*).—Piensan sus partidarios, como ENNECCERUS, MAAS, REGELSBERGER, etc., que la aceptación no es definitiva hasta el momento en que el aceptante se haya despojado completamente de su declaración de voluntad, y esta llegue a la otra parte contratante con posibilidad de conocerla, importando poco si la conoce realmente o no. En este momento o estado de la aceptación, y no en los anteriores, se consigue la perfección del contrato.

Conforme a esta teoría, de estimar perfeccionado el contrato en tiempo anterior, se vendría a sentar la conclusión del mismo cuando uno de los dos elementos que lo constituyen aún no existía cumplidamente; mientras que, exigiéndose la necesidad del cuarto estado de la aceptación, se precisaría, para la existencia de la misma, un requisito que no depende del aceptante, pues toma vida de un acto del proponente, que no concurre al perfeccionamiento de la declaración de voluntad de aceptar.

Pero puede observarse, en contrario, que es absurdo declarar formado el contrato por el mero hecho de que el oferente haya recibido noticia del destinatario, ya que ésta, desconocida de él en su tenor, puede expresar tanto la aceptación cuanto la denegación de la propuesta (12).

Además, la mayor parte de las objeciones opuestas a la teoría de la cognición se oponen igualmente a la aceptación de esta doctrina. En efecto, la conclusión de los contratos *inter absentes* encontraría grandes obstáculos si debiera depender de un hecho puramente material cuyo cumplimiento puede ignorar el proponente, sin que ni él ni el aceptante tengan culpa alguna. También la prueba, si bien menos incierta que en la teoría del conocimiento, sería difícil de prestar cuando el remitente no hubiera recurrido al certificado postal, y en realidad, si arduo es probar el momento en que se ha leído, por ejemplo, una carta, no es menos difícil conocer el momento y la verdad de su entrega al destinatario (13).

Se alega también que, si la coexistencia de las dos declaraciones de voluntad es suficiente, no hay motivo que justifique la exigencia de que la respuesta llegue a su destino, pues si se quisiera oponer que el proponente no trata de obligarse, sino a condición de que la otra parte le ofrezca un medio de conocer la aceptación, poniendo al oferente en disposición de conocer la respuesta misma, apenas le sea entregada, podría responderse que, aun enten-

(12) RAMELLA: Obra citada, págs. 178-179.

(13) RAMELLA: Obra citada, pág. 179.

diendo existente tal condición, debiera ésta considerarse realizada desde el momento en que el aceptante hiciera cuanto estuviera en su mano para que así aconteciera (14).

D) Teoría de la cognición (*Vernehmungstheorie*).—Las teorías anteriores consideran perfeccionado el contrato en los tres primeros estados de la aceptación; según ésta, por el contrario, el contrato se perfecciona en el último, ésto es, en el momento en que el proponente llegue a conocerla (ASSER, BEKKER, GABBA, MITTERMAIER, REGNOLI, VIDARI, WACHTER, WURTH).

El fundamento de la teoría de la cognición (llamada también del conocimiento y de la información) reside en un principio general aplicable a todos los contratos, por el cual la declaración de voluntad es completa y eficaz cuando haya llegado a poder del otro contratante. Ninguna razón existe en este caso para que en los contratos entre personas distantes se admita una excepción a esta regla general. El principio es el mismo en ambos casos: en los contratos *inter praesentes* las palabras o los signos han de ser tanto oídos o vistos como comprendidos; en los *inter absentes*, la carta ó telegrama ha de ser recibida y leída (15).

Se añade también que entre los contratos entre presentes y los que median entre personas lejanas no hay sino una diferencia en cuanto al tiempo que separa las dos declaraciones, que es mayor en estos últimos; pero este intervalo, mayor o menor, en nada cambia los términos de la cuestión, ya que tanto en uno como en otro caso es necesario, para que el contrato exista, que las dos voluntades se manifiesten y reconozcan recíprocamente (16).

Se aduce, en fin, la enseñanza del Derecho romano, especialmente del D, XLV, 1, 1, pr. (*stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans, stipulationem contrahere possunt; quia invicem exaudire debent*), entendido en el sentido de que la comunicación recíproca de las declaraciones de voluntad no era una condición de forma especial de la *stipulatio*, sino la aplicación a ésta del principio general por el cual el consentimiento no es vinculante sino cuando es conocido recíprocamente por los contratantes.

A estos argumentos se responde que, ante todo, asimilar los contratos entre personas distantes a los contratos entre presentes es negar la realidad de las cosas, pues la dificultad acerca del instante de perfección del contrato nace precisamente del intervalo de tiempo que media entre la proposición, la aceptación y la llega-

(14) DARQUER: *Contrat par correspondance*, París, 1885, pág. 72.

(15) LANGDELL, citado por PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, 1.ª edición, Barcelona, Bosch, 1954, tomo II, vol. I (Doctrina general del contrato), pág. 224, nota 42.

(16) WURTH, citado por ROBERT: *Des contrats par correspondance*, Dijon, 1868, pág. 201, y RAMELLA: *Obra citada*, pág. 181.

da de ésta al oferente, cosa que por lo general no sucede cuando las partes están en presencia una de la otra.

Además, de requerirse para la perfección del contrato el recíproco conocimiento del consentimiento, vendría a ser imposible la conclusión de cualquier contrato entre personas distantes, pues si fuera menester esperar a que el proponente conociera la voluntad del aceptante, debería exigirse también, para ser consecuentes, que el aceptante supiese a su vez la llegada de su declaración a noticia del oferente antes de que éste revocase la suya, pues hasta este momento el aceptante podría alegar, según el mismo principio, que ignoraba por su parte si el contrato estaba o no perfeccionado y que no podía encontrarse comprometido por lo hecho sin su conocimiento. ¿Dónde se detendría semejante necesidad, en cada contratante, de conocer el pensamiento actual del otro? De aquí el absurdo de hacer imposible la perfección del contrato al subordinarla a un continuo e infinito cruce de voluntades recíprocamente conocidas (17).

Por tanto, expone la presente doctrina, sólo el aceptante debe tener noticia de la oferta y de la concordancia de la voluntad del oferente con la suya, y ello con el único objeto de relacionar aceptación y proposición, no en el sentido de que este conocimiento deba formar un elemento necesario de una u otra.

Respecto a la autoridad del Derecho romano, se observa que los textos invocados se refieren a un contrato esencialmente formal, la *stipulatio*, que no puede tener vida si el estipulante y el promitente no cambian su consentimiento de viva voz. He aquí por qué la obligación verbal entre ausentes fué declarada nula expresamente (I, III, 20 § 12: *Verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est*), pues un obstáculo material impide a los *absentes*, al igual que a los sordos y mudos, el cumplimiento de las solemnidades propias de la estipulación. La especialidad del caso no permite, por tanto, y como ya hemos visto anteriormente extender tal condición a toda clase de contratos.

La doctrina de la cognición es incompatible también con la aceptación tácita, que en rigor lógico y con tal sistema debería llegar a noticia del proponente para que el contrato se considerara perfeccionado. Supuesto que el silencio implica en ciertos casos aceptación tácita, el proponente ignoraría si el destinatario de su oferta la acepta o no, con lo que el contrato jamás podría originarse. De aquí que algunos autores introduzcan, para las varias especies de aceptación tácita, una excepción, con lo que la teoría que sostienen deja de constituir un principio general (18).

---

(17) SERAFINI: *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza*, PAVIA, 1862, pág. 21; PIGOZZI: Obra citada, pág. 24; SCHOTT: Obra citada, página 17.

(18) SCHEURL: *Vertragsschluss unter Abwesenden*, en «Jahrbuch für der Dogmatik», II, 1858, pág. 251; SCHOTT: Obra citada, pág. 12.

Es de notar también que con el sistema de la cognición la prueba de la existencia y perfección del contrato se haría imposible en muchos casos, ya que desde su punto de vista dependería del solo arbitrio del proponente determinar si y cuando el contrato se hubiera perfeccionado, siéndole posible ocultar la noticia de la aceptación, bien para diferir la conclusión del contrato o para impedirlo por completo, si en el intervalo transcurriera el término conveniente para la llegada de la aceptación.

Expuestas brevemente las cuatro principales teorías que intentan encontrar una solución para el problema del momento de perfección de los contratos entre personas distantes, cabe aludir también a otras doctrinas que, frente a tanta diversidad de opiniones, caracterizadas por seguir un principio general aplicable a todos los casos posibles, han adoptado reglas especiales, según las varias formas bajo las que dichos contratos pueden presentarse.

E) Teoría de WINDSCHEID.—Partiendo de la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales, entre declaración de voluntad y su transmisión, las cuales tienen lugar en diferentes estados, entre aceptación que contiene declaración de débito y aceptación que contiene declaración de crédito y entre aceptación declarada mediante participación enviada expresamente al proponente y aceptación tácitamente declarada, el ilustre pandectista alemán formuló las siguientes conclusiones:

1.ª En los contratos unilaterales pueden distinguirse dos supuestos:

- Si la proposición emana de quien quiere asumir la calidad de acreedor (estipulante), ofreciendo, por ejemplo, un préstamo a otro, el contrato se perfecciona sólo cuando la aceptación le es conocida. Hasta este momento, el aceptante puede revocar la declaración, siempre que la carta o telegrama que la contenga lleguen antes o al mismo tiempo que aquélla. Su posición entonces es la de quien promete bajo condición (*si voluerim*).
- Si la oferta parte del que habría de revestir la calidad de deudor (promitente), por ejemplo, si Juan escribe a Pedro que le conceda un préstamo, el primero está obligado tan pronto como el segundo expide la carta en que concede el préstamo pedido. Desde este momento las dos voluntades convergen en una intención común. Esto no impide que el mutuante pueda revocar su aceptación hasta el momento en que haya llegado a la otra parte, en cual caso no nace la relación obligatoria.

En la primera hipótesis se sigue el principio de la cognición, mientras en la segunda se aplica la teoría de la declaración, atemperada por las legislaciones alemana y suiza.

2.ª En los contratos bilaterales, el oferente se obliga desde el

momento en que se le envía la aceptación. El aceptante no se encuentra definitivamente obligado, por el contrario, sino con la llegada de la aceptación al proponente. En el intervalo entre la expedición y la recepción de la aceptación existe un *negotium claudicans*, y el aceptante se encuentra en una situación análoga al *impubes* que celebra un contrato sin consentimiento del tutor.

En cuanto a la revocación, la oferta puede revocarse hasta que la declaración de aceptación se verifica, y la aceptación hasta su llegada al proponente. En ambos casos, la revocación obra desde el instante en que se transmite, aunque se desconozca todavía, quedando tan sólo a salvo el resarcimiento de los daños producidos a la otra parte ignorante de dicha revocación.

Respecto a la aceptación tácita, aquél a quien se haya hecho una proposición se encuentra vinculado por la ejecución del acto que manifiesta la voluntad tácita de aceptar, por ejemplo, dando cumplimiento al mandato conferido.

No obstante el mérito indudable de la teoría de WINDSCHEID, el sistema por él creado ha sido objeto de una dura refutación. Se ha dicho, en primer término, que en la teoría no hay razón para distinguir entre contratos unilaterales y bilaterales, ni entre estipulante y promitente, mientras está en juego la naturaleza del consentimiento que es la misma en todos los casos y para todas las partes; y, además, que en los contratos bilaterales la doctrina sostiene unánimemente que el vínculo entre los contratantes se forma en un mismo instante, discutiéndose tan sólo cuál sea éste. Por el contrario, WINDSCHEID distingue entre los dos elementos del contrato y considera obligado al oferente antes que al aceptante. De este modo el contrato existe y no existe al mismo tiempo: si el proponente está obligado, es porque el contrato está perfeccionado, y siendo así, no se ve por qué razón no ha de estar comprometido el aceptante (19).

En contra de WINDSCHEID se ha hecho observar también que en la práctica, si bien es cierto que la materia en cuestión carece de un principio absoluto e inflexible, las reglas por él formuladas son tan múltiples y variadas y sin nexo alguno lógico entre sí, que más que el desarrollo completo de un principio semejan una larga exposición de soluciones particulares. Informada su teoría en las reglas de los sistemas que ya conocemos, suscita las críticas desfavorables que cada uno de ellos merece, sin presentar las ventajas que les son propias, y de aquí que, finalmente, sea rechazada (20).

F) Teoría de KOEPPEN.—Este autor se apoya, para la formulación de su particular teoría, en numerosos textos del Derecho romano, y, a diferencia de las tesis anteriores, que intentan determinar el momento de la perfección del contrato entre personas dis-

(19) RAMELLA: Obra citada, pág. 189.

(20) RAMELLA: Obra citada, pág. 190.

tantes a base de la noción del consentimiento, entiendo que la oferta de contrato entre personas lejanas no es sino la dilación de una obligación condicionada a su aceptación, que es a su vez el cumplimiento de la condición suspensiva a que está subordinada la existencia del contrato; de aquí que sea un caso idéntico al crédito nacido de legado, que se adquiere *quasi ex contractu* con la aceptación.

Pero también este sistema es rechazado universalmente, porque las fuentes del Derecho romano (D, XLIV, 7, 55), por muy ingeniosamente que hayan sido aplicadas por KOEPPEN a su tesis, no le prestan fundamento alguno, y si, según este sistema, la oferta no es más que un convenio condicionado a la aceptación del destinatario, es lo cierto que en virtud de la regla de la retroactividad de la condición, el contrato habría de considerarse perfecto desde el instante de la proposición, consecuencia insostenible en las legislaciones vigentes (21).

G) Teoría de PESCATORE.—En Italia fue el primero que, considerando imposible conseguir una solución única que pusiera término a la discusión doctrinal sobre esta materia, formuló varios principios intermedios entre las teorías de la cognición y de la expedición:

1.º En los contratos entre ausentes no se debe tener en cuenta como acto jurídico de aceptación sino el emitido por el aceptante, de tal suerte que le sea imposible reclamar contra él y deba inevitablemente llegar más tarde a conocimiento del proponente.

2.º El conocimiento de la aceptación por parte del proponente no es un extremo indispensable para la formación del contrato: así, pues, emitido y convertido en irrevocable el acto de aceptación, se forma entre ambas partes, y aun no habiendo llegado a noticia del proponente, el vínculo jurídico, en los siguientes casos: a) Si el proponente ha expresado su voluntad en este sentido. b) Si esta voluntad está implícita en las condiciones de la proposición misma. c) Si el contratante acepta inmediatamente, mandando su aceptación tan pronto como le sea posible.

3.º Si el contratante difiere por algún tiempo la respuesta para deliberar sobre su propia conveniencia, la aceptación retrasada no vincula al proponente sino cuando de ella tenga noticia *re integra*, sin que haya cambiado el estado de cosas existentes en el momento de la proposición.

Como puede observarse, este sistema, si no en los principios que lo determinan, al menos en sus resultados, se aproxima a la doctrinal de la cognición, estableciendo PESCATORE un principio hoy generalmente admitido: cualquier interrogación u oferta su-

(21) GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducción de la 7.ª edición italiana por la Redacción de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, Imprenta de la RGLJ, 1910, tomo III, pág. 216; RAMELLA: *Obra citada*, pág. 191.



pone la concesión del tiempo indispensable para enviar la respuesta (22).

En cuanto al momento de la formación del contrato, la solución propuesta se aplicará a un restringido número de casos; aquellos, por ejemplo, en que la respuesta se dé por telégrafo con la modalidad especial de urgencia. En los otros casos, que serán los más, la irrevocabilidad se determinará por la ausencia de revocación, pues sólo se podrá decir que una declaración de contrato es irrevocable cuando no se haya revocado. Esta declaración no será, por lo tanto, acto jurídico, salvo el caso de que haya llegado a su destino (23).

H) Teoría de GIORGI.—Este tratadista refuta los sistemas clásicos como doctrinas absolutas que han de traducirse en reglas positivas para todos los casos, si bien reconoce su utilidad para solucionar casos particulares, por lo que estima preferible examinar la cuestión desde varios puntos de vista, esto es, para los efectos de la competencia, para los efectos de determinar entre las varias leyes imperantes en lugares diversos donde viven el oferente y el aceptante cuál sea la reguladora del contrato, y para los efectos de establecer cuándo la promesa y la aceptación se hacen irrevocables, o para determinar el perfeccionamiento del vínculo contractual, la capacidad de los contrayentes y, finalmente, los efectos del contrato.

Dejando aparte los aspectos de su doctrina que se refieren al lugar de perfección del contrato, nos interesa destacar ahora que GIORGI sostiene que la proposición que requiere aceptación puede ser revocada mientras no es conocida del destinatario, y que, en cambio, la promesa unilateral es irrevocable.

Respecto a la muerte o incapacidad, pueden impedir la formación del contrato en los siguientes casos: 1.º Si el oferente declara expresamente que no se considera obligado hasta que no reciba aceptación expresa; y 2.º Cuando haya transcurrido el tiempo dentro del cual haya de hacerse la aceptación expresa.

Tiene la teoría de GIORGI el mérito de haberse sustraído a la rigidez de los cuatro sistemas que se disputaban la hegemonía, y si bien puede discreparse de las reglas que formula, inspiradas en el mismo espíritu que anima las concepciones de WINDSCHEID y PESCATORE, justo es reconocer que obedecen al deseo de simplificar, ofreciendo soluciones claras y sencillas.

1) Conclusiones críticas.—En los apartados anteriores hemos expuesto los argumentos más destacados de los autores en favor y en contra de cada uno de los sistemas que pretenden resolver la cuestión, tan interesante como debatida, consistente en determinar el momento en que se perfeccionan los contratos entre perso-

---

(22) RAMELLA: Obra citada, pág. 192.

(23) RAMELLA: Obra citada, pág. 192.

nas distantes. No se ha pretendido, por tanto, otra cosa que esbozar los criterios que han servido para defender una u otra teoría, porque esta materia ha llegado hace ya tiempo a un estado que podríamos llamar de saturación jurídica y sería inútil e ineficaz todo intento de establecer nuevos principios en lo que en la actualidad ha sido resuelto en la mayoría de las legislaciones, según tendremos ocasión de indicar seguidamente; y en el Derecho español, aunque, como veremos, las normas positivas se prestan a diversas consideraciones, es forzoso partir de la regulación legal para resolver los conflictos que en relación con este problema se presenten.

Nos interesa únicamente poner de relieve, a los fines de nuestra exposición, que tanto los sistemas, que podríamos llamar clásicos, de la declaración, expedición, recepción y cognición, como los de los otros autores que han intentado superarlos, tienen sus ventajas y sus inconvenientes, y que a la hora de decidir, aparte de desechar los sistemas extremos de la declaración y de la cognición, no es posible adoptar una posición absoluta y rígida, sino que parece más oportuno inclinarse por criterios más flexibles que puedan adaptarse a los varios casos que la realidad ofrece. En este sentido es conveniente destacar el meritorio esfuerzo de las doctrinas más modernas para resolver, no sólo el específico problema del momento de perfección, sino también los demás que surgen del hecho de la distancia que separa a las partes contratantes y del intervalo que media entre sus respectivas declaraciones, y a este respecto no debemos silenciar que la legislación española, al concretarse únicamente a las cuestiones del momento lugar de perfección del contrato, ofrece la posibilidad de arbitrar las soluciones más convenientes en los demás casos, sin sujeción a un criterio rígido e inflexible.

2. *Derecho comparado.*—Si en la doctrina jurídica ha podido observarse una gran diversidad de opiniones respecto al problema del momento de perfección de los contratos celebrados entre personas distantes, no es menor la discrepancia existente en las legislaciones, de las cuales unas siguen la teoría de la declaración, otras las de la expedición, las hay que acogen la doctrina de la recepción, algunas la de la cognición, y no faltan casos de sistemas de carácter mixto, que introducen determinadas modificaciones o derogaciones en alguno de los expuestos o intentan combinar varios de ellos.

El examen del Derecho comparado en esta cuestión nos permite formular una observación de mucho interés para valorar aquellas teorías, y es que, como vamos a ver seguidamente, las de la declaración y de la expedición son adoptadas principalmente por los Códigos de Comercio, mientras que las doctrinas de la recepción y de la cognición suelen ser incorporadas a los ordenamientos civiles: lo que parece indicar, por lo menos en términos

generales, la bondad de las teorías primeramente indicadas para las necesidades del tráfico mercantil, al paso que las enunciadas en segundo lugar obtienen mayor preferencia para regular las relaciones civiles sobre la base de la seguridad jurídica.

A) Legislaciones que adoptan el sistema de la declaración.— De los países que siguen el sistema de la declaración, algunos copian el artículo 54 del Código de Comercio español, planteando así la duda que suscita este precepto que, como tendremos ocasión de considerar, puede responder tanto a la doctrina de la declaración como a la de la expedición.

Transcriben literalmente el citado artículo 54 los Códigos de Comercio de Honduras (art. 87), Marruecos (antigua zona de Protectorado español) (art. 51), Méjico (art. 80) y Cuba (art. 54), según los cuales «los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados *desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada*».

Además, siguen el sistema de la declaración Ecuador y El Líbano.

El Código de Comercio de la República del Ecuador previene en su artículo 145, primera parte, que «*desde la aceptación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda perfeccionado y surte todos sus efectos legales*».

El artículo 184 del Código de las Obligaciones y Contratos del Líbano dice que «cuando los tratos tienen lugar entre ausentes, por correspondencia o por mensajero, el contrato es perfecto *desde el momento y en el lugar donde el destinatario de la oferta ha emitido su aceptación*».

B) Legislaciones que siguen el sistema de la expedición.— Los Códigos de algunos países prefieren el sistema de la transmisión o expedición. Entre ellos pueden citarse:

Argentina, cuyo Código civil dispone en su artículo 1.154 que «*la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiere mandado al proponente*».

Brasil, que expresa en su Código de Comercio (art. 127, proposición primera) que «los contratos tratados por correspondencia epistolar se reputan concluidos y obligatorios *desde que el que recibe la oferta expide la carta de respuesta aceptando el contenido propuesto sin condición ni reserva*».

Colombia, cuyo Código de Comercio terrestre declara en su artículo 188, proposición primera, que «*en el acto de expedida la respuesta, pura y simplemente aprobatoria de la propuesta, el contrato queda perfeccionado y produce todos sus efectos legales*».

Costa Rica, cuyo Código civil, en su artículo 12, establece que «si las partes no estuvieren reunidas, la aceptación debe hacerse dentro del plazo fijado por el proponente para este objeto. Si no se ha fijado el plazo, se tendrá por no aceptada la propuesta si la

otra parte *no respondiere* dentro de tres días, cuando se halle en la misma provincia, dentro de diez, cuando se no se halle en la misma provincia, pero sí en la República, y dentro de sesenta días, cuando se hallare fuera de la República».

Suiza, que se adhiere también al sistema de la expedición en su Código de Obligaciones y Contratos, al decir su artículo 10 que «el contrato concluido entre ausentes produce sus efectos *desde el momento en que se expide la aceptación*», si bien añade que «si no se necesita una aceptación expresa, los efectos del contrato arrancan del momento del recibo de la oferta». Idéntico texto rige en Turquía, en virtud de la recepción del Código suizo de las Obligaciones.

Deben incluirse también en este lugar los Derechos anglosajones, en los que domina la teoría de la expedición, o, como dicen, la regla de la aceptación depositada (*the deposited-acceptance rule*).

C) Legislaciones que acogen el sistema de la recepción.— Constituyen el grupo más numeroso y entre ellas figuran algunos de los Códigos más modernos y progresivos.

El artículo 862 del Código civil austriaco consigna, en su apartado segundo, que «en cuanto a la promesa escrita es necesario distinguir si las dos partes se hallan o no en el mismo lugar. En el primer caso, la aceptación debe seguir y ser notificada a la parte que ha hecho la promesa dentro de veinticuatro horas, y en el segundo caso, dentro del término necesario *para recibir sus respuestas*; de otro modo la promesa se considera como no recibida».

El § 130 del Código civil alemán, con respecto a las declaraciones de voluntad en general, dice, en su párrafo primero, que «una declaración de voluntad que ha de emitirse frente a otro, si es emitida en su ausencia, se hace eficaz *en el momento en que llega a él*»; y con relación a los contratos, previene, en el § 147, párrafo segundo, que «la oferta hecha a un ausente sólo puede ser aceptada hasta el momento en que el oferente puede esperar *la llegada de la respuesta en circunstancias normales*».

El Código civil de China, a semejanza del alemán, dice en su artículo 95, párrafo primero, con referencia en general a las declaraciones de voluntad, que «la declaración de voluntad hecha de otro modo que de viva voz produce sus efectos *en el momento en que la notificación llega a la otra parte*», y en el 157, para los contratos, que «la oferta hecha de otro modo que de viva voz deja de obligar, si no es aceptada por la otra parte, dentro del término en que se pueda esperar en circunstancias normales *la llegada de la aceptación*».

En Italia, aunque el Código de 1942 parece seguir, en su artículo 1.326, párrafo primero, la doctrina de la cognición, al decir que «el contrato se perfecciona en el momento en que quien ha hecho la oferta *tiene conocimiento de la aceptación* de la otra parte», debemos considerar, no obstante, que el sistema mixto que

establece se acerca más al de la recepción, pues el artículo 1.335 cuida de aclarar que «la oferta, la aceptación, la revocación de ambas y toda otra declaración directa a una determinada persona, se reputan conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, si éste no prueba haber estado, sin su culpa, en la imposibilidad de tener noticia». Por otra parte, el artículo 1.327 dice que «si a solicitud del proponente o por la naturaleza del negocio y los usos, la ejecución deba hacerse sin una previa respuesta de aceptación, el contrato se concluye en el tiempo y en el lugar en que se ha comenzado la ejecución», y para los actos unilaterales, el artículo 1.334 establece que «producen efecto en el momento en que llegan a conocimiento de la persona a la que son destinados».

El artículo 227, primera parte, del Código de Obligaciones y contratos de Marruecos previene que «la aceptación por correspondencia postal, telegráfica o telefónica no obliga al que hizo la oferta sino desde que la carta, el telegrama o el telefonema llegó a su conocimiento».

El artículo 1.807 del Código civil mejicano dice que «el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación».

El Código portugués expresa, en su artículo 653, que «el proponente está obligado a mantener su propuesta mientras no reciba respuesta de la otra parte».

El artículo 75 del Código de Comercio del Salvador dice que «los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se reciba contestación aceptando la propuesta o las modificaciones con que ésta fuere aceptada».

El Código civil soviético dispone, en su artículo 134, que «el contrato entre ausentes se considera concluido en el momento en que proponente ha recibido la respuesta, salvo que no resulte lo contrario del espíritu de la propuesta».

El artículo 1.265, párrafo primero, del Código civil uruguayo expresa que «el contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente».

El art. 1.137 del nuevo Código civil venezolano establece que «el contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte; pero, como el Código italiano, declara que «la oferta, la aceptación o la revocación, por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, al menos que éste pruebe haberse hallado sin su culpa en la imposibilidad de conocerla», y en su artículo 1.138 vierte el contenido del citado artículo 1.327 del Código civil de Italia.

D) Legislaciones que sancionan el sistema de la cognición:— Entre los textos legales, de que hemos podido disponer, solamente

los Códigos civiles de Cuba y Honduras y el de Comercio de Venezuela siguen la teoría de la cognición; los dos primeros por ser sus artículos 1.262, párrafo segundo, y 1.553, párrafo segundo, respectivamente, copia fiel del artículo 1.262, párrafo segundo del Código civil español, que, como veremos, es uno de los pocos que adoptan el sistema del conocimiento; y el de Venezuela, al prevenir en su artículo 120, párrafo primero, que «el contrato bilateral entre personas que residen en distintas plazas no es perfecto *si la aceptación no llega a conocimiento del proponente* en el plazo por él fijado o en el término necesario al cambio de la propuesta o de la aceptación, según la naturaleza del contrato y los usos del comercio»; pero el párrafo cuarto del mismo artículo establece que «en los contratos unilaterales, las promesas son obligatorias al llegar a conocimiento de la parte a quien van dirigidas».

3. *Derecho español.*—En nuestro ordenamiento jurídico, la resolución del problema que consiste en determinar en qué momento ha de entenderse perfeccionado un contrato celebrado entre personas distantes, ofrece la particularidad de que, contenida en el Código civil y en el de Comercio, adopta en cada uno de ellos un criterio diferente. Así, el Código civil, en el párrafo segundo de su artículo 1.262 preceptúa que *«la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento»*, mientras que el Código de Comercio declara, en su artículo 54, que *«los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada»*.

Por lo que se refiere al Código civil, ha de estimarse que el párrafo segundo del artículo 1.262 constituye una regla especial que modifica, en la modalidad de contratación que estamos examinando, las normas generales que, respecto al modo de perfección de los contratos y de expresión del consentimiento, consignan los artículos 1.258 y 1.262, párrafo primero, respectivamente. En efecto, es evidente que, conforme al artículo 1.258, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, pero en los que tienen lugar entre personas distantes, el problema estriba precisamente en concretar en qué momento debe entenderse existente dicho consentimiento; y, asimismo, si el párrafo primero del artículo 1.262 dice que *«el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»*, el párrafo segundo cuida de adaptar el caso general que contempla aquél a los supuestos especiales de contratación por medio de carta.

Por otra parte, el artículo 623 del Código civil, con relación a las donaciones, ratifica el contenido del 1.262, párrafo segundo, al expresar que *«la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario»*.

Parece, pues, que frente al sistema de la declaración, que resultaría de atender exclusivamente a los artículos 1.258 y 1.262, párrafo primero, del Código civil, éste adopta el del conocimiento o cognición, según se prefiera denominarlo.

No obstante la rotunda afirmación en que se produce, el artículo 1.262, párrafo segundo, plantea varios problemas. Dejando aparte el de si la aceptación obliga al aceptante desde que es emitida hasta que llega a conocimiento del oferente, o por el contrario, podrá éste revocarla empleando un medio de comunicación más rápido, lo que será objeto de particular atención en otro lugar de este trabajo, queremos detenernos a exponer ahora dos puntos de especial interés, que son: 1.º Si la regulación del Código se refiere exclusivamente a la contratación por carta o debe entenderse que rige en todo caso de contratación entre personas distantes; y 2.º Si el Código sanciona efectivamente la teoría de la cognición.

En cuanto al primer extremo, la opinión dominante (CASTÁN, MUCIUS SCAEVOLA, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER) es que la solución del Código civil habrá que aplicarla, no sólo a los supuestos en que el contrato resulte de una aceptación hecha por carta, sino también a la efectuada por telegrama, telefonema y aun nuncio; y ello porque, aunque desde el punto de vista gramatical, en la palabra «carta» no puede entenderse comprendido todo género de comunicación, debe hacerse observar que, en realidad, el precepto del artículo 1.262 se basa en la consideración de que el concurso de voluntades no es perfecto hasta que la del aceptante llegue a noticia del oferente, y a este efecto resulta indiferente que se escriba una carta o se use cualquier otro instrumento de transmisión de la palabra, siempre que éste consiga la finalidad de poner en relación al aceptante con el oferente; y, además, por razones de analogía, no hay obstáculo en aplicar la regla del artículo 1.262, párrafo segundo, a todos aquellos supuestos en que la aceptación no tiene lugar en presencia del oferente.

Respecto al segundo problema enunciado, es de notar que los inconvenientes que concurren en el sistema de la cognición subsisten en el régimen del Código civil y dan lugar a que en algún caso la estricta observancia de dicha doctrina conduzca a resultados manifiestamente injustos. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en que de mala fe el oferente retrase la toma de conocimiento no leyendo o no abriendo la carta recibida, a pesar de poder hacerlo, en los que, como dicen PÉREZ y ALGUER, «no puede admitirse lisa y llanamente la solución que resulta de la aplicación rigurosa del sistema del conocimiento, porque no puede suponerse que haya sido intención del legislador abandonar al capricho del oferente el perfeccionamiento del contrato, toda vez que existe coincidencia de voluntades, debiendo, por tanto, en tales casos, entenderse perfeccionado el contrato en el momento en que el oferente pudo tomar conocimiento de la aceptación re-

cibida» (24). Por eso PUIG PEÑA, a pesar de defender la doctrina de la cognición, entiende que, en definitiva, «hay que adoptar, para la solución de muchos supuestos, el criterio de la culpabilidad» (25). Y, a nuestro juicio, no es aventurado suponer que la conducta del oferente, que tienda maliciosa y unilateralmente a impedir la formación del contrato, incide en el supuesto de hecho del artículo 1.256 del Código civil, según el cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

La orientación más atinada en este punto viene esbozada por PUIG BRUTAU, quien, después de citar, como nosotros, a PÉREZ y ALGUER, dice que sus palabras «señalan certeramente en qué sentido de deforma la disposición legal: lo que está ordenado a base de una realidad (enterarse el oferente), se identifica o tiende a equipararse con una posibilidad (poder enterarse de la aceptación el mismo proponente). Por ello creemos que nuestro sistema hace tránsito, en la práctica, al que dispone que los contratos se perfeccionan al recibir el oferente la aceptación» (26).

Alberto BLANCO, ante las dificultades que suscitara la prueba de un hecho psicológico cual el conocimiento de la aceptación, opina que «mucho más lógico parece entender o que la recepción es suficiente, o presumir por ella el conocimiento de la aceptación» (27). Esta es la solución que ha prevalecido en el Código italiano de 1942, cuyo artículo 1.335, reproducido por el 1.137 del nuevo Código civil de Venezuela, desvirtúa el sistema de la cognición, que a primera vista parece imperar en dichas legislaciones, con una presunción, aunque *iuris tantum*, en virtud de la cual la aceptación se presume conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario de la misma, es decir, al oferente, a menos que éste pruebe haberse hallado sin su culpa en la imposibilidad de conocerla.

Aunque no exista en nuestro Derecho positivo un precepto análogo a los artículos 1.335 del Código italiano y 1.137 del venezolano, es lo cierto que en alguna ocasión deberá adoptarse la misma regla para resolver los problemas que la realidad ofrezca, cuando las circunstancias del caso y la necesidad de proteger el interés del aceptante, obliguen a trasladar el centro de gravedad de la perfección del contrato desde el instante del conocimiento al de la llegada de la aceptación, para evitar que una actitud dolosa del oferente impida la aplicación en sus propios términos del párrafo segundo del artículo 1.262.

Si pasamos a la esfera mercantil, nos encontramos con que

(24) ENNECERUS: Obra citada, pág. 147.

(25) *Tratado de Derecho civil español*, 1.ª edición, Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1946, tomo IV, vol. 2.º, pág. 55.

(26) Obra citada, pág. 226.

(27) Citado por CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 7.ª edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, tomo III, 1951, pág. 387.



la casi totalidad de nuestros autores (BENITO, BLANCO CONSTANS, GARRIGUES, ORUS MORATA, PÉREZ y ALGUER y, al parecer, CASTAN, se inclinan a pensar que el artículo 54 del Código de Comercio adopta el sistema de la emisión o declaración, sin que falte alguno que, como PUIG BRUTAU, estime que dicho precepto sigue la teoría de la expedición.

Ciertamente, la expresión del Código «desde que se *conteste aceptando* la propuesta» reviste cierta ambigüedad, pudiendo referirse tanto a la mera redacción de una carta de respuesta a la oferta o a la preparación de un medio de trasladar la aceptación al oferente, como al acto de enviar ésta al mismo, pues el texto legal no dice «desde que se *acepte la propuesta*», caso en el cual consagraría claramente el sistema de la declaración, sino «desde que se *conteste aceptando*», lo que parece dar a entender que, supuesta la aceptación y vertida ésta en una carta o en cualquier otro medio análogo, se ponga aquélla o éste a disposición del oferente, haciéndola salir de la esfera de poder del aceptante, mediante su remisión o expedición. Contestar es responder a una pregunta, por lo que es lógico que se conteste precisamente a aquel que la formuló (o a otra persona en su nombre), y de ahí que la respuesta de aceptación no tendría sentido a no ser considerada en relación con su destinatario. Si el artículo 54 se entendiera en forma que la contestación-aceptación debiera poder llegar a conocimiento del proponente, por haberla colocado su autor fuera de la esfera de acción de su voluntad, se evitarían los inconvenientes que presenta el sistema de la declaración, que si bien está a tono con la rapidez propia de las operaciones mercantiles, puede conducir al absurdo de que el oferente no llegue a tener noticia de la aceptación, no obstante haber el aceptante «contestado aceptando la propuesta», si, por ejemplo, la respuesta no se dirige al oferente o si, aun dirigida al mismo, no se hace lo necesario para que llegue a su conocimiento.

Sea cual fuere el entendimiento que quiera darse al contenido de su artículo 54, debe censurarse a los autores del Código de Comercio vigente por haber modificado la redacción del artículo 243 del de 1829, que claramente adoptaba el sistema de la expedición, y no hubiera provocado las dificultades apuntadas. A este respecto, y partiendo de la base de que el artículo 54 del Código de 1885 sigue la doctrina de la declaración, Lorenzo BENITO se pronunciaba en contra de la nueva redacción, «sin que el legislador haya explicado el porqué de la reforma», pues «aun sin haberlo explicado satisfactoriamente, estaría justificada la sustitución de un precepto legal por otro, cuando la ventaja del último fuera evidente; pero cuando, como en el caso actual, no ocurre esto, no es dar gran muestra de prudencia y circunspección en el arte de legislar introducir variaciones en la ley que nadie ha exigido y que no responden tampoco a una verdadera

necesidad» (28); y BLANCO CONTANS, sobre la misma base, estimaba que «debe reformarse el artículo 54 del Código de Comercio aplicando el sistema de la transmisión, más conveniente para el comercio, que no el de la declaración actual» (29).

La disparidad de criterio entre la regulación del Código civil y la del mercantil fué mal acogida por nuestros autores. Lorenzo BENITO, por ejemplo, se preguntaba qué diferencia hay entre los contratos civiles y mercantiles para que estén sometidos a leyes distintas; «si nuestro Código civil—decía—fuera de principios de siglo, como el Código de Napoleón, aun podría tolerarse que se inspirara en la teoría de la formación; pero siendo casi *fin du siècle*, y acentuándose cada vez más las corrientes que llevan al Derecho civil a vaciarse en los moldes de mercantil, no se concibe fácilmente cómo el legislador ha abandonado, sin razón ni motivo, la solución del Código de Comercio, que es la más apropiada para toda clase de contratación, dadas las condiciones económicas, de la vida moderna» (30).

Pero, a nuestro modo de ver, si, como expresa BOLAFFIO, «en las relaciones civiles, los contratos, normalmente fruto de gestiones ni simples ni breves, son concluidos, por regla general, entre individuos que se conocen personalmente, que se encuentran en presencia uno del otro, y, en cambio, en las relaciones comerciales, los mayores negocios por número e importancia se concluyen por medio de la correspondencia epistolar o telegráfica, entre casas y sociedades que tratan entre sí principalmente por la reputación que gozan de solvencia y de honestidad comercial» (31), parece aconsejable regular la materia de la contratación *inter absentes* en un sentido que tienda a facilitar hasta el máximo la contratación mercantil, donde las exigencias del tráfico han de triunfar sobre el principio de la seguridad jurídica, y, en cambio, establecer mayores garantías en el ámbito de la contratación civil, donde el problema se presentará con menor frecuencia y donde deberá velarse principalmente por la seguridad de las relaciones jurídicas; por lo que, si bien lo deseable sería que fuera uno y el mismo el criterio adoptado por la legislación civil y la mercantil, para evitar los conflictos que pudieran suscitarse en caso de duda sobre la naturaleza civil o mercantil de un determinado contrato, no es del todo desafortunada la dualidad legislativa que ofrecen nuestros cuerpos legales. Lo que sí merece censura es que el Código civil no se haya inspirado preferentemente en el sistema de

(28) RAMELLA: Obra citada, pág. 590.

(29) *Reformas que deben introducirse en el Código de Comercio vigente*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 93, 1898, pág. 346.

(30) RAMELLA: Obra citada, pág. 591.

(31) *De las obligaciones comerciales en general*, traducción de la 6.ª edición italiana por Delia VITERBO DE FRIEDER y Santiago SENTIS MELENDO. Buenos Aires, Ediar, S. A., 1947, págs. 1-2 (tomo III del *Derecho comercial de BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE*).

la recepción, y que el de Comercio, según se ha dicho, haya introducido la confusión en una materia que estaba claramente perfilada en el Código de 1829.

#### IV. LUGAR DE FORMACIÓN

Muy interesante es determinar el lugar en que ha de considerarse perfeccionado el contrato celebrado entre personas distantes, cuando éstas se hallen sometidas a la competencia territorial de distinto órgano jurisdiccional dentro del mismo país, o a las leyes de distintos países, para saber qué tribunal habrá de conocer de las incidencias del contrato o qué ley habrá de aplicarse.

Como advierte PUG BRUTAU, al hablarse de lugar de la formación del contrato se emplea un lenguaje figurado con el que se abrevia la expresión del problema de que se trata, que no consiste en saber propiamente dónde ha tenido lugar un acontecimiento físico, sino en resolver dónde es más justo que sea entablado un litigio y qué normas son las más procedentes para su decisión (32).

Desde el punto de vista dogmático, el problema del lugar de perfección de los contratos entre personas distantes puede examinarse en relación con el del momento en que se perfeccionan, de tal modo que según sea la solución que se haya dado a este último, se determinará el lugar por la referencia al de la oferta o de la aceptación, o al del domicilio del oferente o del aceptante. Así, si se adoptan las teorías de la declaración o de la expedición, lo lógico será entender que el lugar de perfección del contrato es el en que se hubiere hecho la aceptación, mientras que si se siguen los sistemas de la recepción o de la cognición es natural que el lugar de perfección sea el en que recibe la aceptación el oferente o el en que hizo la oferta.

VIVANTE, en relación con el Código italiano, entiende que el contrato deviene perfecto, generalmente, en el lugar en que el proponente recibe noticia de la aceptación (33), sosteniendo asimismo ARRILLAGA que, en caso de que el lugar de recepción de la conformidad sea distinto de aquel en que se hizo la oferta, es más acertado entender que el lugar de perfección del contrato es aquél en que se recibe la aceptación (34).

En el Derecho comparado pueden observarse distintas soluciones sobre la cuestión del lugar de formación del contrato, y así, mientras unas legislaciones consideran que el lugar de perfección es el de la formulación de la oferta (Código civil de Hon-

(32) Obra citada, pág. 240.

(33) *Istituzioni di Diritto commerciale*, 2.ª edición, Milano, Urico Hoepli, 1924, pág. 182.

(34) *Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas*, en «Revista de Derecho Mercantil», tomo XIV, núm. 40, 1952, págs. 64-65.

duras, art. 1.553, párr. segundo, *in fine*; Código de las Obligaciones de Marruecos, art. 227, párr. segundo; Código de Comercio de Venezuela, art. 123), otras reputan celebrado el contrato en el lugar de aceptación (Código de las Obligaciones del Líbano, art. 184) o en el de la residencia del aceptante (Códigos de Comercio de Colombia, art. 191, y del Ecuador, art. 147), o en el lugar en que el oferente recibe la aceptación (Código civil del Uruguay, art. 1.265), o en el que empieza a ejecutarse el contrato cuando el oferente no requiere aceptación expresa (Código civil italiano, art. 1.327 y Código civil de Venezuela, artículo 1.138).

En nuestro Derecho, el Código civil resuelve claramente el problema del lugar de perfección de los contratos celebrados entre personas distantes en su artículo 1.262, párrafo segundo, segunda parte, al disponer que, en el caso de aceptación hecha por carta—y lo mismo podrá decirse de la efectuada por cualquier otro medio de transmisión, según hemos indicado—, «*el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta*».

Esta solución es la que también habrá de seguirse en materia mercantil, pues ante el silencio del Código de Comercio sobre el particular debe acudir, conforme a su artículo 50, a los preceptos generales del Derecho común, es decir, al Código civil. No obstante, hemos de poner de relieve que dicha conclusión no parece la más lógica, porque si es cierto que resulta plenamente adecuada en el Derecho civil, que considera celebrado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta, que normalmente será el mismo en que el oferente reciba y conozca la aceptación, lo que determina el perfeccionamiento del contrato, no lo es menos que en el Derecho mercantil el contrato se forma precisamente en el momento en que se contesta aceptando la propuesta.

El precepto del artículo 1.262 del Código civil se limita a sentar una presunción que deja a salvo el derecho de las partes para acordar, como lugar de perfección del contrato, otro distinto de aquél en que se hizo la oferta; y según hace observar MUCIUS SCAEVOLA, dicha presunción, como legal que es, dispensa de toda prueba al que, en caso de litigio, sostenga la competencia del juez del lugar donde se hizo la oferta, debiendo el que afirma que el contrato se perfeccionó en otro lugar, probarlo cumplidamente, prevaleciendo, en tanto dicha prueba no tenga lugar, la presunción legal (35).

## V. CRUCE DE OFERTAS

Otro de los problemas que puede ofrecer la circunstancia de que la contratación tenga lugar entre personas separadas entre sí, es el de saber qué sucede cuando las manifestaciones de las partes

(35) *Código civil*, Madrid, edición y administración de las obras de Q. MUCIUS SCAEVOLA, 1904, tomo XX, pág. 592

no aparecen en la forma normal de una oferta seguida de aceptación, sino como ofertas independientes sobre el mismo contenido que se cruzan sin previo conocimiento de sus autores. Como dice RAMELLA, no es raro el caso, especialmente entre personas que mantienen relaciones mercantiles, de que mientras una hace proposiciones a otra, por ejemplo, de venta de determinadas mercancías por cierto precio o de ejecutar encargos especiales, esta última, antes de recibir aquella oferta, haya enviado al primero una proposición coincidente (36).

¿Puede, en tal caso, estimarse perfeccionado el contrato por la coincidencia de voluntades, existente en la realidad, sobre los términos de aquél? No han faltado autores que han creído en la eficacia de las ofertas cruzadas para originar el nacimiento del contrato. GIRAULT, ROBERT y VALERY, entre otros, entendían que la distinción que se hace en los contratos entre oferta y aceptación responde únicamente a la iniciativa de ordinario tomada por una de las partes, y sostenían que esta circunstancia no es condición esencial del contrato, toda vez que las legislaciones actuales no han impuesto ninguna forma especial a la manifestación del consentimiento, al modo de las formas solemnes de pregunta y respuesta de la *stipulatio* del Derecho romano. Añadian que, con el sistema opuesto, si ambos contratantes se envían cartas confirmatorias con que perfeccionar su consentimiento, se deducirá que el contrato tiene sus orígenes en lugares y tiempos distintos, consecuencia por sí misma inadmisibles. En fin, como el cruce de correspondencia se verifica generalmente entre personas relacionadas por sus asuntos y que están dispuestas a celebrar otros, mayormente es cierta la existencia del consentimiento recíproco de las partes sin necesidad de ulteriores informes (37). Entre los autores modernos, PUG BRUTAÚ, inspirándose en las orientaciones del derecho angloamericano, que atribuye fuerza vinculante al cruce de ofertas, parece adherirse también a la tesis afirmativa, y estima que el problema no debe resolverse en términos propios de la jurisprudencia de conceptos, sino con un criterio valorativo de los intereses en pugna (38).

No obstante, a nuestro juicio, no puede admitirse sin más un criterio favorable a la existencia del contrato, cuando es lo cierto que ni los mismos interesados han previsto siquiera la conclusión del mismo. En efecto, en el supuesto de cruce de ofertas existe *por casualidad* un resultado que es igual al contenido de un contrato, pues hay dos declaraciones de voluntad coincidentes, pero el resultado no ha sido *querido* inmediatamente por los autores de las ofertas, quienes, cada uno en particular, no han tenido intención de quedar obligados con su oferta más que por la aceptación del destinatario de la misma y no por su

(36) Obra citada, pág. 218.

(37) Citados por RAMELLA: Obra citada, pág. 219.

(38) Obra citada, pág. 209.

propia declaración. Si A ofrece a B la venta de un objeto por un precio determinado, su intención ha sido la de quedar obligado si B acepta cosa y precio; pero como ignora que B le hace una oferta coincidente no puede en modo alguno reputarse la oferta de A como aceptación de la de B ni ésta como aceptación de la de A. Las declaraciones de voluntad de A y B han coincidido, no intencional, sino fortuitamente.

El perfeccionamiento del contrato exige la coincidencia de dos manifestaciones de voluntad; pero esto sólo no basta, pues la doctrina enseña que éstas han de ser de naturaleza *recepticia*, es decir, que tanto la oferta como la aceptación deben ser dirigidas a un destinatario y recibidas por éste.

Se añade también, en oposición a quienes ven en el cruce de ofertas un principio apto para dar vida al contrato, que es posible que, al hacer la oferta, su autor haya contado con el tiempo necesario para el cambio de sus respectivas declaraciones contractuales, de modo que, si como consecuencia de un cruce de proposiciones desaparece parte del tiempo que normalmente había previsto antes de que el contrato se concluyera, nada autoriza a pensar que al autor de la oferta le resulte indiferente dicha circunstancia, pues por ser el tiempo en que se ha de celebrar el negocio un elemento constitutivo de la oferta, resulta que si con la aceptación se cambia el citado elemento temporal, será necesaria, para estimar perfecto el contrato, una nueva declaración del primitivo oferente en la que acepte la modificación, lo que quiere decir tanto como que el simple cruce de ofertas no es bastante a perfeccionar el contrato, aunque en las mismas se dé identidad en los elementos constitutivos (39).

En el ámbito del Derecho español creemos que el cruce de ofertas es inoperante. Si el artículo 1.262 del Código civil expresa que el consentimiento se manifiesta por el *curso de la oferta y de la aceptación* sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, y que para la perfección de éste es preciso que *la aceptación llegue a conocimiento del oferente*, y si el artículo 54 del Código de Comercio exige igualmente que *se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada* (nueva oferta), es claro que nuestro ordenamiento jurídico requiere que la oferta sea conocida por el destinatario de la misma de modo que como consecuencia de ella emita y envíe la aceptación, es decir, que las dos declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) han de ser no sólo coincidentes, sino causa la una de la otra.

Consecuencia de lo expuesto es que cada una de las ofertas podrá revocarse hasta que la aceptación sobrevenga, o sea, hasta que una de las partes, respondiendo a la oferta de la otra, emita y dé a conocer su aceptación.

En general, para evitar malas interpretaciones, sucede en la

(39) MORENO QUESADA: Trabajo citado, págs. 112-113.

práctica que cada uno de los oferentes, o uno sólo de ellos, al recibir la oferta del otro se apresura a contestarle confirmándole su primitiva declaración de voluntad; pero en tal supuesto es evidente que el contrato se perfecciona, no en virtud de las dos ofertas independientes cruzadas, sino de la confirmación-aceptación que recae sobre una de ellas.

## VI. SUSTANTIVIDAD DE LA OFERTA

1. *Doctrina.* El problema llamado de la autonomía o sustantividad de la oferta después de emitida, o, en otras palabras, el de saber qué ocurre cuando el oferente muere o deviene incapaz mientras está pendiente la aceptación, es otro de los que se plantean en la contratación entre personas distantes, derivado de la existencia de un lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación.

El Derecho común sostuvo la tesis de que la oferta, antes de la consumación del contrato, no contaba con una existencia sustantiva, pues, como dice ENNECCERUS, «no tenía más soporte que la voluntad del declarante y, por tanto, caducaba si antes de consumarse, el declarante fallecía o perdía su capacidad» (40), con la consecuencia de que los herederos del muerto o incapacitado no estaban obligados a cumplir la oferta.

Los autores partidarios de esta orientación aducían, en esencia, los siguientes argumentos:

a) No cabe sucesión respecto de los herederos, ya que sólo se transmiten *mortis causa* los derechos y obligaciones, por lo que, en el caso de muerte de uno de los contratantes, sin que el contrato haya llegado a perfeccionarse, no surgen derechos y obligaciones que transmitir.

b) Las declaraciones de voluntad guardan una absoluta dependencia respecto de la persona que las emite, y corren su misma suerte si, antes de haberse transformado en elemento integrador del contrato, desaparece su voluntad eficaz por muerte o incapacidad sobrevenida. La perfección del contrato requiere la persistencia y coexistencia de las voluntades de las dos partes hasta el momento de la formación del mismo, por lo cual, si antes de haberse concluido acontece la incapacidad o muerte de una de las dos partes, no sólo no se da la persistencia de la voluntad, sino que ésta habrá desaparecido al faltar material y jurídicamente el sujeto.

c) La subsistencia de la capacidad del oferente es necesaria en tanto haya posibilidad de revocación, pues de otro modo, es decir, si fuera revocable la oferta, pero por la incapacidad sobrevenida no pudiera ejercitarse dicha facultad, nos hallaríamos con la anomalía de que el incapaz no podría hacer la revocación a que tiene derecho y que podría ejercitar caso de no haberle sobrevenido la incapacidad o muerte, quedando de tal modo la

(40) Obra citada, pág. 148.

oferta convertida en irrevocable, contra la regla general que no admite esta posibilidad.

d) Tanto la oferta como la aceptación son revocables hasta la conclusión del contrato, por lo cual debe admitirse su caducidad en los sistemas jurídicos consensualistas, regla que está de acuerdo con el principio que impide la cesión de manifestaciones de voluntad no obligatorias; igual que la revocación de la oferta las circunstancias de muerte o incapacidad tendrán naturaleza no recepticia, operando en consecuencia sin necesidad de que sean conocidas por los interesados (41).

Frente a la posición de quienes sostienen que la muerte o incapacidad del oferente produce, como consecuencia incontrovertible, la desaparición de la oferta, modernamente se sostiene, de acuerdo con la doctrina que recoge el § 130, párrafo segundo del Código alemán, la necesidad de atribuir a toda declaración de voluntad una fuerza en sí misma, de tal modo que, una vez emitidas, las ofertas gocen de la suficiente autonomía en relación a su autor para que los accidentes que a éste, en orden a su capacidad, puedan ocurrirle, no les afecten en absoluto. Y esta posición, que desde los últimos años del siglo pasado ha ido adquiriendo cada vez mayor predicamento en la doctrina y carta de naturaleza en varios países, como veremos al indicar la actitud de las legislaciones extranjeras, se apoya principalmente en las siguientes razones:

a) A la declaración de voluntad, una vez emitida, no le afectan la muerte o la incapacidad del autor, pues son cosas distintas la voluntad como producto y la voluntad como potencia, constituyendo la oferta un vínculo del promitente y atribuyendo un derecho al destinatario (KRÜCHMANN, SCHOTT) (42).

b) Frente a la regla de que el fallecimiento del oferente destruye la oferta, fundada en algo tan indiscutible como el hecho de que una persona muerta no puede contratar, cabe oponer que las reglas jurídicas no son posibles o imposibles, sino justas e injustas, acertadas o equivocadas, y aunque un hombre muerto no puede contratar, es posible considerar que la obligación correspondiente gravita sobre su herencia. Se trata, en definitiva, de un problema de intereses que ha de ser resuelto después de la más justa ponderación de los mismos (FULLER) (43).

c) Las necesidades del comercio y la seguridad del tráfico, que aconsejan considerar subsistentes las ofertas, a pesar de la muerte o incapacidad de su autor (BONFANTE) (44).

d) Si la voluntad unilateral se considera como fuente de obligaciones, no ofrece dificultad alguna entender que, siendo la ofer-

(41) Los argumentos expuestos pueden verse *in extenso* en MORENO QUESADA: Trabajo citado, págs. 168-169, y autores allí citados.

(42) *Ober den Vertragsschluss*, Göttingen, 1892, págs. 101 y sigs., y obra citada, págs. 167 y 200 y ss., respectivamente.

(43) Citado por PÜIG BRUTAU: Obra citada, págs. 250-251.

(44) Citado por MORENO QUESADA: Trabajo citado, págs. 171-172.



ta una de ellas, vincula, por tanto, al oferente desde el momento mismo en que es emitida (45).

e) Al argumento de que una persona fallecida no puede contratar puede objetarse que tampoco es posible lograr que un muerto pague las deudas que contrajo en vida y, a pesar de ello, no existe dificultad jurídica alguna para lograr que se hagan efectivas contra la herencia (CORBIN) (46).

La solución intermedia es acogida, entre otros, por BARRASSI. Este autor estima que merece un tratamiento distinto el caso de la incapacidad del de la muerte que puedan sobrevenirle al oferente una vez que emitió su declaración. En lo que respecta a la incapacidad, «no perjudicará al destinatario que razonablemente la ignore en el momento de recibir la declaración, porque en las declaraciones de voluntad el instante decisivo para apreciar los vicios de que puedan adolecer es el de la emisión, y, como consecuencia, después de haberse separado de su autor, se produce un cierto estado de autonomía en la declaración que la convierte en independiente del que la exteriorizó, aunque a él siga ligada en cierto sentido por la facultad de revocación que le asiste». En cambio, en lo referente a la muerte, opina que implica la desaparición de la oferta, porque «no es admisible la transmisibilidad de un negocio incompleto, como sucede con la oferta antes de ser aceptada», y, además, porque «no siendo la declaración (que se está formando) un fenómeno ideológico, sino una *res facti*, le es inaplicable el concepto de sucesión» (47).

También se opina, por otros autores, que el solo hecho de la muerte o incapacidad no basta para decidir si la oferta debe continuar o no vigente, sino que es preciso fijarse en otras circunstancias del caso; así, GIORGI considera «insuficientes la muerte y la incapacidad del promitente para impedir la formación del vínculo contractual cuando hayan ocurrido sin saberlo antes de la aceptación, de modo que (el aceptante) haya aceptado la promesa en plena buena fe» (48).

2. *Derecho comparado.*—Entre los Códigos que niegan la sustantividad de la oferta después de emitida están los de Argentina y Uruguay. El artículo 1.149 del Código civil argentino y el 1.268 del uruguayo consignan que la oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere o perdiere su capacidad para contratar; el proponente, antes de haber sabido la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado.

En cambio, los Códigos civiles de Alemania (§ 130, párr. segundo, y 153), Costa Rica (arts. 1.014), China (art. 95, párr. segundo) y Méjico (art. 1.809) admiten plenamente que la muerte

(45) MORENO QUESADA: Trabajo citado, págs. 170-171.

(46) Citado por PUIG BRUTAU: Obra citada, pág. 251.

(47) Citado por MORENO QUESADA: Trabajo citado, pág. 173.

(48) Obra citada, pág. 235.

o incapacidad del oferente no son obstáculo para la subsistencia de la oferta.

Siguen un sistema intermedio los Códigos civiles de Portugal e Italia.

El Código portugués expresa, en su artículo 655, que «si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente sin que el aceptante conociere su muerte, los herederos del proponente estarán obligado a mantener la propuesta en los términos del artículo 653, salvo que resulte lo contrario de la naturaleza de la convencion».

Por su parte el Código italiano declara, en la hipótesis de que el proponente se haya obligado a mantener firme la propuesta por un cierto tiempo, que la muerte o incapacidad sobrevenida al proponente no quita eficacia a la propuesta, salvo que la naturaleza del negocio u otras circunstancias excluyan tal eficacia (art. 1.329).

Pero la particularidad más relevante del Código de Italia estriba en su artículo 1.330, según el cual «la propuesta o la aceptación, cuando es hecha por un empresario en el ejercicio de su empresa, no pierde su eficacia si aquél muere o si deviene incapaz antes de la conclusión del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios o que resulte de otro modo de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias».

3. *Derecho español.*—También en la doctrina española se sostienen criterios diferentes acerca de la sustantividad de la oferta.

SÁNCHEZ ROMÁN afirma que la proposición puede ser retirada por «obra de un hecho de voluntad del proponente o de un motivo de Derecho, por la incapacidad o la muerte que le sobreviene después de hecha la proposición, antes de aceptarse y antes también de retirarse. La razón de justicia es la misma: donde no hay sujeto proponente no hay proposición ni voluntad, siendo indudable que los representantes o herederos de éste no están obligados a mantener la proposición hecha por su causante y a pasar por la aceptación posterior a la incapacidad o a la muerte de aquél» (49).

MUCIUS SCAEVOLA se pronuncia en el mismo sentido, sosteniendo que «lo que ata y liga es lo bilateral, el acuerdo de voluntades; lo unilateral es personal y, por consiguiente, intransmisible. Habiendo muerto la persona a quien se hizo la oferta sin cumplir lo dispuesto en el Código, sin prestar su consentimiento, no se perfeccionó el contrato y no hubo derechos y obligaciones que transmitir. Y lo mismo en el caso de muerte de la persona a quien se hizo la oferta sin aceptarla. Por el mero hecho de su

(49) *Estudios de Derecho civil*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1898, tomo IV, pág. 227.

óbito queda desligado el proponente, y los herederos de dicha persona no pueden obligar a éste a la perfección del contrato, puesto que su causante no adquirió derecho alguno. La adquisición de derechos y la sujeción a obligaciones es coetánea y consustancial de la notificación de aceptarse la oferta, y el que de ellos—proponente y aceptante—muera antes de tal momento, como nada ha adquirido ni a nada se ha obligado, nada transmite a sus herederos» (50).

Por el contrario, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER entienden que «el problema de la sustantividad o no de la declaración de voluntad después de ser emitida no tiene solución general en el Código civil español ni en uno ni en otro sentido. Sería inoportuno tratar de arrancar una respuesta, afirmativa o negativa, al artículo 1.262, por cuanto lo más probable es que, al redactar este artículo, el legislador no tuviera presente la cuestión en modo alguno. El problema de la consumación de una declaración de voluntad, que resuelve ese precepto, es totalmente distinto del de la sustantividad de la misma, puesto que la declaración existe desde que es expedida y, por tanto, entonces queda separada del sujeto declarante, y tal existencia no puede negarse por la sola circunstancia de que los efectos de la declaración queden remitidos por la ley a un momento ulterior. Los artículos 226, 623, 633, apartado segundo, 666 y 1.738 resuelven cuestiones conexas externamente a la que ahora nos ocupa, pero es difícil traerlos a colación para resolver ésta. Sólo pueden invocarse con relación a los casos y problemas concretos a que afectan. En presencia de la laguna evidente del Código civil en esta materia deben considerarse las razones que aduce el texto (del Tratado de ENNECCERUS) como fundamento de la regulación legal alemana, y si se entiende—como a nuestro juicio debe entenderse—que la solución es la más racional, aplicarla sin reparo, en la seguridad de que ningún precepto legal se opone a éllo y que, por otro lado, ninguno impone la permanencia de la vida y de la capacidad del declarante como soportes de la declaración, como acaso fuera menester para fundamentar la solución contraria» (51).

CASTÁN, «aun reconociendo que la solución moderna no es absolutamente segura en nuestro Derecho (dada la dificultad de encontrarle apoyo ni en nuestra tradición jurídica ni en el sistema del Código civil, ni siquiera en la doctrina, que todavía no ha elaborado suficientemente la teoría de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones)», cree que «debe ser mirada con simpatía dicha solución y que, en último término, no se oponen a ella obstáculos legales tan considerables que una jurisprudencia progresiva no pudiera vencer». «Para llegar a ella—sigue diciendo tan ilustre civilista—es fundamental, en efecto, no confundir el

(50) *Obra citada*, pág. 589.

(51) *En ENNECCERUS: Obra citada*, págs. 149-150.

problema de la sustantividad de las declaraciones de voluntad con el de la perfección del contrato. Para que nazca un contrato o negocio jurídico bilateral se exige el acuerdo pleno y actual de las voluntades; pero esto no es óbice para que la simple declaración unilateral (recepticia) de voluntad—tanto la que se haga por vía de oferta como la que se emita por vía de aceptación— produzca los efectos anejos a esa declaración de voluntad. Podrían las mismas no ser vinculantes en el sentido de producir una obligación contractual; pero no para que haya graves obstáculos en admitir que en ellas nace una situación jurídica de la que pueden derivarse consecuencias relevantes para el Derecho, tanto en el caso de no revocación (que permite llegar a la formación del contrato), como en el caso de revocación (que incluso puede dar lugar en buena doctrina a una responsabilidad extracontractual a través de la llamada «culpa *in contrahendo*»). Desde luego no es un valladar infranqueable para la admisión de estas soluciones el artículo 1.262 del Código civil, que sólo aborda directamente el problema del consentimiento contractual y no excluye que, aun antes de producirse ese consentimiento, la propuesta no aceptada o la aceptación que no haya llegado todavía a conocimiento del oferente puedan producir determinados efectos jurídicos» (52).

PUG BRUTAU, después de recoger argumentos de FULLER, CORBIN, OLIPHANT y FERSON, indica que «también en esta materia hay que evitar la creencia de que las reglas generales bastan por sí solas para decidir todos los casos concretos. La particularidad de que en ciertos casos la muerte del oferente debe ser considerada como un efectivo final de la oferta, mientras en otros casos la resolución procedente deba ser hallada en sentido contrario, siempre será difícil de traducir en las palabras de una regla general; en cambio, brotará de una manera natural del valor ejemplar de los casos» (53).

MORENO QUESADA recuerda que no hay en nuestro Derecho textos precisos que puedan ser invocados en contra de la autonomía de la oferta, de tal forma que impidan la aplicación del principio sin lugar a dudas, y al efecto cita la sentencia de 21 de junio de 1945, que dice que «en torno a la eficacia, perfección y sustantividad o no sustantividad de las declaraciones de voluntad una vez emitidas, se suscitan graves problemas no siempre claramente previstos por nuestro Código civil».

«En cuanto al contenido del artículo 633, párrafo segundo—continúa exponiendo el mismo autor—, no debe olvidarse que esta disposición, al exigir, para que surta efecto la donación de inmuebles, que se acepte en vida del donante, lo que establece no es que sea ineficaz la aceptación por haber desaparecido la base

(52) Obra citada, tomo I, 7.ª edición, 1949, págs. 685-686.

(53) Obra citada, pág. 252.

que soportaba la oferta, sino que, a pesar de ser plenamente válida, falta el requisito que impone el Código, igual que al exigir la escritura pública, de que viva el donante; este condicionamiento tiene su razón de ser en el carácter personalísimo de la donación, que impide a los herederos suceder al oferente en la relación entablada (como no podrían hacerlo en cualquier otro contrato de los *intuitu personae*), y que puedan recibir la aceptación para que, de acuerdo con el artículo 629, se perfeccione el contrato; es decir, que el principio que establece el citado artículo 633, párrafo segundo, está justificado en la especialidad del contrato de donación en lo que respecta a las personas de los contratantes, que es lo que determina la aplicación del principio sucesorio en cuya virtud se impide la subrogación en las relaciones de carácter personalísimo.»

Apoyo afirmativo, según MORENO QUESADA, lo hay en el artículo 1.057, párrafo primero del Código civil, conforme al cual «el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa*, para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona, que no sea uno de los coherederos: Y estima que la admisión de la autonomía de la oferta, «al no encontrar obstáculo legal que se le oponga y considerar las ventajas que a la seguridad y estabilidad de las relaciones pudiera proporcionarle, resultaría un camino a seguir por nuestra jurisprudencia, que cumpliría en esta cuestión, como en tantas otras, su trascendental misión de ir recogiendo las modernas tendencias doctrinales y adaptarlas a nuestro Derecho positivo, siempre que los principios que aquéllas sustenten no estén en pugna con las directrices fundamentales que informan nuestro Derecho» (54).

A nuestro juicio, el hecho de que ni el Código civil ni el de Comercio nada indiquen con respecto a la sustantividad o no sustantividad de la oferta en nuestro Derecho, «abre el camino a la posibilidad de arbitrar la solución más conveniente y justa en cada caso, sin necesidad de someterse al imperio de reglas rígidas e inflexibles que impongan un criterio determinado.

Los escasos preceptos (citados por PÉREZ y ALGUER) que en nuestro ordenamiento jurídico parecen sustentar la opinión contraria a la sustantividad de la oferta, se refieren a supuestos especiales (donación, mandato, testamento, etc.), que no pueden extenderse, para resolver la presente cuestión, fuera del ámbito propio de su esfera de aplicación; y, por otra parte, tampoco el artículo 1.057, párrafo primero del Código civil, aducido por MORENO QUESADA, significa un claro apoyo de la admisión de la autonomía de la oferta.

En todo caso, nos parece interesante destacar que la ignorancia, por el destinatario de la oferta, de la muerte o incapacidad sobrevinida al oferente, habrá de tener forzosamente espe-

(54) Trabajo citado, págs. 180-183.

cial influjo en la solución que se dé a los supuestos en que se presente el problema, por la necesidad de conceder una protección eficaz a los terceros de buena fe.

## VII. ACEPTACIÓN TARDÍA

La cuestión que se concreta en las palabras «aceptación tardía», se presenta cuando la declaración de voluntad del destinatario de la oferta, por la que la acepta, se formula fuera de tiempo hábil, sea cuando el oferente haya señalado plazo para la aceptación, sea cuando éste viene fijado por la ley, sea, en fin, cuando ni la ley ni el oferente hayan indicado el término hasta el cual puede aceptarse; y tiene por objeto determinar la eficacia que haya de atribuirse a la declaración del aceptante en tales circunstancias, y, por consiguiente, si se perfecciona el contrato por el concurso de una oferta y una aceptación válidas.

Nos proponemos examinar el problema general de la aceptación tardía a base de considerar las siguientes cuestiones:

A) Caso en que la aceptación se emite y expide después de transcurrido el plazo fijado por la ley o el oferente.

B) Caso en que la aceptación se emite y expide a tiempo, pero llega al oferente, sin culpa del aceptante, una vez extinguido el plazo.

C) Caso igual al anterior, en el supuesto de culpa del aceptante.

D) Caso en que ni la ley ni el oferente han señalado término para la aceptación.

E) Modo de computar el plazo de aceptación.

1. *Aceptación emitida o expedida fuera de plazo.*—Presupone lógicamente este supuesto que la ley o el oferente hayan señalado plazo para la aceptación. A nuestro juicio, es evidente que en este caso no puede hablarse de una aceptación eficaz y, por tanto, de la existencia de un contrato, porque requiriendo la aceptación una oferta válida a la que referirse, no es tal la que ha caducado por el transcurso del tiempo para el que fué declarada. Es indiferente, pues, que la cuestión se plantee en régimen de sistema de la expedición (y de la declaración) o de la recepción (y de la cognición), ya que si la declaración de la voluntad de aceptar se ha emitido o expedido fuera del plazo exigido, mayormente llegará al oferente o a su conocimiento en forma extemporánea. No puede considerarse aceptación la declaración de voluntad del destinatario de la oferta que no corresponde exactamente a ésta por no adherirse a un elemento de la propuesta cual es el plazo para aceptar. A lo más podrá hablarse en tales supuestos de que la aceptación tardía constituye una nueva oferta, pero entonces dicha aceptación retrasada, para ser eficaz como elemento cons-

tituyente del contrato, precisará ser aceptada a su vez por el primitivo oferente.

Esta es, desde luego, la solución que nos brinda el Derecho comparado. La mayoría de las legislaciones establecen, en defecto de señalamiento por el propio oferente, un plazo para aceptar, ya fijándolo en un número determinado de días (Código civil de Austria, art. 862; Código civil de Costa Rica, art. 1.012; Código civil de Portugal, art. 652; Código civil del Uruguay, artículo 1.266, párrs. segundo y tercero), o en el tiempo que tarde el correo en ir y volver regularmente (Código de Comercio de Colombia, art. 185, párr. primero; Código de Comercio del Ecuador, art. 142, párr. primero; Código civil de Méjico, artículo 1.806), ya con referencia al tiempo en que el oferente pueda esperar la llegada de la respuesta en circunstancias normales (Código civil alemán § 147, párr. segundo; Código civil austriaco, art. 862; Código civil chino, art. 157; Código de las Obligaciones de Marruecos, art. 226, párr. primero; Código de las Obligaciones suizo, art. 5.º, párrs. primero y segundo; Código civil soviético, art. 132), o en el ordinariamente necesario según la naturaleza del negocio y los usos (Código civil italiano, art. 1.326, párr. segundo; Código de Comercio de Venezuela, art. 120, párr. primero, y Código civil de Venezuela, art. 1.137, párr. segundo). Algunos Códigos (el alemán, § 150, párr. primero, y el chino, art. 170), indican especialmente que la aceptación retrasada de un contrato vale como nueva oferta, y otros (Código de Comercio de Colombia, art. 185, párrafo segundo, y Código de Comercio del Ecuador, art. 145, párrafo segundo) expresan que, vencido el plazo de aceptación, ésta se tendrá por no hecha.

No obstante, en algún país la aceptación tardía, en el supuesto que estamos examinando, puede tener eficacia si el oferente no avisa al aceptante que no considera válida la aceptación tardía (Códigos de Comercio de Colombia, art. 185, párr. tercero, y del Ecuador, art. 142, párr. segundo), o si le notifica que, aun tardía, la considera eficaz (Código civil italiano, art. 1.326, párr. tercero; Código de Comercio de Venezuela, art. 120, párr. segundo, y Código civil de Venezuela, art. 1.137, párr. tercero).

Por lo que se refiere al Derecho español, puede observarse que ni el Código civil ni el de Comercio señalan plazo de aceptación en los contratos de formación sucesiva celebrados entre personas distantes, por lo que la cuestión que ahora nos interesa únicamente existirá cuando el autor de la oferta haya fijado un término para aceptar.

En tal caso, creemos no cabe ninguna duda de que no habrá aceptación válida, porque no puede considerarse existente una oferta o propuesta cuando ha caducado el plazo para el que fue declarada, según puede deducirse fácilmente del párrafo primero

del artículo 1.262 del Código civil (el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación...) y del 54 del Código de Comercio (desde que se conteste aceptando la propuesta...). El mismo criterio viene sustentado por el Tribunal Supremo, que en sentencia de 20 de abril de 1961 declaró que no hay contrato sin el concurso de voluntades, y que éste no tiene vida legal cuando no hay más que la manifestación de un propósito que fué retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte. Análogo caso es el resuelto por la sentencia de 22 de diciembre de 1956, que tendremos ocasión de considerar más adelante.

Ahora bien, no vemos obstáculo para que en nuestro Derecho se considere la aceptación extemporánea como nueva oferta, que sólo contribuirá a la formación de un contrato cuando sobre ella recaiga la aceptación del primitivo oferente.

2. *Aceptación expedida a tiempo, pero llegada al oferente, sin culpa del aceptante, una vez extinguido el plazo.*—En tal supuesto el aceptante declara y expide su declaración de voluntad dentro del término fijado por el oferente o por la ley, pero aquélla, sin culpa por su parte y debido a circunstancias imprevistas (retraso en el funcionamiento del medio de transmisión empleado o cualquier otro caso de fuerza mayor, etc.) llega al oferente fuera del plazo señalado.

Evidentemente el problema no puede plantearse en el sistema de la expedición (y, por tanto, en el de la emisión), en el que el contrato se formaría al aceptarse o expedirse la aceptación de la oferta, y cualquier retraso en la comunicación de la voluntad no repercutiría sobre la validez de un contrato ya perfeccionado; en cambio, sí puede presentarse en los sistemas de la cognición y de la recepción. Claro es que todo depende de los términos empleados por el oferente al señalar el plazo, pues según lo haya indicado para aceptar o expedir la aceptación (como si dijera: «puede usted aceptar hasta el día 15 de los corrientes») o para recibir o conocer la misma (como si expresara: «necesito su respuesta por todo el día 15 próximo»), el destinatario de la oferta, para aceptar válidamente, deberá ajustarse estrictamente en cada caso al contenido, incluso temporal, de aquélla.

En la legislación comparada algunos Códigos se ocupan expresamente del problema, que resuelven en sentido favorable a la validez de la aceptación, imponiendo al oferente la carga de notificar al aceptante el retraso ocurrido en tales circunstancias. Así, el § 149 del Código alemán dice que «si ha sido enviada al oferente una declaración de aceptación llegada con retraso en tal forma que en una expedición normal le habría llegado a tiempo, y el oferente tuvo que darse cuenta de todo esto, ha de notificar al aceptante el retraso inmediatamente después de recibir la declaración—de aceptación—, en tanto que no lo haya hecho antes.



Si el oferente retrasa el envío de la notificación—del retraso—, la aceptación vale como no retrasada». Igual contenido ofrece el artículo 159 del Código civil chino. El Código de las Obligaciones suizo declara, en su artículo 5.º, párrafo tercero (segundo por el art. 226, párr. segundo del Código de Obligaciones de Marruecos), que «si la aceptación expedida a tiempo llega tardíamente al autor de la oferta, y éste entendiere no hallarse ya ligado, debe comunicarlo inmediatamente al aceptante». Análoga disposición contiene el artículo 133, proposición segunda, del Código civil soviético, según el cual «si la declaración de aceptación de la propuesta recibida con retraso resulta que fué expedida a tiempo, la aceptación se considera tardía sólo cuando el que ha recibido la respuesta ha informado inmediatamente del retraso a la otra parte».

El Derecho español no contempla especialmente el problema por falta de un precepto como el citado artículo 226, párrafo segundo del Código de las Obligaciones de Marruecos; pero de plantearse en la realidad no sería difícil encontrar la solución, que habría de ser distinta en materia civil y mercantil.

En efecto, por seguir el Código civil el sistema de la cognición (aunque en la práctica atemperado por el de la recepción), el contrato, conforme al párrafo segundo del artículo 1.262, no es perfecto hasta que la aceptación llega a conocimiento del oferente. Si, por tanto, éste ha fijado un plazo para aceptar y la aceptación, aun expedida dentro del mismo, no llega a conocimiento del oferente vigente el plazo, habrá de estimarse no perfeccionado el contrato.

Sin embargo, algún autor (55) se inclina por la perfección del contrato en base al principio de buena fe, ya que el aceptante que emitió su aceptación en condiciones de alcanzar a tiempo al oferente, está autorizado a pensar que así sucedió efectivamente y a actuar en consecuencia, y si no estuviera perfeccionado el contrato, podrían parársele perjuicios, lo que también se evitaría con el aviso de que por no llegar a tiempo se considera libre del contrato, y resulta preferible hacerlo así con objeto de que la presunción sea a favor de la perfección del contrato cuando nada se diga en contrario.

Aun que nos parece muy sensata y razonable la anterior consideración, estimamos que en el sistema del Código civil no hay posibilidad de admitirla, pues siendo terminante el precepto del artículo 1.262, párrafo segundo, en exigir por lo menos la llegada de la aceptación al oferente, y pudiendo éste señalar plazo de aceptación a su oferta, al amparo del principio de libertad consagrado en el artículo 1.255, no vemos cómo puede llegar a formarse el contrato si la aceptación llega fuera de plazo, aunque sea sin culpa del aceptante.

---

(55) MORENO QUESADA: Trabajo citado, pág. 205.

En cambio, como el Código de Comercio adopta el sistema de la declaración (o de la expedición, según se considere el tenor de su texto), una aceptación expedida dentro de plazo perfecciona el contrato y vincula al oferente, aunque llegue a este una vez transcurrido aquél; si bien debe hacerse notar que si la aceptación expedida, aunque fuere en el último día del plazo, no llega al oferente en el tiempo normalmente preciso, según el medio de transmisión empleado, creemos debiera ser el aceptante quien corra el riesgo de que aquél considere no perfeccionado el contrato.

Según nuestra opinión, el problema únicamente se planteará si las palabras del oferente no han sido suficientemente claras sobre el particular y sólo ha fijado plazo para aceptar en términos generales, pues si ha concretado si el plazo es para aceptar o expedir la respuesta de aceptación, o si lo es para que llegue a él, no habrá problema, tanto en la esfera civil como en la mercantil, ya que la aceptación no será válida si no concuerda exactamente con los términos de la oferta, uno de los cuales lo constituye, indudablemente, el plazo señalado por el oferente.

3. *Aceptación expedida a tiempo, pero llegada al oferente una vez transcurrido el plazo y por culpa del aceptante.* En el apartado anterior hemos considerado el caso en que la aceptación ha llegado retrasada al oferente sin culpa del aceptante, que la había expedido a tiempo. Corresponde ahora ocuparnos del caso en que la llegada tardía haya sido provocada intencionalmente por el aceptante.

A nuestro modo de ver, no existe duda de que tal supuesto se convierte, en los sistemas de la recepción y de la cognición, en el contemplado en el número 1, y, por tanto, de que hay aceptación tardía, ineficaz, que sólo puede ser considerada como una nueva oferta susceptible de ser aceptada a su vez por el primer oferente.

En cambio, en los ordenamientos jurídicos que se basan en la doctrina de la expedición o de la declaración, ¿qué posición habrá de adoptarse? En principio, naturalmente, la aceptación expedida a tiempo es eficaz para generar el contrato (art. 54 del Código de Comercio español), pero si por culpa o negligencia del aceptante, y aun con pleno conocimiento de que la aceptación llegará tarde, con la intención, por ejemplo, de que valga como nueva oferta, aquélla es recibida o conocida efectivamente por el oferente una vez transcurrido el plazo, deberá estarse a la misma solución indicada en el supuesto contemplado en el número 2, aunque creemos que este caso en la realidad rara vez habrá de presentarse.

4. *Falta de plazo de aceptación.*—¿*Quid* en el caso de que ni la ley ni el oferente hayan señalado plazo para aceptar? Es el problema que puede plantearse en las legislaciones que, como la nuestra, no cuidan de establecer para el caso de que el oferente no lo haya hecho, un término para la aceptación.

Realmente, se nota la falta de preceptos como el artículo 226, párrafo primero del Código de las Obligaciones de Marruecos, el quinto, párrafo primero del Código suizo de las Obligaciones y el § 147, párrafo segundo del Código civil alemán, que previenen que la oferta hecha a una persona ausente sin fijación de plazo, obliga a quien la hizo a esperar la respuesta durante el tiempo preciso para recibirla por correo en circunstancias normales.

Los autores patrios no están de acuerdo en esta cuestión, pues mientras algunos se muestran partidarios de que la oferta subsista en tanto un hecho que no sea el simple transcurso del tiempo venga a producir su extinción, otros, por el contrario, estiman que cuando no se ha señalado plazo, hay que reputarlo prudencialmente fijado de acuerdo con las circunstancias del caso.

En la primera posición militan SÁNCHEZ ROMÁN, MUCIUS SCAEVOLA y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.

El primero sostiene que «si no se fijó plazo para que la proposición fuera aceptada, en todo tiempo, mientras la aceptación no existe, puede aquélla retirarse» (56).

MUCIUS SCAEVOLA dice que «si el proponente no revoca su oferta, la mantiene, y al mantenerla, se está en tiempo de aceptarla» (57).

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER afirman que no existiendo en nuestro Derecho regla alguna positiva paralela a la del § 147, párrafo segundo del Código civil alemán, «se ha de entender que la aceptación puede hacerse en tanto no haya sido revocada la oferta», y que «no puede hacerse argumento en contra de la dilación que se deja al arbitrio de la persona a quien se hizo la oferta, pues el oferente puede impedir toda demora fijando plazo para la aceptación o revocando la oferta» (58).

En cambio, CLEMENTE DE DIEGO adopta una posición distinta, propugnando la necesidad de mantener la oferta por el tiempo que se señaló o el que prudencialmente se considere preciso de acuerdo con la naturaleza del contrato y las circunstancias de la oferta, según enseñan los principios del Derecho (59).

También MORENO QUESADA, sobre la base de que en la mayoría de las legislaciones el señalamiento por la ley de un plazo para aceptar es compatible con el ejercicio del derecho de revocación: de las exigencias del tráfico jurídico, y de la naturaleza especial de los contratos celebrados entre personas distantes, con acuerdo a los concluidos entre presentes, estima que en nuestro Derecho, a falta de precepto concluyente sobre el particular, hay que establecer una limitación a la vigencia de la oferta (60).

(56) Obra citada, pág. 227.

(57) Obra citada, pág. 589.

(58) En ENNECERUS: Obra citada, pág. 160.

(59) *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Madrid Librería general de Victoriano Suárez, 1926, tomo V, pág. 302.

(60) Trabajo citado, pág. 189.

Por nuestra parte, creemos que de presentarse la cuestión en el Derecho español, el juez habrá de atender, para atribuir o no eficacia a la aceptación, a las circunstancias del caso, importancia del asunto, naturaleza del contrato, medio de transmisión empleado y, especialmente, a los términos en que haya sido formulada la propuesta.

Este último extremo es el que parece haberse tenido en cuenta concretamente en la reciente sentencia de 22 de diciembre de 1956, que resolvió el caso de una señora que ofreció a determinada persona la venta de una finca de su propiedad, y en la carta de oferta, entre otras condiciones, consignó al final: «... Le ruego que, a la brevedad posible, quede todo resuelto y liquidado y me diga el día que se ha de firmar la escritura de venta». La oferente, a los tres meses de hecha la oferta, la revocó; y, solicitado por el destinatario de aquélla el otorgamiento del correspondiente contrato de compraventa, y desestimada la demanda en las dos instancias, el Tribunal Supremo declara que «en el presente caso no existe más que un ofrecimiento, sin que conste la aceptación del mismo por la persona a quien se hace, hasta unos meses después que fué hecho y ya estaba revocado por la persona que lo hizo»; siendo de gran interés destacar que el primer considerando de dicha sentencia dice, con carácter general, que «respecto a la fuerza vinculante de la proposición, oferta o policitud de contrato, mientras la doctrina civilista tradicional considera que si aquélla no contiene fijación de un plazo para la aceptación, corresponde al proponente, en todo momento, el derecho absoluto de retirar su oferta, la doctrina moderna estima que toda oferta lleva consigo la concesión de un plazo para la aceptación, que cuando es implícito hay que entender como tal el corriente, lógico, adecuado a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su valor económico, por una serie de circunstancias que sólo dado el caso práctico pueden determinarse».

5. *Modo de computar el plazo de aceptación.*—Cuando el oferente señala un término para aceptar, por referencia a una fecha fija hasta la cual está dispuesto a recibir la aceptación, nada importa el momento inicial de computación del plazo, puesto que lo único que tiene transcendencia es el instante en que finalizará. Tampoco presentará dudas la iniciación del mismo cuando por el oferente se fije el plazo en un tiempo dado, que haya de contarse a partir de la fecha en que el destinatario tenga conocimiento de la oferta. En cambio, cuando se haya limitado a establecer el período de tiempo durante el cual piensa mantener su oferta, puede surgir la dificultad de saber si dicho término corre a partir de la fecha de envío de la oferta o de la llegada de la misma al destinatario.

VIVANTE opina que el término comienza con la partida de la carta ofreciendo el negocio, cuya fecha se acredita con el sello

postal, por lo que se refiere al día, y se entiende que la hora es la en que partió el último correo de aquel día; o se acredita, tanto para el día como para la hora, de las indicaciones señaladas sobre el telegrama remitido al destinatario, o sobre el recibo entregado al remitente (61).

GASCA estima que el problema debe resolverse según la forma en que el oferente ha establecido el plazo. Si dicho oferente ha escrito: «en el plazo de tres días, a contar de la presente, respóndeme si aceptas», debe considerarse que el término corre desde el último correo del día en que se ha fechado la carta. Si ha escrito: «en el plazo de tres días, desde que recibas la presente carta», o simplemente: «en el plazo de tres días», el término corre desde el último correo del día en que la oficina postal ha entregado la carta al destinatario (62).

Entre nosotros, MORENO QUESADA cree que resulta más conforme con la voluntad presunta del oferente, que se empiece a contar desde el momento en que se exterioriza su declaración de voluntad—contractual—, si otra cosa no resulta de las circunstancias del caso, puesto que debe pensarse será su deseo establecer concretamente el tiempo de vigencia de la oferta para establecer a qué atenerse, pues de otro modo no hubiera señalado ningún término, lo que únicamente conseguirá con certeza si se computa de esta forma, ya que en otro caso, al no poder conocer exactamente cuándo llegará su oferta a noticia del destinatario, no podría tampoco saber cuál es la verdadera amplitud del plazo que concede, lo cual encierra un contrasentido (63).

A nuestro juicio, centrada la cuestión en el Derecho español, donde se presentará principalmente en los casos en que el contrato haya de concluirse por medio de la correspondencia postal, hemos de coincidir con el parecer expuesto por GASCA, entendiendo que, en primer lugar, habrá de estarse a los términos con que el autor de la oferta haya formulado la indicación del plazo para aceptar, pues si éstos son precisos y concluyentes, no habrá motivo, como ya hemos tenido ocasión de decir, para dudar del modo de computar el plazo establecido.

En otro caso, no obstante, creemos, con MORENO QUESADA, que el término deberá contarse a partir del siguiente día al de la fecha del envío de la oferta, opinión que puede encontrar su apoyo en una aplicación analógica del contenido del artículo 1.130 del Código civil.

#### VIII. REVOCACIÓN DE LA OFERTA

En los contratos que se celebran entre personas distantes, el aceptante no sabe, por regla general, si, en el momento de aceptar,

(61) Citado por GASCA: *La compraventa civil y comercial*, traducción de J. SANTACRUZ TEIJEIRO y J. VICENTE GELLA, 1.ª edición, Madrid, «Revista de Derecho Privado», 1931, tomo I, pág. 860.

(62) Obra citada, pág. 860.

(63) Trabajo citado, pág. 192.

la oferta está todavía subsistente, es decir, si continúa mantenida por su autor. Es la cuestión de la revocabilidad o de la fuerza vinculante de la oferta.

Aunque están íntimamente relacionados, no puede confundirse el problema del momento de la perfección de los contratos con el de la revocabilidad de la oferta, pues con independencia de que la legislación de que se trate permita o no revocar aquélla, el contrato puede perfeccionarse en cada una de las sucesivas etapas por que atraviese su formación.

Por otra parte, tampoco puede confundirse el problema de la sustantividad de la oferta que, como hemos visto, se refiere únicamente a la necesidad de atribuirle, una vez emitida, la independencia necesaria para sustraerla a las circunstancias de su autor, y el de su fuerza vinculante, que se concreta en si el oferente está ligado por su oferta o puede en cualquier instante apartarse de ella.

Y, finalmente, hay que advertir que también son problemas distintos, aunque en la práctica puedan coincidir, el de si la oferta ha de ser mantenida durante cierto tiempo antes de la aceptación o con independencia de ella, y el de la aceptación tardía. El primero hace referencia a la viabilidad de la proposición como elemento del contrato, mientras que el segundo indica hasta qué momento el aceptante puede confiar en la celebración del contrato o en pretender el interés negativo del mismo.

Seguidamente, pasaremos a ocuparnos, desde el punto de vista doctrinal, de los argumentos aducidos en favor de la irrevocabilidad de la oferta, del alcance y amplitud del derecho de revocación, de la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios al aceptante de buena fe, de la renuncia del derecho de revocación y de la llamada «oferta sin compromiso». Después de un breve examen del Derecho comparado, estudiaremos la cuestión en el Derecho español.

1. *Exposición doctrinal.*—A) Consideración de la irrevocabilidad.—La posición de los que sostienen la irrevocabilidad de la oferta se basa en los siguientes argumentos:

a) Toda proposición de contrato contiene tácitamente la obligación de mantenerla firme por determinado tiempo, porque sería contrario a la intención presunta de las partes que una de ellas hiciera una oferta sin conceder a la otra un cierto término para su examen y aceptación, durante el cual permanezca firme. Por esto, KOEPPEN ha llegado a considerar la oferta como una obligación subordinada a la condición suspensiva de su aceptación (64).

b) Las necesidades del tráfico mercantil aconsejan que las

(64) *Obligationsvertragen unter Abwesenden*, en «Jahrbuch für des Dogmatiks», XI, 1871, págs. 139 y sigs.: GIORGI: *Obra citada*, págs. 215-226.

proposiciones para contratar se basen en la confianza, en la seriedad con que se emiten y no en el capricho del oferente (65).

c) Los inconvenientes y peligros que ofrece la revocabilidad, que agrava y perjudica toda clase de contratación entre personas distantes, ya que en muchos casos debería el destinatario, inmediatamente después de haber declarado la aceptación y sin proceder a la celebración del contrato, proceder a su ejecución (66).

No obstante, sus oponentes contestan dichos argumentos en la forma siguiente:

Ad a) Que nada autoriza a presumir la intención del proponente de mantener su oferta por tiempo determinado, dado el hecho de que la decisión de obligarse no puede suponerse, antes bien, según los principios del Derecho, el acuerdo de los contrayentes es indispensable para la constitución de un vínculo contractual y para impedir la revocación de una proposición (67).

Ad b) Que los intereses del tráfico están convenientemente amparados con la acción de resarcimiento de daños, universalmente admitida (68).

Ad c) Que los supuestos peligros que entraña la revocación, desaparecen si se tiene en cuenta que el aceptante ya conoce la posibilidad de que tenga lugar, y que antes de empezar a preparar la ejecución del contrato, tomará las debidas precauciones, con el fin de asegurarse de que la oferta es firme y definitiva.

B) El derecho de revocación. Su alcance.—De lo expuesto en el apartado anterior puede concluirse que en el terreno doctrinal no existe ningún inconveniente serio que impida la revocación de la oferta. Ahora bien, es preciso considerar dos supuestos: el de que la revocación llegue a conocimiento del destinatario de la oferta antes o al mismo tiempo que ésta, y el de si puede revocarse una oferta después de aceptada por el destinatario de la misma.

En cuanto al primer caso, puede admitirse sin excepción alguna, porque, cuando llega antes, por ser la oferta una manifestación de voluntad recepticia, que precisa ser aceptada por el destinatario para su eficacia, no puede decirse que exista realmente cuando antes de ser eficaz, su autor ha declarado su voluntad en contrario; y cuando llega al mismo tiempo que la proposición, existen dos declaraciones de voluntad contradictorias, que forzosamente se destruyen entre si, de tal forma que impiden que el destinatario pueda manifestar su aceptación a una oferta inexistente.

Respecto al segundo supuesto, la doctrina clásica admite la revocabilidad de la oferta mientras el contrato no quede perfeccionado, a base de considerar que la obligación no surge más que

(65) Recogido por RAMELLA: Obra citada, págs. 112-113.

(66) RAMELLA: Obra citada, pág. 113.

(67) RAMELLA: Obra citada, pág. 113.

(68) RAMELLA: Obra citada, pág. 113.

del contrato perfecto, y que antes de ese momento de la perfección, la oferta no puede obligar al proponente.

Sin embargo, la doctrina más reciente, acogida, como veremos, en las modernas legislaciones de tipo germánico, sostiene un criterio distinto, y niega al oferente el derecho de revocar durante el tiempo necesario para que la respuesta del que acepte llegue a aquél en circunstancias normales.

Claro es que en esta materia de la revocación de la oferta no hay que perder de vista que, en puridad de principios y para ser consecuentes, la posición que se adopte habrá de ser congruente con el sistema seguido en orden al momento de perfección de los contratos *inter absentes*. Efectivamente, en la teoría de la declaración no podrá revocarse después de emitida la aceptación: en la de la expedición, la revocación sería ineficaz de llegar al aceptante antes de que hubiere transmitido su aceptación; en el sistema de la recepción, la oferta podría revocarse mientras llegase al aceptante antes que la aceptación al proponente; y, por último, en la de la cognición, la revocación podría efectuarse hasta el momento en que el proponente no tuviera noticia de la aceptación.

C) Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.— La doctrina admite que el oferente que revoca queda obligado para con la parte que no tuvo conocimiento de la revocación y que de buena fe confiaba en la celebración del contrato, a resarcirla de todos los gastos ocasionados y perjuicios sufridos con motivo de la revocación. La indemnización alcanza únicamente al llamado interés negativo del contrato (*Negative Vertragsinteresse*), o sea, a los quebrantos sufridos y ganancias perdidas (*damnum emergens y lucrum cessans*), y no a los intereses del cumplimiento (*Erfüllungsinteresse*), es decir, a los que hubiera obtenido el aceptante de haberse celebrado el contrato.

Como dice RAMELLA, refutando otras teorías que se han formulado sobre el particular, como las basadas en el dolo del oferente, en la *bona fides* del aceptante, etc., parece que el derecho a la indemnización descansa en la necesidad de una protección de derecho para la oferta y en su naturaleza de medio propio para facilitar las transacciones comerciales y multiplicar la contratación por correspondencia, especialmente en los casos en que el aceptante se entere de la revocación después de haber empezado la ejecución del contrato; y que si no existiera semejante derecho de resarcimiento, el aceptante se vería obligado a no emprender la ejecución del contrato mientras no se hubiere cerciorado de la llegada de su aceptación, con lo que se produciría un estado de cosas contrario a la celebridad con que deben desarrollarse los negocios mercantiles (69).

(69) Obra citada, pág. 121.



Según las orientaciones de algún sector doctrinal (70), la acción de resarcimiento puede ejercitarse, no sólo cuando el contrato se perfecciona por la aceptación expresa, en cual caso el aceptante, después de enviar su adhesión, con ánimo de que llegue a tiempo y antes de que la oferta pueda revocarse, se prepara de buena fe para la ejecución del contrato, sino también cuando el aceptante, que está obligado a responder previamente con su adhesión, se encuentra pronto a poner en ejecución el contrato, aun cuando no lo haya manifestado y, por consiguiente, no se haya perfeccionado el contrato.

Sin embargo, suponemos algo aventurada esta última conclusión, pues la buena fe del aceptante ha de tener un límite en su propia diligencia, y nos parece que confiar en una oferta, antes de haber aceptado, y, a base de ella, realizar gastos, no es susceptible de acreditar especie alguna de indemnización; y esta es, desde luego, la posición que habrá de adoptarse en el Derecho español, como tendremos ocasión de poner de manifiesto.

D) Renuncia a la revocación.—La oferta puede llevar una renuncia expresa o tácita del derecho de revocación, caso en el que si el oferente, a pesar de la renuncia, revoca, estará obligado a indemnizar al aceptante los perjuicios que le hubiere irrogado.

No obstante, no todos los autores se han mostrado conformes con la precedente afirmación. Para algunos, la renuncia del derecho de revocación sólo es eficaz cuando ha sido convenida de común acuerdo con la otra parte, haciendo surgir la obligación del oferente de no revocar, que solamente puede nacer del concurso de voluntades. Así, MANRESA decía que la renuncia absoluta, la irrevocabilidad de la oferta, supondría una obligación existente antes de nacer, y un solo contratante obligado o no para siempre al arbitrio del otro, en contra de las razones que inspiran el artículo 1.256 (71).

PÉREZ y ALGUER desvían la cuestión, entendiendo que dicha renuncia no se opone al artículo 1.089 del Código civil, que declara taxativas las causas de obligación enunciadas en dicho artículo, porque «no se trata de que el oferente esté obligado por su oferta (obligación que sólo puede venir en virtud de la subsiguiente aceptación), sino de que esté vinculado, es decir, no que deba no revocar, sino que no pueda revocar por haber renunciado a tal derecho» (72).

La posición de PÉREZ y ALGUER, si bien demasiado sutil al distinguir entre vinculación y obligación, la estimamos correcta.

(70) DE ROSSI: *Dei contratti fra persone lontane secondo il nuovo Codice di Commercio*, en «Il Diritto commerciale», 1883, I, pág. 17; FRUGONI: *Sull' art 36 del Co. di Comm.*, en «Il Diritto commerciale», 1883, I, pág. 160.

(71) *Comentarios al Código civil español*, 3.ª edición, Madrid, Hijos de Reus, 1918, tomo VIII, pág. 650.

(72) En ENNECERUS: *Obra citada*, pág. 170.

pues la realidad es que el oferente no puede revocar precisamente por haber renunciado a su derecho.

Nosotros entendemos que exigir para la eficacia de la renuncia la conformidad de la otra parte implica un trámite que en la práctica no habría de seguirse, ya que quien declara su voluntad de contratar no suele solicitar la previa aquiescencia del destinatario a una de las partes de la oferta, sino que ésta constituye una petición de adhesión a la totalidad, en forma de aceptación; y, además, que la renuncia no implica, en la mayoría de los casos, una obligación del oferente que, como es natural, no puede venir más que del acuerdo con el aceptante y que, de obrar el oferente contrariamente a ella, puede provocar en la otra parte el nacimiento de un derecho a indemnización.

E) El caso de las ofertas con la cláusula «sin compromiso».— El problema de la revocación de la oferta no puede plantearse en los casos en que el propio oferente señala, al declarar su voluntad de contratar, que ninguna responsabilidad ha de afectarle por la existencia de la oferta y de la posible aceptación recaída sobre la misma. La jurisprudencia de los países de la Europa continental demuestra la existencia de semejantes ofertas («sans engagement», «sensa impegno», «freibleibend», «ohne Obligo»), seguramente debidas a especiales circunstancias de índole económica (v. gr.: inflación, déficit de producción, etc.) (73).

La dificultad que se presenta es la de distinguir las ofertas hechas en tales circunstancias de las meras invitaciones a formular ofertas. A nuestro juicio, contra el parecer de algunos autores, no cabe dudar de que son cosas distintas, porque las invitaciones a presentar ofertas dejan al oferente la posibilidad de decir la última palabra en la celebración del contrato, ya que en realidad quiere constituirse en aceptante del que, correspondiendo a la invitación, formula una propuesta; mientras que las ofertas «sin compromiso» parecen indicar únicamente que el oferente quiere sustraerse a toda responsabilidad en virtud de su declaración de voluntad y pretende quedar en libertad frente a la obligación asumida en firme por la otra parte al aceptar aquélla, de modo que si le interesa, pueda considerar perfeccionado el contrato a base de la aceptación del destinatario de la oferta «sin compromiso».

2. *Derecho comparado*.—Un examen de la legislación de diversos países revela que en ésta, como en otras cuestiones de las que plantea la contratación entre personas distantes, no es unánime la posición que adoptan, sino que, por el contrario, se observa una diversidad de orientaciones paralela a la que domina en la doctrina.

En primer lugar, es de notar que los Códigos civiles de Alema-

(73) Según PÉREZ BRUÑO: Obra citada, pág. 207.

nia (§ 130, párr. primero), China (art. 95, párr. primero) y Méjico (art. 1.808), y el de Obligaciones y contratos de Suiza (art. 9.º), siguen la pauta de la moderna doctrina, conforme a la cual la oferta es una declaración de voluntad recepticia y, por tanto, puede revocarse antes o al mismo tiempo de la llegada de la misma al destinatario.

Por otra parte, puede hacerse en términos generales una clasificación de las legislaciones en dos grandes grupos, con relación a la posibilidad de revocación de la oferta.

El primero de ellos comprende las legislaciones que adoptan el criterio tradicional de que la oferta puede ser revocada hasta la *conclusión* del contrato (Código civil de Italia, art. 1.328, párrafo primero; Código civil de Venezuela, art. 1.137, párr. cuarto; Código de Comercio de Venezuela, art. 121; Código civil del Uruguay, art. 1.265, párr. segundo), o hasta que haya sido *aceptada* por el destinatario de la misma (Código civil argentino, artículo 1.150; Código de Comercio del Brasil, art. 127; Código de Comercio de Colombia, art. 186; Código civil de Costa Rica, artículo 1.010; Código de Comercio del Ecuador, art. 143; Código de Comercio de Guatemala, art. 179; Código de las Obligaciones de Marruecos, art. 229). Sin embargo, es de observar que casi todos los Códigos citados contienen la reserva de que el proponente puede atribuir fuerza vinculante a su oferta, comprometiéndose a esperar contestación y a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado, de modo que la orientación general que siguen tiene carácter subsidiario, en defecto de declaración expresa del oferente.

El segundo grupo de los indicados abarca las legislaciones, más o menos inspiradas en el modelo germánico, que sostienen que la oferta no puede revocarse antes de la expiración del plazo que la ley o el oferente consideren indispensable para que la aceptación llegue al proponente: así, Código civil de Alemania, § 145; Código civil de Austria, art. 862; Código civil de China, art. 154; Código civil de Italia, art. 1.329; Código de las Obligaciones de Marruecos, art. 226; Código civil de Méjico, art. 1.804; Código civil de Portugal, art. 653; Código de las Obligaciones de Suiza, art. 3.º; Código civil soviético, art. 133.

Por consiguiente, mientras estos últimos textos legales atribuyen fuerza vinculante a la oferta y niegan la posibilidad de su revocación hasta tanto no transcurra el plazo fijado por la ley (en defecto del oferente) para que el destinatario de la oferta pueda aceptar, los del primer grupo únicamente otorgan a la oferta dicha eficacia vinculante en el caso de que haya sido el proponente el que, fijando un plazo para aceptar o rehusar, quede obligado mediante su oferta hasta la conclusión del plazo; por tanto, cabe afirmar, en términos generales y con PUG BRUTAU, que los ordenamientos jurídicos germánicos y latinos coinciden en la tenden-

cia a considerar que la oferta es, de momento, irrevocable (74).

Es de advertir, no obstante, que algunos Códigos no siguen una dirección bien definida, por lo que pueden incluirse en las dos agrupaciones expuestas, como hemos podido observar con el Código civil de Italia y el de las Obligaciones y contratos de Marruecos.

Finalmente, no debemos silenciar que determinados Códigos prevén expresamente la procedencia de indemnizar daños y perjuicios al aceptante de buena fe que se hubiere adherido a la oferta, ignorando la revocación del oferente; tales, el Código civil argentino (art. 1.156), el colombiano de Comercio (art. 187), el de Comercio del Ecuador (art. 144), el civil de Portugal (art. 653) y el de Comercio de Venezuela (art. 121).

3. *Derecho español.*—Ni en el Código civil ni en el de Comercio existe precepto alguno que trate expresamente la cuestión de la fuerza vinculante de la oferta, es decir, de la posibilidad o imposibilidad de que por el oferente sea revocada antes del perfeccionamiento del contrato; por lo que ha tenido que ser la doctrina, sobre la base de las orientaciones de los autores y de la legislación y jurisprudencia extranjeras, la que ha construido una teoría sobre este particular, si bien debe hacerse notar el cambio de posiciones que se observa entre la que podríamos llamar tradicional y la moderna, inspirada en las soluciones más progresivas ofrecidas por los nuevos Códigos de corte germánico.

Nuestros autores se inclinaban, en general, a establecer en el problema planteado la siguiente distinción: si el proponente había señalado plazo para la aceptación, no podía ser revocada la oferta hasta la expiración de dicho plazo; en cambio, si no se fijó plazo para que la oferta fuera aceptada, el oferente podía revocar la hasta que la aceptación no hubiera tenido efecto.

MUCIUS SCAEVOLA se preguntaba si el proponente podía revocar su oferta antes de ser notificada la aceptación. «De reconocer tal facultad—decía—, se ve desde luego la posibilidad de terminar ese período intermedio entre la oferta y la aceptación... La facultad revocatoria va implícita al criterio de no existir contrato sino desde el conocimiento de la aceptación. Puesto que el lazo o vínculo surge mediante el ayuntamiento o concurso de voluntades, puesto que hasta entonces sólo existe un acto unilateral, es visto que quien lo hace, ha de poder revocarlo, retirando su proposición, si bien con la obligación de indemnizar daños y perjuicios a la persona o personas a quienes hizo la propuesta y la aceptaron, siempre que a su vez no hubiera puesto en conocimiento de éstas la retirada de la oferta» (75).

Por su parte, MANRESA entiende que, «perfeccionándose el con-

(74) Obra citada, pág. 219.

(75) Obra citada, págs. 387-388.

trato por el consentimiento y naciendo éste con la aceptación, es indudable el derecho del proponente para retirar la oferta antes de que sea aceptada, puesto que aún no le liga vínculo jurídico alguno, que está por crear, ni con ello infiere agravio ni causa perjuicio a cuya reparación pueda obligársele, y así lo entiende y aun amplía el segundo párrafo del artículo 1.262» (76).

SÁNCHEZ ROMÁN expresa que «si se fijó plazo por el proponente, la propuesta no puede retirarse mientras no transcurra dicho plazo sin que haya sido aceptada; pasado el mismo, puede retirarse, y aunque se preste después de él la aceptación, no se causa el estado de consentimiento, no se produce el contrato, no queda obligado, en fin, el proponente a mantener su proposición y los compromisos que la misma para él contengan; y si, por el contrario, no se fijó plazo para que la proposición fuera aceptada, en todo tiempo, mientras la aceptación no existe, puede aquélla retirarse. El principio de Derecho consiste en que no obliga la proposición no aceptada; la razón de este principio descansa en la libertad de proponer, lo mismo que la de retirar lo propuesto antes de ser aceptado. La proposición es la expresión de una voluntad de contratar, en aquellos términos en que la misma estaba contenida; su retirada es la falta de esa voluntad, y sin ella no hay contrato posible» (77).

Sin embargo, más modernamente se inició en nuestra doctrina una corriente favorable a otorgar fuerza vinculante a la oferta, aun sin haber establecido plazo para la aceptación.

En este sentido, sostiene CLEMENTE DE DIEGO que, si bien «nuestro Código nada dice acerca del particular, enseñan los principios del Derecho que la oferta dirigida a una persona debe ser mantenida por el tiempo que prudencialmente se considere necesario, según la naturaleza y circunstancias de la oferta» (78).

Con un criterio análogo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER entienden, sobre la base del principio establecido en esta materia por el Código civil alemán, que el que «ofrece una cosa a una persona ausente sin hacer la advertencia de que se reserva el derecho de arrepentirse, debe quedar obligado para con la otra parte durante el tiempo que ésta pueda tardar en dar contestación a la proposición hecha. Lo contrario, además de suponer falta de seriedad con que debe procederse en esta clase de relaciones, dificulta por todo extremo la conclusión de los contratos, puesto que el que ha de aceptar no puede realizar operación alguna para la ejecución, por no saber si el que hizo la oferta se habrá arrepentido y será inútil, y aun perjudicial, cuanto haga en este sentido, como pactar ventas, proveerse de fondos, etc., para que se lleve a efecto la operación propuesta» (79).

(76) Obra citada, pág. 650.

(77) Obra citada, pág. 227.

(78) Obra citada, pág. 302.

(79) En F. NECCERUS; Obra citada, pág.

PUG BRUTAU se pronuncia, asimismo, en favor de la procedencia, en nuestro Derecho, de que el oferente pueda atribuir fuerza vinculante a su oferta, por suponer ésta, en todo caso, el deber de esperar un mínimo de tiempo, que será el razonable para que pueda surtir los efectos propios de la misma, esto es, dar lugar a la aceptación (80).

PUG PEÑA parece mostrarse igualmente partidario de que la oferta debe ser mantenida durante el tiempo prudencial necesario para que la otra parte pueda manifestar su aceptación, y al efecto, recoge las conclusiones en que se inspiran los modernos Códigos que tratan la cuestión, estimando que, además, el oferente sólo podrá retirar su proposición cuando la oferta todavía no haya llegado al destinatario, pues que se trata de una manifestación de voluntad receptiva, y cuando expresamente se reservó la facultad de revocar (81).

También CASTÁN parece adherirse a las orientaciones modernas (82).

En el campo del Derecho mercantil, más dinámico e internacionalista y donde las soluciones más progresivas tienen especial acogida, escribe GARRIGUES: «uno de los requisitos de la oferta es que haya de ser mantenida viva por algún tiempo. Esta duración no puede ser indefinida. En el comercio suele ser breve, porque los motivos que determinaron la propuesta cambian constantemente, a medida de las oscilaciones del mercado. Nuestro Código de Comercio no señala ningún plazo de vigencia de la propuesta contractual. A falta de señalamiento por el propio oferente (sea de un modo directo y expreso, sea de un modo indirecto, como si v. gr.: indica el medio con el que la respuesta haya de ser comunicada: carta, telégrafo, etc.), los Tribunales habrán de decidir si la revocación de la propuesta fué o no extemporánea, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y las circunstancias de los interesados» (83).

A nuestro juicio, la solución que haya de darse en el Derecho español a esta cuestión, que resulta en los contratos celebrados entre personas distantes (excepto en los supuestos en que las declaraciones de voluntad hayan sido emitidas por teléfono) del hecho de que entre el envío de la oferta y el perfeccionamiento del contrato transcurre un período más o menos largo, supone partir de dos consideraciones previas: una, que dicho problema ha de ponerse en relación con el sistema vigente en orden al momento de perfección de aquel tipo de contratos, y otra, que es preciso determinar el verdadero alcance de la fijación de un plazo para aceptar y su influencia sobre la revocabilidad de la oferta.

(80) Obra citada, pág. 219.

(81) Obra citada, pág. 51.

(82) Obra citada, tomo III, 7.<sup>a</sup> edición, 1951, págs. 381-382.

(83) *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, S. Aguirre, 1940, tomo II, página 75.

En efecto, la oferta no obliga al proponente sino cuando la aceptación sobre ella llega a su conocimiento (art. 1.262, párr. segundo del Código civil) o la manifiesta su autor (art. 54 del Código de Comercio); si, por tanto, no le obliga, el oferente puede modificar su voluntad de contratar en la forma que estime más conveniente a sus intereses, ya por puro capricho, ya en virtud de circunstancias más serias, como pueden ser, en la esfera mercantil, la variación de las condiciones del mercado. Hasta que el contrato no se ha perfeccionado por el concurso de las voluntades de oferente y aceptante en el modo dispuesto por la ley, el primero es muy libre de rectificar su declaración o de anularla, privándola de poder ser utilizada como elemento formativo de un contrato.

No cabe duda de que en nuestro Derecho es aplicable la solución de algunos Códigos que, como hemos visto, consignan expresamente que la oferta puede revocarse mientras no haya sido aceptada por su destinatario. Confirma dicha conclusión el art. 1.257, párr. segundo del Código civil, relativo a los contratos en favor de tercero, según el cual, los contratantes pueden revocar la estipulación antes de haber sido notificada su aceptación, pues, como indica MUCIUS SCAEVOLA, «esa estipulación en favor del tercero (que por serlo no es contratante), viene a representar una oferta hecha por los otorgantes para que la acepte o no, la cual tampoco produce efecto hasta hacer saber la aceptación al obligado, y puede ser revocada por los que la hicieron antes de su aceptación» (84).

Nosotros estimamos que incluso puede revocarse la oferta mientras no se haya concluido el contrato; y esta opinión tiene apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sentencia de 20 de abril de 1904 se mostró contrario a reconocer fuerza vinculante a la oferta, fundándose en la consideración de que no existe contrato sin el concurso de voluntades y que éste no existe cuando sólo media la manifestación de un propósito, retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte. Si bien en este caso el Tribunal Supremo confundió el problema de la fuerza vinculante de la oferta con el de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, lo cierto es que ningún precepto legal impone al oferente la obligación de no revocar. De los artículos 1.049, 1.258 y 1.262 del Código civil se deduce que la obligación no nace más que del contrato perfecto, por lo que, si todavía no se ha perfeccionado, no hay obligación para el oferente. Ya hemos visto antes cómo la sentencia de 22 de diciembre de 1956 (que, por cierto, cita expresamente la de 20 de abril de 1904 como exponente de la doctrina tradicional), en base a las circunstancias del caso, rechaza la fuerza vinculante de la oferta por su revocación antes de ser aceptada. Hay que concluir, por consiguiente, que el oferente es libre de revocar hasta el instante del perfeccionamiento del contrato.

---

(84) Obra citada, pág. 588.

La otra consideración versa sobre el hecho de que el plazo para aceptar tiene sus efectos propios, que no pueden ampliarse hasta el extremo de impedir que el oferente pueda revocar. El plazo de aceptación, analizado en el apartado anterior, tanto si viene fijado (en el Derecho español) por el propio oferente, como si, en su defecto, hay que estimarlo señalado según las circunstancias del caso, extiende su esfera de eficacia únicamente para indicar que en tal periodo la declaración de voluntad del aceptante servirá para formar el contrato si la oferta no ha sido revocada y, si lo ha sido, para pretender la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siempre que haya lugar a ello. Pero nada más.

En realidad, hay que distinguir entre la posibilidad de revocar y sus consecuencias jurídicas. La primera existe hasta la conclusión del contrato, haya o no fijado el oferente plazo para la aceptación (puesto que, aunque no lo fije, ha de entenderse señalado conforme a las circunstancias del caso de que se trate); pero de hacerse la revocación dentro del plazo para aceptar, aunque jurídicamente sea eficaz para impedir la conclusión del contrato (puesto que éste solamente puede nacer del concurso de voluntades, y la del oferente no existe por haber sido anulada), puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, cuando se demuestre que la revocación los ha ocasionado al aceptante al preparar de buena fe la ejecución del contrato y en base a la oferta revocada; indemnización que en nuestro ordenamiento jurídico habrá de hacerse efectiva al amparo del artículo 1.902 del Código civil, según el cual «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de junio de 1945, ha declarado que, tratándose de una oferta de dinero o promesa de préstamo, si ésta fué retirada debido a una falsa noticia, es imposible desconocer su influjo directo sobre el hecho de que no pudiera ponerse en marcha el negocio para el que se precisaban dichos medios.

De lo expuesto resulta que en nuestro ordenamiento jurídico es posible la revocación de una oferta en tanto no se haya concluido el contrato, por el conocimiento de la aceptación por parte del oferente, si el contrato es civil, o por la emisión de ésta, si es mercantil; si bien debe advertirse, en relación con el medio escogido para declarar la revocación, que en materia comercial ésta no podrá efectuarse por medio del telégrafo, a no ser con el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 51 del Código de Comercio, conforme ha declarado recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de febrero de 1956, a la que nos volveremos a referir al tratar de la contratación por telégrafo.

Por otra parte, hemos de estimar, conforme a las conclusiones establecidas anteriormente, que en nuestro Derecho puede la



oferta tener fuerza vinculante si el oferente renuncia a su derecho de revocar, pues el párrafo segundo del artículo 4.º del Código civil permite la renuncia de los derechos concedidos por las leyes, a no ser contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero; y dejando de lado que dicha renuncia no va contra el interés o el orden público, es evidente que la irrevocabilidad no puede lesionar los intereses del presunto aceptante, sino que, por el contrario, hay que reconocer que más bien los favorece, porque el destinatario de la oferta, sabiendo que el oferente no ha de revocar, podrá, con mayor seguridad y confianza, realizar lo conveniente para preparar por su parte la ejecución del contrato.

Ahora bien, si, a pesar de haber renunciado el oferente a su derecho de revocación, revoca, ¿puede el aceptante pretender que el oferente otorgue el contrato? Creemos que no, ya que nadie puede ser compelido a prestar el consentimiento para un vínculo contractual sin su voluntad, y no puede invocarse la aplicación analógica del artículo 1.124 del Código civil, que, según la sentencia de 17 de febrero de 1950, «regula de manera general la resolución de las obligaciones, bien que exista entre las partes un estado contractual perfecto y legítimamente configurado o también cuando haya entre ellas, por lo menos, una convención consensual que vincule a una y otra con recíprocos deberes», por lo que, si se trata únicamente de una renuncia unilateral, no se está en el supuesto por él mismo contemplado; en todo caso, según lo indicado, habrá lugar a una indemnización de daños y perjuicios. Otra cosa sería si, por ejemplo, entre dos personas que sostienen habitualmente relaciones comerciales, mediara un convenio previo y recíproco de renuncia al derecho de revocar las ofertas que respectivamente pudieran hacerse.

Finalmente consignemos que es aplicable a nuestro Derecho cuanto hemos dicho en el número 1, E) de este apartado respecto de las ofertas con cláusula «sin compromiso».

## IX. REVOCACIÓN DE LA ACEPTACIÓN

1. *Doctrina.*—Paralelamente a la cuestión de la revocación de la oferta puede ofrecerse en la contratación que tiene lugar entre personas distantes, el problema que resulta del siguiente ejemplo, según lo propone PUIG BRUTAU: «Después de remitir una carta de aceptación, el destinatario de la oferta cambia de parecer y manda un telegrama en el que advierte al oferente que debe hacer caso omiso de la carta de aceptación» (85).

La cuestión que se presenta es, pues, la de precisar si es lícito al aceptante retirar su declaración primitiva y si, por tanto, el oferente debe considerar o no perfeccionado el contrato.

En términos generales hay que observar que la admisibilidad de la revocación de la aceptación se determina por las diversas

(85) Obra citada, pág. 231.

teorías sobre el perfeccionamiento de los contratos *inter absentes*, ya que, en realidad, en los sistemas de la declaración y de la expedición, que consideran perfeccionado el contrato al declararse o expedirse la aceptación, respectivamente, no sería posible revocar ésta antes de la conclusión del contrato.

Sin embargo, algunos escritores (GIRAULT, HEPP, SERAFINI), adscritos al sistema de la expedición, reconocen, por consideraciones de equidad o utilidad, la validez de la revocación llegada antes de la aceptación o al mismo tiempo que ella; pero es evidente que tal criterio no resiste la más elemental objeción, porque, una de dos, o se sigue la doctrina de la expedición, con su natural consecuencia de estimar perfeccionado el contrato cuando se transmite la aceptación y de negar la posibilidad de revocarla, o si se quiere hacer posible la revocación no hay más camino que adoptar los sistemas de la recepción o de la cognición. Lo que en modo alguno es admisible es que un contrato perfeccionado al remitirse la aceptación quede al arbitrio de uno de los contratantes, el aceptante, negando el consentimiento prestado.

Si, como hace WINDSCHEID (86), se quiere justificar la excepción a base de considerar que el contrato se perfecciona por la aceptación emitida, pero bajo la condición suspensiva de que la misma llegue al proponente antes de cualquier revocación, se está en el caso de una condición meramente potestativa, cuyo cumplimiento depende únicamente de la voluntad del aceptante.

Todavía advierte PUIG BRUTAU que es posible, a pesar de seguir la teoría de la expedición, que el aceptante pueda revocar su aceptación, y ello en virtud de una consideración práctica: «En los países—dice—donde los servicios postales permiten recibir una carta después de haber quedado depositada y antes de su entrega al destinatario, el hecho de la remisión no debe tener necesariamente valor decisivo para la perfección del contrato. En tal caso, si todavía debiera sostenerse doctrinalmente que el aceptante no puede revocar su aceptación porque el contrato se perfeccionó al depositar su carta en el correo, se produciría una actuación absurda cuando, en virtud de lo que permiten los servicios postales, recupere dicha carta. En tal caso, el aceptante evitaría las consecuencias del contrato si ocultase al oferente lo que ha sucedido, con lo cual, como indica NUSSBAUM, la teoría le obligaría a adoptar la posición de un malhechor» (87).

La anterior consideración puede hacerse también en el Derecho español, ya que el artículo 12 del Reglamento de Régimen y Servicios de Correos de 7 de junio de 1898 declara que la correspondencia, interin no llega a poder del destinatario, es propiedad del expendedor, quien podrá recuperarla o modificar su dirección, bien en la oficina de origen o en las de tránsito o bien

(86) Citado por RAMELLA: *Obra citada*, pág. 166.

(87) *Obra citada*, pág. 232.

en la de destino, siempre que las operaciones necesarias para encontrarla no perturben la marcha regular del servicio y que el expedidor pruebe ante el jefe de la oficina de origen, de una manera indudable, su calidad de tal. Pero cabrá objetar que el hecho de que en la práctica pueda retirarse una carta de la oficina de correos no destruye el precepto legal que estima perfeccionado el contrato al enviarse la aceptación; lo que en realidad sucede es que la cuestión se reducirá al problema de la prueba por el oferente de la retirada por el aceptante de la carta que contiene su declaración de aceptación, en cuyo supuesto podrá sostener la conclusión y validez del contrato y exigir del aceptante su cumplimiento.

Desechada la posibilidad y eficacia de la revocación de la aceptación en los sistemas de la declaración y de la expedición, resulta notorio, en cambio, que con las doctrinas de la recepción y de la cognición no hay inconveniente en que el aceptante pueda revocar su aceptación antes de la llegada a poder o a conocimiento del oferente, según el caso. Si la revocación se realiza en tiempo hábil tendrá por efecto extinguir la aceptación como si jamás hubiese existido; por ejemplo, en caso de dos cartas contradictorias, una de las cuales manifieste la aceptación y la otra la revoque, debe prevalecer la llegada antes, y en caso de llegada simultánea, la de posterior fecha, y, por último, si la fecha es idéntica, no habrá aceptación, pues las cartas se excluyen recíprocamente (88).

Claro que, en realidad, la posibilidad de revocar la aceptación depende, en muchos casos, de una mera circunstancia de hecho. Como hace notar PRIG BRUTA, si alguien acepta por telégrafo una oferta hecha por correo, queda prácticamente sin posibilidad de revocar su aceptación; en el caso contrario, si acepta por correo una oferta que le ha sido hecha por telégrafo, resulta que tiene la posibilidad de revocar su aceptación utilizando un medio más rápido, a pesar de que en este caso acepta por un medio distinto del utilizado por el autor de la oferta y por un medio, además, inadecuado en vista de la forma rápida en que le ha sido cursada la proposición. Es decir, puede estimarse adecuado aceptar por telégrafo una oferta hecha por correo; pero ha de considerarse inadecuado lo contrario, esto es, aceptar por carta lo que ha sido ofrecido por medio de telegrama; a pesar de lo cual, si admitiéramos que el aceptante puede revocar en el caso de cursar su oferta por un medio distinto del que ha utilizado el oferente, tendríamos que podría hacerlo precisamente al aceptar de la manera más inadecuada. «Por todo ello, sigue diciendo el mismo autor, ha de estimarse que la posibilidad de revocar la aceptación no puede depender del hecho de que se acepte por el mismo medio

---

(88) MAIORANA: *Delle convenzioni fra persone lontane*, Catania, 1883, página 50.

utilizado por el autor de la oferta para cursar su proposición o por otro medio distinto» (89).

2. *Derecho comparado.*—Pocos cuerpos legales se ocupan expresamente de la revocación de la aceptación. Entre los que admiten que puede revocarse antes o al mismo tiempo de la llegada de la misma al oferente puede citarse el Código civil argentino, artículo 1.155; el Código civil italiano, artículo 1.328; el Código civil mejicano, artículo 1.808; el Código de Obligaciones suizo, artículo 9.º; el Código civil del Uruguay, artículo 1.265, párrafo tercero, y los Códigos de Comercio y civil de Venezuela, artículos 121 y 1.137, párrafo cuarto, respectivamente.

Es de notar que algunos de ellos, como el Código argentino y el suizo, a pesar de seguir el sistema de la expedición, admiten la revocación de la aceptación.

El Código de Comercio de Venezuela ofrece la particularidad de otorgar una acción de daños y perjuicios al oferente que, confiado en la aceptación, hubiere empezado la ejecución del contrato. En efecto, su artículo 121 citado expresa que «mientras el contrato no es perfecto, la propuesta y la aceptación pueden revocarse; pero aunque la revocación impide el perfeccionamiento del contrato, si ella llega a noticia de la otra parte después que ésta ha comenzado la ejecución, el revocante debe indemnizarle los daños que la revocación le apareja».

3. *Derecho español.*—El problema de la posibilidad de revocar la aceptación se presenta en nuestro Derecho a la vista del párrafo segundo del artículo 1.262 del Código civil, que ofrece la duda de si esa aceptación (que no obliga al oferente más que cuando llegó a su conocimiento), obligará también al aceptante o, por el contrario, podrá éste revocarla empleando un medio de comunicación más rápido. MANRESA se inclina a lo primero. «Obsérvese—dice—que si bien el proponente no queda obligado hasta entonces (el momento del conocimiento de la aceptación), no sucede lo mismo con el aceptante, el cual, desde el momento en que se conforma, pierde la facultad de retirar su aceptación, ya que el desistimiento, en el tiempo que media desde aquélla a su comunicación, es derecho que la ley expresamente limita al autor de la oferta. Indudablemente que con ello hay cierta desigualdad durante algún tiempo entre los dos contratantes; mas se explica aquélla, porque conociendo antes, como es natural, el aceptante la conformidad de las voluntades, antes también debe comenzar a ligarle la obligación que de tal conformidad es resultado» (90).

En cambio, PUIG BRUTAU se muestra decidido partidario de que el aceptante debe poder revocar su aceptación, siempre que la

(89) Obra citada, pág. 233.

(90) Obra citada, pág. 653.

declaración en tal sentido llegue a conocimiento del autor de la oferta antes de la declaración revocada. «Si alguien cursa una oferta a una persona que se halla en lugar distante y la primera noticia que de la misma recibe es la de que la oferta no le interesa, el contrato no se habrá formado ni habrá sufrido el menor quebranto el autor de la proposición, aunque el destinatario de ésta al rechazarla revoque una aceptación de la que el oferente todavía no tenga conocimiento» (91).

A nuestro juicio, en este punto, como en otros de la contratación entre personas distantes, y tratándose de contratos de formación sucesiva, hay que establecer una distinción paralela a la diversidad de regímenes que en orden a la determinación del momento de perfección de dichos contratos se sanciona en materia civil y mercantil.

En el campo de nuestro Derecho civil no cabe duda de que las palabras de PUIG BRUTAU, que acabamos de transcribir, señalan la verdadera solución del problema, sin infracción del artículo 1.262, párrafo segundo del Código civil, que indica únicamente la obligación del oferente en virtud de la aceptación, pero no la del aceptante en virtud de esa misma aceptación; y, además, porque, de aceptarse la posibilidad de revocar la aceptación, ningún perjuicio se le puede seguir al oferente, ya que del mismo modo que el destinatario de la oferta podía haber adoptado ante ésta la decisión de no aceptarla, con lo cual no se habría concluido el contrato, así también conduce al mismo resultado negativo el hecho de que el aceptante, después de emitida su aceptación, la revoque y transmita esa revocación por un medio más rápido al oferente, llegando ésta antes o al mismo tiempo que la aceptación.

Por el contrario, por lo que respecta al Derecho mercantil, el sistema de la declaración (si bien en la práctica con efectos propios del de la expedición), que acoge el artículo 54 del Código de Comercio, no permite, desde el punto de vista lógico, que el aceptante pueda revocar su aceptación, pues si, como ya se ha señalado antes, la aceptación o su envío (la contestación aceptando la oferta) provoca el perfeccionamiento del contrato, el aceptante no puede desdecirse de su aceptación y negar la existencia del contrato. Por el juego de los artículos 51, 57 y 50 del Código de comercio, en relación este último con el 1.256 del Código civil, se colige la imposibilidad de la revocación de la aceptación, que, además de ser contraria a la buena fe con que deben cumplirse y ejecutarse los contratos mercantiles, representaría dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato.

---

(91) Obra citada, pág. 234.

## X. CASOS ESPECIALES SEGÚN EL MEDIO DE TRANSMISIÓN EMPLEADO

En los apartados siguientes vamos a considerar los problemas particulares que se presentan en los contratos celebrados entre personas distantes según el instrumento elegido por uno o por ambos contratantes para hacerse llegar sus respectivas declaraciones de voluntad.

Como podrá observarse, excluimos expresamente los casos en que el consentimiento contractual se manifiesta a través de una carta o de un mandatario; la exclusión del primer caso se justifica porque precisamente la contratación por correspondencia epistolar es el supuesto más frecuente de la que tiene lugar entre personas distantes, de tal modo que muchos autores estudian estas cuestiones con referencia exclusivamente a la contratación por correspondencia, y en cuanto al mandato, no nos ocupamos del mismo porque no introduce ninguna variación esencial que modifique las conclusiones establecidas anteriormente y, en cambio, nos llevaría a ocuparnos de los problemas específicos del mandato y a rebasar con exceso los límites impuestos al presente trabajo.

1. *Contratación por nuncio o mensajero.*—Si dos personas se hallan separadas entre sí y localizadas en lugares distantes pueden utilizar para contratar los servicios de un tercero en forma de intermediario, llamado nuncio o mensajero, con la función exclusivamente material de transmitir la declaración de voluntad de una parte a la otra.

En las breves indicaciones históricas expuestas al principio hemos vistos cómo la figura del nuncio había adquirido en Roma una relativa importancia y que constituía casi exclusivamente el medio utilizado para poner en relación para cualquier finalidad—por tanto, también contractual—a dos personas alejadas una de otra. Pero dicha importancia ha quedado tan notoriamente disminuida en la actualidad, a causa del desarrollo experimentado por los modernos instrumentos de transmisión de la palabra (telégrafo, teléfono), que bien puede afirmarse que ha sido desplazado por éstos y, desde luego, por la correspondencia epistolar como instrumento para la conclusión de contratos entre personas distantes, siendo de notar también que en la esfera mercantil los agentes corredores de comercio y comisionistas cumplen la función, aunque jurídicamente diversa, que antiguamente se encomendaba al *nuntius*.

La doctrina se ha ocupado bastante en tratar de buscar las diferencias que separan el nuncio del mandatario. Prescindiendo, de las discusiones de los autores, diremos únicamente con BONET, que en la práctica es fácil distinguir el nuncio del mandatario, pues bastará atender a cómo se formó la voluntad que dió vida y perfección al negocio, y si en ésta no entró para nada la voluntad del

encargado, de modo que el negocio igualmente hubiere devenido perfecto si el principal hubiere enviado, por ejemplo, una carta a un individuo, nos hallaremos con la figura del nuncio y será el recto criterio del juez el que, en casos dudosos, en concreto y atendiendo a las circunstancias especiales del caso, a la índole de las relaciones que medien entre las personas y la mayor o menor amplitud y determinación del mandato, decida si nos encontramos en presencia de un nuncio o de un mandatario (92).

Si el nuncio se limita a transportar, como si fuera una carta, la voluntad del que le envía, sin intervenir para nada en la formación de esa voluntad, es claro que no es necesario que sea capaz para contratar ni que tenga noción alguna respecto del negocio a que se refiere la declaración de voluntad de la que es portador, siendo preciso únicamente que traslade fielmente al destinatario el encargo recibido. Un niño, por tanto, puede hacer el papel de nuncio.

Esta última observación deja entrever un problema que presenta la actuación del nuncio, y es el de saber qué ocurrirá si el nuncio, maliciosamente o no, transmite erróneamente su mensaje. A este respecto hay que sentar un principio general y dos reglas particulares, según que el nuncio hubiere sido elegido por una sola de las partes o de común acuerdo entre ambas.

El principio general es que el contrato formado a base de la declaración inexacta del mensajero será nulo, siempre que el error sea suficiente a determinar su nulidad.

Si el nuncio hubiere sido escogido por una sola de las partes, por el aceptante, pongamos por caso, quien le encarga transmita al oferente su aceptación, y el nuncio no cumple fielmente, sino que modifica y tergiversa la declaración de voluntad que su principal le ha encargado comunicar, y si en virtud de la manifestación falsa del nuncio el oferente considera formado el contrato en términos distintos a los queridos por el aceptante, es notorio que únicamente pesara sobre éste la posible carga de resarcir a aquél cualquier perjuicio que le hubiere ocasionado por elegir un mensajero que no ha cumplido fielmente sus instrucciones, ello, naturalmente, con independencia de que dicho aceptante pueda dirigirse contra el nuncio por haberle desobedecido o por no haber realizado el encargo con la debida diligencia.

En cambio, si el nuncio infiel o negligente ha sido nombrado de común acuerdo por las partes, ninguna de ellas podrá exigir de la otra responsabilidad por consecuencia de un error que, si bien indirectamente, les es imputable a ambas.

Un caso particular que ofrece algún interés es el del intérprete que interviene para traducir al idioma de uno de los contratantes la declaración de voluntad del otro emitida en lengua diferente. En los supuestos de contratos concluidos entre personas de diversos

---

(92) *Algunas figuras afines al contrato de mandato*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 184, 1948, págs. 672-673.

países en que se habla distinto idioma no es raro que cada una de ellas escriba en el suyo propio y que cada una, a su vez, haga traducir la carta o escrito de la otra parte. Pues bien, aquí hay que distinguir dos casos: si la traducción se encarga a un intérprete oficial y éste se equivoca en términos que el contrato ha de estimarse nulo, ninguna responsabilidad alcanza al que acudió a tal clase de intérprete; en cambio, si se valió de una persona particular, aunque con conocimientos del idioma respectivo, pero no reconocido oficialmente como intérprete y perito en la lengua de que se trata, fuese o no empleado del que lo escoge, será responsable del error provocado por la inexacta o defectuosa traducción.

En cuanto al momento y lugar de perfección del contrato celebrado por medio de mensajero, se presentan las mismas divergencias ya examinadas con motivo de los contratos entre personas distantes en general. Se pregunta si el contrato se perfecciona en el lugar y tiempo en que se comunicó al mensajero la aceptación, o bien en el lugar y tiempo en que el mensajero refiere la respuesta misma al proponente.

Según la teoría de la declaración, cuando el aceptante de su respuesta al nuncio es como si la comunicara al que le envía, el cual, realmente, habla y escucha por boca de su mensajero; luego a él mismo, por consiguiente, es a quien el aceptante responde cuando comunica al mensajero su aceptación, y entonces también las dos partes se vinculan y el contrato se forma.

Por el contrario, según el sistema de cognición, el mensajero ejerce la función pasiva de una carta, de una carta que habla, por lo que el contrato ha de entenderse concluido en el lugar y en el tiempo en que la respuesta llegue a noticia del proponente. Si, efectivamente, el mensajero cumple, con respecto al remitente, la misma función que el telégrafo o la carta, el contrato se reputará concluido y perfeccionado directamente entre quien lo expide y a quien se envía. Por consiguiente, las reglas generales sobre los contratos por correspondencia derivadas de la doctrina del conocimiento encuentran natural aplicación en este caso.

Igualmente son posibles en la contratación por medio de nuncio que tanto el oferente como el aceptante revoquen sus respectivas declaraciones de voluntad en los términos indicados en los apartados anteriores, así como los otros problemas expuestos.

2. *Contratación por telégrafo.*—A) Cuestiones que presenta. Si en el caso de contrato que ha de concluirse entre personas distantes, el oferente o el aceptante, o ambos a la vez, quieren o necesitan hacer llegar rápidamente a la otra parte su respectiva declaración de voluntad, el telégrafo les ofrece un sistema especialmente adecuado para ello. Esta razón justifica la inclusión de la correspondencia telegráfica como un caso especial de la contratación *inter absentes*.

Respecto de los problemas que hemos examinado, el hecho de



que una o ambas declaraciones de voluntad se expidan por medio del telégrafo no da lugar, en principio, a ninguna diferencia notable, pues dándose el supuesto previo de todo contrato entre personas distantes, es decir, que los contrayentes se hallen en el momento de concluir el contrato en lugares distintos, el telégrafo, si bien acelera grandemente la recíproca comunicación de las manifestaciones de las partes, no las hace simultáneas, sino que subsiste entre las mismas un intervalo más o menos apreciable, por lo que, en todo caso, los contratos entre personas distantes, perfeccionados telegráficamente, no dejan de ser contratos de formación sucesiva.

Por consiguiente, encontramos en la contratación por telégrafo la posibilidad de los problemas expuestos en los apartados anteriores. No cabe duda de que se mantienen en la integridad de su planteamiento los del instante y lugar de perfección del contrato, el del cruce de ofertas y el de la aceptación tardía; pero, en cuanto a los de la revocación de la oferta y de la aceptación, si bien en teoría nada obsta a que pueda revocarse la voluntad declarada telegráficamente al destinatario, en los términos considerados anteriormente, en la práctica resultará casi imposible que pueda lograrse tal revocación, debido a que el telégrafo es un medio rapidísimo que transmitirá la declaración de voluntad seguramente antes de que pueda manifestarse el arrepentimiento de su autor. Claro es que entre nosotros existe la posibilidad de retirar el telegrama antes o después de ser expedido. El Reglamento para el Régimen y servicio interno del Cuerpo de Telégrafos, de 29 de noviembre de 1900, previene que «todo expedidor podrá, justificando su cualidad y pidiéndolo por escrito, detener, *si hay tiempo todavía*, la transmisión del telegrama que haya depositado» (art. 745) y «si el telegrama hubiese sido transmitido, el expedidor no podrá pedir su anulación sino por otro telegrama dirigido al jefe de la estación destinataria...» (art. 747). No obstante la posibilidad que ofrecen los citados preceptos creemos que será difícil llegar a tiempo para revocar. Quizá, pues, la llamada telefónica será el único instrumento efectivo para revocar declaraciones de voluntad expedidas telegráficamente, pero presenta la dificultad de su prueba, ya que el destinatario de la declaración que se quiere revocar puede negar el hecho de la revocación por medio del teléfono, con la consecuencia de que ésta habrá de aparecer firme.

Ahora bien, la particularidad de que la oferta o la aceptación se expidan telegráficamente plantea otras cuestiones de las que, aunque brevemente, hemos de ocuparnos.

a) Determinación de la identidad del expedidor.—Una de las diferencias sustanciales que desde el punto de vista jurídico separan el telegrama de la carta es que ésta constituye ordinariamente un autógrafo de su autor, pues, aunque esté escrita a máquina, acostumbra ir firmada por él, mientras que en el telegrama, el origi-

nal no es necesario que sea extendido por el propio interesado, es decir, por el verdadero remitente, sino que puede hacerlo otra persona en su nombre y, además, el hecho de recibir el destinatario, no el despacho original, sino una copia del mismo, no da en realidad la certeza de quién lo ha expedido. Aunque el artículo 439, párrafo segundo del vigente Reglamento telegráfico dice que el Gobierno puede exigir que se acredite la identidad de cualquier expedidor que presente telegramas para su transmisión, lo cierto es que tal exigencia raras veces ocurre, y si es posible que la persona realmente interesada no sea la misma que solicita la expedición del telegrama, no puede excluirse la posibilidad de un telegrama expedido a nombre de otro o por broma o fraude, que, por provocar en el destinatario el nacimiento de una falsa esperanza de contratar, le ocasione un perjuicio. Se presenta, por consiguiente, la cuestión enunciada: la de determinar la identidad del autor del telegrama.

Evidentemente existen algunos medios de probar que un telegrama lo ha expedido una persona determinada o lo ha hecho expedir de su orden. Si se trata de comerciantes que llevan el libro copiador de cartas y telegramas en la forma que impone el artículo 41 del Código de Comercio español (que ordena que «al libro copiador se trasladarán, bien sea a mano o valiéndose de un medio mecánico cualquiera, íntegra y sucesivamente, por orden de fechas, incluso la antefirma y firma, todas las cartas que el comerciante escriba sobre su tráfico y los *despachos telegráficos que expida*»), tendremos un principio de prueba de que el telegrama ha sido expedido por su autor con el alcance determinado en el artículo 48 del mismo Código.

La duda sobre la identidad del expedidor podrá evitarse haciendo uso del sistema previsto en el artículo 725 del Reglamento telegráfico, y al que en parte se refiere el artículo 264 del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944, es decir, mediante que un notario legitime la firma del expedidor del telegrama en la misma forma usualmente empleada para la legitimación de firmas, estampando su signo, firma y rúbrica y sello de la Notaría a continuación de la firma del expedidor del telegrama, o mediante el jefe de la estación expedidora o por persona que le sea conocida.

En la práctica, sin embargo, suelen obviarse los inconvenientes que ofrece la contratación telegráfica por la costumbre que existe en el comercio de ratificar los telegramas mediante carta posterior, y de ahí que muchos telegramas contengan la expresión «sigue carta», uso que convierte las cuestiones de la contratación telegráfica en las de la correspondencia epistolar, de prueba menos engorrosa desde luego, y que, además, sirve para evitar los inconvenientes a que, como veremos, da lugar el sistema español.

b) Supuesto de error en la transmisión.—Otro de los problemas que cabe estudiar con relación a los contratos concluidos

por telégrafo es el de la divergencia que puede resultar entre el texto redactado en la minuta de despacho por el remitente y el recibido efectivamente por el destinatario. La prueba de dicha divergencia la facilita el hecho de que reglamentariamente las oficinas expedidoras han de conservar los originales de los telegramas durante un plazo de seis meses, por regla general (v. art. 584 del citado Reglamento y Orden de 24 de mayo de 1955 relativa a las agencias de telegramas por teléfono), a no ser que la acumulación de documentos lo hiciere rebajar a tres (art. 585), pues durante ese plazo existe la posibilidad de solicitar por escrito copia certificada del telegrama expedido o recibido (art. 819 del Reglamento).

La doctrina ha discutido vivamente la cuestión de determinar a quién ha de ser imputado el error telegráfico. Algunos autores (DARQUER, GIRAULT, ROUSSEAU) estiman que el posible perjuicio causado por el error tiene que ir a cargo del remitente, pues el uso del telégrafo implica una culpa *in eligendo*, la cual, por leve que sea, basta para constituirle en la obligación de resarcimiento. WINDSCHEID entiende que, como por la comunicación errónea de la voluntad por intermediario no llega a formarse contrato, el autor de la declaración debe responder para con la otra parte de los daños que se le causen en el cálculo y legítima esperanza del perfeccionamiento del contrato. MEILI considera al remitente como un mandante que encarga a la Administración la transmisión de una noticia, y aplicando, por consiguiente, las relaciones entre mandante y mandatario, considera obligado al remitente a responder, respecto a terceros, de los actos realizados en su nombre por la Administración y de las pérdidas y daños dependientes de inexactitud o error en la transmisión. Según otros (HAUSER, HEPP, MITTERMAIER, SERAFINI), las consecuencias y daños causados por errores deben cargarse al remitente, pero sólo conforme a los principios generales, es decir, cuando la pérdida o el error sean por su culpa, y no existiendo ésta, y no concurra, por otra parte, culpa también del destinatario, el perjuicio deberá reputarse casual y ninguna acción podrá ejercitarse contra el remitente. Finalmente, otros autores (GIORGI, RAMELLA, SCHOTT) afirman que nada hay que autorice a atribuir, en principio, a cargo de uno u otro de los contratantes los daños producidos por transmisión errónea, por ser cuestión que depende del examen de las circunstancias del hecho, apreciadas por el prudente arbitrio del juez (93).

(93) DARQUER: Obra citada, pág. 109; GIRAULT: *Traité des contrats par correspondance*, París, 1890, núm. 157; ROUSSEAU: *Traité de la correspondance pour lettres missives et télégrammes*, París, 1877, núm. 124; WINDSCHEID, citado por RAMELLA: Obra citada, pág. 477; MEILI: *Das Telegraphenrecht*, Zurich, 1873, pág. 126, y *Das Telephonrecht*, Leipzig, 1885, pág. 209; HAUSER, citado por RAMELLA: Obra citada, págs. 478-479; HEPP: *Correspondance privée postale ou télégraphique*, Strasbourg, 1864, núm. 116; MITTERMAIER: *Das Telegraphenrecht nach den Ergebnissen der neuesten Forschungen*, en «Archiv für die zivilistische Praxis», XLVI,

La divergencia antes apuntada puede haberse producido, o por culpa del remitente (autor del telegrama), por ejemplo cuando su escritura es tan deficiente que induzca a error al funcionario encargado de la transmisión; o por culpa de la Administración, si el error es únicamente imputable al funcionario de la oficina de origen, de las intermedias o de la recepción; o, aunque de un modo indirecto, por culpa del destinatario, verbigracia: cuando hubiere indicado equivocadamente su domicilio al expedidor.

En nuestra opinión, una vez determinado, según las circunstancias del caso, si el error es imputable al remitente o al destinatario, el problema de la influencia del mismo sobre la validez del contrato y el de la responsabilidad del que hubiere dado lugar a aquél, habrán de resolverse por las reglas generales del Derecho común consignadas en los artículos 1.902 y 1.266 del Código civil.

En cuanto al supuesto de que el error sea únicamente debido a los funcionarios del servicio, y sea posible dirigir contra la Administración una acción de responsabilidad en el sentido de que haya de responder de los actos de sus agentes, omitimos toda referencia al criterio de los autores sobre este particular, también muy discutido, porque lo cierto es que la mayoría de legislaciones extranjeras, por medio de sus Reglamentos especiales, cuidan de exonerar a la Administración de toda responsabilidad. Y el mismo criterio sigue la legislación española; así, el artículo 141 del Reglamento de 1900 dice que «el Estado no acepta responsabilidad alguna respecto al servicio de la telegrafía. Los errores cometidos por el telégrafo no dan lugar a indemnización de ningún género, sean cuales fueren las consecuencias que se ocasionen a los expedidores o destinatarios, debiendo el público tomar las precauciones que estén en su mano, según las reglas que se establecen en este Reglamento, para procurar evitarlos». Esta regla está en concordancia con el artículo 1.903, párrafo quinto, proposición segunda del Código civil, que previene que el Estado no es responsable «cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior», es decir, el 1.902.

Por consiguiente, en tales supuestos, el que se crea perjudicado podrá dirigir únicamente, al amparo del artículo 1.902, una acción personal de responsabilidad contra el funcionario o funcionarios culpables, que, por otra parte, estarán sujetos a la posibilidad de un expediente administrativo con arreglo a las normas internas del servicio. Y cuando no haya culpa en el expedidor ni en el destinatario, se considerará producido el daño, de existir, por una causa fortuita (94).

1863, pág. 1 y sigs.; SERAFINI: Obra citada, pág. 52; GIORGI: Obra citada, núm. 281; RAMELLA: Obra citada, págs. 479-480, donde cita también a SCHOTT.

(94) GARRIGUES: Obra citada, pág. 82.

B) *Derecho comparado.*—Las legislaciones que se ocupan de la contratación entre personas distantes por medio del telégrafo pueden agruparse de la siguiente forma:

Códigos que asimilan la correspondencia telegráfica a la epistolar, como son el de Comercio de la Argentina (art. 214), el de las Obligaciones y contratos de Marruecos (art. 227) y el civil del Uruguay (art. 1.265).

Códigos que exigen, para que la correspondencia telegráfica produzca efectos entre los contratantes, su reconocimiento por éstos, entre ellos el de Comercio de Honduras (art. 84, párr. segundo, que también la admite en el caso de estar autenticada por la oficina respectiva), el de Comercio del Salvador (art. 74) y el de las Obligaciones y contratos de Suiza (art. 12).

Códigos que, como el de Comercio y el civil de Méjico (artículos 80 y 1.811, respectivamente), adoptan una posición análoga a la del artículo 51, párrafo segundo de nuestro Código de Comercio, que seguidamente analizaremos.

Código de Comercio de Portugal, cuyo artículo 97 contiene una regulación bastante completa de la contratación telegráfica, estableciendo que «la correspondencia telegráfica será admisible en el comercio en los términos y para los efectos siguientes»: 1.º Los telegramas, cuyos originales hayan sido escritos y signados, o solamente signados o firmados por la persona en cuyo nombre sean hechos, y aquellos que se pruebe haber sido expedidos o mandados expedir por la persona designada como expedidor, tendrán la fuerza probatoria que la ley atribuye a los documentos privados; 2.º El mandato y toda prestación de consentimiento, aun judicial, transmitidos telegráficamente con la signatura reconocida auténticamente por notario son válidos y hacen prueba en juicio; 3.º Cualquier error, alteración o demora en la transmisión de telegramas, será, habiendo culpa, imputable, en los términos generales del Derecho, a la persona que lo haya causado; 4.º Debe presumirse exento de toda culpa el expedidor de un telegrama que lo haya hecho transmitir en los términos de los respectivos Reglamentos; 5.º La fecha del telegrama fija, no habiendo prueba en contrario, el día y la hora en que fué efectivamente transmitido o recibido en las respectivas estaciones».

C) *Derecho español.* Consideración especial del artículo 51, párrafo segundo del Código de Comercio.—En nuestro ordenamiento jurídico hemos de poner de relieve una vez más el distinto régimen vigente en el Código civil y en el de Comercio.

En cuanto al primero, sabemos que el artículo 1.262, párrafo segundo, nada dice respecto a la contratación por telégrafo, pues únicamente se refiere a la que tiene lugar por medio de carta; pero, por razones de analogía, hay que estimar que la regla establecida en dicho precepto será aplicable también a los contra-

tos entre personas distantes celebrados por medio del telégrafo, con la salvedad advertida en relación con la oportunidad de revocar la oferta o la aceptación.

En cambio, el Código de Comercio consagra un tratamiento especial y sumamente restringido de la contratación telegráfica, que constituye una excepción al principio general de libertad contractual enunciado en el artículo 51, párrafo primero. En efecto, el párrafo segundo de este mismo artículo expresa claramente que *«la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado»*. Por consiguiente, el Código subordina la validez y eficacia del contrato teleográfico al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.º Conformidad previa de los contratantes al uso del telégrafo como medio de contratar. 2.º Escrituración de dicha conformidad. 3.º Consignación en los telegramas de las condiciones o signos convencionales que previamente hubieren pactado los interesados.

El espíritu restrictivo que anima dicho precepto y que casi impide en el campo mercantil que pueda contratarse por medio del telégrafo, parece que responde a la necesidad de eludir los peligros que éste lleva consigo en razón a su falta de autenticidad y de prevenir el riesgo de una falsa procedencia del telegrama.

Sin embargo, como hace observar ORÚS MORATA, si la finalidad perseguida por el legislador ha sido evitar los errores que la transmisión del telegrama puede ocasionar y la dificultad de identificar la persona del expedidor, no lo ha conseguido indudablemente. En efecto, por una parte, aun con el empleo de signos convencionales, el error puede producirse, ya que el peligro de transmisión de un signo por otro no desaparece por el solo hecho de que éstos hayan sido convenidos de antemano, y como precisamente el error de trasmisión de los signos es lo que puede dar lugar a las cuestiones que hemos considerado, la fórmula adoptada por el legislador español no resuelve ni poco ni mucho la dificultad; y en cuanto a la cuestión de identificar a la persona del expedidor, como los signos o claves que deben figurar en los telegramas para que los contratantes se sientan obligados no son tan secretos que no puedan ser conocidos, por ejemplo, por la dependencia del remitente, los riesgos siguen en pie, sin que la solución legislativa en esta fórmula y en la anterior haya conseguido otro resultado que limitar un principio general de contratación universalmente admitido y un medio eficaz y rápido en la vida comercial (95).

(95) *El contrato por correspondencia. Su naturaleza y eficacia*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», 2.ª época, núm. 9, octubre-diciembre 1931, págs. 19-20.

No obstante, algunos autores han querido justificar el sistema del Código de Comercio español. Así, MANRESA ha dicho que «el contrato previo, autorizando y regulando el uso del telégrafo, se acomoda a las relaciones mercantiles, permanentes de ordinario entre casas determinadas, más bien que a las de orden civil, aisladas y con frecuencia para un solo caso, en las cuales tal exigencia haría que fuese el telégrafo una dilación más bien que una ventaja de tiempo» (96).

Otros autores atenúan en la interpretación el rigor de nuestro Código. Así, RAMELLA dice que «el cambio de telegramas realizado regularmente con proposición de una parte y respuesta de la otra, no podrá menos de valer como medio probatorio de las relaciones jurídicas motivadas por esta correspondencia, puesto que resulta implícito el acuerdo y consentimiento sobre el uso de esta rápida forma de comunicación» (97).

A nuestro modo de ver, es del todo desacertado el sistema del Código de Comercio, pues en la contratación mercantil es donde con el uso del telégrafo habría de encontrarse el procedimiento más rápido y expeditivo para hacerse llegar los contratantes sus respectivas declaraciones de voluntad. Y los inconvenientes puestos por el Código hacen en la práctica inválidos los contratos por telégrafo. Precisamente en fecha reciente el Tribunal Supremo ha declarado que no es válida una revocación hecha por telégrafo sin el cumplimiento de los requisitos que el párrafo segundo del artículo 51 del Código de Comercio exige para la eficacia obligatoria de la correspondencia telegráfica (v. sentencia de 25 de febrero de 1956) (98).

### 3. Contratación por teléfono.—A) Doctrina. — Es evidente

(96) Obra citada, pág. 654.

(97) Obra citada, pág. 250.

(98) Es interesante citar aquí un proyecto de reforma del párrafo segundo del artículo 51 del Código de Comercio presentado al Senado por GONZÁLEZ ECHEVARRI (*La contratación por telecomunicación y la reforma del Código de Comercio*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», tomo III, número 22, julio-septiembre 1919, págs. 19-20), cuyo texto es el siguiente:

«La contratación mercantil celebrada por teléfono, telégrafo, radiotelegrafía u otro medio análogo de comunicación rápida será válida y producirá obligación y acción en juicio aun cuando no lo hubiesen escogido con anticipación los contratantes y sin necesidad de emplear signos o claves convenidos, siempre que se sometan a las reglas siguientes:

1.ª Los contratos celebrados por medio de conferencias telegráficas, radiotelegráficas o telefónicas o por otro medio rápido de comunicación se entenderán celebrados entre presentes siempre que personalmente hayan estado en comunicación los interesados o sus mandatarios. Si en virtud de medio mecánico las indicadas conferencias se traducen en forma escrita o impresa se entenderá realizado el contrato por escrito, bastando que las cintas en que consten las conferencias lleve cada una la firma del respectivo contratante. Si al contrato celebrado por conferencias de las indicadas asiste en cada uno de los receptores un notario o mediador de comercio colegiado que den fe de conocer a las partes autorizando la obligación, se reputará instrumento público, para cuyo efecto trasladarán en forma fehaciente lo consignado en la cinta al protocolo o diario de operaciones.

que uno de los medios más aptos para poner en comunicación a dos personas distantes es el teléfono, que permite acercar de tal modo a los que están naturalmente separados entre sí, que transforma la lejanía en una *quasi* presencia. Su desarrollo, que da lugar al hecho de que la inmensa mayoría de comerciantes y profesionales, y aun un gran número de simples particulares, dispongan de la instalación correspondiente, lo hace instrumento especialmente adecuado para que las personas que no están en una situación de presencia efectiva puedan tratar directamente sus asuntos o negocios; y si el teléfono sirve para seguir toda clase de conversaciones, es en el campo de las relaciones comerciales donde la comunicación telefónica cobra una especial relevancia, pues es cosa de todos los días el uso del teléfono para cerrar tratos mercantiles, sobre todo entre comerciantes de la misma plaza.

Ahora bien; cabe preguntar qué es lo que justifica la inclusión de este apartado en un trabajo destinado a exponer los problemas más corrientes que se presentan en la contratación entre personas distantes. Los juristas se han preguntado si los contratos celebrados por teléfono deben reputarse, a los efectos de los problemas que se han venido examinando, como contratos «entre presentes», o bien como los que nosotros denominamos «entre personas distantes».

La cuestión fué particularmente discutida en la doctrina italiana, francesa y alemana. No podían faltar las dos opiniones contradictorias, y así, mientras unos autores (GABBA, KOHLER, MEILLI, STUBENRAUCH) sostenían que los contratos por teléfono han de considerarse celebrados entre presentes, otros, en cambio (BOLAFFIO, VIDAL, VIDARI), estimaban que deben asimilarse a los concluidos entre ausentes (99).

La posición intermedia, que se muestra partidaria de ver en los contratos concluidos telefónicamente una naturaleza mixta,

2.º Las ofertas o aceptaciones de contratación mercantil por medio de telegramas, telefonemas o radiotelegramas serán válidas y harán prueba en juicio como documento privado, siempre que aparezca el original suscrito por el oferente, aceptante o sus mandatarios. Si la firma se declara auténtica por autoridad competente, se aplicarán los principios generales relativos al caso. Si la identidad de la persona que ha suscrito el original se halla establecida por otros medios previstos en los Reglamentos de telégrafos, teléfonos o radiotelegrafia, será admitida la prueba en contrario.

La fecha y hora de los telegramas y telefonemas o radiotelegramas serán aquellas en que realmente hayan sido expedidos por las oficinas correspondientes. Si hubo error, alteración o retardo, y salvo el caso de responsabilidad penal, se aplicarán las reglas generales sobre la culpa y sus efectos. Sin embargo, el remitente se presume exento de ésta si cumplió las disposiciones reglamentarias exigidas por la Administración.»

(99) GABBA: *Il telefono e la giurisprudenza*, en «*Monitore dei Tribunali*», 1882, núm. 41, y *I contratti per telefono*, en «*Giornale delle Legge*», 1882, núm. 40; KOHLER: *Vertrag unter Abwesenden*, en «*Archiv für Bürgerliches Recht*», I, 1889, pág. 301; MEILLI, *Telephonrecht*, pág. 202; STUBENRAUCH: *Vertrag unter Abwesenden*, en «*Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*», 1860, núm. 101; BOLAFFIO: citado por RAMELLA, *Obra*



que exige considerarlos, con respecto a determinados problemas, como contratos entre presentes y, con relación a otros, como entre ausentes, ha sido sostenida, entre otros, por NORSÁ y VALERY (100).

En nuestros días está prácticamente superada la discusión doctrinal sobre este particular, pues la opinión dominante es que la solución del problema de si los contratos por teléfono han de considerarse entre presentes o entre ausentes, no puede ser unitaria, y al efecto distingue entre la cuestión del lugar y la cuestión del momento de perfección de dichos contratos; de modo que desde el punto de vista del momento, el contrato por teléfono ha de tratarse como estipulado entre presentes, dado que no media un intervalo apreciable de tiempo entre las respectivas declaraciones de oferente y aceptante; y desde el punto de vista del lugar, el contrato ha de estimarse perfeccionado entre personas distantes (GASCA, GIRAULT, JOSSEKAND, MESSINEO, RAMELLA, etc. (101).

Evidentemente, conforme a la doctrina más corriente, no cabe una calificación única de los contratos celebrados por teléfono, ya que si bien es cierto que en realidad son contratos entre personas distantes, pues los sujetos están materialmente alejados uno del otro, no cabe duda de que las declaraciones de voluntad se producen inmediatamente una después de la otra, pero, a nuestro juicio, no se trata precisamente de saber si el contrato por teléfono es entre presentes o entre ausentes, sino el tratamiento jurídico aplicable a los distintos problemas expuestos en los apartados anteriores, cuando se planteen en los contratos celebrados por medio de teléfono. A este efecto, es preciso observar que lo que casi exclusivamente tiene interés en los contratos por teléfono es la cuestión del lugar de perfección, cuando los contrayentes residen en territorios sobre los que actúa la competencia de distintos órganos jurisdiccionales; y que, en cuanto al momento en que han de considerarse concluidos, hay que desechar la inútil ficción que los asimila a los contratos entre presentes y estimar que constituyen un tipo bien caracterizado de los de formación simultánea, puesto que las declaraciones de voluntad de las partes se suceden sin intervalo relevante. Esta circunstancia implica que los problemas que

citada, pág. 256; VIDAL: *Le téléphone au point de vue juridique*, París, 1886, página 94; VIDARI: *Sul contratto per telefono*, en «Giornale delle Legge», 1882, núm. 42.

(100) *Il telegrafo e la Legge*, Milano, 1883, págs. 53 y ss., y *Des contrats par correspondance. Rôle de la correspondance dans l'exécution des contrats*, París, 1895, núm. 62, respectivamente.

(101) GASCA: Obra citada, pág. 839; GIRAULT, Obra citada, pág. 255; JOSSEKAND: Derecho civil, revisado y completado por André BRUN, traducción de la 3.ª edición francesa, por Santiago CUCHILLOS, Buenos Aires; Bosch y Cía. editores, 1950, pág. 47; MESSINEO: *Doctrina general del contrato*, traducción de la 3.ª edición italiana, por R. O. FONTANARROSA, S. SENTIS MELENDO y M. VOLTERRA, con notas de Derecho argentino, por Vittorio NEPPi, Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europea-América, 1952, t. I, pág. 336; RAMELLA, Obra citada, págs. 257 y ss.

precisamente nacen del hecho de que entre la oferta y la aceptación, y entre la emisión de ésta y su llegada a conocimiento del oferente, medie un período más o menos largo, no han de presentarse en los contratos celebrados por medio de teléfono.

Solamente, quizá, un problema aventaja en importancia al del lugar de perfección, y es el de la misma existencia del contrato concluido por teléfono, de tan difícil prueba, por no decir imposible, ya que, como todos los contratos verbales, únicamente adquiere una entidad objetiva al documentarse posteriormente, pues, como advierte el artículo 80 del Reglamento para el establecimiento y explotación del servicio telefónico de 30 de julio de 1914, los funcionarios afectos al servicio telefónico están obligados a guardar el secreto de las conversaciones telefónicas, así como el de los nombres de las personas que conferencien, constituyendo, según el artículo 111 del propio Reglamento, falta muy grave la violación del secreto de las comunicaciones.

B) Derecho comparado.—En las legislaciones extranjeras es norma general la de considerar que los contratos celebrados por teléfono se asimilan a los concluidos entre presentes, con la consecuencia de que las ofertas hechas por teléfono, como las dirigidas a una persona presente, deben ser aceptadas inmediatamente. Así, por ejemplo, Código civil alemán, § 147, párrafo primero; Código de las Obligaciones del Líbano, art. 185, párrafo primero; Código de las Obligaciones y contratos de Marruecos, artículo 225; Código de las Obligaciones suizo, artículo 4.º párrafo segundo.

Cabe destacar la particularidad del citado Código libanés, cuyo artículo 185, párrafo segundo, indica que, en el caso de contrato celebrado por teléfono, «el lugar de formación del contrato se fija entonces, sea por la voluntad de las partes, sea por el juez, de acuerdo con las circunstancias del caso».

Por lo que se refiere al lugar de formación, el citado Código marroquí, en su artículo 227, aplica a los contratos celebrados por teléfono la misma solución que a los concluidos por correspondencia postal y telegráfica, es decir, los presume celebrados en el lugar en que se hizo la oferta.

C) Derecho español.—La doctrina española se ha ocupado poco de esta cuestión. Algunos autores, como ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA y GARRIGUES, sobre la base de estimar que para incluir un contrato en el tipo «entre presentes» o «entre ausentes» hay que atender, no a la presencia real y efectiva de las partes, sino al medio de comunicación empleado, califican los contratos celebrados por teléfono como contratos entre presentes (102). SÁNCHEZ ROMÁN sigue la opinión más corriente al distinguir entre

(102) ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA: *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1951, t. I, pág. 562. y GARRIGUES: *Obra citada*, páginas 72-73.

el aspecto del lugar y el del tiempo, y le parece, en cuanto a este último, que «puesto que la comunicación telefónica es rápida y la audición instantánea, no puede reputarse distinto el tiempo entre la oferta y la aceptación, y el contrato se estimará celebrado entre presentes»; y, en cuanto al lugar, que «será forzoso distinguir si las dos instalaciones telefónicas de que se valieron los contratantes están o no establecidas dentro de la misma jurisdicción, y cuando no fuese así, el contrato, para este efecto, se reputará celebrado entre ausentes y se le aplicarán las reglas de los contratos por correspondencia telegráfica o epistolar» (103).

En nuestra legislación no existe precepto alguno expreso que se ocupe de los contratos celebrados por teléfono. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER estiman que, entre nosotros, debe adoptarse, en los casos que hayan de resolverse por el Código civil o el Código de Comercio, la misma solución indicada en el Código de Marruecos, que considera celebrado entre presentes el contrato por teléfono, dado que las declaraciones se entrecruzan inmediatamente. Y añaden que como esta afirmación no despeja la otra cuestión que suscita el contrato entre ausentes, y es la del lugar en que se entenderá celebrado, creen que «cuando se trate de contrato telefónico celebrado entre residentes en distintas poblaciones, el lugar del contrato será, por analogía del artículo 1.262, párrafo segundo, proposición segunda, aquél en que se hizo la oferta» (104).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de enero de 1948, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el momento de perfección de los contratos celebrados por teléfono en un caso en que se concertó un contrato de seguro mediante oferta de una empresa de transporte a una entidad aseguradora que aceptó por medio de un agente en conferencia telefónica, y ha declarado que «dicho contrato alcanzó el momento de su perfección desde que el representante de la Compañía aceptó verbalmente la propuesta, porque celebrado por teléfono, no es la material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado, la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquel momento, como ha venido a reconocer en nuestra legislación el artículo 225 del Código de Obligaciones y contratos de la Zona del Protectorado de Marruecos, al disponer que las ofertas y aceptaciones realizadas por medio del teléfono entre las partes o sus mandatarios personalmente, se entenderán hechas entre presentes».

Por nuestra parte, hemos de estimar que, si se presenta la cuestión de tener que precisar el momento en que se ha perfeccionado un contrato celebrado por teléfono, habrá de resolverse de acuerdo con su naturaleza de contrato de formación instantánea, y, por consiguiente, no habrá lugar a distinguir ningún intervalo de tiempo apreciable entre la oferta y la aceptación, y si el problema se presenta con relación al lugar, hacemos totalmente nuestra la conclusión a que han llegado los ilustres anotadores de ENNECERUS.

(103) Obra citada, pág. 223.

(104) En ENNECERUS, Obra citada, pág. 148.



## La ley de 13 de noviembre de 1957 relativa a matrimonios militares

GABRIEL GARCIA CANTERO  
Doctór en Derecho. Juez de Primera Instancia

### I. CARACTERES GENERALES DE LA LEY

La presente disposición legislativa ofrece como carácter fundamental —y así lo expresa en el subtítulo: ... *adaptada al Concordato con la Santa Sede*— la de ser una norma de ejecución del Concordato de 27 de agosto de 1956, cuyo artículo 36, párrafo 2.º, estableció: “El Estado español promulgará en el plazo de un año las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para ejecución de este Concordato”. Como es sabido, dicho plazo de un año ha sido prorrogado sucesivamente.

La legislación anterior sobre matrimonios militares —singularizada por la gran dispersión de sus fuentes (1)— contenía algunas disposiciones en oposición con el Derecho canónico; tal sucedía con la prohibición absoluta de contraer matrimonio que se imponía a las clases de tropa en el artículo 4.º de la Ley de 8 de agosto de 1940 y en los artículos 32 y 408 de su Reglamento, que señalaban los efectos de la violación de aquella prohibición. Y por lo que se refirió al matrimonio exclusivamente civil, es evidente que tales preceptos no estaban en consonancia con la obligación asumida por el Estado en el protocolo adicional al Concordato ad artículo 23, apartado D), según la cual, “en la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural” (2).

La nueva Ley sustituye el sistema de prohibición absoluta —que acertadamente califica el preámbulo como “un celibato temporal obligatorio durante el Servicio Militar”— por otro ampliamente permisivo, estableciéndose que tal permiso “será otorgado en el más breve plazo posible, subordinando el momento de su concesión únicamente a las necesidades del servicio”.

(1) Vide una extensa relación de normas vigentes hasta la entrada en vigor de la presente Ley, en CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo V, volumen I, 7.ª edición. Madrid, 1954, págs. 91 y siguientes.

(2) Son de notar algunas opiniones manifestadas en el sentido de considerar, después del Concordato, dudosa la vigencia del artículo 4.º de la Ley de 1940 citada. Así, PERE RALUY, en “Comentario a sentencia del Juzgado Municipal número 4 de Madrid, de 10 de abril de 1956”, en *Revista General de Derecho*, 1956, pág. 589.

En cuanto al matrimonio de Generales, Jefes, Oficiales y Suboficiales, la anterior legislación subordinaba la concesión de la licencia para el mismo a requisitos de edad (exigiendo la mínima de veinticinco años el artículo 4.º de la Ley de 23 de junio de 1941), de recursos económicos (Ley de 17 de julio de 1948, que modifica el artículo 4.º de la Ley antes citada), de nacionalidad y de pertenencia al catolicismo en la mujer (artículo 5.º de la Ley de 23 de junio de 1941, modificado por Decreto-Ley de 12 de abril de 1951). La nueva Ley suprime los dos primeros, y modifica los dos últimos, regulándolos más racionalmente, convirtiendo en dispensable el requisito de la nacionalidad. Se ha seguido, por tanto, el criterio "de conceder mayor libertad para contraerlo, sin perjuicio de conservar las normas que garantizan el perfecto desenvolvimiento de su actividad militar y social", como dice el preámbulo.

Otra característica, secundaria pero no menos importante, es el propósito de unificación legislativa al recogerse en una sola norma la regulación del matrimonio de los militares pertenecientes a los tres Ejércitos; regulación que anteriormente se contenía "en disposiciones dispersas y variadas que respondían a peculiaridades hoy superadas por las ventajas evidentes de una ordenación común".

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICENCIA Y PERMISO REGLAMENTARIO PARA EL MATRIMONIO DE LOS MILITARES

El sistema de la nueva Ley se estructura así:

- a) Licencia especial para el matrimonio de Generales, Jefes, Oficiales y Suboficiales.
- b) Permiso reglamentario para el de las clases de tropa.
- c) Prohibición absoluta de contraer matrimonio para los alumnos de las Academias Militares.

Se plantea la cuestión de saber la naturaleza jurídica, en cada uno de los casos, de las licencias, permisos y prohibiciones. Hay que descartar que la licencia o el permiso sean un requisito de capacidad o constituyan uno de los llamados impedimentos dirimentes, ya que la no obtención de los mismos, o en su caso la violación de la prohibición, ni afectan para nada al vínculo matrimonial del contraído, ni constituyen causa de nulidad del mismo. Tampoco son exigidos por el Encargado del Registro Civil (3), o por el Párroco, como requisitos previos a la celebración del matrimonio. Hay autores que se inclinan a calificarlos como impedimentos impeditivos (4), de suerte que estarían, en cuanto a sus efectos, equiparados a las prohibiciones del ar-

(3) Así ocurre en Portugal, según el artículo 207 del Código de Registro Civil. Vide PIRES DE LIMA y BRAGA DA CRUZ, *Derechos de familia*, volumen I, Coimbra, 1942, págs. 155 y siguientes.

(4) Así, JEMOLO, *El matrimonio*, traducción española, 1954, pág. 99, y DE DIEGO, *Instituciones*, II, pág. 367.

titulo 45 del Código civil; pero hay alguna sentencia de Tribunales de instancia que categóricamente excluye esta calificación (5).

En suma: nos parece que tanto la licencia especial del artículo 1.º de la Ley, como la prohibición del artículo 4.º y el permiso reglamentario del artículo 5.º, escapan de la esfera del Derecho civil (capacidad, impedimentos y causas de nulidad del matrimonio) para entrar de lleno en la del Derecho administrativo, incidiendo en la relación funcionario-administración y súbdito-Estado.

Por razones que luego examinaremos, puede el Estado imponer a los que entren, o estén ya a su servicio, determinadas condiciones para contraer matrimonio, y aun prohibirles temporalmente que lo contraigan. Nadie está obligado a escoger la carrera militar, pero de seguirla debe contar con ciertas restricciones en su libertad personal que no afectan a los otros ciudadanos; al que aspire a la profesión de las armas se le impone el dilema de aceptar íntegramente las condiciones administrativas dictadas por el Estado, o de renunciar a la carrera; y esto se aplica desde la escala más humilde del voluntariado hasta la más escogida del Oficial.

Cuando se trata del servicio militar obligatorio, y puesto que al súbdito no le queda otra opción que someterse a él, resultaría abiertamente injusto prohibirle el matrimonio de modo absoluto mientras se encuentra prestándolo, pues en último término se le impone una sanción, sin escapatoria posible, por el ejercicio de una libertad fundamental de la persona humana, la de contraer matrimonio. Más explicable resulta la simple exigencia de obtener un permiso reglamentario para casarse, sólo subordinado en su concesión a las necesidades del servicio.

En cuanto al fundamento o razón última de estas licencias, permisos y prohibiciones, de modo genérico lo enunciaba así el Decreto de 27 de diciembre de 1901, en su exposición: "La necesidad de que siempre y en todo caso los militares se hallen dispuestos, material y moralmente, para arrostrar las vicisitudes y riesgos propios de la carrera, y la conveniencia, desde el punto de vista económico, de que puedan presentarse ante la sociedad con el decoro que corresponde al puesto que en ella ocupan, llevarían por sí solas a prohibir en absoluto el matrimonio en determinadas clases, si, en contraposición a ellas, no existieran otros motivos de orden moral y social que se oponen a tan extremada medida". COVIÁN (6) expresaba algo parecido cuando aludía a "la necesidad de conservar el mayor lustre en la institución militar" y a "que el aumento inconsiderado de matrimonios sin adoptar precauciones de ninguna clase, podía perjudicar notablemente el servicio". A ello debe añadirse el evidente interés de

---

(5) Así, la sentencia citada del Juzgado Municipal número 4 de Madrid de 10 de abril de 1956, que declara en sus considerandos que "las únicas prohibiciones para contraer matrimonio que afectan a la relación matrimonial son las contenidas en el Código civil y en el Codex Iuris Canonici".

(6) COVIÁN, s. v. *Matrimonio de militares*, en Enciclopedia Jurídica Española.

la defensa nacional por lo que se refiere a la exigencia de que la futura mujer del General, Jefe, Oficial o Suboficial sea española o perteneciente a otro país de la Comunidad Hispánica. Finalmente, la prohibición de contraer matrimonio hasta tanto que no se concluyen los estudios en las Academias Militares, puede justificarse por razones de una formación rigurosa en la disciplina y en la austeridad de la vida para los pertenecientes a una carrera pródiga en sacrificios, hasta el supremo de ofrendar la vida por la Patria.

### III. MATRIMONIO DE LOS GENERALES, JEFES, OFICIALES Y SUBOFICIALES

Según el artículo 1.º de la Ley, "Los Generales, Jefes, Oficiales, Brigadas y Sargentos o asimilados, podrán contraer matrimonio, previa la concesión de una *licencia especial*"; al mismo régimen se someten los Especialistas del Ejército o personal que pueda merecer tal consideración, siempre que ostenten categoría y empleo de los indicados (artículo 10, párrafo 2.º) y "los Jefes, Oficiales y Suboficiales de Complemento de los tres Ejércitos y los de la Reserva Naval que deseen contraer matrimonio durante su permanencia en servicio activo" (artículo 11).

Esta licencia debe solicitarse antes de celebrar el matrimonio, ya sea canónico o civil el que se proponga contraer.

Corresponde otorgarla: a) al Ministro respectivo cuando se trate de Generales, Jefes y Oficiales, y b) a los Capitanes Generales de la Región Militar o Departamento Marítimo, Almirante Jefe de la Jurisdicción Central, Comandantes Generales de Escuadra o Bases Navales y Generales Jefes de Regiones o Zonas Aéreas, en los demás casos.

Para la concesión de esta licencia especial deberán acreditarse las siguientes circunstancias:

Primera. La nacionalidad española, hispanoamericana, portuguesa brasileña o filipina de la futura contrayente. Se incorpora así el contenido del artículo 1.º del Decreto-Ley de 12 de abril de 1951, referente a la mujer portuguesa o brasileña, y que modificó el artículo 5.º de la Ley de 23 de junio de 1941. Por otro lado, se ha suprimido la exigencia de que la nacionalidad se posea de origen, con lo cual se permite que la contrayente la haya adquirido por nacionalización.

Segunda. La buena conducta moral de la futura contrayente y su familia, así como el satisfactorio comportamiento social de aquélla, debidamente acreditado mediante amplia investigación rigurosamente reservada que practicará el Jefe de quien dependa el interesado. Se introduce aquí una innovación interesante, ya que el citado artículo 5.º de la Ley de 1941 exigía que en todo caso la mujer fuese católica y no divorciada"; el último requisito afectaba en realidad a la capacidad para contraer matrimonio, pues implicaba la existencia de un vínculo matrimonial anterior, y su regulación adecuada estaba en el Código civil; en cuanto a la exigencia de catolicidad, parecía imponer a los



militares de religión musulmana o protestante un matrimonio de religión mixta, lo que no se compadece bien con la libertad matrimonial, ni con la obligación asumida por el Estado español en el Concordato de no establecer impedimentos contrarios a la ley natural. Parece, pues, acertada la supresión de ambos requisitos, los cuales —por otra parte— podrán venir tomados en consideración, en algunos casos concretos, a través de la flexible redacción que se ha dado a la segunda de las circunstancias exigidas para la concesión de la licencia.

La concurrencia en la contrayente de buena conducta moral y de un comportamiento social satisfactorio será apreciada discrecionalmente en cada caso por la autoridad militar encargada de otorgar la licencia, no siendo posible dar normas fijas sobre los mismos. No se admite dispensa de este requisito, a diferencia de lo que se establece cuando se trata de la nacionalidad, dispensa “que solamente podrá concederse en casos especiales”. Juzgamos acertada esta disposición que permitirá tener en cuenta situaciones dignas de protección, algunas de las cuales ya se dieron con motivo de la permanencia en Rusia de la División Española de Voluntarios, y que en el futuro podrá tener aplicación en una posible participación española en el Ejército de la N. A. T. O. En todo caso, claramente se advierte que la dispensa del requisito de la nacionalidad se ha de conceder excepcionalmente, otorgándose “por los Ministros respectivos con carácter graciable”.

Del artículo 2.º de la Ley se desprende el procedimiento que debe seguirse para la obtención de esta licencia:

1.º Instancia del interesado dirigida a la Autoridad a la que en cada caso corresponda otorgarla, y acompañada de los documentos que justifiquen la nacionalidad de la futura contrayente.

2.º Investigación rigurosamente reservada que debe realizar el Jefe de quien dependa el interesado, para acreditar la buena conducta moral de la futura contrayente y de su familia, así como el satisfactorio comportamiento social de aquélla.

3.º Informe por el Jefe del Cuerpo, Unidad, Dependencia o Comandante del buque.

La documentación se cursa reglamentariamente y “las resoluciones favorables serán publicadas en el *Diario* o *Boletín Oficial* del Departamento respectivo, cuando corresponda dictarlas a los Ministros; las desfavorables se comunicarán en todo caso en escrito reservado, sin que contra ellas pueda interponerse recurso alguno” (artículo 2.º, párrafo 2.º).

No exigen previa licencia especial los matrimonios contraídos “in artículo mortis”, conforme a los preceptos del Código civil y de la Legislación canónica (artículo 3.º, párrafo 1.º). Naturalmente, puede encontrarse en peligro de muerte tanto el marido como la mujer; si fallece ésta, no es menester cumplir ningún otro requisito; si el que fallece es el marido, “percibirán sus viudas la pensión que les corresponda”, asimismo sin llenar ninguna otra formalidad, pero “en el caso de supervivencia, deberán acreditar, dentro de un plazo de seis meses, las circunstancias señaladas en el artículo 1.º” (artículo 3.º, párrafo 2.º).

No está previsto el caso de matrimonio secreto, tanto canónico como civil. Lógicamente hay que presumir que mientras no deje de ser secreto, no urge la obligación de obtener la licencia especial; y por analogía habrá que aplicar la norma del párrafo 2.º del artículo 3.º de la Ley en cuanto al plazo de seis meses para acreditar las circunstancias exigidas para la concesión de dicha licencia.

Debe entenderse que las normas de esta Ley obligan en sus respectivos casos, tanto si se celebran los matrimonios en España como en el extranjero. No se establece ninguna norma especial para el supuesto de existir imposibilidad material de acudir a la autoridad que debe otorgar la licencia (por ejemplo, en tiempo de guerra, por hallarse prisionero, o internado en campo de concentración, o en territorio sitiado o bloqueado por el enemigo, e incomunicado), y, sin embargo, no se den las circunstancias del matrimonio "in articulo mortis". Nos parece que también es aplicable a este caso por analogía la norma del artículo 3.º, párrafo 2.º de la Ley.

En relación con las sanciones, hay que tener en cuenta que pueden ocurrir alguno de estos casos: a) que el obligado a obtener la licencia especial contraiga matrimonio sin solicitarla; b) que lo contraiga siendo desfavorable la resolución recaída en el procedimiento correspondiente, y c) que tratándose de un caso exceptuado de licencia previa no se acredite en el plazo de seis meses la concurrencia de los requisitos del artículo 1.º de esta Ley.

Pero el artículo 12 impone sanciones de distinta naturaleza, en consonancia con la gravedad de la infracción, y esta gravedad resulta de una diversa valoración de los requisitos que se exigen para la concesión de la licencia especial; y así se considera prevalente el referente a la nacionalidad de la futura esposa, y secundario el relativo a la buena conducta. En consecuencia, establece el artículo 12 que "los Generales, Jefes, Oficiales, Brigadas y Sargentos o asimilados que contraerán matrimonio con persona de nacionalidad distinta de las expresadas en el número 1.º del artículo 1.º, sin haber obtenido la licencia especial de tal requisito, serán sancionados con la separación del servicio, previa tramitación del procedimiento correspondiente. Los que lo celebraren sin cumplir los demás requisitos y trámites señalados en el artículo 1.º incurrirán en la falta grave del número 3.º del artículo 437 del Código de Justicia Militar". No hace falta que ponderemos la gravedad de la primera de las sanciones indicadas; sólo diremos que éste es uno de los puntos que exige un ulterior desarrollo reglamentario, ya que en la legalidad vigente se carece de un procedimiento para la separación del servicio de los militares, fuera de los casos de condena penal, Tribunal de Honor y expediente administrativo por faltar a dos revistas de Comisario.

#### IV. MATRIMONIOS DE LOS ALUMNOS DE LAS ACADEMIAS MILITARES

Lo regula el artículo 4.º de la Ley que comentamos; en su párrafo 1.º se establece un requisito de ingreso, con algunas excepciones,

pues "para ingresar en las Academias Militares o Escuela Naval Militar, se requerirá la condición de ser soltero o viudo sin hijos, salvo para el personal procedente de Suboficial y para aquellos a los que se exija título facultativo o análogo, quienes vendrán obligados en su caso a acreditar el cumplimiento de las circunstancias establecidas en el artículo 1.º de la presente Ley". Parece que no se cumple este requisito cuando la mujer del aspirante esté declarada ausente o fallecida, pero sin que se haya probado la muerte, pues se exige de modo taxativo "la condición de soltero o viudo"; entre el personal exceptuado deben enumerarse los individuos pertenecientes al Cuerpo Jurídico, Intervención, Sanidad, Farmacia, etc.

En el párrafo 2.º de dicho artículo 4.º se establece una prohibición temporal de contraer matrimonio: "Los alumnos de dichos Centros no serán autorizados para contraer matrimonio antes de concluir sus estudios, y el que lo contrajere será dado de baja". Nada se dice de la sanción que corresponda al aspirante, no exceptuado por el párrafo 1.º, que solicite y obtenga el ingreso ocultando su condición de casado, pero parece que también debe ser dado de baja. En cambio, creemos que esta sanción no es aplicable en el supuesto de haber contraído matrimonio secreto o de conciencia, y ello tanto para el aspirante a ingreso como para el alumno.

## V. MATRIMONIO DE LAS CLASES DE TROPA

En este punto, como expusimos antes, se ha introducido una innovación fundamental al sustituirse la prohibición anteriormente vigente del artículo 4.º de la Ley de 8 de agosto de 1940, por un sistema de autorización claramente permisiva y amplia. El matrimonio se autoriza a condición de obtener un permiso reglamentario. Están obligados a solicitarlo los individuos sujetos al servicio militar, al servicio de la Armada, los voluntarios de los tres Ejércitos, el personal de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire que disfrutando el sueldo de Sargento no ostente tal categoría efectiva, y los Ayudantes de Especialistas, Especialistas o personal que pueda merecer esta consideración, asimilados a los anteriores.

Corresponde otorgar este permiso a los Jefes de Unidades, Centros, Organismos o Dependencias, o al Comandante del buque; cuando se trate de marineros en el primer año de disponibilidad, corresponde otorgarlo al Comandante de Marina. En todo caso, el permiso debe ser otorgado en el más breve plazo posible, subordinando el momento de su concesión únicamente a las necesidades del servicio.

La nueva Ley establece como condición indispensable para ingresar como voluntario en los tres Ejércitos la de ser soltero o viudo sin hijos; pero durante su compromiso de permanencia en filas podrán contraer matrimonio, previos los trámites establecidos para el per-

sonal de Reclutamiento forzoso. La misma condición se exige para obtener cualquier periodo de reenganche, pero con el carácter de dispensable por los Ministros respectivos en circunstancias especiales.

Los individuos a quienes se haya concedido prórroga de incorporación a filas, ya sea o no por causa sobrevenida, que contraigan matrimonio, continuarán en su disfrute si justifican que siguen manteniendo a la persona que da derecho a prórroga. El matrimonio contraído durante el servicio activo en los tres Ejércitos o en el primer año de disponibilidad en la Armada, no podrá originar beneficios de prórroga de incorporación o licencia ilimitada para ningún miembro de la familia del contrayente (artículo 8.º).

Para el ingreso como Ayudantes de Especialistas, Especialistas o personal que pueda merecer esta consideración en cualquiera de los tres Ejércitos, así como para los sucesivos reenganches de los que no hayan cumplido los veintiocho años de edad, se exigirá el requisito de ser soltero o viudo sin hijos, salvo dispensa concedida por los Ministros respectivos (artículo 10, párraf 1.º).

Las clases de tropa que contrajeran matrimonio sin solicitar el oportuno permiso o antes de que éste les fuere otorgado, incurrirán en la falta leve de inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias del artículo 443 del Código de Justicia Militar. Los marineros en el primer año de la situación de disponibilidad comprendidos en los casos a que se refiere el párrafo anterior, serán sancionados con arresto gubernativo de uno a treinta días que impondrá el Comandante de Marina (artículo 13).

## VI. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY, DESARROLLO REGLAMENTARIO Y DISPOSICIÓN DEROGATORIA

La disposición final primera ordena la inmediata entrada en vigor de la Ley que comentamos, por lo cual no se aplica la *vacatio legis* de veinte días del artículo 1.º del Código civil.

La segunda de las disposiciones finales autoriza a los Ministros del Ejército, Marina y Aire, para que dicten las normas necesarias en orden a la ejecución y desarrollo de la presente Ley; ya hemos indicado alguno de los puntos que exige ineludiblemente un desarrollo reglamentario.

La usual norma derogatoria se contiene en la tercera de las disposiciones finales; deben considerarse derogadas, por consecuencia de la misma: el artículo 4.º de la Ley de 8 de agosto de 1940 y los artículos 32 y 408 del Reglamento de 6 de abril de 1943; el artículo 36 de la Ley de 14 de diciembre de 1933 y el artículo 66 del Reglamento de 29 de agosto de 1935; las Ordenes de 15 de octubre de 1940 y 31 de marzo de 1941; el artículo 6.º de la Ley de 6 de mayo de 1940 y normas complementarias: la Ley de 23 de junio de 1941. la de 17 de

julio de 1948, el Decreto-Ley de 12 de abril de 1951 y las Ordenes de 21 de julio, 13 de agosto y 1.º y 11 de octubre de 1941, 16 de febrero de 1943 y 31 de julio de 1947.

En cambio, deben considerarse vigentes los preceptos del Código civil que hacen referencia al matrimonio civil de militares, como sucede con los artículos 90, 94 y 95.



## NOTAS CRITICAS

### Fuentes del Derecho e interpretación jurídica

*Observaciones alrededor de un libro*

SUMARIO: 1. Dificultades de esta nota crítica.—2. La interpretación.—3. Las fuentes del Derecho.—4. Derecho y Moral.—5. La Ley.—6. Los principios.—7. La jurisprudencia.—8. La construcción dogmática.—9. Finalidad y método del Derecho comparado.—10. La práctica del Derecho comparado.—11. Conclusiones y advertencia final.

#### § 1. *Dificultades de esta nota crítica.*

Las consideraciones que siguen estaban destinadas, y en parte ya redactadas, para la nota bibliográfica del libro del profesor Esser, "Grundsatz und Norm" (1), las que por su extensión desmesurada se han desglosado de aquélla y traído a esta sección del ANUARIO. Recogidas o escritas al hilo de la lectura, las citas acotadas de dicho libro, y los comentarios que las acompañan, conservan su carácter de apostillas fragmentarias para una reseña, aunque después hayan sido ordenadas en torno a los temas principales tratados por el autor.

"Principio y Norma", de Esser, no es libro cómodo para la crítica. La convicción entusiasta del autor, afirmando que con su método se llegará a crear un Derecho común, universal, autónomo y apolítico, es tan animosa que despertará esperanzas optimistas en un mundo cansado de pesimismo, de las pasadas luchas y atemorizado ante el futuro. Su misma enemiga a la ley, relegada al último rango y reducida casi a la impotencia, como todo lo político, a la vez que pone el timón de lo jurídico en manos de jueces y teóricos, ha de despertar ecos de simpatía, entre los muchos juristas que lamentan la moderna inflación legislativa y su entrega a los intereses y pasiones de los partidos. En fin, su aparente condena del positivismo oficial de la ciencia alemana y la utilización del Derecho comparado, parecen traer a la doctrina jurídica aires nuevos, rejuvenecedores y limpios de particularismos.

Por todo ello, gustaría detenerse en la descripción del haber de este libro y no pasar a su crítica. Esta, nunca grata, resulta aquí especialmente antipática y podrá parecer de tono escéptico, pesimista y hasta retrógrado. La tarea es desagradecida, pero insoslayable. Puestas en cuestión o directamente negadas ideas fundamentales de la doctrina jurídica recibida, sea por lo exagerado de la reacción frente a viejos errores, o bien por coincidir sustancialmente con ellos, no se

(1) Obra reseñada en la sección *Bibliografía* de este mismo número del ANUARIO.

puede esquivar la réplica ("Apología pro opinio sua") (2). La novedad, como la paradoja por llamativa y seductora que aparece, no siempre es la verdad del mañana; a veces queda en una semiverdad hasta más dañina que la antigua semifalsedad que se combate, ya inoperante por enquistada en algún mito retórico y descolorido.

Obstáculo de mayor entidad es el que supone la labor previa de interpretar, de valorar adecuada y fielmente el pensamiento del autor. En muchas ocasiones no se sabe bien si lo que nos dice, por ejemplo, sobre la interpretación, la ley o la jurisprudencia, ha de entenderse en sentido filosófico (la cosa en sí), como deducción obtenida de la comparación jurídica (lo que ocurre en todos los Derechos), referida a uno de los dos sistemas que más se utilizan (alemán y norteamericano) o si se trata de una creencia o aspiración personal (criterio político). La forma flúida de la exposición llega a tal extremo, que partiéndose de la crítica acerba de una posición doctrinal (la del positivismo), después de dilatadas consideraciones sobre la solución de cuestiones concretas en los principales sistemas jurídicos, se pasa a recoger y defender ideas peculiares o centrales de la misma teoría antes criticada. En algún caso, ha podido señalarse la contradicción entre el modo de valorar respectivamente la jurisprudencia y la doctrina jurídica en los distintos capítulos (3). Hasta se llega a sospechar que dudas o vacilación sean artificiales, una variante del método socrático, para a través de ellas conducir al lector hasta la conclusión de antemano prevista. Sea de todo ello lo que fuere, bastará lo indicado para advertir la dificultad con que se tropieza al esquematizar lo dicho en el libro comentado y la conveniencia de tener presente todas las reservas hechas.

## § 2. Interpretación.

Esser cita y crítica, en uno u otro lugar de su libro, a casi todas las teorías mantenidas en la doctrina alemana sobre la interpretación (4). Desde las primeras páginas indica su repulsa tanto a "la exigencia totalitaria" del sistema positivo como al "pensar axiomático del Derecho natural (p. 11). Su criterio lo expresa diciendo: "El elemento volitivo, el *hunch* (5) de la decisión es lo primario"; añadiendo —con palabras de Radbruch— que "los medios de interpretación son elegidos cuando ya el resultado es firme, los llamados medios de interpretación en verdad sirven únicamente para basar en el texto lo que ya se ha en-

(2) Casi todas las cuestiones aquí planteadas fueron tratadas ya, con más orden y detalle, en *Derecho Civil de España*, I, 3.<sup>a</sup> ed., 1955; para evitar repeticiones, a lo allí dicho me remito. También, más concisamente, en *Compendio de Derecho civil*, I, 1957.

(3) RHEINSTEIN, en nota bibliográfica publicada en *The University of Chicago Law Review*, 24, 3 (1957), pág. 603. Observación de especial autoridad, porque el libro de Esser está dedicado a Max Rheinstein. Sobre este autor véase *Bibliografía* de este número del ANUARIO.

(4) Por ello resulta extraño no se mencione la teoría causalista de MÜLLER-ERZBACH (que se separa de la escuela de Tübinga) y que no deja de tener algo aprovechable (así, en su aplicación: *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines Kausalen Rechtsdenkens*, Weimar, 1948) y ha sido objeto de críticas también sugestivas (FECHNER, HÜB-MANN, A. C. Pr. 151, p. 352; 155, p. 85).

(5) Palabra del "argot" americano que se puede traducir por barrunta, intuición, sospecha, impulso.



contrado, completando creadoramente el texto" (p. 256). Se separa, sin embargo, afirma, de las escuelas del Derecho libre y del "legal realism" americano, por la importancia que da a los principios (las representaciones fundamentales), a los que considera base de la interpretación y de la argumentación (considerandos) (6). En todo caso, si no se quiere ser esclavo del texto o del arbitrio de las partes o del Estado, si se quiere asegurar el funcionamiento del instrumento jurídico confiado, hace falta acomodarse a decidir conforme a valores sociales y políticos, que no están cubiertos por ninguna técnica, lo que hace un "arbitrer" del juez (p. 125). En verdad, "aplicación" y "creación" o formación de la norma son dos aspectos que no pueden separarse, que forman una auténtica unidad. En el "case law", esto es indudable, la fuente jurídica es el precedente; no la masa anónima de la tradición, sino que cada sentencia forma de nuevo la "rule". Lo mismo ocurre en la "codified law", sólo que oculta, hipócritamente; la "fidelidad a la ley" lleva a ese juego del escondite que oculta no sólo el significado de fuente jurídica de la jurisprudencia, sino también el carácter creador de la interpretación (p. 119) (7).

Esser ha procurado salvar así la vieja disyuntiva en que se colocara la doctrina alemana respecto a la sentencia: ¿Es un silogismo o es una decisión libre del juez? Trae para ello a cuento los principios o razonamientos retóricos ("topoi"), a los que dice acude el juez para fundar la sentencia. Mas si —como nos afirma— carecen de valor normativo, por grande que sea su significación social o utilidad práctica (cobertura, biombo o coraza frente a la crítica), la sentencia quedará basada en la voluntad del intérprete, con la sola limitación del consejo prudente: conviene guardar las apariencias. De este modo, aquí al menos, nuestro autor parece coincidir con la solución del "legal realism" (8). Mas la disyuntiva antes señalada no existe realmente. Tiene razón Esser al censurar la teoría legalista antigua y también la tendría si hubiese extremado su crítica del "legal realism"

Desde el punto de vista del existencialismo se ha sostenido que cada caso o conflicto es único, absoluto en sí mismo; pero, para ello, en buena lógica, se ha tenido que negar también la norma (9). Entender y obedecer una regla, sea del legislador o del juez, de un jefe militar o de un arquitecto, aplicándola a un caso concreto, no es una imposibilidad lógica o sociológica. La interpretación de una norma (ley, costumbre o principio), y su aplicación al dictarse el fallo, supone

(6) Los principios éticos o del sentido común (prejurídicos) se transforman en típicas valoraciones jurídicas; de ellas, dice, hay cuatro que dan una base de interpretación y argumentación y sirven en todos los sistemas para la transformación de las medidas de valor sociales en pensar jurídico-técnico. Son: "naturalis ratio", "naturaleza de las cosas", "aequitas" y la llamada lógica jurídica (lógica objetiva y no mera técnica deductiva axiomática), p. 56.

(7) De este modo podría afirmarse en serio, lo que se dice en broma: "La equidad depende de los puntos que calce el lord canceller" (proverbio inglés). "Es contrario a las buenas costumbres lo que el sentimiento de las conveniencias de los jueces justos y bien pensantes de la Sala juzgue así" (chiste universitario en Alemania), p. 64.

(8) Término con el que se conoce el movimiento americano de "Derecho libre", tan arraigado que se le sigue usando a pesar de haberlo abandonado FRANK, uno de los críticos de la dirección, que propone el de "constructive legal scepticism", *La influencia del Derecho europeo continental en el "Common law"*, trad. de Puig Brutau, 1957, p. 32. Sobre el "legal realism", PUIG BRUTAU, en *Comentario del traductor*, p. 107 y sig., y en *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, s. d., p. 23 y sig.

(9) La norma es un caso individual generalizado y "aguado", COHN, *Existentialismus und Rechtswissenschaft*, Basel, 1955, p. 104.

siempre una cierta labor creadora sencillísima, de simple encaje, o complicada y que exija tener en cuenta los mismos fundamentos del ordenamiento, según los casos. En cambio, es una exageración y hasta una calumniosa injusticia la repetida acusación de hipocresía y simulación con que se tacha la función judicial en los países de Derecho codificado. Esa labor creadora del juez, que aplica la ley o el principio general, tiene significado secundario, y por ello no contradice, sino que es compatible con "la fidelidad a la ley", en el sentido de colaboración funcional o de servicio. El arquitecto que dibuja el plano de un edificio, esquemática o minuciosamente, traza la norma de la construcción, los alarifes que la ejecutan (desde el aparejador al peón de albañil) colaboran —subordinadamente— en la labor creadora; interpretan, completan y concretan lo planeado, pero han de ser "fieles" al plano. El creador, "el amo", señala la dirección y marca límites; el ejecutor, el servidor, cumple siguiendo las instrucciones recibidas o, en el supuesto que resulten insuficientes, actuando conforme lo permitan o exijan naturaleza de encargo y circunstancias. La tan ridiculizada frase "fidelidad a la ley" no parece, pues, que sea una manifestación de hipocresía o de un complejo de timidez (10), sino expresión de un principio estructural del Estado moderno.

En el sistema jurídico angloamericano se ha tomado en serio "la fidelidad a la ley", tanto que cuando se interpretan los "statutes", el respeto a lo mandado ("ita scriptum est") impide se utilicen los criterios o reglas de interpretación usuales al aplicar el "common law"; porque, se dice, no es cosa de los jueces tratar de corregir las leyes. Frente a este fenómeno, Esser se limita a criticarlo, señalando la penosa impresión que produce y su inadecuación práctica (páginas 129-131, 266). Mas ese hecho muestra que puede haber y que *actualmente* hay una interpretación fiel al texto legal; que, por tanto, la teoría de Esser no se basa ni en la naturaleza de la interpretación ni en la enseñanza del Derecho comparado. Manifiesta lo que Esser y otros estiman que debe ser. Con lo que se ha salido del ámbito de la ciencia jurídica y se está en el de la política (11).

### § 3. Las fuentes del Derecho.

Se nos advierte, ya de entrada, sobre una "crisis cada vez más patente en nuestra doctrina de las fuentes" (p. 8) y se termina aceptando la "doctrina pluralista de las fuentes del Derecho", en el sentido sociológico de fuentes extra-estatales (p. 291). Cuando se plantea directamente la cuestión, sobre qué se entiende por fuente jurídica, dice: "es el proceso de positivación, es decir, el *factum* social, en su caso la institución que forma el Derecho positivo (postura realista)" (p. 134). La que aclara añadiendo: "un *corpus iuris* contemporáneo es

(10) Se ha dicho que psicoanalizada la hipocresía judicial, descansa en un complejo de infantilismo, contra el que vale la receta: "librarse de la necesidad de la autoridad paterna". FRANK, *Law and the Modern Mind*, 1949, p. 3 y sig., 243. Pero podría añadirse que el movimiento del "legal realism" adolece de complejo de adolescencia, contra el que valdría la receta: "liberarse de la necesidad de afirmar negativamente la personalidad" (enemiga a toda autoridad).

(11) Puede agregarse que el recurso de los principios transformadores (véanse en n. o) es inoperante. Abstractos y vacíos, son aptos para recibir cualquier contenido (recuérdese que Esser niega fuerza normativa a todos los principios). No pueden cambiar la naturaleza arbitraria de la decisión, sólo podrán encubrir la (¿hipocresía recomendada?).

siempre un producto de la judicatura vinculada a lo sustantivo y de la doctrina vinculada a lo estructural. Las instituciones jurídicas plenas de vida se desarrollan sólo por la cooperación de ambas fuerzas y el éxito de las fórmulas legislativas puede engañar sólo transitoriamente sobre el desenvolvimiento jurídico de estas dos fuentes" (p. 248). -

De estas frases, y de otras concordantes (comp. p. 139), no puede deducirse con seguridad si se considera fuente a la actuación social general, mediante la que se impone una regla, o si se restringe el concepto a la actuación especializada de jueces y teóricos.

Entendida en el primer sentido, supondría una inversión de términos. En un ordenamiento jurídico establecido y funcionando regularmente, la cuestión de la eficacia real (vigencia, positividad de la norma) no se plantea. Lo que prácticamente se pregunta es: ¿A qué norma debemos obedecer? Respecto de la que tiene carácter excepcional la pregunta de si la regla se cumple efectivamente (cuestión de la derogación tácita). En todo caso, no se trataría de uno o varios hechos sociales concretos, sino de la conducta general de la sociedad que puede otorgar o negar valor jurídico a cualquier regla, también a la dictada por el juez. Desde el punto de vista de la problemática jurídica, la doctrina de las fuentes se encara con las cuestiones de legalidad, legitimidad y jerarquía de las reglas jurídicas, es decir, de aquellas respecto a las que la cuestión de su vigencia sociológica no interesa.

El significado de fuente jurídica atribuido a la jurisprudencia y a la doctrina se estudia después (§§ 7 y 8).

#### § 4. *Derecho y Moral.*

Los reproches que repetidamente lanza Esser contra el positivismo, sus continuas referencias a la importancia de la Justicia y de la Moral en los principios, podría parecer motivo suficiente para encasillarlo como antipositivista, incluso cercano a la dirección iusnaturalista. Pero esta primera impresión resulta inexacta al considerar más de cerca la teoría.

Esser estudia el proceso de integración de los valores éticos y de los elementos de Derecho natural en formas jurídicas y valores institucionales, como obra de la judicatura, realizada mediante la inserción de "los *topoi*" especialmente jurídicos, como *naturalis ratio*, *aquitas* y *lógica real*" (p. 60-61). Para él son igualmente falsas, por unilaterales, la concepción de los "iusnaturalistas" monistas y la de los positivistas "puros". Posiciones que piensa superar con su personal teoría del "significado de la transformación judicial por medio de los *topoi*" (página 62).

En realidad, la crítica del positivismo "puro" hecha por Esser, se limita a rechazar el legalismo. Por lo demás, considera los valores éticos y el Derecho natural en el mismo plano que a los intereses de grupo o clase, credos políticos y concepciones sociales (12), es decir, como materia utilizable por el juez para

(12) Lógicamente debería haber llegado a las conclusiones del "legal realism", considerar del mismo valor todos los factores sociales y psicológicos que puedan determinar la conducta de cada juez.

fundamentar la sentencia. Coincide con el positivismo al excluir de lo jurídico (como metajurídico o prejurídico) a la Moral y al Derecho natural. Postula un positivismo "judicialista". Frente a la vieja exclamación "¡quid leges sine moribus!" expresa su convicción oponiendo la interrogante: "¿Quid mores sine praecudiciis?" (p. 156). Consecuentemente, criticará la concepción de Verdross sobre los principios generales en Derecho internacional público. Desconocido el valor primario del Derecho natural (13), negará que esos principios generales sean fundamento del Derecho positivo y, por tanto, inderogables (p. 43).

No parece necesario repetir aquí la crítica del positivismo y la defensa del significado del Derecho natural (14). Bastará a nuestro objeto indicar que la posición de independencia o superioridad en que se coloca al juez respecto a la Moral y al Derecho natural ("moribus solutus") supone la posibilidad de dar el nombre de Derecho a las reglas injustas, inmorales o amorales establecidas por quienes sean llamados jueces (p. ej., tribunales populares, de partido, etc.) (15).

### § 5. La Ley.

Como un "ritornello" obsesivo se repiten en el libro de Esser críticas y observaciones desconsideradas sobre la Ley y la actividad reguladora del Estado. No llega hasta negar abiertamente la existencia de la ley, pero reduce al mínimo su eficacia. Toda la *materia* de la ley *vive* sólo por los principios y teorías desarrollados jurisprudencialmente (p. 109). Incluso las grandes codificaciones "no tienen otra vida que aquella que le han insuflado ciencia jurídica y práctica judicial (p. 286).

Frente "al poder legislativo político, a menudo apartado de la realidad", la jurisprudencia es una garantía de estabilidad, un apoyo de seguridad jurídica

(13) El ciclo de auge del iusnaturalismo, en los años siguientes a la segunda guerra mundial, parece haberse agotado y que comienza en Alemania y en otros países un renacer del positivismo o del neopositivismo.

El recelo hacia el Derecho natural no puede extrañar; con razón se ha dicho: "Para muchos el término Derecho natural tiene todavía un rico y hondo olor al caldero de las brujas y solo mencionarlo basta para desatar un torrente de emociones y miedos". FULLER, *Reason and Fiat in Case Law*, Harv. L. R. 59 (1946), p. 376, 379.

Sobre la reacción positivista: RIEZLER, *Der totgesagte Positivismus*, Festschr. f. F. Schulz, II, 1951, p. 330; SCHMIDT (Eb.), *Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus*, 1952.

(14) Hechas en *Derecho Civil de España*, 1955, 3.ª ed., I, págs. 22-30.

(15) Con razón se ha dicho que la discusión se centra en la atribución de la palabra Derecho. FRANK, lógicamente y honradamente, propuso abandonar la palabra Derecho para las reglas positivas. Aun reconociendo que "teóricamente tiene razón", se rechaza la propuesta, porque sería "una concesión política", ya que abandonado el campo del Derecho por los positivistas, sería inmediatamente ocupado por los iusnaturalistas. SILVING, *The Twilight Zone of Positive and Natural Law*, California, L. R. 43 (1955), págs. 490-491. "Guerra con las armas y de nervios" (política y en la que, como tal, parecen licita astucia y estratagemas), "para conquistar la palabra Derecho", que se explica porque esa palabra "ha adquirido un poder extraño, mágico, sobre la mente de los hombres". SILVING, *id.*, p. 489.

Lo que se deja de preguntar—y habría que hacerlo si se procediese científicamente, y no bélicamente—es de donde brota ese valor especial de la palabra Derecho. La contestación sociológica sería: de la creencia o de la esperanza de que lo que se llama Derecho corresponda a las exigencias de la Justicia y de la Moral. Lo demás (tiranía de legislador o de jueces) no merece el nombre de Derecho.

contra la ley (p. 26). El sistema del "common law" (para el que resulta superflua la ley) se mira como ejemplo y meta. Lo legislativo político se considera como un ataque a la libertad (p. 229) y se estima corresponde a la realidad la frase: "el país ganaría mucho con la extensión de la legislación judicial y disminuyendo la del parlamento" (págs. 285-286) (16).

Parece sin objeto adentrarse en una discusión sobre los respectivos méritos de los sistemas continental y angloamericano. Cada uno tiene sus pros y sus contras y ha podido ser el más adecuado en determinado país y época (17). Sólo se añadirán, por ello, algunas observaciones y rectificaciones de detalle.

Ha recogido Esser cuidadosamente citas de autores de varias naciones sobre la crisis del Derecho legal y la degradación del concepto de ley (pp. 289-291). Mas parece no haber advertido que la mayoría de ellos parte de la primacía del mandato legal y que ni afirman ni aluden siquiera a un descenso de valor jerárquico o a una disminución de su eficacia social. Se lamentan porque no se ha respetado la dignidad de la ley y porque se le ha utilizado para tan bajos menesteres como el del intervencionismo administrativo (18). La idea de la supremacía de la ley se mantiene intacta, basada en la doctrina tradicional (19). Algunos autores modernos, al lado de las causas circunstanciales (crisis social que exige o excusa reglamentaciones), han señalado con agudeza la causa fundamental de la devaluación de la ley (interna y no obstante conservar su rango primordial) en el influjo de la concepción positivista, que ha convertido a las leyes en mero instrumento al servicio del poder (20). Gobiernos y Parlamentos se han olvidado de la tremenda responsabilidad del legislador, no sólo al fijar el contenido de la ley (el más conforme a la Justicia, según las circunstancias), sino hasta por el mero cambiar la ley existente (destrucción del orden establecido) (21).

Extraña también que Esser, jurista tan informado, no haya advertido el valor institucional de las leyes. Estas, los Códigos, en muchos momentos de la Historia han cambiado bruscamente las estructuras sociales; otras veces, las más de ellas,

(16) Dice también: "la enumeración de los derechos fundamentales de una nación es cosa de demagogos", p. 330. Afirmación inexacta en su generalidad.

(17) Sobre la moda de la admiración hacia el Derecho anglo-americano: *En torno a una traducción. La "Common law"*, Roscoe Pound, A. D. C. II, 3 (1950), p. 750-756.

(18) Cossio (Alfonso de), *La crisis de la ley*. Disc. Univ. Sevilla, 1954; RIFERT, *Le déclin du Droit. Etudes sur la législation contemporaine*, 1949. Sobre el respeto a la legalidad por el intérprete: ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interprete pretazione*, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, 1952, p. 190 y sig.; *Saggi giuridici*, 1949, p. 41 y sig.

(19) ARISTÓTELES, *Rethorica*, I, 1, 7; SANTO TOMÁS, *S. Th.*, I, 2, q. 95, a. 1, ad 1.

(20) "La verdadera decadencia del Derecho es la que resulta de las leyes cuando ya no son dictadas por la Justicia y cuando son impotentes para mantener el orden. A pesar de la frase célebre de un filósofo, no se ha de preferir una injusticia a un desorden, porque la injusticia es también un desorden, desorden intelectual y moral, a menudo peor que el otro". RIFERT, *Le déclin*, p. VI. "Pero si negamos a la ley positiva su justificación interna, su racionalidad, es evidente que queda reducida a puro mandato, es decir, al acto de voluntad arbitraria que la ha producido, y frente a esa arbitrariedad no sólo es posible, sino incluso obligada la desobediencia. Si son los hechos y no una norma suprema y trascendente los que determinan el contenido de la ley, nada se opone a que el hombre trate mediante su conducta rebelde de alterar una realidad que sólo se justifica por motivos accidentales". DE Cossio, *La crisis de la ley*, p. 25.

(21) La frivolidad hace que se dicten Códigos o leyes para que lleven el nombre del legislador.

lenta y paulatinamente. Enseñan, guían, construyen. Las grandes transformaciones sociales del mundo moderno, la represión de las mayores injusticias, se han realizado por medio de leyes. Y también en lo más menudo se ha dejado sentir su influencia (22). En los mismos países del "common law" se tiende a la promulgación de "statutes", para atender a nuevas necesidades o remediar abusos. En Inglaterra y Estados Unidos aumentan en progresión geométrica las materias reguladas legislativamente, de modo que se predice que pronto habrá en estos países una situación pareja a la de los continentales.

### § 6. *Los principios.*

Manifestación secundaria de la crisis del positivismo ha sido la extensión del interés por los principios del Derecho. Hasta la segunda gran guerra se estudian con cuidado sólo en las doctrinas española e italiana; después se le dedican, también en otros países, especiales estudios monográficos (23). El más importante y ambicioso es el libro de Esser.

El autor dice expresa y repetidamente que trata de los principios en el sentido en que están aludidos por nuestro Código civil y por el italiano. Mas el estudioso español notará en seguida que utiliza un concepto muy laxo, en realidad incompatible con el aceptado por la doctrina española, jurisprudencia y autores.

Es muy variado, se nos dice, el contenido de lo que se denominan principios generales: principios dogmáticos y constructivos, pensamientos fundamentales de los sistemas nacionales, los propios de una institución generalmente conocida ("universales"); principios que según los fundamentos jurídicos vigentes se dan como "ratio"; aquellos que son aportados por la tradición; los que ha proclamado como obligatorios una Constitución y aquellos otros que la jurisprudencia ha proclamado; principios jurídicos materiales y principios heurísticos o de la técnica de la aplicación y, finalmente, principios generales o los más altos, de "cualquier Derecho", sin distinción (p. 2). Abigarrado conjunto que no se depura después. Su heterogeneidad se conserva y hasta se acentúa, al destacarse como ejemplares individualmente, a los principios. Se mencionan: subrogación real en los patrimonios separados, "venire contra factum proprium", "el pensamiento contenido en el § 162 BGB" (p. 5) (24); negocio jurídico molestias al tráfico, protección de la confianza, seguridad del tráfico, riesgo de empresa (p. 6),

(22) "En fondant le Droit civil, Bonaparte sut discipliner la liberté licencieuse et la France revint à toutes ses traditions", se dice para explicar el cambio de moda femenino después de publicado el Código civil francés. *Un siècle de Modes féminines, 1794-1894*, París, 1894, p. 11.

(23) BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Etudes offertes a Georges Ripert, I, 1955, p. 51-74; SIMONTUS, *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*, Festgabe der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 100 Jahre Schweizerische Recht, 1952, p. 237.

(24) § 102: "Si el cumplimiento de la condición es entorpecido, contrariamente a la fidelidad y a la buena fe, por la parte en cuya desventaja se produciría, la condición vale como cumplida. Si el cumplimiento es procurado, contrariamente a la fidelidad y buena fe, por la parte en cuya ventaja se produce, el cumplimiento vale como ocurrido." Trad. de MELON INFANTE, *El Código civil alemán*, 1955.

autonomía privada, libertad contractual, confianza contractual, relatividad del vínculo contractual, enriquecimiento injusto, abstracción del negocio de cumplimiento, accesoriedad de los derechos prendarios, publicidad, "numerus clausus", principio de rango, "res inter alios acta" (págs. 6, 48, 71, 80, 88) y, en general, las máximas, brocados o "regulae" generalmente citadas, cualquiera que sea su origen y contenido (p. 319).

¿Qué valor jurídico tienen los principios? Esser niega que puedan ser manifestación de una fuente jurídica y que tengan propio valor normativo. Respecto a todos los tipos de principios hace esta importante afirmación: "un principio jurídico no es disposición, no es norma jurídica en sentido técnico; en cuanto que no contiene un mandato obligatorio de manera inmediata para un determinado ámbito de cuestiones, sino que requieren para devenir norma la previa acuñación legislativa o jurisprudencial de tales mandatos. Los principios jurídicos, en contraste con las normas jurídicas, son contenido en oposición a forma". A la forma no entendida como algo accesorio, sino como lo esencial; por la que el principio recibe su realidad jurídica o significado. Los principios serán puntos de partida para la argumentación, pero nunca serán vinculantes, por falta de determinabilidad; necesitan concretarse de tal modo que se haga posible la argumentación jurídica específica. Esta determinación o concreción (transformación en norma jurídica) se logra para los principios immanentes (de las instituciones, "ratio legis") mediante la interpretación de las disposiciones legales por la jurisprudencia; en los demás (principios informativos, "guides", directivas), por medio de su formulación judicial en los precedentes (págs. 50-52, 60, 72, 75, 94). "Ningún principio *es aplicable* por sí mismo, sino que es descubierto, entendido y mantenido como elemento positivo en el precedente. Sólo la *continuidad* casuística de una jurisprudencia constante forma el fundamento positivo, del que recibe *legal authority* el principio" (p. 267). Nunca es el precedente "*cumplimiento*" de un principio jurídico firme, sino que, al contrario, en el Derecho continental, como en el anglosajón, "la casuística es, en verdad, la fuente jurídica" (páginas 268-269).

Esser dice que "los principios no escritos son los más fuertes", son "las verdades elementales", "que no se discuten sino que de ellas se parte" (p. 70). Sin embargo, como se ha visto, les niega eficacia jurídica, todo carácter normativo. Por una sola razón, por su falta de determinabilidad o concreción. Afirmada así, sin más explicaciones, parece ésta una razón poco satisfactoria. Es, ciertamente, nota de los principios su carencia de concreción externa y de formulación oficial (ni promulgación ni uso probado); pero ello no parece obstáculo para su aplicación al caso. La formulación general o amplia de una regla no empece su determinabilidad y aplicabilidad. No parece posible utilizar la mayor o menor abstracción o generalidad de una regla para fijar la frontera divisoria entre lo prejurídico y lo jurídico (25).

(25) Ha querido precisar Esser que, para él, abstracción y generalización no significan por sí mismas la indeterminabilidad; porque los casos de aplicación pueden ser determinados por el supuesto de hecho legal, convención, la dogmática o por juicios colectivos de valor (p. 51). Mas entonces se incurre en una petición de principio: el de que la regla contenida en un principio general no se puede basar inmediatamente en un juicio de valor. Cuando, precisamente, en la creación de criterios de valoración se manifiesta la principal

La inseguridad del criterio de la determinabilidad se muestra bien a las claras en los ejemplos utilizados por el autor, para contraste de su teoría. Califica de mandato, disposición o norma jurídica a la regla sobre la buena fe (p. 55); entonces, ¿por qué negarle esa condición a la regla sobre el enriquecimiento injusto?, ¿sólo por habersele calificado de principio jurídico? El artículo 2 G. G., que establece el principio del "libre desarrollo de la personalidad", es norma jurídica que deben aplicar los Tribunales, deja de ser mero principio, porque añade: "en el ámbito del ordenamiento constitucional" (frase que lo hace determinable y concreto) (26). En cambio—continúa Esser—, el principio de la igualdad jurídica de los sexos, impuesto por el artículo 3, III G. G. (en vigor según el artículo 117 G. G. desde el 1.º de abril de 1953), carece de concreción, porque no determina lo que sea "igualdad jurídica" y habrá de esperarse a que, con el tiempo, se forme una doctrina y jurisprudencia firme, que fijen su significado (págs. 72-73). ¿Puede decirse, sin prejuicios políticos, que este último principio es más inconcreto que las reglas sobre la buena fe o el libre desarrollo de la personalidad? (27).

La cuestión planteada durante el tiempo en que ha regido sólo el principio constitucional de igualdad jurídica de los sexos (sin concreción ni desarrollo en leyes especiales) puede servir para aclarar algún punto sobre la naturaleza de los principios jurídicos. No puede afirmarse en serio que fuese inaplicable por falta de concreción. Pudo ser utilizado inmediatamente, como se ha hecho con reglas de semejante formulación. Hubiera bastado entenderlo en sentido llano y considerar derogada toda regla que implicase una desigualdad jurídica, resultante única o principalmente de la anterior concepción de la desigualdad jurídica de los sexos. La dificultad ante la que se encontraban jurisprudencia y doctrina derivaba de otra causa, de la de no ser un principio general de Derecho. Nace aquel precepto como una regla de la Constitución escrita, con el carácter político de acuerdo de una mayoría parlamentaria. No expresaba la voluntad unánime o general de la comunidad. Antes bien, chocaba no sólo con gran parte de la ordenación vigente, sino con arraigadas concepciones religiosas, prejuicios patriarcales y usos seculares, sobre la distinta condición jurídica del hombre y de la mujer, especialmente de la de los casados. Por ello, no por su inconcreción o indeterminabilidad, la doctrina tendió a restringirlo, quizá conforme al común sentir (28). Si hubiera sido—o cuando llegue a ser— un principio general de los principios generales del Derecho; como, en otro lugar, incidentalmente, admite el mismo autor (p. 70).

(26) Lo que se detalla agregando: que, con tal añadido, se convierte en medida al Derecho constitucional positivo (escrito y no escrito) y a la totalidad de los fundamentos jurídicos del Derecho civil, desde la fidelidad contractual y buena fe, hasta la responsabilidad por culpa y la responsabilidad patrimonial ilimitada por deudas. Si se le añaden los principios institucionalmente incorporados y recibidos en todos los países civilizados, se puede juzgar debidamente (con verdaderas normas jurídicas) cuestiones como las de ganancia y riesgos de empresas, la obligación del seguro social de las empresas libres, etc. "Sin aquel añadido, ello no se podría hacer" (p. 72). ¿Ese añadido aporta verdaderamente una verdadera concreción? ¿No podría, mas bien, considerarse supérfluo? ¿Se logra una concreción mayor que la concedida con la mera regla sobre el enriquecimiento injusto?

(27) Puede, además, preguntarse: ¿se habría concretado si se le añadiese la frase: "dentro del ámbito constitucional"?

(28) Que todavía continúa. Sobre la imposición a la casada del nombre del marido, la crítica apasionada, pero en el fondo justa, de KRÜGER, *Der Name der Frau nach bürgerlichen Recht*, A. C. Pr. 158, 23 (1957), p. 243 y sig.



ral, su aplicación sería tan evidente como hoy se entiende serlo, por ejemplo, la del principio de la igualdad de los ciudadanos ante los Tribunales (29).

La formulación teórica del pensamiento de Esser tropezará siempre con el obstáculo insuperable del concepto de principio que utiliza. Tan amplio que resulta prácticamente inútil. El significado y los caracteres especiales de los principios se dan en aquellos que merecen el nombre de principios generales del Derecho y no convienen a la "ratio iuris" de una o varias reglas, ni a las máximas (aunque estén en latín) inventadas para facilitar el aprendizaje del Derecho o coleccionadas en los repertorios.

Los verdaderos principios, los que tienen su fuente en la comunidad, no ofrecerán nunca dudas sobre la positivación. Estarán aceptados, integrados en la vida misma de la comunidad. Los principios más altos (los de Derecho Natural), al estar fuera del poder de la comunidad, no requieren siquiera manifestarse en el vivir de la comunidad, (existen fuera de ella). Aunque puede ocurrir, y sucede con frecuencia, que esa positivación sea parcialmente obstaculizada o diferida, ya sea a causa de disposiciones legales, proceder de las autoridades o de la mayoría del pueblo, contrarios a los principios; casos de convicciones amoraless (paganización de la sociedad) o inmorales, generalmente aceptadas o impuestas (30). Los Tribunales están obligados a obedecer y aplicar los principios generales, como normas jurídicas fundamentales. Como miembros de la comunidad y órganos de la administración de la Justicia, contribuyen a la formación y desarrollo de los principios; mas, en cuanto han de aplicarlos, su función es "a posteriori", colaborando a perfilarlos y depurarlos.

### § 7. La jurisprudencia.

El profesor Esser se ha dejado arrastrar (31) por una corriente poderosa de opinión, que valora crecientemente el significado de la jurisprudencia y que, de modo correlativo, desestima el de la Ley (32). Considera, como ya se ha indi-

(29) No siempre respetado, desgraciadamente, en muchos países.

(30) El ordenamiento positivo, y cada una de sus reglas, puede estar más o menos alejado de los mandatos del Derecho natural; bastando para que merezca la calificación de jurídico con que exista un mínimo de armonía. No parece necesario insistir en la distinción de las esferas de la Justicia y la Moral individual (que incluye la esfera de la caridad).

(31) En una obra anterior había señalado las desventajas del Derecho creado por los jueces: primero, aparece como Derecho de una clase profesional y no como Derecho del pueblo; segundo, se mira al Derecho al revés, desde su incumplimiento, en casos límites, con lo que se "pierde de vista el carácter general del Derecho, su originaria unidad con la vida social". *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates*, 1949, p. 120.

(32) En nuestra doctrina: DEALDE, *Una revolución en la lógica del Derecho*, 1933; B'ORS, *De la "prudentia iuris" a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, I. J., 1947, p. 47; *Principios para una teoría realista del Derecho*, A. F. D. I (1953), p. 301; LOTS, *Teoría del fraude en el proceso civil*, 1948, p. 32; PÉREZ BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, s. f.

En Francia se ha llegado a decir que el Derecho civil francés ha dejado de consistir en la ley escrita, pasando a ser una "common law" no escrita. SAVATIER, *Destin du Code civil français*, Re. I. Dr. Comp. 16 (1955), p. 643-644. MAURY busca fundar la eficacia de la jurisprudencia de un modo democrático. La regla jurisprudencial existe cuando se reúnen dos requisitos: primera, decisión del poder, que son los Tribunales; segunda, el asentimiento, el "consensus" de los interesados. Estos son no la masa, el conjunto, sino los

cado, la jurisprudencia como fuente jurídica, decisiva para fijar el alcance de las leyes y para la creación de los principios jurídicos, hasta llevarla al puesto de primera fuente jurídica: la jurisprudencia, la casuística, dirige el presente y, sobre todo, a ella se confía el porvenir del Derecho (33). Confianza y esperanza basadas en una figura utópica y muy personal del juez. Nos dice que: En una sociedad (como la moderna) sin una dirección dominante y unívoca renovadora, la tarea del juez es sencilla y elemental: "mantener la tradición cultural que, en general, vive en la conciencia social". Pues "el Derecho y la Justicia son, conforme a su tarea, poderes estabilizadores, mantenedores, es decir, *conservadores*. Siguen la innovación sólo en cuanto ésta supera lo transmitido, legítima, por tanto, sólo el *mínimo evolucionario*" (p. 82). La actual Europa tiende a compensar ampliamente la carencia de estabilidad política y las faltas del poder legislativo, reconociendo un derecho judicial, aunque, "desgraciadamente, sin las tradiciones y privilegios de una "common law" (p. 84). De modo que la jurisprudencia podrá y habrá de elevarse a un plano "en el que la pura teoría tenga la plena soberanía de la determinación de lo justo y de lo falso" (p. 264).

No resulta cómodo hoy ocuparse de la jurisprudencia. La postura de la doctrina sobre la importancia respectiva de ley y sentencia parece estar regida por "la ley del péndulo". Cada movimiento exagerado hacia un extremo provoca una reacción semejante, immoderada, hacia la dirección contraria. Siempre con razones apreciables y explicable apasionamiento. Casi siempre, también, olvidándose que se trata de una cuestión que depende de la estructura de la comunidad jurídica. Respecto de la que se deben separar escrupulosamente sus diversos aspectos: situación vigente en un determinado ordenamiento, defectos e impurezas de un sistema, su formulación teórica, solución que se estima apetecible (criterio político personal).

Nadie puede dudar hoy de la importancia que para el Derecho tiene cada

---

jueces mismos, los juristas, que van en cierto modo a representar a esta masa y cuya opinión técnica se impondrá prácticamente a los justiciables. Dependerá la regla judicial de ese "consensus"; en el momento de su origen, porque puede tardar más o menos en llegar, y, en su término, porque al desaparecer la adhesión pierde su eficacia la regla ("contrarius actus"), *Observations sur la jurisprudence en tant que source de Droit. Le Droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, 1950, 1, p. 43, 48, 49. "Juristenrecht" de un grupo social con caracteres semejantes a la costumbre, pero sin la previsible estabilidad de ésta.*

En Alemania e Italia parece dominante, por el contrario, la concepción tradicional que niega a la jurisprudencia valor de verdadera fuente de Derecho: LANGLE, *BGB, Allgemeiner Teil*, 1952, pág. 39; NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch vom Ludwig Ennecerus*, 1952, I, § 42, pág. 168; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1955, pág. 23; MESSINEO, *Manuale de Diritto civile e commerciale*, 1952, I, § 6, 28, p. 119; BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 1950, I, pág. 80; ROTONDI, *Istituzioni di Diritto privato*, 1951, pág. 72.

(33) Además de la citas antes hechas, págs. 109, 267, 269 y 292. Debe advertirse de nuevo que el modo flexible de expresarse el autor, hace sea posible encontrar frases más de acuerdo con la doctrina tradicional: "la tarea propia de toda judicatura de completar, desarrollar y renovar el Derecho", pág. 139; la afirmación general que la jurisprudencia es también fuente jurídica es "contradictoria, equívoca, fructífera", no hay contradicción entre las fuentes jurídicas legales y decisionistas", entre el encontrar y el formar, una colaboración necesaria entre el decidir el caso y entender el texto, pensar fundamentalmente, integrar lo ya conocido con lo nuevo, integrándolo nuevamente en la ley; no como una figura histórica, sino como la norma jurídica ley obligatoria del vigente corpus *juris*, págs. 283-284.

sentencia o una serie de sentencias coincidentes, como tampoco del papel central que corresponde al Juez en la organización jurídica. También es una realidad social evidente la consideración que prácticos y teóricos otorgan a la jurisprudencia. Fenómeno moderno (34), que parece originado por la concurrencia de una serie de causas heterogéneas. Podrían destacarse las siguientes: 1. Desengaño y reacción frente al positivismo legalista y dogmático: no todo el Derecho brota de la ley (35). 2. Desgana teórica y pérdida de autoridad de los autores (36). 3. Descontento político respecto a la actuación del poder legislativo, no sólo por su contenido sino por ser imposición estatal (37), y por su inestabilidad y arbitrariedad (38). 4. La admiración hacia el sistema de la "common law" (39).

Discutir en abstracto sobre la primacía respectiva de los poderes legislativo y judicial sería un divertimento ocioso; es algo que la "prudencia" política tendrá que decidir conforme a la circunstancia concreta de cada país y momento. Por ello, no es cosa de comentar por menudo las afirmaciones de Esser y será preferible señalar algunos extremos descuidados o no tenidos suficientemente en cuenta por nuestro autor, al formular su teoría.

Achaque de algunos modernos autores continentales ha sido ver a través de cristales color de rosa la práctica judicial en los países de "common law" y, luego, generalizar las conclusiones así obtenidas al Derecho de los demás países. De este modo, a la deificación de la ley ha seguido otra concepción igualmente alejada de la realidad, la del "mito de los Tribunales Superiores". Reclutado su personal entre la "noblesse de robe", se les considera formando una clase so-

(34) "Mores", "fazañas", "opinio doctorum", leyes, han tenido, según tiempos y países, la preponderancia. Y no debe olvidarse la figura de la ordenanza o decisión administrativa o gubernamental, y la variable, pero de continuada importancia de "los precedentes" administrativos.

(35) Que origina el amplio movimiento del "Derecho libre".

(36) Lo que parece comprobarse al observar la respectiva situación de ciencia jurídica y jurisprudencia en ciertos países. Después de una época de gran producción científica, una nueva generación cansada o exéptica deja la crítica de las sentencias y se entrega a la tarea de recopilarlas y, en su caso, de compararlas y armonizarlas. Así, en Francia y Alemania (en líneas generales). En cambio, el actual momento de brillantez de la doctrina italiana coincide con el mantenimiento de la primacía jerárquica de la ley.

(37) REICHEL titulaba ya dos secciones de la primera parte de su obra "absolutismo del Estado" y "absolutismo de la ley", *Gesetz und Richter-Spruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, Zürich, 1915, págs. 2 y 3.

(38) En verdad, ello origina críticas contra el poder legislativo, buscándose el restablecimiento del prestigio de la ley. Mas han sido utilizadas después como razones coadyuvantes por quienes denuncian la degradación jerárquica de la ley en favor de la jurisprudencia.

(39) Utilizado muy pronto por el movimiento del "Derecho libre" como prueba de su ideal del "iudex rex" en forma ingenua (ADICKES, *Stellung und Tätigkeit des Richters*, 1916; *Grundlinien durchgreifender Justizreform*, 1906) o histórica (EHRLICH, *Die juristische Logik*, 2.<sup>a</sup> ed. 1925). El interés moderno creciente hacia dicho Derecho es natural dada su peculiaridad, en relación a los Derechos del continente europeo, lo admirable de su elaboración judicial y el mismo interés intrínseco de algunas de sus creaciones. La simpatía con que modernamente se le considera se debe a estimarse, según las ocasiones, símbolo de la libertad frente al absolutismo (Coke frente a Jacobo I), de la Sociedad respecto al Estado, de la independencia y soberanía de los juristas, de la libre elaboración jurídica en relación a legalismo y dogmática. Simplificaciones idealizadoras, facilitadas por unos conocimientos meros y sin crítica del sistema y de su funcionamiento real. Ultimamente, también ha contribuido a ella la aureola que nimba a los países más poderosos políticamente, a sus instituciones y hasta a su producción intelectual.

cial independiente, colocada por encima de las luchas de intereses y de la política, de gran formación jurídica y sociológica que, con calma y tiento, van destilando sabiduría jurídica para ejemplo y orientación general. Esta imagen, aunque en algún caso se acerque a la realidad, resulta utópica al generalizarse. Se olvida la variedad de sistemas para designar jueces: elección gubernativa entre funcionarios; concurso u oposición entre los recién salidos de la Universidad; abogados de muchos años de ejercicio profesional, a los que, por su prestigio, la autoridad recompensa con tal honor; políticos, profesores o abogados elegidos por elección popular o nombramiento gubernativo de carácter político. A cada uno corresponderá un distinto estilo de judicatura: burocrática, investigadora de "lo normativo" a través de la letra de las leyes y de las diversas manifestaciones de los principios; atraídos por la resolución de "technicality" y "fines points of law"; preocupados por asegurar la reelección o atentos a las consignas de partido.

La práctica judicial en los tribunales de "common law" puede elogiarse sin temor a faltar a la Justicia. Tiene defectos, como los tienen los Tribunales continentales (40). Su misma doctrina los ha destacado cuidadosamente. Se mencionan, por ejemplo: La inseguridad jurídica que origina (41). Reunir en triste maridaje los vicios de la abstracción y del casuismo (42). Depender de la composición variable de los Tribunales (43). Que por difícil que sea para los legisladores comprobar los hechos sociales la tarea resulta mucho más difícil para los Tribunales (44). Lo que se ha traducido, reflejamente, en un au-

(40) La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, tan justamente elogiada, adolece, en ocasiones, de la premura con que ha de dictar sus fallos y de que sus considerandos expresan el criterio del ponente y no el del Tribunal; de lo que resultan visibles contradicciones.

(41) "De la gloriosa incertidumbre" de la "common law", con su habitual "pathos", refiriéndose a la condena del libelo, dice CHESTERTON: "Aumentamos el terror de la ley añadiéndole los terrores de la falta de legalidad. Se siente que la máquina es peligrosa, no tanto porque castiga según reglas fijas sino porque castiga al azar." *Autobiografía*, traducción B. A., Méjico, 1947, cap. 8.º, pág. 181.

Sobre la inseguridad jurídica derivada de la relativa autoridad del precedente en Norteamérica: TUNC (André y Suzanne), *El Derecho de los Estados Unidos de América*, Méjico, 1957, trad. J. Elola, págs. 278-304, §§ 107-115.

(42) La práctica del precedente en Inglaterra, parece "combinar la estrechez del detalle con la laxitud de los principios", con lo que "se aseguran las desventajas de una doctrina estricta de los precedentes y ninguno de los beneficios de una racional", HAMSON (Cambridge L. J., 1954, pág. 48. Sobre la técnica de la "common law" en general, se dice: "en muchos aspectos parece una amalgama de datos más que un epitome de valores"; se cuentan los "dicta" a favor de cada doctrina y si no sobrepasa el número respecto de una de ellas, se expresa la duda sobre la solución; resultado que lleva a construir edificaciones en competencia (número de precedentes favorables) que siguen así hasta que uno sobrepasa tanto al otro que sale a la luz", O'CONNELL, *AJCL*, 1956, pág. 3.

Opinión de un escocés sobre la técnica de la "common law": el Juez considerado como un oráculo delífico, en realidad, "hoy se reduce a un índice animado de la colección de sentencias". Las leyes —dice Dicey— expresan la opinión pública de ayer y las sentencias la de antayer; lo que se comenta agregando, "aún en aquel tiempo la tan alabada flexibilidad de la *common law* era muy pobre en comparación a los Códigos europeos", COOPER, *La "common law" e la "civil law" vedute di uno scozzese*, *Jus*, 7, (1956, marzo) pág. 52.

(43) Lo que señala LÖLVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*, trad. Puig Brutau, 1954, pág. 93-94. Se pueda recordar también que, como jueces de la "Supreme Court" de los Estados Unidos, fueron cuidadosamente designadas las personas que se estimaron capaces de ayudar —y no otorgar— a la política del "New Deal".

(44) Frase que continúa: "a base de los medios adecuados para comprobar los hechos que permite emplear nuestra organización judicial (norteamericana). Cabe añadir que los

mento creciente y acelerado de la producción legislativa en todos los países de "common law". En Estados Unidos, acompañado de un movimiento importantísimo favorable a la codificación y unificación jurídica (45).

Sería un absurdo desconocer el influjo social y doctrinal de la jurisprudencia. Es, al menos, una exageración deformadora reducir a lo judicial toda la actividad creadora del ordenamiento en vigor (46). El mundo moderno ha experimentado sus más hondos cambios "a golpe de leyes" y no puede desconocerse la eficacia orientadora y educadora de la legislación (47). Pero, además de las verdaderas fuentes jurídicas (art. 6.º C. c.), existen al lado de la jurisprudencia otras fuerzas sociales que coadyuvan a la realización del Derecho (orden jurídico real): Dictamen o consejo de asesores de grandes empresas industriales, comerciales y financieras; criterios de notarios, registradores y Dirección General de los Registros; actuación de la Administración en sus múltiples manifestaciones (abogados del Estado, inspectores del timbre, asesorías jurídicas de los Ministerios, usos de cada oficina o cuerpo de empleados y agentes, etc., etc.), creando fórmulas, cláusulas, estilos y precedentes que interpretan, conforman (y a veces también deforman) el sentir y el modo de vivir de la comunidad. Extensísima zona del cumplimiento espontáneo del Derecho, cuyo influjo habrá de sentir todos los jueces que tengan sentido social.

Tampoco resulta claro, como se afirma, la primacía de la jurisprudencia, apoyándola en su eficacia coactiva: Derecho es lo que impone como tal el juez en la sentencia, el Tribunal superior en la última instancia. Ya que jueces y Tribunales no son los únicos de quienes recibe la norma eficacia coactiva y ya que la eficacia de la sentencia no es directa o inmediata. Hay otros muchos funcionarios con

tribunales no disponen de los medios adecuados para comprobar los hechos que requiere el ejercicio de su función creadora de Derecho", POUND (Roscoe), *El espíritu del "common law"*, trad. Puig Brutau, Barcelona, s. d. pág. 209.

(45) Impulsando por la "American Bar Association" y favorecida por la mayor y mejor parte de la doctrina: "Uniform Laws, Aestatements" y "Model Act"; el importante "Uniform Commercial Law" de 1952; últimamente, "Model Penal Code".

Sobre esta tendencia, los trabajos publicados por UNIDROIT (*Institut International pour l'Unification du Droit Privé*, Roma); YNTEMA, *Unification of law in the United States*, 1948, págs. 301-319; PASCAL, *Unification of law in the United States* (1948-1952), 1954, págs. 435-455; PIERCE, *Uniform laws in the United States* (1953-1955), 1956, págs. 247-265; BARRETT, *Uniform laws in the United States* (1956), 1957, I, págs. 199-203; *The national Conference of commissioners on Uniform State laws*, 1957, II, págs. 321-327.

Sobre la antigua discusión sobre los méritos respectivos de la codificación y de la "common law", recientemente, TUNC (André y Suzanne), "El Derecho de los Estados Unidos de América", págs. 352-375; §§ 136-144; sobre el futuro de la "common law" en Estados Unidos, págs. 592-596, § 263; sobre las diferencias de la "common law" en Inglaterra y Estados Unidos, págs. 306-309, § 116.

(46) Reconoce ESSER la función de clínica del proceso. Añade: "Pero a la clínica pertenece también la ortopedia. La vida del Derecho material recibe primero en la sentencia su forma y reconocimiento", pág. 259, N. 101. Siguiendo con el mismo orden de metáforas se puede objetar, que bastan las reglas preventivas o de la higiene (ley, costumbres, principios) para tener un tráfico jurídico sano y que sólo cuando aqueila no baste para que se ande derecho habrán de intervenir clínica y ortopedia. Otra cosa sería poner como modelo y ejemplo de sano al enderezado ortopédicamente.

(47) De la que pudiera decirse, que enseña a los súbitos los que Xenócrates a sus discípulos: "ut illi sua sponte facerent, quod cogentur facere legibus". CICERÓN, *De República*, I, 2.

determinado poder coactivo (encargados de Registros, funcionarios del Estado, provincia y municipio, hasta la policía). La ejecutoria judicial necesita para su cumplimiento forzoso el auxilio de los órganos coactivos del Estado. Esta colaboración puede ser denegada en casos excepcionales (48) o incluso ser insuficiente para vencer la resistencia social. La opinión pública contraria puede convertir en letra muerta lo mismo una ley que una sentencia (49).

La teoría de la jurisprudencia como "verdadera y única fuente jurídica" parece incurrir en alguna contradicción. La Ley, se dice, es tomada en consideración por el Juez o es dejada de tomar, según su voluntad, decidiendo conforme a su "hunch". Mas, si ello fuera así, ¿cómo se agrega que el precedente es una verdadera fuente legal. Porque, del mismo modo, el juez puede o no considerar utilizable el precedente de las anteriores sentencias (50). No parece lógico que el precedente judicial obligue al juez, cuando se niega que pueda obligarle la Ley. Aparte de ello, es bastante más difícil extraer una norma concreta de una sentencia que de la Ley. Decidido el fallo, se redactan las razones que lo justifican (51). Los jueces se extienden en consideraciones extrañas al caso decidido ("dicta", "obiter dicta"), amontonan motivaciones secundarias ("a mayor abundamiento") y, a veces, ocultan o no saben expresar la verdadera "ratio decidendi" (52). Además, cada caso sentenciado o a juzgar tendrá diferentes matices y estará acompañado de variadas circunstancias, que pueden justificar decisiones diferentes o contrarias.

Otra grave dificultad ofrece el cambio de la jurisprudencia, concebido como establecimiento de nueva norma. Una ley deroga a la anterior clara y públicamente y va acompañada de reglas que señalan, limitan o impiden su eficacia retroactiva (art. 3.º C. c.). Con el sistema de la jurisprudencia-fuente toda regla queda bajo la amenaza de que sin anuncio ni promulgación resulte derogada, en el momento mismo de dictarse la nueva sentencia. Se le da a la regla así hallada efecto retroactivo (53). Mas todavía, como en la concepción jurídica ab-

(48) Por considerarse contraria al orden público. Suspenderse su ejecución o dejarse sin efecto por mandato del Parlamento o del poder ejecutivo.

(49) La presión social puede impedir la ejecución de sentencias legales y justas; así, por ejemplo, ha ocurrido con muchas dictadas en Estados Unidos contra actos de discriminación racial.

(50) Con mayor consecuencia se ha dicho que "el fundamento" de la sentencia es una *ficción*. Aunque la regla fuera ya formulada en otras sentencias, "es ahora, por primera vez formulado en la Sentencia, en la de la sentencia presente", *JSAY, Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, p. 177.

(51) No debiera olvidarse que los considerandos no forman parte esencial de la sentencia y que ha habido épocas en que estaba prohibido motivar las sentencias, p. ej., cap. 5, R. C. 13 junio 1778, Nov. 11, 16, 8 (concepción propia del despotismo ilustrado).

(52) El "habitus" del juzgador desarrolla "el ojo clínico" (saber quintaesenciado de estudios y experiencia), no la facultad de expresar clara y ordenadamente las razones.

(53) Lo que ya señalara BENTHAM: "La verdad es que en cada ocasión la regla a la que el juez da fuerza de ley, es una que él, en esa misma ocasión, se ha sacado de la cabeza; y esto no hasta que aquello por lo que se es juzgado se haya hecho; mientras que esos mismos jueces, si la misma cosa la hiciera la legislatura reconocida, la llamarían acto de flagrante injusticia, designado y reprobado en su lenguaje con el nombre de ley *ex post facto*". *Justice and Codifications petitions* (1829), *Petition for codification*, p. 2.

En Norteamérica, para evitar la injusticia de la retroacción, se pensó por algunos Tribunales (desde 1891), y esta actitud fué aprobada por eminentes juristas (Wigmore, Cozzzo, Frank, etc.), declarar la nueva regla de Derecho en la sentencia en que se le ocurra

solutista, los Jueces guardan "in scrinio pectoris" la disposición por la que habrán de decidir, cuando el caso llegue, sobre la vida, el honor y la fortuna de cada uno. Parece como si se hubiera vuelto a la época anterior a Gneo Flavio (D. 1, 2, 2, 7).

Un aspecto que se deja en la oscuridad es el de la justificación jurídica y social del poder para crear nuevas reglas, para la "interpretatio contra legem", para derogar de hecho los mandatos del legislador (Esser, págs. 260, 262). El juez es un funcionario, nombrado y pagado por el Estado, y cuyas decisiones serán ejecutadas por otros funcionarios del Estado. Su "auctoritas" descansa en el poder del Estado, que le designa, que ampara y mantiene su dignidad; no en algún "charisma" immanente y misterioso (54). La confianza secular del pueblo en sus jueces está arraigada en la firme creencia de ser verdaderas sus protestas de "fidelidad a la Ley". Los que afirman que los jueces, cuando así hablan, son hipócritas y falaces, minan gravemente la consideración social de la judicatura. La opinión pública quiere jueces veraces y honrados, custodios leales de la legalidad. Hace siglos que moralistas, juristas y el hombre de la calle coinciden en condenar los juicios de albedrío (55). Las modernas afirmaciones llevan a crear una figura de un Juez, de quien se podría decir: "quod Judici placuit, legis habet vigorem", y hasta "Judex legibus solutus est". La que fácilmente provocaría una reacción, como se produce siempre frente a la tiranía o absolutismo de una persona, clase o grupo (56). El buen juez, en el que la comunidad esperanzada confía, es el servidor fiel de la Justicia y de la Ley.

Por último, una mínima observación sobre la frase: "Es la casuística la que nos dice lo que es el Derecho" (p. 151). Afirmación plausible en lo que tiene de llamada de atención hacia el caso (57). No ha habido, ni parece pueda haber, un

al Tribunal, pero no aplicarla al caso sentenciado, sino anunciar que en adelante será aplicada a los casos futuros, dando por revocada la regla anterior: TUNC, loc. cit., p. 350-352; PUG BRUTAU, en *Prólogo* a trad. de *Una introducción*, de LOEVINGER, citada, p. 23-24.

Donosa solución. Se sentencia conforme a un criterio que se declara falso; se deniega la demanda de quien se ha dicho tiene razón y se da la razón a quien se dice que no la tiene. Se anuncia la enmienda para el futuro. Después se aplicará la regla justa. Se pretende vincular así a jueces o tribunales sucesivos. Los cuales podrán pensar y decir (aunque aplicasen la regla anunciada) que para ellos es injusta o falsa.

(54) Lo contrario piensa JSAY, que considera que en el Estado moderno el juez se ha convertido en "Führer des Volkes". Pero ese "charisma" de conductor del pueblo lo condiciona a su identificación con el pueblo, a su sentir con él ("Einführung", loc. cit., p. 115-116).

(55) Sobre la condena de los juicios de albedrío, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política de Corregidores*, Barcelona, 1624, todo el cap. X del libro II, especialmente §§ 9 y sig.; en § 18, con Simancae, dice que los jueces que juzgan no por las leyes, sino por su propio parecer y albedrío, son "iniciuos, perjuros y tiranos", I, p. 421. ALVAREZ DE VELASCO dice: "qui iudicat non voluntatis suae obtemperare debet, sed tenere quod legem est", rub. 12, § 15, p. 194; sobre el grave deber de conciencia de cumplir las leyes, rub. 9, ann. 12, § 17, p. 128, *Judex perfectus*, Lugduni, 1662. Otras citas en JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, 1765, I, p. 280-284.

(56) Frente a la resistencia de ciertos jueces que, habituados a determinar la responsabilidad delictual, "se encabritan frente a las intervenciones legislativas, con el sentimiento inconfesado de una invasión en sus prerrogativas", "que llegan a afirmar que no se inclinarán sino ante una orden formal", se comenta: "pronto será necesario restablecer los *lits de justice*". CHAUVÉAU, *Responsabilité sérieuse et arrêt Lamoricière*. *Re. trim. D. comm.*, 6 (1953), p. 805, n. 3.

(57) Sobre su importancia, D'ORS, *Discurso inaugural*, Universidad de Santiago, 1955, p. 23 y sig.

buen iusprivatista que desatienda esa dimensión, la más inmediata del Derecho. Mas también resulta verdad parcial o expresión exagerada. Análisis y síntesis, inducción y deducción no son operaciones contradictorias, sino que se complementan, y ambas son necesarias para ver (teoría) la realidad jurídica. Por castística también se entiende la preferencia por la regla especial "ad hoc", individualizada o determinada por lo "unicum" del caso; respecto de ella, hay que advertir que supone una técnica poco recomendable para el legislador y para el juez (58), lleva a un "micro-nomismo" desconocedor de una de las funciones (la ejemplaridad) del Derecho (59).

### § 8. *La construcción dogmática.*

En un buen número de páginas del libro de Esser se recogen las críticas dirigidas al conceptualismo y método dogmático del positivismo. La primacía que concede a la jurisprudencia, le acerca al movimiento del "Derecho libre" y al "legal realism". Muy adelante ya en la obra hay un cambio de tono. Con motivo de recoger la reciente reacción en Norteamérica frente la dirección realista del "hunch" (desde la página 235), habla con más despaicio sobre el valor de la construcción dogmática y el sistema; cobrando así consistencia algunas indicaciones anteriores aisladas. Se dice entonces que la doctrina tiene una función en la elaboración jurídica y, en algún momento, se le concede a ella tal relieve que parece desplazar a la jurisprudencia del papel de protagonista. También en la parte final del libro se desarrollan con detalle sus afirmaciones más originales y llamativas (60).

Existen —se dice— en las instituciones unos principios immanentes, de valor universal, que se imponen necesariamente. No se abandona, sino se matiza el valor de lo volitivo. "La jurisprudencia constructiva es control jurídico del hunch desde el sistema" (p. 236). La dogmática, como "necesidad de racionalización" (página 303), queda en el primer plano. "Formalización" necesaria, que significa "la transformación del problema de Justicia en el entramado de soluciones y desarrollos ya existentes. Lo que, en la perspectiva predogmática, es problema de función y valoración, se ve por los juristas ópticamente, como cuestión de calificación dogmática. Pero esta óptica no es especulación, sino hallazgo de los

(58) AUSTIN dice que lo que le reprocha a los jueces no es que legislen (dada la negligencia o incapacidad del legislador), sino "la manera tímida, estrecha y a trozos en que han legislado". *The province of jurisprudence determined*, Lec. 5, i. f., ed. Hart, 1954, p. 191.

(59) Respecto a las "doctrinas individuales", cuenta el *Cardenal de Luca* una historia repetida en la Curia: un juez que no quería atender a los principios, aunque fueran notorios e individuales, sino a reglas singulares ("nisi habere individua"), tratándose de la venta o arrendamiento de unas vacas ("praecodis vacuarum") y discutiéndose la validez o naturaleza del contrato, decía no estar satisfecho porque no se le ofrecía la doctrina especial sobre dichas vacas; como el abogado encontraba después de impropio trabajo tal doctrina especial (en una sentencia de la Rota), el juez dijo que aquello no le bastaba, porque se refería a las vacas en general ("simpliciter") y no a la especie de vacas rojas sobre las que se discutía. Añadiendo el Cardenal, "istamque miseriam pene quotidie experimus". *De reprobationibus*, t. 4, § 7, *Thesaurum veritatis et iustitiae*, Venecia, 1726, XIII, p. 9.

(60) Comparense, sin embargo, las sugerencias de PRIG BRITAN en *Estudio Preliminar a su trad. Las grandes tendencias del pensamiento contemporáneo de ROBERT POINCARÉ*, 1950, p. XXIX, XXXIX-XLIV.



postulados de Justicia y verdad, objetivamente condicionados, con el hilo de Ariadna del concepto" (p. 304). La dogmática es necesaria para que la jurisprudencia sea fuente jurídica; en el sistema continental no basta el "sic volo" del más alto Tribunal, sino que se requiere "la fuerza convincente de la formulación dogmática" (p. 289). Con lo que "lo ético-jurídico elemental se traduce más y más en técnica y la *ratio iuris* aparece desalojada por lo peculiar institucional, aparentemente, porque, para el enterado, cada concepto jurídico es sinónimo de conjunto de los valores que en él ha condensado la jurisprudencia" (p. 305). Así, la conexión entre la doctrina ("Doktrin") y la práctica es tan estrecha que es difícil distinguir entre dogma ("Lehre") e institución, y se concluye diciendo que "la ciencia jurídica es una disciplina *normativa*, es decir, que trabaja nomotéticamente" (p. 314).

Del modo indicado se cierra el círculo. Después de censurar al positivismo se reprueba a los que primero lo criticaron. "Fué una gran locura el que la *jurisprudencia conceptual* se pusiera en la picota" (p. 236), y se profetiza alborozadamente "un retroceso del *pensar del orden concreto* respecto al pensamiento institucional" (p. 237). Revalorada la dogmática, se pone al servicio del objetivo final propuesto: La formación de un nuevo *ius commune* apolítico, conseguible mediante "una concepción más profunda de lo fructífero de la dogmática" (p. 295).

Las afirmaciones de Esser sobre el intrínseco valor de la dogmática y sobre la posibilidad de un Derecho universal no partidista, son sugestivas y aprovechables. Desgraciadamente no pueden aceptarse tal y como las formula. No esa doctrina que crea normas y que oculta bajo sus conceptos el significado político de la regulación. Pues la doctrina que se utiliza para otros menesteres que los de ordenar y conocer mejor (teoría) la realidad, se degrada a criptopolítica. Ni siquiera ese sugestivo Derecho común, porque su neutralismo hacia los valores éticos y Derecho natural trascendentes supone la negación de éstos y revela su oculta significación política.

Para su construcción teórica, utiliza Esser dos conceptos clave: sistema e institución. El sistema o "pensamientos ordenadores que no se agotan en la materia" (p. 227). El "Derecho es siempre sistema, porque el Derecho es lo mismo que *recta ratio*. lo exprese como sea la ideología de la época, y tienen los principios objetivos y funcionales de cada materia significado universal" (pp. 226-227). "La masa jurídica deviene *sistemas* mediante el escrutinio de las instituciones en su círculo de eficacia y en sus conceptos dogmáticos designadores." El sistema es obra de la doctrina, pues los conceptos jurídicos no resultan del ciego devenir orgánico, sino de la delimitación de las instituciones y de su conexión con las categorías de los medios de ordenación positivos" (p. 223) (61). Pero de nuevo se advierte: "No son los conceptos, sino las instituciones las que *forman* el sistema" (p. 324).

Sobre la importancia de la institución se insiste repetidamente. Este concepto central de la teoría de Esser no se dibuja con claridad (62). Se nos indica que

(61) Advertirá el lector atento, que la jurisprudencia se considera suministradora de la materia bruta (como la ley se utilizara por el dogmatismo positivista) y que se reserva a la doctrina (no a la jurisprudencia) la callada y oculta (¿hipócrita?) función de mover los hilos de las marionetas.

(62) RIESSEN, en la reseña citada, dice: aunque el autor no define expresamente la institución, es claro que... ensando en fenómenos como la propiedad, el matrimonio o la

se basa en la lógica objetiva (pp. 158, 351, 353) y en "la immanente legalidad de la naturaleza de las cosas" (pp. 327, 379). De la institución dependen los principios institucionales (pp. 88, 104, 158); los que resultan necesariamente de la misma institución y, como tales, son los únicos principios con eficacia directamente vinculante; los que mediante la elaboración judicial llevan al desarrollo del Derecho material (p. 88). La misma fuerza creadora de la jurisprudencia continental (que carece de base histórico-política) reposa en una autoridad institucional, "en la fuerza conformadora, objetivamente condicionada, de la jurisprudencia como institución" (p. 281).

La fuerza immanente de la institución parece que brota de la lógica objetiva de cada una. Existe en la institución "una verdad jurídica immanente a la que ninguna ley positiva puede sustraerse" (pp. 170-171). "El contenido de los grandes problemas de ordenación se pueden contemplar como constantes y universales, por la *certidumbre material* (en sentido de Lask) de la Idea" (p. 171). Hay que separar —se añade— las facciones individuales —históricas de la figura jurídica, de los elementos universales— objetivos (p. 350, N. 83). Lo institucional requiere una cierta corporeidad o concreción (págs. 132-139); pero, también, el pensamiento constructivo exige una cierta despreocupación histórica (p. 326). Las llamadas "coincidencias" entre las instituciones de distintos sistemas, no son tales, sino que tienen valor de prueba ontológica (p. 347, N. 72). Las ideas obran teleológicamente; afirmación que no tiene nada de metafísico (63), sino que descansa en la justicia objetiva conexas al problema, la cual extrae siempre de la casuística, y al darle forma, el principio jurídico directivo (p. 349). De modo que puede concluirse diciendo: "La lógica jurídica es vinculante" (p. 353). Lo que, se añade, se comprueba en las "coincidencias" de soluciones a que se llega con medios estructurales diferentes y que no llevan el sello de una influencia cultural común; que sólo pueden explicarse por "necesidades jurídicas universales y por postulados de Justicia igualmente valorados" (p. 354).

La serie de citas que antecede podrá mostrar, con la aproximación posible, la dirección del pensamiento del autor. Después de haber rechazado la concepción iusnaturalista (64) y la del positivismo legalista, ofrece la nueva solución de los principios institucionales, immanentes a la institución (65) y necesarios según la lógica objetiva (66).

familia (p. 508). ESSER, por su parte, afirma que lo utiliza en sentido romanista (p. 321); lo que tampoco es claro, porque los pandectistas alemanes lo entienden con algunas variantes (comp. SAVIGNY, I, §§ 4-5; PUCHTA, *Institutionen*, I, § 6, ed. 1881, p. 8; DERNBURG, *Pandekten*, I, § 40, p. 88; REGELSBERGER, § 14, p. 83. Lo que más confunde son los ejemplos de instituciones señalados por ESSER: intereses moratorios, prescripción, estado de necesidad, costas procesales (p. 36, también comp. p. 158, 319).

(63) Se dice, también, que el principio racional de una institución no es un demiurgo (p. 325).

(64) La continua referencia a la Justicia objetiva no debe confundir. Se trata de Justicia en la institución (ajuste interno formal). Niega todo criterio trascendente.

(65) Comp. la teoría de ROCA SASTRE, *Prólogo a Estudios de Derecho Comparado, La doctrina de los actos propios* de PUIG BRUTAU, 1951, p. 13-16.

(66) La "jurisprudencia general" (comparativa) o "filosofía (principios) del Derecho positivo", de ARSTIN, se distingue por la total separación de la cuestión de la bondad del Derecho, sometida a la piedra de toque de la utilidad (ciencia de la legislación), *Uses of the study of jurisprudence*, ed. Hart (con *The province*), p. 305-306.

La nueva teoría concide con el iusnaturalismo racionalista (67) en el valor universal que pretende para sus principios y reglas (68), y con el positivismo legalista, en la posibilidad de extraer de las reglas positivas (para Ésser la casuística jurisprudencial) los principios jurídicos con que resolver nuevas cuestiones. Tiene, por ello, defectos coincidentes: con el primero, su utopismo; con el segundo, la estrechez (exclusión del criterio trascendente) y el artificio (pretender obtener una nueva regla con sólo la técnica).

El rasgo propio de la teoría está en la afirmación de una fuerza immanente en cada institución. No se nos dice qué sea ni de dónde viene dicha fuerza. Sólo sabemos que se le nombra lógica objetiva y naturaleza de las cosas. Esta referencia acrecienta la duda; porque, como se recordará, lógica objetiva y naturaleza de las cosas son consideradas "topoi" jurídicos, es decir, según nuestro autor, "puntos de partida *retóricos* (en sentido antiguo) para argumentar sobre un problema" (p. 44). Lo que no parece base suficiente para inducir principios de valor necesario y universal.

Cuando se dice que la lógica objetiva tiene valor vinculante (p. 353), no cabe se le considere como un "topos" o lugar común retórico. Queda abierta entonces la interrogante: ¿Qué significa esa fuerza immanente a la institución? No es probable se aluda al espíritu del pueblo, dada la dirección universalista del autor. ¿Se refiere a la immanencia del "logos", la fuerza de la evolución, la "astucia" de la razón o de la materia? Sólo se nos advierte que no se trata de algo metafísico, ni de obra de un demiurgo (69). Se trate de un solo poder o de cada uno de los que actúa en cada institución, recibe siempre el calificativo de immanente. Si, en verdad, nos encontramos ante una concepción immanentista, conducirá a la confusión entre Justicia e Historia, el futuro trae lo justo y lo mejor; con la secuela acostumbrada (aunque ilógica), de que ese futuro adivinado, necesario, para cuyo logro se exigen esfuerzos y sacrificios, se estima módulo para juzgar al pasado y al presente. Sea cual fuere la raíz filosófica de la teoría, nos queda sin explicar la naturaleza de las instituciones y de su immanencia.

### § 9. Finalidad y método del Derecho comparado.

Los comparatistas se han preocupado de señalar el propósito de su difícil trabajo. De los variados objetivos pensados, Ésser ha elegido el de la formación de un Derecho común universal, y se separa de la mayoría de los especialistas, por el objeto y por el método elegido (70). Los motivos inmediatos condescendidos resultan, en relación con lo ambicioso de su propósito bastante pobres: ser medio para superar la crisis a que la concepción estatista ha llevado a los

(67) Por completo distinto del iusnaturalismo trascendente; siguiendo la tipología de Sauter, TRUYOL, *Fundamentos de Derecho natural* (Nueva Enciclopedia Jurídica, Sers), 1949, p. 12.

(68) Reglas después recogidas en § 9.

(69) Las frases sobre "lo óntico" del Derecho (prueba ontológica, visión óntica, etc.) plantean la cuestión sobre la realidad de esos "seres" jurídicos.

(70) Citas en ZWEIFERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*. Z. f. Ausl. u. IPR. 15 (1949), p. 5-21; CASTÁN, *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*. Disc. apertura Trib. 1957, p. 29 y sig.

Derechos Internacional Público y Privado y para resolver las dificultades que ofrece el arbitraje internacional (págs. 297-298).

Esser muestra la mayor desconfianza hacia el procedimiento de las leyes uniformes. No cree que deba seguirse ni utilizarse a tal fin el Derecho comparado. Se equivocan, piensa, los que con ellas esperan facilitar la unificación. Será la práctica internacional la que ha de formar los conceptos comunes; no se debe comenzar por leyes comunes, sino esperar a que la unidad surja como producto de la formación del Derecho común (págs. 341, 344, N. 66).

El método para la unificación es el predicado en toda la obra: confiar en la fuerza de la lógica objetiva, comparar y destacar los resultados coincidentes de la jurisprudencia de los Tribunales de todos los países y de los Tribunales arbitrales internacionales, en cuya casuística se revelarán los principios jurídicos universales. El moderno "Derecho de los juristas" se manifestará en el acuerdo de los "pensares jurídicos", que en todo lugar llevan al mismo desarrollo judicial y su papel, como siempre fué, ha de ser ahora el de superador de la estrechez nacionalista (p. 381).

Tanto este procedimiento como la repugnancia hacia el de las leyes uniformes tienen acusado tinte utópico. La dificultad práctica de conocer la jurisprudencia de los distintos países es difícilmente superable; el mismo autor no maneja, desgraciadamente, casi otra que la de los tribunales alemanes y norteamericanos. La lentitud de los tribunales para acuñar figuras jurídicas es un hecho bien conocido (71). ¿Hasta cuándo esperar? Mientras que el movimiento inmanente de casuismo, instituciones y principios, de jurisprudencia y doctrina, queda en el "cielo de los conceptos" (72), la realidad ofrece el hecho impresionante de la eficacia creciente de las leyes uniformes y el ejemplo de la obra callada, científica y fecunda del Instituto para la unificación del Derecho privado de Roma (73).

Otra ilusión de Esser ha sido la de descubrir leyes del pensamiento jurídico y de las instituciones. La "ley de la correspondencia lógico-objetiva de las tareas ordenadoras y de las formas de ordenación, bajo las mismas condiciones" (págs. 346-347). Las leyes funcionales de las instituciones, respecto de las que señala, como único ejemplo y modelo, las de la materia contractual, a) la necesaria limitación de la consideración a la formación real de la voluntad, por medio del llamado principio de confianza; b) los límites de la libertad contractual por los principios que se cuentan como de orden público; c) el reblandecimiento del "rigor iuris" de la seguridad jurídica, por la exigencia de la buena fe (p. 373).

(71) Un par de ejemplos. No se consigue precisar concepto y efectos del contrato de suministro sino gracias a los artículos 1.559-1.570 del Código civil italiano de 1942. EULA, en *Commentario* (D'AMELIO, FINZI), *Libro delle obbligazioni* 1947, II, 1, p. 170-171.

Sobre las dificultades en el sistema angloamericano para desarrollar la figura del enriquecimiento injusto, O'CONNELL, *Unjust Enrichment*, A. J. Comp. L., 5, 1.º (1950), p. 2-17, especialmente p. 14-17. Compárese su desarrollo, como principio general del Derecho, en la práctica española.

(72) Incidentalmente, se dice de este libro que Esser "mira desde la torre de cristal de su dogmática abstracta". BARMAN, *Anspruch an die Aktiengesellschaften*, A. C. Pr. 170-20 (1957), p. 171, n. 70, a.

(73) Sobre la unificación en general, sus resultados y trabajos del Instituto, las publicaciones de UNIBROTT.

Las leyes señaladas no tienen mayor valor científico que el de otras viejas divagaciones, como las de los autores de sistemas de Derecho natural "racional" y las de los ensayistas sobre Filosofía de la Historia. Negada por el autor la trascendencia de los criterios morales y jurídicos (Derecho natural trascendente), el Derecho comparado podrá postular leyes sociológicas, y ellas sin otro alcance que el de constantes observadas y de las que no se puede predecir la continuidad o repetición (al no ser aptas para la experimentación). En todo caso, "las coincidencias" observadas no pueden considerarse significativas, mientras se limiten a estudios a fondo de sólo un par de Derechos (alemán y norteamericano) y a estudios superficiales e inexactos sobre "otros países", elegidos al azar; mientras, además, no se examinen "las diferencias" con otros sistemas distintos, como el del Derecho mahometano y el de las democracias populares. No puede, tampoco, limitarse lo estudiado a una parcela de la realidad jurídica, es decir, a la doctrina y a la jurisprudencia (74).

#### § 10. La práctica del Derecho comparado.

Dada la extensión exagerada que ha ido tomando esta nota, habrá que limitar este apartado a enumerar algún que otro reparo al libro de Esser en cuanto pueda advertirnos sobre las dificultades que encierra la práctica del Derecho comparado.

a) *Inclinación a generalizar las peculiaridades del propio Derecho.*—Esser parece pensar que la concepción legalista positivista imperante en Alemania y el significado de la Codificación en este país ha sido la de todo el continente (págs. 3, 220); lo que, como es sabido, no es así en España y en otros países.

b) *Valorar el Derecho extranjero por observaciones superficiales o parciales.* Califica el Código civil francés de: ahistórico, como heredero de la Revolución; aliterario, porque rompe con la tradición conscientemente, y enemigo de la Justicia o mejor de los juristas, por considerarlos unidos al pasado (p. 144). No advierte el cambio ideológico desde Robespierre hasta el Consulado; basta hojear las actas del Consejo de Estado y los discursos en el Tribunado para apreciar la conexión de los trabajos para la Codificación con el Derecho y doctrina anterior. Las frases de Esser recogen una expresión exagerada; tan inexacta como la contraria, la de que aquel Código es la distribución en estímulos de la doctrina de Pothier. Respecto al Derecho inglés, no se puede decir, sin más, que las "Courts" no conceden el menor valor a la opinión de los autores (p. 312), porque se le da, y mucho, en las cuestiones de Derecho internacional privado.

c) *Pensar se conoce un Derecho extranjero, sin haberlo estudiado directamente.*—Esser menciona repetidamente al Derecho español y lo utiliza como prueba convincente en favor de sus teorías. Por desgracia, lo ha utilizado a través de lo dicho por dos autores extranjeros (75), las citas de autores españoles no

(74) Como se indica con detalle antes, en § 7, FRANK ha mostrado, además, la importancia de la tramitación de cada juicio, en especial la manera de probar los hechos. *La influencia del Derecho europeo continental en la "common law", Algunas reflexiones sobre el Derecho "comparado" y "contrastado"*, trad. Puig Brutau, p. 46 y sig.

(75) SABADIE, *Les sources du Droit civil espagnol*, Toulouse, 1926; HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Toulouse, 1942.

parece las haya compulsado directamente, desconoce la literatura jurídica española moderna y no ha visto la jurisprudencia del Tribunal Supremo; esto último, especialmente de lamentar, porque hubiera podido servirle para una concepción más exacta y realista de los principios generales. Aparte de estas observaciones generales (comp. p. 258, N. 178; p. 278, N. 90; p. 280, p. 295, N. 278) y de la consiguiente impresión equivocada así obtenida sobre la interpretación y fuentes jurídicas en la doctrina y práctica españolas, se advierten algunas confusiones verdaderamente inexplicables. Se dice:

“La *doctrina legal*, que pertenece a las más antiguas tradiciones del país (!) y que se ha impuesto contra las tendencias del Código civil (?), sin que se haya recogido entre las 27 fuentes (!!) de la ley de bases del 11-5-1888” (págs. 149-150, N. 32). Fundado en este dislate, incluye a nuestro Derecho entre los que siguen la concepción pluralista de las fuentes (“27 Quellen”) (76).

Después de indicar cómo en ciertas épocas se tuvo muy en cuenta la doctrina de los autores, se pone como ejemplo de ello el reconocimiento de “las doctrinas legales” en España (págs. 244-245, N. 11); añadiéndose, “España conoce ciertamente el reconocimiento, tan singular (!), de *las doctrinas legales*, es decir, la fuerza material de las opiniones de los autores (!) recibidas judicialmente” (página 278, N. 190).

Como ejemplo de que, cuando falta la unidad de los principios jurídicos, los Códigos no pueden imponerse, dice: “Así, no pudo el Código civil español de 1889 tomar las cotas políticas de los Derechos consuetudinarios (!) regionales (fueros), ni romper la autoridad de las tradiciones jurisprudenciales (?). Por ello, se conservó un Derecho local, que por su parte obligó a la creación (!) de un Derecho común; desde 1884 (?), ciertamente sólo por el Tribunal Supremo” (!!). “La ilusión de un Código autárquico en España no pudo lograrse y la jurisprudencia siguió siendo, en este sentido pluralista, fuente jurídica” (página 297). Se observará que, aparte los errores indicados (77), piensa que hay un Derecho común que no es el del Código y que el Código civil no es considerado Derecho común.

d) *La aceptación de afirmaciones vulgares, sin comprobarlas previamente.*—Como argumento favorable a su teoría, se dice: “la universalidad del concepto del *trust* inglés, sigue una carrera triunfal alrededor del mundo” (p. 251; también p. 363, N. 135; p. 365, págs. 368-369). Se desconoce así que no hay una “institución” del *trust*; en Inglaterra—con variantes en Estados Unidos—hay una notable pluralidad de figuras, cubiertas por el mismo nombre; también se olvida que en los países en que se ha recogido o traducido la denominación inglesa, no se han introducido las figuras típicas del *trust* (78).

e) *Desconocimiento de la pluralidad de significados de un término.*—Ésser dice que “no sólo los conceptos, sino también las instituciones *forman* el siste-

(76) Los errores y confusiones del autor se indican con signos de interrogación y admiración; son tan evidentes para el lector español, que parece ocioso cualquier otro comentario.

(77) Del modo señalado en la nota anterior.

(78) El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado de Roma estudia actualmente la posibilidad real de extensión de algunas figuras del “trust”, la situación verdadera en los casos de recepciones nominales y la complejidad de cuestiones que implica, así como su conexión con las normas penales, procesales y fiscales.

ma" (p. 324), y agrega, para confirmar su aserto: "Así hoy, hasta la doctrina italiana originariamente conceptualista: Barbera (debe decir Barbero), *Sistema istituzionale del Diritto privato*, 1949; Candian, *Nozioni istituzionale di Diritto privato*, 1946; Trabucchi, *Istituzioni di Diritto civile*, 1950" (p. 324, N. 411). Ha creído nuestro autor que en los libros citados se utiliza el término de institución en el sentido de "Rechtsinstitut" y no en el que verdaderamente se emplea, de estudio elemental o introducción al estudio del Derecho privado o civil (como la "Instituta" de Justiniano y los libros de los antiguos "institutistas") (79).

### § 11. Conclusiones y advertencia final.

Como explicación y justificación de esta nota, debe decirse que se ha creído, primero, conveniente señalar a la atención de los estudiosos la importancia del libro de Esser y que, a la vez, se ha pensado se debía acompañar dicha recomendación de un estudio crítico, que orientase al lector que no lo pueda consultar con despacio. En especial, se ha querido destacar su significado en la doctrina jurídica, su carácter de vuelta al positivismo, aunque con importantes matices originales; por lo que podría calificarse de neo-positivismo jurisprudencialista y universalista, basado en el estudio del Derecho comparado.

También una última advertencia. La diferencia de opinión, la crítica teórica y los defectos señalados no deben estimarse como depreciativos de la importancia de la obra. Interesa, por ello, repetir que se le ha estudiado con detenimiento por estimarla de mucha entidad y muy significativa. No sólo ha de valorarse el intento laborioso —aunque resulte fallido— de encontrar un medio para la deseada unificación del Derecho, sino que, además, el libro de Esser está lleno de datos interesantes, de advertencias exactas y de ingeniosas observaciones, sugestivas y fructíferas.

F. DE C.

---

(79) Podrían señalarse imprecisiones e insuficiencia en los datos históricos utilizados; pero ello quizá no fuera justo, dado el poco interés del autor por lo histórico. Tampoco parece oportuno abrir aquí la cuestión de la importancia de la Historia para la comparación jurídica.

# INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José M.º AMUSATEGUI,  
Rafael IZQUIERDO, José Luis LLORENTE  
y Rogelio Pérez Martínez.

## DERECHO CIVIL

### I. Parte general.

1. ELABORACIÓN DE LAS LEYES: *Se regula con mayor amplitud y detalle que en el Reglamento anterior la tramitación de proyectos y proposiciones de Ley en las Cortes.* (Reglamento de las Cortes de 26 de diciembre de 1957; B. O del 28.)

Como principales modificaciones que en el nuevo Reglamento contiene respecto del anterior (1) en punto a la elaboración de las leyes, pueden señalarse las siguientes:

1.º Proposiciones de Ley: Podrán someterse al Presidente de las Cortes por las Comisiones, en la esfera de su respectiva competencia (art. 53) y por los Procuradores mediante escrito firmado por 50 o más de ellos (art. 55).

2.º Se incluyen disposiciones especiales (arts. 57 a 60) para la tramitación de la Ley de Presupuestos y los proyectos y proposiciones de carácter económico.

3.º Se da mayor amplitud a la discusión de los dictámenes de cada proyecto de Ley en el Pleno, defendiendo las enmiendas y votos particulares un miembro de la Comisión correspondiente, designado por los primeros firmantes de aquéllos y dando cuenta a continuación el Presidente de dicha Comisión o miembro en quien delegue, de los fundamentos del dictamen, así como de las razones justificativas de no haberse admitido tales enmiendas y votos particulares (arts. 65 y 66).

2. EL TIEMPO: DÍAS FESTIVOS: *Se concretan los días inhábiles a efectos administrativos, jurídicos, académicos, mercantiles y laborales.* (Decreto de 23 de diciembre de 1957; B. O. del 1 de enero de 1958.)

#### A. EXPOSICIÓN.

a) Días inhábiles a todos los efectos (2):

1.º Fiestas de precepto eclesiástico generales y locales, Jueves Santo a partir de las dos de la tarde y Viernes Santo (arts. 1.º y 2.º).

2.º Fiesta Nacional española (18 de julio) (art. 3.º).

b) Día inhábil a efectos laborales: 1.º de mayo (San José Artesano) (art. 4.º).

---

(1) Aprobado por Ley de 5 enero 1943.

(2) Administrativos, jurídicos, académicos, mercantiles y laborales.



c) *Vacaciones judiciales*.—Se estará a lo dispuesto en el artículo 392 de la Ley Orgánica de 15 de septiembre de 1870 (art. 7.º).

d) *Días hábiles a todos los efectos*: 1.º de abril (aniversario de la Victoria), 19 de abril (día del Movimiento Nacional), 1.º de octubre (exaltación del Caudillo a la Jefatura del Estado) y 12 de octubre (fiesta de la Hispanidad) art. 5.º párr. 1.º) (3).

B. OBSERVACIONES. 1.º La finalidad del presente Decreto es, como dice su preámbulo, doble: de una parte sistematizar la variedad de disposiciones vigentes (cosa que ya había hecho el Decreto de 9 de marzo de 1940, el cual no aparece citado en la disposición final derogatoria y debe entenderse comprendido en la cláusula derogatoria general); de otra, restringir en lo posible el número de días de fiesta.

2.º Se respeta todo lo relativo a fiestas religiosas de precepto, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Derecho Canónico de 27 de mayo de 1917 (principalmente cánones 1.243, 1.247, 1.248).

3.º En cuanto al Jueves Santo se introduce la novedad de declararlo hábil hasta las dos de la tarde. Esta «solución» tiene interés para el Derecho mercantil. En efecto: con arreglo al artículo 455 Cód. de Com., «... las letras deberán satisfacer el día de su vencimiento antes de la puesta del sol... Si fuera festivo... se pagará... en el precedente»; y, según el artículo 504 (redactado por Ley de 31 de diciembre de 1945): «Para que sea eficaz el protesto deberá... hacerse antes de las veinte horas del siguiente al que se hubiese negado la aceptación o el pago; y si aquél fuese feriado, en el primer día hábil». El Código de comercio no «contó» con las «medias-fiestas», de manera que, según su técnica, sería insoluble el intento de calificar el Jueves Santo como feriado o como inhábil y habría que concluir que no era ninguna de las dos cosas. No obstante, superando una postura logicista y estéril, y a base de orientar la interpretación según el criterio de la finalidad de la norma parece que lo más aconsejable es pagar, en su caso, en la mitad hábil del Jueves Santo, y levantar, en su caso, el protesto en el mismo tiempo.

4.º En cuanto a las fiestas nacionales, es preciso recordar que la que se celebró el día 12 de octubre fué establecida, a diferencia de todas las demás, por Ley (la de 15 de julio de 1918, cuyo artículo único se limita a declarar la fiesta Nacional). Por Real Orden Circular de 21 de septiembre de 1929 se declara día inhábil a efectos bancarios, comerciales e industriales. Indudablemente el Decreto que comentamos no puede modificar lo establecido por una Ley (4). Pero precisamente la cuestión radica en averiguar si existen discrepancias entre ambas normas de desigual rango. Parece que hay que llegar a estas dos conclusiones: que la Ley de 1918 se limitaba a declarar fiesta el 12 de octubre, siendo esta declaración carente de contenido jurídico, privado y que el presente Decreto sólo ha venido a alterar los preceptos contenidos en la Real Orden de 1929, que, en base a aquella Ley, daba contenido concreto a su abstracto mandato. No obstante, debe observarse que el término fiesta se utiliza en nuestras leyes como sinónimo, muchas veces de día feriado o inhábil; con lo cual las conclusiones acabadas de apuntar se debilitan un tanto.

(3) Y, naturalmente, todos los días del año, salvo los legalmente declarados inhábiles.

(4) Vid. arts. 26 y 28, Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

## II. Derecho de la persona.

1. REGISTRO CIVIL: *Se aplaza la vigencia de la Ley del Registro civil hasta el 1.º de julio de 1958.* (Decreto-ley de 11 de diciembre de 1957; *Boletín Oficial* del 16.)

Con arreglo a lo dispuesto en la disp. final 2.ª de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, (1) la entrada en vigor se produciría a los seis meses de la publicación (que fué hecha en el B. O. de 10 de junio). Dentro del mismo plazo, se aprobaría el Reglamento para su ejecución.

En consecuencia, el día 11 de diciembre comenzó a regir la Ley del Registro Civil y quedó incumplida la «obligación» de publicar el Reglamento para su aplicación.

La presente disposición ha venido a incidir, pues, sobre una Ley ya vigente. Consciente de la situación está, a nuestro juicio correctamente redactada. Contiene dos normas: una positiva, que fija la fecha de entrada en vigor (no utiliza, acertadamente, el término prorrogar, puesto que sólo correspondería tratándose de una Ley aún no vigente) y otra negativa, que deroga la disp. final 2.ª de la Ley, tiene fuerza retroactiva, por lo que, a todos los efectos, la Ley del Registro se declara inoperante durante los cinco días que ha durado su vigencia.

El fundamento del Decreto-ley está en el Proyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, actualmente en las Cortes y que por referirse a materias íntimamente relacionadas con el Registro, impone un compás de espera a fin de armonizar unos preceptos con otros.

2. REGISTRO CIVIL: RECONSTITUCIÓN: *Se regulan distintas cuestiones sobre reconstitución de Registros Civiles destruidos.* (Orden de Justicia de 22 de noviembre de 1957; B. O. del 27.)

Se dicta la presente disposición ante el problema que han planteado las inundaciones en Valencia al dejar gran parte de las actas de los Registros Civiles en estado de ser legibles actualmente con más o menos dificultades pero con el peligro de que en el futuro sean de imposible conservación por haber quedado los libros en que estaban contenidas, sin las condiciones materiales necesarias para su manejo, haciendo ello necesario el completar la legislación vigente sobre reconstitución de Registros Civiles destruidos. Se resuelve el problema permitiendo la apertura de libros que sustituyan a los que hayan sufrido siniestro y cuyo contenido se tomará de los mismos, todo ello previa autorización de la Dirección General de los Registros según el procedimiento que se establece.

## III. Derechos reales.

1. CENSOS EN EL DERECHO FORAL CATALÁN: *Se modifican determinados artículos de la Ley de 31 de diciembre de 1945 sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña.* (Ley de 26 de diciembre de 1957; *Boletín Oficial* del 28.)

(1) Vid. A. D. C., T. X., F. 4.º, págs. 1185 y sigs.

A. EXPOSICIÓN. I. Régimen jurídico.

a) **Ambito material:** La presente Ley tiene por objeto modificar los artículos 3.º a 16, 18, 20, 30 y 48, así como las disposiciones finales y transitorias de la de 31 de diciembre de 1945 sobre inscripción, división y redención de censos que gravan fincas situadas en el territorio de las cuatro provincias catalanas (cf. art. 1.º Ley de 1945).

b) **Ambito temporal:**

1.º **Entrada en vigor:** «Esta Ley comenzará a regir el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (disp. final 4.ª).

2. **Disposiciones transitorias:** «Dentro de dos años, a contar de la vigencia de esta Ley, se cancelarán las inscripciones de censos inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones inexistentes, en virtud de acuerdo del Tribunal Arbitral de Censos, con audiencia previa del Abogado del Estado» (disp. trans. 1.ª).

«Las reglas que se establecen en esta Ley para practicar la división de los censos sólo serán aplicables a las divisiones que se inicien a partir de su vigencia» (disp. trans. 3.ª).

c) **Eficacia derogatoria:** Quédan derogados los citados artículos y disposiciones de la Ley de 31 de diciembre de 1945 a los que se da nueva redacción, la Ley del 18 de diciembre de 1950, el Decreto de 6 de octubre de 1954 y los privilegios, leyes, prácticas, fueros, ordenanzas y preceptos en cuanto se opongan a esta Ley (disp. final 2.ª).

II. **División de censos:** «Los censos que afecten a varias fincas se dividirán entre ellas...» «La división se hará, según los casos, por escritura pública o en virtud de resolución firme del Tribunal Arbitral de Censos (comp. artículos 3.ª y 4.ª).

a) **División extrajudicial:** Se formalizará en escritura pública y procederá:

1.º Por acuerdo del censalista y todos los censatarios.

2.º Por acuerdo del censalista con algún censatario y notificación a los demás censatarios, con domicilio conocido, que no hayan comparecido en la escritura.

3.º Por otorgamiento unilateral del censalista cuando el censo estuviese inscrito en el Registro de la Propiedad con los requisitos del artículo 2.º de esta Ley y pudiese distribuirse la pensión conforme a las normas establecidas en los párrafos a), b), c) y e) del artículo 6.º de la misma. La inscripción practicada se notificará a los que pudieran estar interesados en ella por edictos autorizados por el Registrador. Si no se presentaran los edictos y un ejemplar de los periódicos en que se insertaren aquéllos en el Registro dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la inscripción, se procederá a la cancelación de ésta por nota marginal.

4.º Mediante acuerdo entre el censalista y uno o varios censatarios por el que se proceda a la división parcial del censo, determinándose la parte proporcional de la pensión que grava a la finca o fincas afectadas, sin que dicha determinación altere la relación jurídica existente entre el censalista con los demás censatarios (art. 5.º).

Los censatarios requeridos en los casos 1.º y 2.º podrán consentir la división en otorgamientos sucesivos o en escritura independiente de adhesión (cf. art. 7.º).

En los casos 2.º y 3.º los censatarios que no hayan comparecido en la escritura de división podrán impugnarla ante el Tribunal Arbitral de Censos por el procedimiento establecido en el artículo 49 de esta Ley, durante los dos años siguientes a la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad (art. 8.º).

La inscripción de la escritura de división en los supuestos 2.º y 3.º no surtirá efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años, a contar desde la fecha del asiento (art. 5.º, c), párr. 4.º).

b) División judicial: «La división total o parcial podrá también tener lugar en virtud de resolución firme del Tribunal Arbitral de Censos recaído en el procedimiento establecido en el artículo 49 de esta Ley, promovido por el censalista o por algún censatario cuando no exista división consentida o firme alcanzada por cualquiera de los medios señalados en el artículo 5.º, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente» (art. 1.º).

En todo caso podrá pedirse la rectificación de la división total consentida o firme:

a) A petición del censalista por inclusión indebida de finca gravada.

b) A petición del censatario por exclusión indebida de finca gravada.

Para que proceda la rectificación será indispensable que se haya producido lesión en más de la cuarta parte de la pensión respectiva. La acción podrá ejercitarse ante el Tribunal Arbitral de Censos por el procedimiento establecido en el artículo 49 de esta Ley, durante el plazo de dos años, contados desde que la división fué firme o consentida por cada interesado (art. 11).

c) Consecuencias de la falta de división:

1.º Suspensión de derechos: «La división de los censos puede realizarse en cualquier tiempo. Sin embargo, a partir de 1 de enero de 1961 quedará en suspenso el pago de la pensión y el ejercicio de los derechos inherentes al gravamen, incluso los llamados dominicales, de los titulares de censos que deban dividirse, conforme a lo dispuesto en esta Ley, hasta que se inscriba la división en el Registro de la Propiedad. Una vez practicada la citada inscripción podrán ejercitarse los derechos suspendidos que no hubieren prescrito» (art. 12).

2.º Cancelación del censo: A partir del 1 de enero de 1961 el Tribunal Arbitral de Censos, a petición de cualquier censatario, podrá acordar la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones de censos no divididos que graven la finca del solicitante. El censalista que con posterioridad solicitase y obtuviese la división del censo podrá inscribirlo de nuevo en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros sobre la finca gravada durante el tiempo en que el censo estuvo cancelado.

3.º Inadmisión en el Registro de la Propiedad de segregaciones o divisiones de fincas afectadas por censos indivisos: Desde 1 de enero de 1961 no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad segregación o división de fincas afectadas por algún censo sin que en la propia escritura de se-

gregación o división o en otra separada se proceda a la división del gravamen entre las nuevas fincas resultantes, mediante acuerdo entre el censalista y todos los censatarios o formalice propuesta de división del censo el censatario o censatarios. (V. art. 16.)

III. Redención parcial de censos: Podrá verificarse siempre que el censalista y el respectivo censatario, de común acuerdo, determinen la parte proporcional de pensión. Esta determinación obligará y perjudicará a los que la acuerden, pero no a los demás censatarios para el caso de posterior división (art. 23).

IV. Cancelación de censos prescritos: «Desde el 1 de enero de 1961 y a petición del censatario, podrá también el Tribunal Arbitral acordar la cancelación de los censos, una vez transcurridos los treinta años a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, que no hubieran sido objeto de inscripción posterior alguna solicitada por el censalista, aun al único objeto de acreditar el deseo de interrumpir la prescripción, si, además, se acredita por certificado del Registro Civil la defunción del censalista con diez años, al menos, de anterioridad o su ausencia en ignorado paradero durante el citado tiempo, acreditada por acta de notoriedad» (art. 14).

#### V. Normas procesales:

a) Procedimiento ante el Tribunal Arbitral de Censos: Se mantiene, en general, la normativa que contenía el artículo 49 antiguo con dos innovaciones de interés:

1.º El actor podrá pedir en el mismo escrito de demanda la anotación preventiva de ésta en el Registro de la Propiedad.

2.º Si el demandado se aviniera a lo reclamado en la demanda o cuando en cualquier trámite surgiere el acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral de Censos dictará auto aprobatorio que será inscribible en el Registro de la Propiedad.

b) Efectos económicos del proceso: «Cuando hubiese imposición de costas se comprenderán en éstas los honorarios y derechos de los abogados y procuradores en aquellos casos en que, por la cuantía litigiosa, fuese necesaria su intervención a tenor de las Leyes procesales de carácter civil.»

«Serán de cargo del censalista las notificaciones que tengan por fin provocar resoluciones declarativas de la existencia del censo» (art. 49, h), párrafo 2.º y 3.º).

c) Efectos jurídicos: «Las resoluciones firmes del Tribunal Arbitral de Censos, declaratorias o reconocitivas del gravamen, serán inscribibles aun cuando en el Registro de la Propiedad no conste inscrito el censo o conste a nombre de otra persona, si ella o sus causahabientes hubiesen sido citados personalmente. Las resoluciones que fuesen meramente divisorias sólo serán inscribibles si el censo consta previamente inscrito o las consiente el titular de la finca gravada» (art. 15).

B. OBSERVACIONES. 1. La Ley de 31 de diciembre de 1945 se propuso resolver el problema de la discusión de los Censos de Cataluña, pero tan saludable propósito no ha cuajado en la realidad jurídica, por lo menos en

la medida deseada» (E. de M. de la Ley que se anota) a pesar de que por Ley de 18 diciembre 1950 y D.-Ley de 2 diciembre 1955 (1), sucesivamente se habían prorrogado el plazo de cinco años que, para llevar a efecto las divisiones censales fijaba la Ley primitiva. Próximo ya a expirar el plazo que amplió el D. Ley de 1955, se dicta la presente Ley de reforma en que la división no se somete ya a plazo alguno, a la que ya se realiza un nuevo y considerable esfuerzo para que las divisiones propuestas alcancen definitivamente eficacia.

2. Medida importante en tal sentido es la facilitación del procedimiento extrajudicial de división, en primer lugar al permitirse que los censatarios requeridos al efecto puedan consentir la división en otorgamientos sucesivos o en escritura independiente de adhesión; con ello se salvan los inconvenientes que derivaban del requisito formal de unidad del acto. En segundo término, es una nueva medida facilitadora, la posibilidad de llevar a cabo divisiones parciales mediante acuerdo entre el censalista y uno o varios censatarios.

3. Otra novedad de importancia a efectos de estimular más intensamente la división es la medida que hace posible sancionar a los titulares de censos indivisos, que hayan de dividirse con la suspensión del pago de la pensión y ejercicio de los derechos inherentes al gravamen (cf. art. 12).

4. En orden a la redención parcial se admite ahora un carácter definitivo; mientras que en la Ley primitiva se sometía—como la división—a un plazo que prorrogarían las citadas disposiciones de 1950 y 1955.

5. En materia procesal es de anotar que el artículo 49, ap. 4, recoge la disposición del artículo 3.º del Decreto de 6 octubre 1954, sobre inclusión de honorarios de Abogados y Procuradores en las costas procesales. Con ello se desvanecen las dudas sobre la eficacia de dicho Decreto en este punto y sobre la innecesariedad de dirección técnica y representación en los procedimientos ante el Tribunal Arbitral que, en algunas opiniones parecía derivarse del sentido de las disposiciones de la Ley de 1945 (2).

6. Las disposiciones de la presente Ley tienen en definitiva y como las de la reforma de 1945, el carácter de Derecho especial (por su contenido concreto), particular (por su ámbito territorial restringido) y excepcional en el sentido de que los principios que la inspiran son contrarios a los que con carácter normal regulan la materia a que se refieren (en líneas generales se debilita el carácter real de los censos, aproximándose su régimen al de los derechos personales). (J. L. LL.)

2. LIMITACIONES DEL DOMINIO: Véase en «otras disposiciones». *Plan de Urgencia Social de Madrid*.

#### IV. Derecho de obligaciones.

1. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR: Véase infra en «otras disposiciones». *Plan de Urgencia Social de Madrid*.

2. NULIDAD DE VENTAS Y ARRENDAMIENTOS: Vid. infra. *Plan de Urgencia Social de Madrid*.

(1) Puede verse anotada esta disposición en ADC, IX, 1, págs. 202-203.

(2) Véase sobre esta cuestión la exposición y observaciones al D. 6 octubre 1954 en ADC, VII, 4, págs. 1202-1203.

V. Derecho de familia.

MATRIMONIO DE MILITARES; REQUISITOS PREVIOS; LICENCIA SUPERIOR: *Se prohíbe contraer matrimonio a los individuos sujetos al servicio militar desde el ingreso en Caja hasta el pase a la reserva sin la obtención del permiso reglamentario (art. 5.º). Se exige, salvo dispensa, la nacionalidad iberoamericana o filipina de la futura contrayente para el matrimonio de Generales, Jefes, Oficiales, Suboficiales o asimilados (art. 1.º, núm. 1.º) (Ley de 13 noviembre 1957; «B. O.» del 14).*

A. EXPOSICIÓN:

a) Generales, Jefes, Oficiales, Suboficiales y asimilados.

1) *Regla general.*—Los anteriores podrán contraer matrimonio, previa la concesión de una licencia especial que será otorgada por el Ministro correspondiente, si se trata de Generales, Jefes y Oficiales y por las autoridades militares que se mencionan en los demás casos. Para la concesión de dicha licencia deberán acreditarse las siguientes circunstancias:

1.º La nacionalidad española, hispanoamericana, portuguesa, brasileña o filipina de la futura contrayente, salvo dispensa de este requisito, que solamente podrá concederse, con carácter gracioso, en casos especiales y por los Ministros correspondientes.

2.º La buena conducta moral de la futura contrayente y su familia, así como el satisfactorio comportamiento social de aquélla, debidamente acreditado mediante amplia investigación rigurosamente reservada, que practicará el Jefe de quien dependa el interesado (art. 1.º).

No cabrá recurso alguno contra las resoluciones desfavorables (art. 2.º, párrafo 2.º, *in fine*).

2) *Excepción.*—Matrimonios «in articulo mortis». Tales matrimonios, contraídos conforme al Código civil y Legislación canónica, no exigen previa licencia especial. Si los interesados fallecieren, percibirán sus viudas la pensión que les corresponda; pero en el caso de supervivencia deberán acreditar, dentro del plazo de seis meses, las circunstancias señaladas en el artículo 1.º (art. 3.º).

3) *Aplicación de las normas anteriores a la Escala de Complemento y Reserva Naval.*—Tiene lugar durante su permanencia en servicio activo (artículo 11).

4) *Sanciones.*—Los Generales, Jefes, Oficiales, Brigadas y Sargentos o asimilados que contraigan matrimonio con persona de nacionalidad distinta de las expresadas en el número 1 del artículo 1.º sin haber obtenido la dispensa especial de tal requisito serán sancionados con la separación del servicio, previa tramitación del procedimiento correspondiente. Los que lo celebraren sin cumplir los demás requisitos y trámites señalados en el artículo 1.º incurrirán en la falta grave del 4.º, 3.º del artículo 437 del Código de Justicia Militar (art. 12) (1).

(1) Código de Justicia Militar de 17 julio 1945. Faltas graves. Art. 437. Será castigado con arresto el militar que incurra en alguna de las faltas siguientes: 3.º Contraer matrimonio sin la autorización reglamentaria antes de los plazos marcados. El sacerdote que autorizase estos matrimonios

b) Alumnos de las Academias Militares y Escuela Naval Militar: No serán autorizados para contraer matrimonio antes de concluir sus estudios, y el que lo contrajere será dado de baja (art. 4.º).

c) Clases de Tropa.

1) Los individuos sujetos al servicio militar, en el periodo comprendido desde el ingreso en Caja hasta su pase a la situación de reserva, podrán contraer matrimonio previa obtención del permiso reglamentario. Al mismo régimen quedarán sometidos los individuos sujetos al servicio de la Armada que se encuentren en situación activa o en el primer año de la disponibilidad (art. 5.º, párrs. 1.º y 2.º).

Los que hayan ingresado voluntarios, durante su compromiso de permanencia en filas se sujetarán a idénticas reglas (art. 6.º).

2) Sanciones.—Las clases de Tropa que contrajeran matrimonio sin solicitar el oportuno permiso o antes de que éste les fuere otorgado, incurrirán en falta leve de incumplimiento de obligaciones reglamentarias del artículo 443 del Código de Justicia Militar. Los marineros en el primer año de disponibilidad que incurran en idéntica falta serán castigados con arresto gubernativo de uno a treinta días, que impondrá el Comandante de Marina.

d) Especialistas.

Se sujetarán para contraer matrimonio a las reglas que les sean aplicables, según su categoría y empleo (art. 10, párr. 2.º).

B. OBSERVACIONES. 1. Son ya tradicionales las limitaciones existentes en España para contraer matrimonio en distintas profesiones y concretamente en la militar (2). Ahora se dicta esta Ley, según indica su Preámbulo, con una doble finalidad: 1.º Acomodar nuestra Legislación en este punto al vigente Concordato con la Santa Sede, cumpliendo lo que se ordena en el artículo XXXVI del mismo. 2.º Refundir la copiosa legislación que estaba vigente y a la vez unificar la aplicable a los tres Ejércitos, siguiendo el camino que ya inició el Código de Justicia Militar en 17 de julio de 1945. Hay que advertir que esta clase de limitaciones no gozan de excesivo favor por parte de la doctrina y por ello es elogiable el sentido de mayor flexibilidad que inspira esta nueva regulación respecto a aquella que sustituye, aunque parece también que no se ha llegado a las soluciones extremas que hubiesen sido de desear.

Es necesario cuando se estudia esta materia hacer una distinción fundamental entre militares profesionales y personas sujetas al servicio militar. Respecto a los primeros, como respecto a los diplomáticos, la exigencia de determinados requisitos, vg. de nacionalidad o de obtención de licencia no choca tanto con el general sentir, ya que se trata de algo voluntario el pertenecer a tales profesiones, y en todo caso puede reconocerse al Estado una cierta libertad en lo referente a las condiciones de sus funcionarios. Por el contrario,

quedará sujeto a las responsabilidades canónicas correspondientes, a cuyo efecto se pondrá el hecho en conocimiento de la Autoridad eclesiástica de la que dependa.

(2) Junto con las de la Carrera Diplomática, aparte de las de Derecho Público contenida en el art. 12 de la Ley de Sucesión de 26 de julio de 1947, son posiblemente las únicas que actualmente subsisten. Para una reseña completa de la legislación vigente en el momento de su publicación puede verse CASTRÁN, *Derecho Civil Español, común y foral*, V, I, 7.ª edic., Madrid, 1954, págs. 91 a 93. Cifra para una amplia reseña histórica a COVIÁN: *Matrimonio de militares*, tomo XXII de la E. J. E. En este ANUARIO puede verse tomo VII, 1.º, 3, págs. 883 a 886, y tomo VIII, 1.º, 3, págs. 921 y 922.



tratándose del servicio militar, siendo éste obligatorio en la mayor parte de los países, puede decirse con Montero: «El matrimonio y las causas matrimoniales», pág. 55; que el Estado se extralimita, pues «establece un verdadero impedimento prohibitivo del matrimonio cristiano» y al ordenar penas para el Párroco o los contrayentes «la Ley mereciera ser tachada de arbitraria». Conforme a la legislación anteriormente vigente, los individuos sujetos al servicio militar no podían contraer matrimonio desde su ingreso en filas hasta su pase a la situación de reserva (L. 8 agosto 1940, art. 4) (3). Ahora subsiste la prohibición aunque cabe la obtención de permiso, que incluso, según el p.º 3.º del artículo 5, deberá otorgarse en el más breve plazo posible, subordinando el momento de su concesión únicamente a las necesidades del servicio, y de acuerdo con tal reforma, el incumplimiento de tales requisitos ya no constituye la falta grave del artículo 437, número 3, sino la leve del 443. En lo referente al matrimonio de Generales, Jefes, Oficiales, Suboficiales y asimilados, contiene la Ley menos innovaciones. Se han suprimido las limitaciones por razón de edad o medios económicos y, en cambio, se exige la nacionalidad española, hispanoamericana, portuguesa, brasileña o filipina de la futura contrayente, salvo dispensa. Indudablemente está inspirado este precepto en el que la Ley de 23 de noviembre de 1940 estableció para la Carrera Diplomática en su artículo 2.º, que sólo exceptuó a hispanoamericanas y filipinas, ampliándose la excepción a portuguesas y brasileñas por Decreto-Ley de 3 de enero de 1951. En esta Ley se recoge la excepción en esta forma aunque no se exige como en el vigente Reglamento Orgánico de la Carrera Diplomática de 15 de julio de 1955 que la nacionalidad exceptuada se posea de origen. Han venido ya a ser características en nuestro ordenamiento las disposiciones que establecen un trato más favorable hacia las nacionalidades mencionadas que hacia las restantes (4), culminando con la admisión en estos casos de la doble nacionalidad en la reforma del título 1.º del Libro Primero del C. c., por Ley de 15 de julio de 1954, artículo 22, p.º 4.º y 5.º. Puede decirse que sin llegar a constituir un estado civil se crea una situación intermedia entre la del español y extranjero, con importantes efectos jurídicos.

2. No tiene por lo dicho anteriormente (carácter voluntario de la vinculación al Ejército) tanto interés la condición que esta Ley establece de ser soltero o viudo sin hijos para ingresar en las Academias Militares o Escuela Naval Militar (art. 4.º) ingresar como voluntario en los tres Ejércitos (artículo 6.º), obtener reenganche (art. 7.º) e ingresar como especialista o reengancharse como tal antes de haber cumplido los veinticinco años (artículo 10) (R. I.).

(3) Lo mismo en la Armada sustancialmente, aunque con posibilidad de licencia. (Véase L. de Reclutamiento y Reemplazo de la Armada de 14 de diciembre 1933, art. 36, y Reglamento provisional para la ejecución de la anterior, de 29 de agosto 1935, art. 66.)

(4) Pueden verse citadas las más importantes en DE CASTRO, *La doble nacionalidad*, «Revista Española de Derecho Internacional», VI, I, 1948, págs. 77 a 108.

## DERECHO MERCANTIL

REGISTRO MERCANTIL: *Se aprueba, con carácter definitivo, el Reglamento del Registro Mercantil* (D. 14. diciembre 1956; «BB. OO.» 7 y 14 marzo 1957).

## I. RÉGIMEN JURÍDICO.

a) *Ambito temporal.*

1) *Vigencia.*—«... a los veinte días de terminarse su publicación en el «B. O. del E.» (art. 2.º del Decreto) (1).

2) *Derecho transitorio.*—«Los documentos otorgados o expedidos con anterioridad a la fecha en que deba comenzar a regir este Reglamento serán inscribibles se reúnen los requisitos exigidos por las disposiciones anteriores» (disp. transit. 1.º, 1.ª parte) (2).

b) *Ambito material (objeto).*—«El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios individuales, sociedades mercantiles, buques y aeronaves y la de los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes» (art. 1.º, párr. 1.º).

c) *Eficacia derogatoria.*—«Quedan derogados el Reglamento del Registro Mercantil... de 20 de septiembre de 1919, así como cuantas disposiciones se opongan al Reglamento... que ahora se aprueba» (art. 3.º del Decreto y disposición final derogatoria del Reglamento).

d) *Derecho supletorio.*—«En jurisdicción disciplinaria, publicidad formal, rectificación de errores, honorarios de los Registradores y demás materias no previstas en este Reglamento, en cuanto no se opongan a él, serán aplicables como supletorias las disposiciones del vigente Reglamento Hipotecario» (disp. adicional 4.ª) (2).

## II. ORGANIZACIÓN.

a) *Personal.*—«Los Registradores de la Propiedad, con la cualidad de Registradores Mercantiles, conforme al artículo 32 del Código de Comercio, tendrán a su cargo los Registros Mercantiles y dependerán de modo inmediato de la Dirección General de los Registros y del Notariado» (art. 11, párrafo 1.º).

b) *Territorial.*—«El Registro Mercantil, con excepción del libro de buques, continuará establecido en todas las capitales de provincia y además en las plazas de Melilla y Ceuta» (art. 10, párr. 1.º).

Los libros destinados a la inscripción de buques se llevarán en las ciudades del litoral que especifica el párrafo 2.º del artículo 10.

c) *Competencia.*—Se mantiene lo dispuesto para comerciantes individuales (Registro correspondiente al lugar de su domicilio) y para buques (Registro correspondiente a la Comandancia de Marina de la provincia en que se hallaren matriculados) en el artículo 2.º del Reglamento que se deroga. Se refunde lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Hipoteca Naval de 21 agosto 1893 respecto a buques en construcción (lugar donde se construyan) y se establece la inscripción de aeronaves en el Registro Mercantil de

(1) Se repite innecesariamente la norma contenida en el art. 1.º C. c.

(2) Aprobado por D. 14 febrero 1947 (BB. OO. 16, 17 y 18 abril).

la provincia donde estuvieren matriculadas (en armonía con lo dispuesto en el art. 38 de la ley de 16 diciembre 1954 de Hipoteca Mobiliaria) (art. 7.º).

### III. FUNCIONAMIENTO.

a) *Libros* (arts. 6 y 14).—Se observan las siguientes innovaciones:

1) El libro de presentación de documentos se denomina ahora *Diario de presentación de documentos* (3).

2) El libro de inscripciones de comerciantes se llamará en adelante *libro de inscripciones de comerciantes y empresarios individuales*.

3) El libro de inscripción de Sociedades se divide en tres secciones: una de Sociedades colectivas y comanditarias, otra de Sociedades limitadas y otras de Sociedades anónimas.

4) En las capitales de provincia donde exista matrícula de aeronaves se llevará un libro de inscripción de «Aeronaves» y otro de «Aeronaves en construcción».

b) *Títulos*.—«La inscripción se practicará en virtud de escritura pública o de documento judicial o administrativo expedido por Autoridad o funcionaria competente. También podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las leyes y en este Reglamento» (art. 8.º).

c) *Previa inscripción*.—«Para inscribir en el Registro los títulos de transferencia de los derechos de socio y del dominio y demás derechos reales sobre buques y aeronaves, será necesaria la previa inscripción a favor del transferente, pudiendo constar en un solo asiento las diferentes transmisiones realizadas. También será necesaria la previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos» (art. 4.º).

d) *Calificación*.—«Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, con referencia a los títulos presentados, la competencia y facultades de quien los autorice o suscriba, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad (4) y legitimación de los otorgantes y la validez del contenido de los documentos, examinando si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo. La calificación se basará en lo que resulte de los títulos presentados y en los correspondientes asientos del Registro» (art. 5.º).

e) *Inalterabilidad de los asuntos*.—Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (art. 1.º, párrafo 3.º) (5).

(3) Los efectos del asiento de presentación durarán sesenta días hábiles (art. 36); en el Reglamento anterior duraban treinta.

(4) La capacidad civil de los extranjeros que otorguen o suscriban documentos inscribibles se acreditará por la aseveración de un Notario español que asegure conocer la Ley nacional del compareciente o por certificado del Cónsul de su país en España o, en su defecto, de la representación diplomática del mismo país (art. 9.º).

(5) El art. 18 del Regl. de 1919 decía: «... mientras no se declare su nulidad...».

f) *Rectificación*.—Modifica el Reglamento anterior en los siguientes puntos:

1) *Legitimación*.—«Podrá también recurrirse, a efectos exclusivamente doctrinales, aun cuando se hubiesen inscritos los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados a la nota del Registrador» (art. 53, párr. últ.) (6).

2) *Plazo para entablar el recurso gubernativo*.—Se reduce a dos el plazo de tres meses establecido por el artículo 75 del Reglamento de 1919 (artículo 55).

3) *Plazo para que la Dirección General resuelva el recurso*.—Se amplía a tres meses el límite de un mes establecido en el artículo 80 del Reglamento que se deroga (art. 60).

#### IV. EFECTOS.

1) «La inscripción produce todos los efectos prevenidos en el Código de Comercio y disposiciones especiales» (art. 1.º, párr. 2.º).

2) «Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia» (art. 2.º, párr. 2.º).

3) «Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros. No podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en su omisión» (art. 2.º, párr. 3.º).

«El contenido de los libros de Registro se presume exacto y válido. La inscripción no convalida los actos y contratos nulos con arreglo a la Ley. La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido del Registro» (art. 3.º, párrafos 1.º y 2.º).

4) «La nulidad no podrá ser declarada cuando su causa haya desaparecido en virtud de nueva inscripción» (art. 3.º, párr. 3.º).

5) «El Registro Mercantil es público» (art. 2.º, párr. 1.º) (7).

«La publicidad... se hará efectiva mediante la manifestación de los libros y documentos del archivo y en virtud de nota simple informativa o de certificación expedida por el Registrador. La certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro» (art. 38).

#### V. DE LA INSCRIPCIÓN DE COMERCIANTES O EMPRESARIOS MERCANTILES INDIVIDUALES.

Conforme a lo dispuestos en los artículos 17 y 18 del Código de comercio, la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes individuales; pero el comerciante no matriculado no podrá pedir la inscripción de documento alguno en dicho Registro ni aprovecharse de los efectos legales de éste. Sin embargo, será obligatoria la inscripción del naviero (art. 69).

(6) Tomado del art. 112 del Regl. Hip.

(7) Art. 30 Código de Comercio.

VI. DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS SOCIEDADES.

a) *Disposiciones generales.*

1. *Sociedades extranjeras.*—La constitución, modificación o extinción de las sociedades domiciliadas en territorio español y, en general, todos los actos inscribibles relativos a las mismas serán calificados con arreglo a la legislación española, cualquiera que sea la intervención o participación que en ellos tengan personas naturales o jurídicas extranjeras. No obstante, la personalidad y la capacidad de los otorgantes extranjeros se regirá por su Ley nacional respectiva (art. 87).

2. *Sucursales, agencias y delegaciones.*—Las sucursales llevarán el mismo nombre de la Sociedad, añadiéndoles la palabra «Sucursal» y, en su caso, cualquier otra mención que las identifique. La apertura de sucursales deberá inscribirse primeramente en la hoja abierta a la Sociedad y, además, será objeto de inscripción separada en el Registro Mercantil a que corresponda la sede de la sucursal. En esta inscripción se hará referencia del domicilio de la Sociedad, del objeto social, la cifra de su capital y de la parcial que, en su caso, se asigne a la sucursal, así como de los órganos centrales de administración y de sus representantes y gestores en dicha sucursal. Las agencias o delegaciones con establecimiento abierto al público se inscribirán en la misma forma que las sucursales.

b. *De la inscripción de Sociedades colectivas y comanditarias.*

La regulación del nuevo Reglamento es idéntica a la del anterior.

c. *De la inscripción de Sociedades Anónimas.*

1. *Fundación sucesiva.*—El depósito del programa de fundación en el Registro Mercantil se hará constar en el Diario de presentación (art. 106). En la fundación sucesiva el resultado de la suscripción pública se hará constar en la escritura de constitución por manifestación y bajo la responsabilidad del compareciente, corroborada por certificación del que hubiere actuado como Secretario en la Asamblea constituyente (art. 107).

2. *Nombramiento y separación de administradores.*—Podrá practicarse en virtud de alguno de estos documentos: 1.º Si el administrador hubiere aceptado el cargo en Junta general, testimonio notarial del acta de la Junta, por exhibición del libro correspondiente o certificación del acta de la Junta, expedida por el Secretario y visada por el Presidente, cuyas firmas deberán ser legitimadas. 2.º Si el administrador designado no hubiere aceptado el cargo en Junta general será necesario acreditar su nombramiento por alguna de las formas señaladas en el apartado anterior. 3.º En ambos casos, escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento y la aceptación del designado.

En la inscripción se harán constar los nombres, apellidos, edad, nacionalidad y domicilio de los Administradores (arts. 108, 109).

3. El nombramiento de Comisión ejecutiva o de Consejero delegado, y, en general, la delegación permanente de todas o parte de las facultades del Consejo de Administración, así como los poderes generales que, en su caso, acordare conceder la Junta general y la modificación o revocación de todos estos actos, constarán en escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro mercantil (art. 110).

4. *Impugnación de acuerdos sociales.*—Deberá anotarse preventivamente la demanda de impugnación de acuerdos sociales si el Juez lo ordenare, a su prudente arbitrio, siempre que el demandante preste caución adecuada a los posibles perjuicios y previa audiencia de los representantes de la Sociedad. Asimismo deberán anotarse preventivamente las resoluciones judiciales firmes que ordenen la suspensión de un acuerdo de la Junta general, en el supuesto y con las garantías que se fijan en el apartado 4.º del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La anotación preventiva de demanda se cancelará cuando ésta se desestime por sentencia firme y cuando haya desistido de la acción la parte demandante o caducado la instancia. En iguales circunstancias se cancelará la anotación preventiva de la resolución judicial que hubiere ordenado la suspensión del acuerdo. El Juez, a petición de parte interesada, expedirá el oportuno mandamiento para la cancelación. Si en sentencia firme se declara la nulidad del acuerdo impugnado se cancelará la anotación preventiva y el Juez ordenará la cancelación de la inscripción de dicho acuerdo así como de los asientos posteriores que fueren contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia (art. 112, 113).

5. *Aumento y reducción del capital.*—La inscripción de aumento de capital por emisión de nuevas acciones contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes: cifra del aumento de capital; valor nominal de las acciones, su serie y numeración; la parte de capital desembolsado por cada acción; las condiciones en que habrá de realizarse la parte de capital no desembolsado al suscribir las acciones; caso de aportaciones no dinerarias, nombre del aportante, naturaleza y valor de la aportación, número de acciones que han de entregarse y garantías adoptadas para la ejecución del compromiso; el derecho reconocido a los antiguos accionistas por el artículo 92 de la Ley o su renuncia (art. 114). La inscripción de reducción de capital social, acordada conforme al artículo 98 de la Ley, expresará: que el acuerdo de reducción se ha adoptado conforme al artículo 84 de la Ley; que el acuerdo se publicó tres veces en el *Boletín Oficial del Estado* y una vez en tres periódicos de los de mayor circulación de la provincia; que durante tres meses, contados desde la última publicación, ningún acreedor se ha opuesto; en su caso, que no obstante la oposición de algún acreedor, éste ha consentido el acuerdo de reducción, o ha sido satisfecho su crédito por la Sociedad, o ésta ha prestado la adecuada garantía (artículo 117).

6. *Modificaciones estatutarias.*—La inscripción de toda modificación estatutaria que afecte directa o indirectamente los derechos de una clase especial de acciones deberá expresar: que la convocatoria de la Junta se ajustó al artículo 84; que el acuerdo de modificación fué adoptado por mayoría en la Junta general debidamente constituida; que la modificación fué consentida por acuerdo mayoritario de las acciones directa o indirectamente afectadas por ella, bien en la propia Junta general en votación separada, o bien en Junta especial con los requisitos previstos en el artículo 84 de la Ley (art. 118).

d. *Inscripción de sociedades de responsabilidad limitada.*

1. *Administración de la Sociedad.*—Es obligatoria la inscripción del nom-

bramiento y aceptación de los administradores y la separación de los mismos. (121 y 122.)

2. Transmisión de participaciones sociales. Si se realiza por actos inter vivos a favor de persona que no tenga la cualidad de socio, a más de los requisitos generales se harán constar los siguientes en la inscripción:

1.º La comunicación dirigida por escrito en cualquier forma fehaciente a los administradores, indicándoles el propósito de transmitir y las condiciones de la transmisión.

2.º El transcurso de los plazos legales sin que hayan ejercitado su derecho los socios ni la Sociedad.

3.º La circunstancia de que en virtud de la enajenación, el número de socios no es superior a cincuenta, ni exceda del máximo señalado en la escritura social.

Si la transmisión de participaciones sociales tiene lugar por actos mortis causa, cuando fueren varios los herederos del socio fallecido se podrán inscribir las adjudicaciones de las participaciones sociales a favor de los mismos, siempre que no excedan del número de socios legalmente establecido o del máximo señalado en la escritura social. En este caso podrán inscribirse las participaciones adjudicadas pro indiviso conforme al artículo 23 de la Ley. (a. 123.)

e. *De la emisión de obligaciones.*

1. *Requisitos de la emisión.*—La emisión, en serie impresa y numerada, de obligaciones u otros títulos que reconozcan o creen una deuda, efectuada por sociedades mercantiles, deberá constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil. En las Sociedades Anónimas se observarán lo dispuesto en el capítulo VII de su Ley reguladora. En las Sociedades colectivas o comanditarias será preciso que consentan la emisión todos los socios colectivos. En las Sociedades de responsabilidad limitada el acuerdo se adoptará por las mayorías previstas en los respectivos Estatutos o escritura o, en su caso, en la Ley. (a. 124.)

2. Sindicato de obligacionistas. Los Estatutos y Reglamentos del mismo se inscribirán en el Registro mercantil (a. 125).

3. Emisión de obligaciones en las Sociedades Anónimas. Normas principales:

1.º La modificación de las reglas fundamentales que hayan de regir las relaciones entre la Sociedad y el Sindicato de obligacionistas y de los Estatutos y Reglamentos de éste se hará constar en el Registro. 2.º El nombramiento de Comisario, así como su remoción por acuerdo de la Asamblea de Obligacionistas se inscribirán en el Registro (a. 128 y 129). 3.º Se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro el acuerdo por el que la Junta faculte a los administradores para emitir obligaciones. (a. 130.)

f. *De la inscripción y fusión de Sociedades.*

1. La inscripción de fusión de cualesquiera Sociedades en una Anónima expresará, además de los requisitos generales que le sean propios, los siguientes: 1.º El acuerdo de fusión 2.º La publicación de dicho acuerdo de la forma prevista en su Ley reguladora. 3.º Número de accionistas con expresión del capital que representan, que hayan hecho uso del derecho de se-

paración. 4.º La circunstancia de que durante tres meses contados desde el último anuncio, ningún acreedor social se ha opuesto por escrito a la fusión. 5.º En su caso, que a pesar de la oposición de algún acreedor, se han asegurado previamente sus derechos o han sido satisfechos. 6.º Resultado del balance general de las respectivas Sociedades, cerrado el día anterior al del acuerdo de fusión, con expresión del hecho de haberse practicado las oportunas liquidaciones a los accionistas o acreedores disconformes, y el resultado, del balance final, cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura (a. 134).

2. La escritura de constitución de Sociedad Anónima creada por fusión, podrá contener los acuerdos de disolución de las Sociedades que se extingan en virtud de dicha fusión, con los requisitos señalados en el artículo 146 de la Ley (136).

g. *De la disolución de sociedades.*

1. *Sociedades Anónimas.*—La escritura de disolución contendrá el nombramiento de liquidadores y sus nombres, apellidos, domicilio y nacionalidad, así como su aceptación (a. 142).

2. *Prórroga de la Sociedad.*—La prórroga de la Sociedad producirá plenos efectos si se formaliza en escritura pública, presentada en el Registro Mercantil antes que transcurra el término de duración de la Compañía y se practica la inscripción correspondiente dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación. (a. 141.)

h. *Del Registro General de Sociedades.*

Se establecerán en la Dirección General de los Registros y del Notariado, a cargo de uno de sus Letrados. Se dividirá en cuatro secciones, correspondiendo la primera a Sociedades colectivas; la segunda a comanditarias; la tercera, a Sociedades de Responsabilidad Limitada, y la cuarta, a anónimas. (a. 144.)

VII. *De la inscripción de buques.*

a. *Concepto del buque.* Se reputarán buques para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial. (a. 146.)

2. *Tracto sucesivo.*—La reanudación del tracto sucesivo interrumpido se verificará mediante el acta de notoriedad o el expediente de dominio que regulan los artículos 201 a 204 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, sustituyendo la certificación catastral o del Registro Fiscal por la correspondiente de la Comandancia de Marina, debiendo publicarse los edictos en todo caso en el «Boletín Oficial del Estado» y en uno de los periódicos de mayor circulación en la provincia donde el buque estuviera inmatriculado. (a. 175.)

VIII. *De la inscripción de aeronaves.*

1. En el Registro Mercantil de la Provincia donde hubiera matrícula de aeronaves se abrirá una sección especial para la inscripción del domi-



nio y demás actos y contratos de trascendencia real relativos a las mismas. (a. 177.)

2. *Concepto de aeronave.*—Para los efectos del Reglamento se entiende por aeronave toda construcción destinada al transporte de persona o cosa capaz de mantenerse y moverse en el aire, sea más o menos ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores. (a. 178.)

3. Se inscribirán obligatoriamente en el Registro mercantil las aeronaves de nacionalidad española y de propiedad privada que se destinen o puedan destinarse a fines industriales o mercantiles. (a. 179.)

4. Las inscripciones primera de las aeronaves será de dominio y se podrá practicar en virtud del contrato de entrega o de venta de la Entidad constructora en unión del certificado administrativo de matrícula. (a. 180.) La inscripción primera de las aeronaves contendrá, además de las generales, las siguientes circunstancias: 1.ª Número de la aeronave en el Registro de la matrícula. 2.ª Fase de construcción en que se hallare, en su caso. 3.ª Marca de fábrica, nombre si lo tuviere, señales distintivas, número y potencia de los motores, fuselaje, capacidad de carga o de pasaje y cuantas características contribuyan a su más perfecta identificación, así como el lugar de su estacionamiento habitual. 4.ª Su valor. 5.ª Especificación de los seguros concertados y en especial de los de carácter obligatorio, con expresión de la entidad aseguradora, clase, cuantía del seguro y número de la póliza. (a. 181.)

5. *Cancelación.*—Tiene lugar por alguna de estas causas: 1.ª Destrucción de la aeronave. 2.ª Pérdida de la nacionalidad española. 3.ª Resolución judicial firme. (a. 184.)

6. *Inscripción a favor de personas jurídicas extranjeras.*—Podrá verificarse con sujeción a los convenios internacionales al principio de reciprocidad y a las prescripciones legales. (a. 185.)

7. *Efectos de la inscripción.*—La certificación del Registro mercantil acreditará la propiedad de la aeronave y será el único medio de justificar la libertad de cargas o los gravámenes que la afecten. En la documentación que debe llevarse a bordo figurará siempre dicha certificación, que deberá presentarse en el Registro cuando se transmita, límite o grave la propiedad de la aeronave para hacer constar en aquélla los asientos practicados. (a. 183.)

8. En lo no regulado expresamente en este título, con referencia a la inscripción de aeronaves se aplicarán las disposiciones de carácter general del Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y las de este Reglamento relativas a buques, en cuanto fueren pertinentes. (a. 190.)

## DERECHO PROCESAL

1. *INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL JUDICIAL:* La incompatibilidad establecida en el párrafo 1.º del artículo 114 de la L. O. P. J. (parentesco dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad entre miembros de un mismo Tribunal) no será aplicable en el Tribunal Supremo de Justicia, si bien los incursores en ellas no podrán formar parte de la misma Sala ni resultar jerárquicamente dependientes uno de otro (Ley de 26 de diciembre de 1957; B. O. del 28).

2. POSTULACIÓN; DEFENSA JUDICIAL E CORPORACIONES LOCALES: *Se recomienda al Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones locales la defensa ante todos los Juzgados, Tribunales y Magistraturas del Trabajo de España, de las Corporaciones cuya situación económica no les permita personarse en los respectivos procedimientos* (Gobernación. Orden 11 de noviembre de 1957; B. O. 6 de diciembre).

El Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento podrá asumir la defensa judicial, bien valiéndose de los funcionarios letrados adscritos al mismo en condiciones legales para el ejercicio de la profesión de Abogado, bien encargándola a letrados ejercitantes en el Juzgado o Tribunal en que el asunto se ventile.

3. ACTUACIONES JUDICIALES: RECONSTITUCIÓN EN VALENCIA: *Se dictan normas para la reconstitución de actuaciones judiciales inutilizadas por las inundaciones padecidas en Municipios integrados en la jurisdicción de la Audiencia Territorial de Valencia.* (Decreto de 2<sup>o</sup> de noviembre de 1957; B. O. del 2 de diciembre).

#### OTRAS DISPOSICIONES

1. PLAN DE URGENCIA SOCIAL DE MADRID: *Tiene por objeto la construcción de 60.000 viviendas conforme a un régimen jurídico especial.*

**LIBERTAD PERSONAL:** *Se autoriza a los Ministerios de Gobernación y Vivienda para ordenar el acceso a Madrid y condicionar el asentamiento definitivo de familias o personas a la previa demostración de poseer medios de vida suficientes, vivienda adecuada, ocupación estable y permanente o la existencia de cualquier causa legítima que justifique su cambio de domicilio* (art. 30).

**LIMITACIONES DEL DOMINIO:** *Se autoriza al Ayuntamiento de Madrid para impedir (no autorizar) las obras de iniciativa particular que no convengan al Plan* (art. 15).

**PROHIBICIÓN DE CONTRATAR:** *No podrán ser titulares de contratos de arrendamiento o compraventa de viviendas comprendidas en este plan, sino quienes acrediten la residencia en Madrid con antelación al acuerdo del Consejo de Ministros de remitir a las Cortes la presente Ley* (art. 31).

**NULIDAD DE VENTAS Y ARRENDAMIENTOS:** *Se declarará la nulidad de estos contratos cuando versen sobre edificaciones clandestinas, por la Comisión Ejecutiva del Plan* (art. 35).

**VIVIENDAS SUBVENCIONADAS:** *Se crea esta nueva categoría dentro de las «viviendas de renta limitada» establecidas en el artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954.* (Ley de 13 de noviembre de 1957; B. O. 14).

**VIVIENDAS SUBVENCIONADAS: ARRENDAMIENTO:** *Corresponde al Ministerio de la Vivienda la fijación del precio por metro cuadrado de la superficie útil, en función del cual se establece el alquiler mensual inicial. La revisión anual de este alquiler se hará por Decreto del Consejo de Ministros* (art. 5.º) (Vivienda. Decreto de 22 de noviembre de 1957; B. O. del 2 de diciembre).

La presente disposición desarrolla el régimen jurídico aplicable a este tipo de viviendas («Viviendas Subvencionadas»), creado por el artículo 10 de la Ley de 13 de noviembre de 1957 del Plan de Urgencia Social de Madrid.

El artículo 5.º establece: «El Ministerio de la Vivienda fijará cada año el precio por metro cuadrado de superficie útil que ha de servir para señalar el alquiler mensual inicial de las «Viviendas Subvencionadas». Este alquiler será revisado anualmente para ajustarlo a las variaciones del costo de vida, mediante Decreto del Consejo de Ministros, que aplicará de modo automático el índice fijado por la Dirección General de Estadística».

3. REFORMA TRIBUTARIA: *Se establecen importantes innovaciones en el sistema fiscal español que afectarán tanto a la denominación, estructura y gravamen que representan los distintos impuestos como a la gestión de los mismos* (Ley de Presupuestos y reformas tributarias de 26 de diciembre de 1957; B. O. del 27).

Cuatro son los aspectos fundamentales a que afectan las modificaciones introducidas en nuestro sistema fiscal por la presente Ley:

1.º Convenios con agrupaciones de contribuyentes: Se autoriza al Ministro de Hacienda para establecer un procedimiento especial de determinación de bases imponibles o cuotas de exacciones públicas, mediante la celebración de convenios anuales con agrupaciones de contribuyentes constituidas en la Organización Sindical y en los Colegios Oficiales Profesionales, y, en su defecto, con otras agrupaciones de contribuyentes oficialmente reconocidas, a solicitud de dichas entidades. Este sistema no podrá establecerse en ningún caso cuando se trate de conceptos tributarios que graven el patrimonio, capital o rentas totales de las personas físicas o jurídicas (arts. 31 a 39).

2.º Normas tributarias de carácter general: Quedan modificados los siguientes tributos:

a) Contribución Territorial Rústica: Se incluyen reformas de detalle relativas a revisión de ciertas riquezas imponibles y no sujeción a tributación de la que perteneciendo a un mismo propietario no exceda de 200 pesetas en un mismo término municipal (arts. 40 a 41).

b) Contribución Industrial: Se integrará en lo sucesivo en el *Impuesto sobre Actividades y beneficios comerciales*, de cuyo ámbito quedarán excluidos los profesionales, y que se exigirán en dos formas: cuota fija o licencia fiscal y cuota por beneficios (arts. 54 a 65).

c) Tarifa I de utilidades: Se refunde con la anterior Contribución Industrial en lo que ésta afectaba a los profesionales para integrarse en un solo tributo con sustantividad propia que se denominará *Impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal*. Los Notarios quedarán sometidos al régimen general de tributación, señalado en esta Ley para los profesionales, sin que, en ningún caso pueda investigarse el Protocolo por razones fiscales. (V. arts. 44 a 49).

d) Tarifa II de Utilidades: Constituirá un tributo con sustantividad propia denominado *Impuesto sobre las rentas del capital*. (V arts. 50 a 53.)

e) Tarifa III de Utilidades: Constituirá un tributo sustantivo denominado *Impuesto sobre las rentas de sociedades y entidades jurídicas*. (V. artículos 69 a 75.)

f) Contribución sobre la renta: Se incrementa la progresión de la escala contenida en el artículo 19 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 (V. artículos 66 a 68).

g) Contribución de Usos y Consumos: Todos sus conceptos quedarán integrados en un nuevo tributo con la denominación general de «Impuestos sobre el Gasto», ordenados en tres grupos: 1.º Impuesto general sobre el gasto; 2.º Impuesto sobre el lujo y 3.º Impuestos de compensación. (V. artículos 76 a 81.)

h) Impuesto de Derechos Reales: Se autoriza al Ministro de Hacienda para introducir ciertas modificaciones que afecten sustancialmente a cuatro grupos de normas: a) actos sujetos; b) actos exentos; c) investigación e inspección y d) exenciones y desgravaciones de la Tarifa. (V. arts. 82 a 96.)

i) Fondo de previsión para inversiones: Quedarán exentas de tributar por el Impuesto sobre Sociedades y de la cuota de beneficios del Impuesto Industrial las cantidades que las empresas industriales, de transportes, mineras y agrícolas destinen de sus beneficios a previsión para inversiones. (V. arts. 97 a 114.)

3.º Gestión de los tributos: Se incluyen ciertas modificaciones a la Ley de inspección de 20 de diciembre de 1952. (V. art. 115) y se autoriza al Gobierno (V. art. 119) y al Ministro de Hacienda (V. art. 120) para que adopten las medidas necesarias para vigorizar, coordinar con el Registro Civil y reorganizar por vía reglamentaria el Registro de Rentas y Patrimonios.

4.º Normas tributarias de carácter especial: En su mayor parte, contienen autorizaciones al Gobierno y al Ministro de Hacienda para que modifiquen ciertos extremos de la Legislación fiscal vigente. (arts. 124 a 135.)

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**ANGELONI, Vittorio: «Scritti giuridici». Pubblicazioni della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma. I. Milano. Giuffrè-Editore, 1956; 895 págs.**

La Facultad de Economía y de Comercio de la Universidad de Roma ha querido manifestar su afecto y consideración al profesor Vittorio Angeloni, en el momento de su jubilación, recogiendo y publicando en un volumen los escritos menores del ilustre mercantilista, obra dispersa en artículos de Revista y notas a sentencias de tribunales. Se han reunido, a tal efecto, si no he contado mal, trabajos hasta el número impresionante de setenta y ocho.

La mayor parte de los escritos recopilados se refieren, como es natural, al Derecho mercantil. En mayor número sobre sociedades, quiebra y Derecho cambiario; materia esta última, como es sabido, objeto de especial predilección para el autor. Se recogen también varios estudios sobre Derecho del trabajo y alguno sobre Derecho civil (comunidad del muro limítrofe, deuda de juego). En los trabajos de Derecho comercial se tocan también cuestiones varias de Derecho civil, así, repetidamente, en relación a la capacidad de la mujer casada, el mandato, la causa, la simulación y la fianza.

Sobre el significado de la obra de Angeloni y sobre su concepción científica dice frases atinadas y exactas el profesor Giuseppe Ferri (su sucesor en la cátedra) en el prefacio de los «Escritos jurídicos». Angeloni reúne la condición de docente universitario a la de abogado en ejercicio, lo que le ha llevado a fijarse en la realidad práctica y a huir de las abstracciones vagas, de esos juegos del ingenio que alejan de la realidad. Ha considerado al Derecho como destinado a la vida social y, por ello, dedica la máxima atención al análisis de los casos, al estudio de la jurisprudencia, comentándola y criticándola. La dogmática entiende que debe servir para ayudar a resolver las cuestiones concretas que se ofrecen en el bufete y en el foro, y no para que el jurista se divierta en desarrollar construcciones abstrusas en el «cielo de los conceptos». Tarea en la que le guía, como a todo buen jurista, un fino sentido de la Justicia y de la equidad.

Los juristas en general y en particular los comercialistas han de agradecer el gesto de la Facultad de Economía y Comercio de Roma, que le ha facilitado el conocimiento mejor y más amplio de la extensa labor científica del profesor Angeloni.

**BORTOLOTTI, S. J., Roberto:** «La formazione degli effetti civili del matrimonio nel regime concordatario italiano», *Analecta Gregoriana*, volumen LXXXIV series Facultatis Iuris Canonici. Romae, 1956; 191 páginas.

La Universidad Gregoriana acostumbra a editar las mejores tesis doctorales que se presentan para su aprobación en las diversas Facultades; señalemos, entre las ya aparecidas sobre materias jurídicas, «El matrimonio de los esclavos», de Andrés E. de Mañaricua (1940); «Il matrimonio canonico degli italiani all'estero», de M. Ghiron (1941), y la presente del Padre Bortolotti, cuyo interés se acrecienta por la reciente publicación del excelente estudio de Sancho Rebullida, «Las formalidades civiles del matrimonio canónico» (Madrid 1955), referente al sistema español (vidé la reseñación de esta última obra, en este mismo Anuario, por Fuenmayor, VIII-3.º, pág. 947).

Observa el autor que quien se enfrente con el problema del sistema matrimonial creado en Italia después del Concordato de 1929, queda sorprendido grandemente por el volumen de la producción literaria sobre la materia: pero los diversos escritores están muy lejos de encontrarse de acuerdo, ante bien, para cada problema particular y aun para la total concepción del sistema existe una vastísima gama de opiniones y posiciones que deja perplejo; por ello, está justificada la posibilidad de una investigación más profunda.

La finalidad última del trabajo consiste en establecer cómo los efectos civiles del matrimonio canónico-concordatario se originan en su realidad objetiva, en su eficacia normativa y vinculante; realidad y eficacia que se considera tal por la Iglesia y que se pone como lógico complemento de las normas naturales y canónicas que regulan la materia matrimonial; advirtiéndose que el conjunto de las normas civiles que regulan el matrimonio canónico-concordatario se presentan con una nota destacada y característica de primariedad y autonomía respecto de las indicadas normas naturales y canónicas.

En cuanto al valor que debe darse al Concordato de 1929 sostiene que debe tener siempre un significado unívoco y monovalente, no susceptible de dos interpretaciones distintas y contrastantes, una en el campo del Derecho civil y la otra en el canónico; ahora bien, si la Iglesia con esta su ley particular para el territorio del Estado italiano ha podido muy bien renunciar a algunas prerrogativas y derechos suyos, viniendo así a abrogar o modificar parcialmente, respecto a Italia, las normas y disposiciones generales: sin embargo, en modo alguno ha entendido insertar, aun implícitamente en el Concordato afirmaciones o concepciones que choquen con los principios fundamentales de su doctrina o que le sean contrarios.

En cuanto al propósito de la obra, el autor pasa revista a las siguientes teorías: la del valor constitutivo de la transcripción, la del sistema del «accoglimento» de D'Avack, la de la transcripción como procedimiento administrativo, la de la transcripción como condición en sus diversas formas (condición como circunstancia, condición potestativa, «conditio juris» impropia, «conditio juris» propia, condición como solemnidad de la celebración,

condición como requisito discriminativo), el sistema del llamado «matrimonio concordatario», la doctrina del renvío, y la del matrimonio canónico como hecho jurídico. Todas ellas son expuestas con gran detalle, agotando la bibliografía sobre la materia, finalizando con apreciaciones críticas.

Por último, expone y fundamenta su tesis: la celebración del matrimonio canónico es por sí causa unívoca y adecuada de la consecución efectiva de los efectos civiles, en cuanto que a esa celebración considerada como hecho jurídico atribuye el Estado tal eficacia, lo cual es aceptado positivamente por la Iglesia. Todo el sistema del matrimonio concordatario reposa en una combinada manifestación de voluntad de la Iglesia y del Estado que se actúa en tres momentos; por parte del Estado, el primero es el Concordato y las leyes de aplicación; el segundo es la orden dirigida al encargado del Registro civil para la transcripción —la cual no influye directamente sobre la producción de efectos civiles, que es consecuencia inmediata del primer momento—, y el tercero es la realización efectiva de la transcripción, que es un acto de la administración a través del Oficial del Registro Civil; por parte de la Iglesia, también ve el autor tres momentos distintos: la aceptación de la ley civil y el permitir la consecución efectiva de los efectos civiles en sede de derecho objetivo y vinculante, la instrucción de la Sagrada Congregación de Sacramentos en la que se prescribe al párroco que contribuya a la transcripción mediante la transmisión oficial del acta de matrimonio, y —en tercer lugar— la actividad del mismo párroco, órgano de la Iglesia, que procede a la redacción del acta y a la transmisión de la misma, actividad también necesaria e insustituible para que la transcripción consiga su forma jurídica.

Por lo que se refiere al derecho concordatario italiano, la tesis del autor nos parece sostenible, y desde luego está sólidamente fundamentada (para el Derecho español ver la obra de Sancho Rebullida citada, págs. 173 y siguientes); únicamente echamos de menos algunas indicaciones sobre lo que puede llamarse «Derecho Concordatario comparado», pues, tanto en la doctrina portuguesa, como en la española, hay aportaciones doctrinales que hubieran sido útiles al autor.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**ESSER, Josef:** «Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts». *Rechtsvergleichendes Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre.* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1956. XX más 394 págs.

Con algún retraso, pero sin que haya perdido actualidad, se da cuenta de la publicación de este libro. Ha de interesar a quienes importe seguir el pensamiento de la moderna doctrina alemana y no puede desconocerlo nadie que se ocupe seriamente de la teoría general del Derecho. Obra importante, del grupo pequeño y escogido en que están las que aportan nuevas ideas y hacen pensar de nuevo los problemas de siempre, de las que enriquecen al lector, aunque se discrepe de sus conclusiones o se tachen de inexactas e incompletos ciertos datos o detalles.

El título «Principio y norma en el desarrollo judicial del Derecho privado» y el subtítulo «Aportación de Derecho comparado a las doctrinas de las fuentes del Derecho y de la interpretación», indican el objeto estudiado y el método de investigación seguido. Con este trabajo —se nos dice— inicia la Asociación Alemana de Derecho Comparado, sección de Investigaciones fundamentales, una serie de publicaciones sobre los problemas de la comparación de la doctrina general y sobre las cuestiones básicas de la comparación jurídica.

El profesor Esser ha pensado que la comparación jurídica de la jurisprudencia estaba destinada a salvar el abismo existente entre la Filosofía del Derecho especulativa y la comparación material positivista y, también, de camino —aunque no lo diga abiertamente— a renovar la doctrina sobre fuentes e interpretación del Derecho. Optimismo no sin bases, pues el profesor es autor de un importante tratado de Filosofía del Derecho (1), de una obra valiosa sobre Derecho civil (2) y ha podido utilizar las mejores bibliotecas alemanas y la del Instituto para la unificación del Derecho privado de Roma, especializadas en Derecho comparado.

El concepto de principio se determina conforme al método de la comparación jurídica, único científico, según el autor. Para ello, se tienen en cuenta las consideraciones «fundamentales» de la práctica y los principios, máximas y axiomas de la doctrina; reglas doctrinales, construcciones científicas, principios políticos, nacionales, los peculiares de una institución; de modo, que se incluyan en el mismo acervo, la subrogación real, el negocio jurídico, la publicidad, la accesoriadad de los derechos prendarios y las «regulae» acumuladas en los repertorios. La clasificación y tipificación de los principios se hace distinguiendo: los immanentes o propios de cada institución y los que son meras «guías»; los principios materiales y los principios técnicos o principios axiomáticos y heurísticos. Todos los principios se caracterizan por carecer de propia fuerza normativa. Su importancia resulta de que sirven para la formación o desarrollo del Derecho, del codificado y del «judge made law». En ambos sistemas, lo primario es el acto de volición («hunch») del Juez o Tribunal.

La idea central de la obra es la importancia decisiva de la función judicial para crear o desarrollar el Derecho. Los jueces continentales afirman hipócriticamente su «fidelidad a la ley», los del «common law» no se ocultan detrás de las leyes para afirmar las reglas que han creado; pero es lo mismo, la jurisprudencia es fuente jurídica, la que en verdad fija la realidad del Derecho, mediante la llamada interpretación de las leyes, el «leading case» y la formulación de principios. Los principios, por sí, son extrapositivos; adquieren fuerza normativa sólo al aparecer en el razona-

(1) Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie. Wien, 1949. Sobre este libro, extensa nota en Bibliografía de este ANUARIO, III, 3 (1950), págs. 773-777, 1950. Elementi di Diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico; Le garanzie della dogmatica del diritto e il cosiddetto formalismo giuridico; Metodo e tecnica d'interpretazione nella giurisprudenza; estudios interesantes por contener el germen de las ideas desarrolladas en la obra reseñada. Publicados en Nuova Ri. D. Comm.: 5 (1952), págs. 1, 284; 7 (1954), página 244.

(2) BGB Schuldrecht. Allgemeiner Teil und Besonderer Teil. Karlsruhe, 1949.



miento con el que se justifican los fallos judiciales. La casuística, la jurisprudencia constante, es la que da valor de «disposición jurídica», la que «positiva» al principio, haciéndolo institucional. Después, interviene la dogmática para «racionalizar» la regla creada por la casuística. Aquella será la que permita el desarrollo del pensamiento jurídico y que el principio objetivado sirva de base para el desenvolvimiento y formación de la tradición conceptual.

El estudio de la jurisprudencia continental y la de los países del «common law» hace pensar al autor que las diferencias entre ambos sistemas no existen como hasta ahora se había creído; al contrario, en casi todos los problemas planteados las soluciones coinciden y, respecto de ellas, se encuentran principios comunes. Con el método propuesto del pensar problemático respecto a la casuística, completado con la construcción deductiva dogmática, advierte Esser semejanzas tan grandes en todos los Derechos, que ellas le inducen a la afirmación de principios universales jurídicos. Se nos anuncia la formación de un nuevo Derecho común apolítico, cuya materia prima está en la casuística judicial comparada y cuya elaboración teórica compete a la doctrina de la comparación del Derecho. Puede contarse ya con la posibilidad de proporcionar así a la práctica unos principios universalmente reconocidos. Principios que servirían para resolver los problemas doctrinales y prácticos, hasta ahora creídos insolubles, en el Derecho internacional público, y en el Derecho internacional privado, que serán, además, las reglas aplicables por los Tribunales de arbitraje internacional. De este modo, se ofrece un próximo futuro optimista, un nuevo «milentium» de superación de nacionalismos, en el que vencida la tiranía legalista, reinarán principios jurídicos universales, creados por los jueces y formulados por los dogmáticos.

La exposición hecha, fría y esquemática, no puede dar una idea exacta de la obra, ni siquiera del pensamiento de Esser, pues se pierden en ella matices y transiciones, medias tintas, correcciones internas y también su tono personal, reprimida pasión que hace vibrar muchos de sus párrafos: tampoco se puede transmitir la impresión que origina la variada riqueza de sugerencias sobre las más diversas materias y la extraordinaria erudición exhibida. Estudio de Derecho comparado, se coleccionan muchos datos sobre legislación y doctrina de diferentes países, especialmente completos respecto al Derecho alemán y al estadounidense; en cambio, lamentablemente pobres e inexactos sobre el Derecho español. Libro muy extenso, mayor todavía de lo que parece por el número de sus páginas, gracias a su «letra chica» y a las numerosas notas; se extiende en digresiones sobre temas especiales, como significado de la retórica en el Derecho romano, enriquecimiento sin causa, responsabilidad por los riesgos creados, declaración de igualdad de los sexos en la Constitución alemana, y otros temas que han preocupado especialmente al autor.

El libro que se reseña, probablemente será objeto de controversia, pues los autores se verán forzados a tomar partido frente a sus extremas aserciones. Aquí también parece debida una apreciación crítica de las teorías de Esser; mas para hacerla documentadamente habría que salirse tanto de los límites señalados por la Redacción del Anuario para las notas biblio-

gráficas, que ha parecido preferible desglosar las consideraciones y observaciones ya preparadas y llevarlas a la sección de notas críticas, donde está permitida una mayor extensión y detenimiento en el comentario.

F. DE C.

**FORSSIUS, Gustav:** «Le Code Suédois du Mariage». Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955; 93 págs.

El derecho de familia de los países nórdicos —poco conocido, en general, en España— ofrece la interesante característica de una sensible uniformidad; tanto más de apreciar, cuanto que esta materia es de las de unificación más difícil. Como nos advierte el autor en el prefacio, el Código del Matrimonio, en vigor en Suecia desde 1921, es el resultado típico de una armonización legislativa entre los países escandinavos. Juristas suecos, daneses y noruegos fueron designados en 1910 por sus respectivos Gobiernos para elaborar un proyecto común de leyes reguladoras de la conclusión y disolución del matrimonio. Las legislaciones actuales de los tres países escandinavos en materia de matrimonio, resultado de esta colaboración inter-escandinava, no son enteramente idénticas, pero sus diferencias son insignificantes de suerte que se ha llegado a una cuasi-unificación legislativa. En el Derecho Internacional Privado ello tiene su reflejo en la Convención de Estocolmo de 6 de febrero de 1931 referente al matrimonio, a la adopción y a la tutela. A las indicaciones de Forssius debe añadirse que Islandia y Finlandia entran también en la órbita de los países antes citados (cfr. Boschan, «Europäisches Familienrecht», 2.<sup>a</sup> edición, 1954, páginas 50 y 123).

La presente traducción nos ofrece, vertidos al francés, todos los preceptos del Código sueco del Matrimonio con las modificaciones habidas hasta 1954. Este Código fué promulgado con una ley de introducción de 11 de junio de 1920, y está en vigor desde 1.<sup>o</sup> de enero de 1921. Dicta también normas en materia de derecho económico matrimonial. Consta de 16 capítulos referentes a los esponsales, a los impedimentos, a la publicación de edictos, a la celebración del matrimonio, a las disposiciones generales relativas al estatuto jurídico de los cónyuges, a los bienes de los cónyuges, a las deudas de los cónyuges, a las convenciones matrimoniales y otros actos legales entre cónyuges, a la separación de bienes, a la anulación del matrimonio, a la separación de cuerpos y al divorcio, a la disolución del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, a la partición de bienes, a la mediación entre los cónyuges, a las normas de procedimiento y a las disposiciones generales.

Sin entrar a exponer el contenido del derecho sueco del matrimonio, queremos hacer constar algunas particularidades sobresalientes. La existencia de los llamados «bienes matrimoniales» y la institución del «mediador entre los cónyuges». Los primeros están regulados en el capítulo VI, definiéndose en su artículo 1.<sup>o</sup> como los bienes que un cónyuge posee al celebrarse el matrimonio o que adquiere posteriormente y que no se reputen

bienes personales según el artículo 8.º; en caso de disolución del matrimonio, de separación de bienes o de cuerpos, cada cónyuge o sus herederos tomará la mitad de los bienes matrimoniales existentes si otra cosa no se estipula en el Código. El mediador matrimonial tiene la misión de conciliar las diferencias entre cónyuges, de orden personal o patrimonial, y puede desempeñar este oficio el pastor de la iglesia sueca en cuyo registro está inscrito el matrimonio, u otro ministro de una iglesia disidente competente para celebrar el matrimonio, o un particular que tiene esta misión en cada municipio, y que se le nombra cada dos años. El mediador puede ordenar que los cónyuges comparezcan ante él, y deberá informarse delicadamente de la causa de la desavenencia o del desacuerdo, tratando de conciliarlos. Queda obligado al secreto y no puede ser oído como testigo.

El autor ha hecho un gran servicio a los estudiosos del derecho comparado, viniendo a completar en algunos aspectos los datos (por otra parte, amplios) de la indicada obra de Boschan (ver págs. 256 y ss.). Lástima que el texto francés acuse algunas veces incorrecciones que pueden afectar al sentido.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**GLEICHBERECHTIGUNGSGESETZ mit Gegenüberstellung aller betroffnen Paragraphen des BGB, der ZPO, und anderer Gesetze in ihrer neuer Fassung, Munich-Berlin, C. H. Beck, 1957, 464 págs.**

Formando parte de la colección «Beck'sche Textausgaben», nos ofrece la Editorial C. H. Beck en el presente tomito el texto de la Ley de equiparación de varón y mujer, promulgada en Alemania occidental en 18 de junio de 1957. La Ley desarrolla el principio constitucional de equiparación jurídica de sexos plasmado en el artículo 3.º de la Ley Fundamental de Bonn, pendiente hasta ahora de realización legislativa.

En la presente edición de la ley, quizá la primera aparecida, se ofrece el texto íntegro de ésta. Como la mayor parte de su contenido consiste en dar nueva redacción a numerosas disposiciones de la legislación alemana, los editores han tenido el acierto de ofrecer en las páginas de la izquierda la versión antigua de los textos modificados y en la de la derecha la nueva redacción de los mismos. De esta forma se aprecia con extraordinaria facilidad el sentido de la reforma. Otra circunstancia aconsejaba este sistema: las nuevas disposiciones no entrarán en vigor hasta el 1 de julio de 1958.

La Ley de equiparación consta de ocho artículos. El artículo 1.º contiene las modificaciones introducidas en el BOB; sin duda las más importantes, ya que se reglamenta ahora la familia partiendo de la base de igualdad absoluta de marido y mujer. Se modifica fundamentalmente tanto el aspecto personal como el patrimonial en el matrimonio. Resultan afectados por la reforma más de trescientos párrafos del BGB. El artículo 2.º contiene las reformas introducidas en la ZPO. El artículo 3.º las realizadas en la Ordenanza de concursos y en la Ordenanza sobre transacciones en el concurso. El artículo 4.º modifica algunas disposiciones de la Ley sobre

jurisdicción voluntaria. El artículo 5.º nos ofrece las reformas introducidas en la Ordenanza de 21 de octubre de 1944 sobre destino del domicilio conyugal y del ajuar doméstico después del divorcio («Sexta Ordenanza» a la Ley de Matrimonio). Los artículos 6.º y 7.º contienen, respectivamente, las modificaciones a la Ley sobre auxiliares judiciales y a la Ordenanza sobre costas. El único artículo de la Ley de equiparación que tiene un contenido autónomo y «per se» es el artículo 8.º, que regula con gran minuciosidad y casuismo los problemas de Derecho de transición y que se cierra con cinco disposiciones finales: repetimos que la vigencia general de la Ley sólo tendrá lugar a partir del día 1 de julio de 1958.

El formato del libro es el mismo que emplea la Editorial C. H. Beck, en sus ediciones de bolsillo de los textos legales alemanes.

CARLOS MELÓN INFANTE

**LARENZ, Karl: «Lehrbuch des Schuldrechts». Erster Band, Allgemeiner — Teil, 2, neubearbeitete und erweiterte Auflage, Munich-Berlin, C. H. Beck. 1957. XVI, 328 págs.**

En 1953 publicó el profesor Larenz el tomo I de su Tratado de Derecho de Obligaciones, destinado a la Parte General de esta materia, indudablemente la más jurídica de todo el Derecho Civil. De Castro, al reseñar la obra, la calificó como «una de las aportaciones más valiosas hechas después de la guerra a la Ciencia jurídica alemana» (cfr. en este Anuario, VI, 3, 716-717). Se publica ahora la 2.ª edición del libro, en la que la usual coletilla de «refundida y ampliada» no es, en este caso, mero reclamo editorial. En efecto, el autor ha refundido y ampliado de «verdad» el texto de su libro. En la explicación de las materias se ofrecen más abundantes ejemplos; se toma más en cuenta la jurisprudencia, que desde 1953 hasta la actualidad ha ido perfilándose y definiéndose con caracteres más firmes; se hacen las oportunas adiciones bibliográficas; se exponen con mayor amplitud ciertas materias. Asimismo se insertan en la obra nuevos apartados, como el relativo a la libertad contractual en el marco de la Ley Fundamental (pág. 48), y se reconsideran otros existentes en la 1.ª edición de los que ahora se ofrece un tratamiento más profundo: es lo que se hace por ejemplo con la «conducta social típica» como fuente de la relación obligatoria (pág. 31), con el problema de la causalidad en la cuestión de los daños (pág. 130), con la participación en la culpa de los auxiliares (pág. 140), con el concepto del dolo (pág. 170), con el problema de la desaparición de la base objetiva del negocio (pág. 196, etc.).

Distribución de materias y orientación general del libro siguen siendo igual que en la primera edición. La concepción de conjunto de la obra también ha de ser la misma: se trata de la exposición más importante que de la Parte General de las Obligaciones se ha hecho en estos últimos años.

CARLOS MELÓN INFANTE

**LARENZ, Karl:** «Lehrbuch des Schuldrechts». Zweiter Band, Besonderer Teil, 2, durchgesehene Auflage, Munich-Berlin, C. H. Beck, 1957, XII, 413 págs.

En poco más de un año desde que se publicó la primera edición, aparece ahora la segunda del tomo II del magnífico «Tratado de Derecho de Obligaciones» del profesor ordinario de la Universidad de Kiel, Karl Larenz. Dado el escaso tiempo transcurrido entre ambas ediciones pocas son las reformas que su autor podía introducir en el libro, máxime tratándose de una obra profunda y concienzudamente elaborada como lo es esta excelente «Parte Especial» del Derecho de Obligaciones. Se trata de una mera reimpresión de la obra en la que apenas si se encuentra algún ligerísimo retoque o insignificante adición. Incluso existe una absoluta coincidencia tipográfica entre las páginas de ambas ediciones. Para evitar repeticiones innecesarias, el autor, en esta 2.ª edición de su tomo II del Tratado, suprime las indicaciones bibliográficas y la clave de abreviaturas que figuraban al principio del libro en la 1.ª edición; en su lugar hay una remisión al tomo I.

Por lo demás, no existe ninguna otra novedad. Remitimos, por ello, al lector a lo que dijimos en este Anuario al aparecer la 1.ª edición del libro (cfr. ADC, X, 2, 547-550).

CARLOS MELÓN INFANTE

**LATOUR BROTONS, José:** «Estudio del usufructo». Publicaciones Jurídicas Sociedad Anónima, Madrid, 1956, 124 págs.

En este trabajo el autor se propone realizar una investigación sobre los factores que intervinieron en la codificación civil española para lograr la más exacta interpretación de los preceptos del C. c. en materia de usufructo; así, se citan constantemente textos de Derecho Romano y de nuestro Derecho histórico; sin desdeñar las aportaciones doctrinales recientes, se acude con preferencia, siempre que ello es posible, a los autores que, mediata o inmediatamente, tomaron parte en los trabajos preparatorios de nuestro C. c. como Alberto Aguilera, Cárdenas, García Goyena, Gómez de la Serna, Benito Gutiérrez, Alonso Martínez, Romero Girón, etc.

Está dividido en dos partes, en la primera expone el concepto del usufructo, analizando con particular detalle los diversos supuestos por razón del objeto: sobre inmuebles (árboles, viveros, aprovechamientos forestales, monte tallar, alamedas, de montes en Cataluña, edificios), sobre concesión minera, sobre muebles por naturaleza, sobre el dinero, sobre cosas consumibles y deteriorables, sobre semovientes y sobre derechos; en la segunda se ocupa de mayor amplitud sobre los frutos en general (concepto y clases, problemas de calificación) y en particular, siguiendo un método que podemos llamar atomístico y que consiste en diferenciar las nociones de sustancia y fruto en una serie de supuestos, de auténtico interés actual, como son el usufructo de un crédito y de títulos valores; lástima que al final no ensaye una definición propia de los frutos, pues parece que el

usufructo se presta a una construcción unitaria. Aparte de esto, nos parece que este estudio hubiera ganado si las citas bibliográficas estuvieran hechas con mayor precisión y rigurosidad.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**PALANDT, Otto:** «Bürgerliches Gesetzbuch». 16.<sup>a</sup> edición. *Erganzungsheft: Gleichberechtigungsgesetz*, Munich-Berlín, C. H. Beck, 1957, 52 págs.

La Editorial C. H. Beck publica, como folleto complementario de la 16.<sup>a</sup> edición del «Palandt» (cfr. sobre esta obra nuestra reseña aparecida en este Anuario X, 3, 881-882) el texto de la «Ley de equiparación» de sexos promulgada en la República Federal Alemana (Alemania Occidental) el 18 de junio de 1957, y que comenzará a regir el 1 de julio de 1958. El texto de esta fundamentalísima disposición, que no es otra cosa que el desarrollo legislativo del principio constitucional de igualdad de sexos (Ley Fundamental de Bonn, Art. 3) y que introduce radicales reformas en el Derecho de Familia (Libro IV del BGB), se publica en el folletito que motiva estas líneas sin comentario ni aclaración de ninguna especie. Ahora bien, el texto escueto de la Ley se ofrece, desde el punto de vista tipográfico, editado de forma que pueda utilizarse como tomito independiente o incorporarse los nuevos párrafos del BGB a los lugares que les correspondan en la 16.<sup>a</sup> edición de los Comentarios de Palandt.

Otra advertencia debemos hacer: en la presente edición de la Ley de equiparación se inserta únicamente el texto de aquéllas de sus disposiciones que contengan modificaciones al BGB (art. 1. de la Ley), o que tengan un contenido autónomo de carácter general (art. 8: disposiciones de transición y finales); en cambio no se transcriben aquellas disposiciones de la Ley cuyo contenido consiste en modificar otros textos de la legislación alemana (Ordenanza Procesal Civil, Ordenanza Concursal, Ley sobre jurisdicción voluntaria, Ordenanza sobre costas, etc.: artículos 2 a 4, 6 y 7). El artículo 5, que afecta a la Sexta Ordenanza a la Ley de Matrimonio, sí que se transcribe.

CARLOS MELÓN INFANTE

**PONS, Marcial:** «Catálogo General de Ciencias Jurídicas». Tomo I, *Derecho Civil y Derecho Mercantil*, Madrid, 1957, 56 págs.

La Librería Pons, que con tanto afán y esmero va cuidando su cada vez más acusada especialización en la materia jurídica, y que en pocos años ha llegado a ser la más íntima y fiel colaboradora de todos los organismos jurídicos y de todos aquellos que nos especializamos en el cultivo de alguna rama del Derecho, ha tenido el acierto de iniciar la publicación de un catálogo general sobre Derecho y materias afines, del cual ofrece ahora gratuitamente a sus clientes, y a toda persona que lo so-

licite, la primera parte, dedicada al Derecho Civil y al Derecho Mercantil.

Debidamente sistematizado se recoge en este libro, que puede competir con ventaja con las publicaciones extranjeras de igual índole, todo el material jurídico español existente en los momentos actuales en el mercado, así como una importante selección de libros hispano-americanos. Se dedica especial atención a las «separatas» de revistas; circunstancia ésta que no debe dejarse de consignar, puesto que tal tipo de publicaciones no goza, en general, de la difusión necesaria y su existencia escapa a un gran sector de personas que no siempre tienen ocasión de seguir al día las colaboraciones que ofrecen las publicaciones periódicas.

La distribución de las materias obedece a un sistema sencillo y de fácil manejo, que al mismo tiempo está de acuerdo con la sistemática generalmente admitida. La parte relativa al Derecho Civil consta de los siguientes apartados: Tratados generales y obras de carácter general, Parte General, Derecho de Cosas, Derecho de Obligaciones, Arrendamientos Rústicos, Arrendamientos Urbanos, Derecho de Familia, Derecho Sucesorio, Derecho Registral y Derecho Foral.

El Derecho Mercantil se distribuye así: Tratados generales y obras de carácter general; Comerciante Individual, Empresa, Sociedad Mercantil; Cosas mercantiles y títulos de valores; Contratos Mercantiles; Quiebras; Derecho Marítimo; Derecho Aeronáutico.

De desear es la pronta aparición de los restantes volúmenes de este catálogo que, como éste, constituirán una valiosa ayuda para el jurista en esa ya casi imposible tarea de no dejarse desbordar por la «excesiva generosidad» con que a él afluye la bibliografía jurídica.

CARLOS MELÓN INFANTE

**REYES MONTERREAL, José M.:** «Problemas matrimoniales (A propósito de la validez actual del matrimonio civil y sus requisitos)», Madrid, 1957, 78 págs.

El presente folleto es una separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (julio-agosto de 1957), cuyo interés y actualidad creemos merece atención en esta sección bibliográfica.

Debemos felicitarlos de que tiene a muchos autores el estudio del matrimonio civil, tanto a canonistas como a civilistas, pues cabe pensar que de la discusión saldrá la luz, sobre todo cuando existe —como ocurre aquí— una fuerte dosis de buena voluntad, de deseo de acertar.

Reyes Monterreal, conocido publicista e ilustre miembro de la carrera judicial, parte de un supuesto de hecho, imaginario, pero perfectamente posible; dos españoles contraen matrimonio civil con españolas, uno en España en 1933 y el otro en Francia en 1940, posteriormente regresan a la Patria y contraen matrimonio canónico con tercera persona viviendo el cónyuge del anterior. Con esta base expone el autor sus opiniones sobre la posibilidad de disolver los matrimonios civiles contraídos por católicos al

amparo de la ley republicana, sobre la validez del matrimonio de españoles en el extranjero, sobre la cuestión de la bigamia y sobre la interpretación del Decreto de 26 de octubre de 1956. En realidad, lo más interesante del estudio radica en el primero y último de los puntos indicados.

Acertadamente juzga —en cuanto al primer extremo— que se trata de una colisión de leyes, de una dualidad de potestades de igual rango a efectos legislativos, ninguna de las cuales puede ceder; pero cree que la solución debe estar en una transigencia por parte de la autoridad eclesiástica en el sólo sentido de hacer menos flexible su estimación de la libertad de los pretendientes al matrimonio canónico, cuando alguno de ellos ya estaba casado civilmente.

En relación con el Decreto de 26 de octubre de 1956, se ocupa de su antecedente, la Orden de 10 de marzo de 1941, en relación con el artículo 42 del C. c. y de la doctrina suscitada sobre la prueba de la acatolicidad; en la legalidad vigente distingue la pretensión de matrimonio civil por los no bautizados en la Iglesia católica, de la pretensión del mismo matrimonio por los bautizados en la Iglesia católica; según la Circular de la Nunciatura, entiende el autor que la actividad de la Iglesia subsiguiente a la notificación preceptiva es triple, de comprobación, de persuasión y de información; insiste en que siempre se conteste por el Ordinario («No se olvide —dice— que el Encargado del Registro, en cada caso concreto, lucha entre sus convicciones de católico, que le vedan, más que a nadie, eludir el cumplimiento, por parte de los súbditos, de las normas del Derecho Canónico y su condición de funcionario civil, por lo que le está vedado también sustraerse a las normas de su respectivo legislador»), no limitándose a decir que por tratarse de bautizados en la Religión Católica no pueden celebrar el matrimonio civil, sino partiendo de la base de que por apostasía, por abandono, o por cualquier otra circunstancia, pueden contraer el matrimonio civil. El matrimonio, de todas formas, se celebra y civilmente será válido.

Si las soluciones que propone el autor nos parecen sostenibles, no siempre la argumentación es convincente. En cuanto a los matrimonios civiles de la República, la solución de DEL AMO es de consejo, no de precepto, y la Iglesia no puede renunciar a permitir el matrimonio canónico de conciencia si lo exige la «salus animarum» (Cfr. nuestra nota crítica en ADC, VII-4.º, páginas, 1189-1196). En cuanto al Decreto, nos convence más la explicación de SANCHO REBULLIDA (En «Pretor», febrero de 1957), aparte de que, formalmente al menos, no aparece tal disposición como fruto del Concordato y hay quien sostiene lo contrario (Cfr. ALONSO, «La legislación española sobre el matrimonio civil». REDC, 1957, página 427), es decir, que ha existido un incumplimiento del mismo por el Ministerio de Justicia al dictarlo (aunque MALDONADO no lo entiende así, en la misma revista y año, página 27).



**RHEINSTEIN, Max:** «Cases on decedents' states.» *The law of decedents' states. Intes:acy, wills, probate and administration. Text, cases and other materials.* Indianapolis. The Bobbs Merrill Company, Inc. publishers, 1955; 875 págs. Appendix. Probate Act of Illinois, 1953; 83 págs.

Aún con un conocimiento limitado de la literatura jurídica americana, se puede valorar el carácter excepcional de este «libro de casos». No se contenta su autor con el sistema usual de reproducción de sentencias seleccionadas y notas orientadoras. Como los demás «libros de casos» tiene propósito docente, pero se distingue en que no queda en libro impersonal, auxiliar de maestro y discípulos para el trabajo de la clase. En verdad, es un verdadero y excelente tratado de Derecho hereditario; con la particularidad de estar entreverada la exposición con textos —citados «in extenso»— de sentencias (en su caso con los votos particulares o disidentes contra el criterio de la mayoría) y de autores clásicos y modernos, combinación de afirmaciones dogmáticas, citas y cuestiones, que da una singular viveza al libro.

El autor, en el prólogo a la primera edición de su obra (1947), señala ya la amplitud de su propósito. De un lado, quiere colocar al lector en el punto de vista del legislador y, de otro, enseñarle cómo se ha de redactar un testamento, cómo se ha de proceder para dar eficacia jurídica a la sucesión hereditaria y, en su caso, discutir ante los tribunales la validez de un testamento. Su contenido se divide en las siguientes partes: funcionamiento y mecanismo de la sucesión; sucesión abintestato; libertad de testar y sus límites; testamentos, su redacción y revocación; interpretación de la disposición testamentaria; procedimiento judicial y administración de la herencia; convenios para cambiar o dirigir el curso de la sucesión; observaciones sobre la planificación de la sucesión testamentaria.

Con la finalidad de que los estudiantes adviertan la importancia de las leyes («statutes») en el Derecho hereditario, nos dice Rheinstein que publica el texto de «Illinois Probate Act» de 1939 (en la redacción de 1953; pues conviene, añade, que se acostumbren a considerar que el Derecho no consiste sólo en sentencias («cases») sino también en leyes («statutes») y que se habitúen a consultar continuamente esas leyes (1).

¿Qué interés ofrece este libro para el lector español? Pueden distinguirse diversos aspectos. El primero, naturalmente, como fuente para conocer el Derecho hereditario norteamericano. Importará también como un ensayo pedagógico sugestivo.

El autor se preocupa tanto de esta última función, que detalla lo que el estudiante deberá memorizar en su estudio particular. Lo que se reserva a la explicación del profesor y discusión en clase y aquello que el alumno habrá de leer para, en su caso, pedir aclaraciones e información suplementaria.

(1) Debe advertirse que el «Probate Act» Artículo I, § 9, dispone: «Esta ley (Act) y las reglas que ahora o después se adopten, deberán ser interpretadas ampliamente, al fin de terminar las controversias y que se determinen rápida y definitivamente los derechos de las partes; y no debe aplicarse la regla según la que las leyes («statutes») que deroguen al Derecho común judicial («common law») han de interpretarse estrictamente».

Además, contiene consideraciones agudas sobre la importancia social y el hondo sentido político de los diversos sistemas de sucesión hereditaria. Junto a lo que se pone de relieve el lado humano, personal y sentimental—trágico a veces, en ocasiones cómico—que manifiestan las disposiciones testamentarias. Quien se sienta atraído por las cuestiones dogmáticas leerá con especial satisfacción los capítulos dedicados a la voluntad, forma e interpretación de los testamentos. En fin, se apreciará la riquísima variedad de supuestos curiosos, extraños, muchos de los cuales plantean cuestiones de difícil solución, también con arreglo a nuestro Derecho.

Un solo defecto o tacha podrá señalarle el lector español, que iniciada su lectura resulta tan atractiva que se continua o vuelve a ella a costa de otras tareas más necesarias o urgentes.

F. DE C.

**VECIANA, Ramón María de: «La eutelegenesia ante el Derecho canónico».**  
 Bosch, Barcelona, 1957; 327 págs.

El profesor Veciana de la Cuadra, de la Universidad de Barcelona, ha logrado con esta obra la exposición más completa, sistemática y bien orientada que hay sobre el tema de la autelegenesia en lengua castellana. Aunque pueda parecer prematura esta nota crítica tan absolutamente favorable en el pórtico de una recensión, creemos de justicia hacerla así porque es la primera impresión que se obtiene de su lectura, como juicio de conjunto que se impone casi desde el primer momento y se confirma plenamente al terminar el estudio.

La obra es de una perfección formal que se evidencia en el orden de su contenido y se corrobora en las ideas y en la documentación expuesta. Comienza con un preámbulo en que introduce al lector en el nuevo problema jurídico que presentan las prácticas inseminatorias artificiales en los seres humanos. Como jurista de gran formación, Veciana de la Cuadra advierte que los avances técnicos implican siempre otros dos aspectos, uno moral y otro jurídico que es imprescindible resolver; expone después los varios aspectos que han de ser básicos para el problema que va a ocuparle y hace, por último, en las páginas introductorias una recensión bibliográfica, valorativa de las fuentes científicas empleadas que dicho sea de paso y frente a la modestia con que las propone, son virtualmente exhaustivas, como se acredita sobre todo con el índice de autores y obras que se insertan al final de la obra como apéndice. Esta sola contribución bibliográfica, a falta de otros muchos méritos que la obra posee, bastaría a dar alta categoría científica a la obra que comentamos.

El libro se desarrolla después en dos partes: la primera está dedicada a exponer el concepto, historia y clases de la autelegenesia y los problemas biológicos, psicológicos, morales, sociológicos y jurídicos que entraña. Es una parte extensa (págs. 25 a 165), en que se tratan con rigor científico y con documentación de primera mano todos los temas enumerados, procurando siempre una exposición comparativa, ya que no de textos legales, que faltan casi en absoluto en todas las legislaciones, por lo menos de los

esfuerzos doctrinales que han hecho los autores para procurar, mediante la interpretación, las bases de aplicabilidad de los existentes al hecho novísimo de la generación de los llamados «niños de laboratorio». Resulta de grandísimo interés la aducción, por el autor, de citas concretas de múltiples resoluciones judiciales que ya han tenido que proferirse en varios países, lo que demuestra que la «inseminatio artificialis», como preveíamos algunos en obras análogas hace varios años forma ya la constelación de problemas de índole práctica que las leyes, más pronto o más tarde, tendrán que resolver en todos los terrenos (civil, procesal, penal, administrativo, etc.), si la moralidad social no se impone a estas prácticas eutelegénicas infrahumanas. Dentro de esta primera parte destaca por su generoso y bien conseguido intento de sistematización y de orientación de una posible legislación antieutelegénica, la parte dedicada a los problemas de Derecho civil y de Derecho penal (40 págs. y 27 págs., respectivamente).

En las páginas 159 y 160 mantiene el profesor Veciana de la Cuadra unas conclusiones, tanto morales (fundadas principalmente en el criterio católico y en palabras de S. S. Pío XII), como jurídicas, que compartimos plenamente, pues coinciden en esencia con las que hubimos de mantener en nuestra tesis de Doctorado («La eutelegénesia y su tratamiento penal». Madrid, 1952).

La segunda parte de la obra está dedicada a «La eutelegénesia y el Derecho canónico» y es donde el autor acredita más su acusada personalidad de jurista original y constructivo, pues por este difícil y antes no bien labrado campo entra con indiscutible competencia para ir formulando los problemas que la «inseminatio artificialis» produce al chocar con cánones del «Codex Iuris Canonici», estudiando en la eutelegénesia homóloga cuanto se refiere a impotencia o impotencia, error, simulación, condición, disolución, separación conyugal e impugnación de la filiación, y todo ello con interpretación sobre los modos y límites de aplicación de los cánones y, en cuantos casos ha sido posible, con aducción concreta de los pocos casos en que a la Rota Romana han llegado y le han dado oportunidad para pronunciarse sobre el vidrioso y nuevo tema de la fecundación artificial.

Más adelante estudia la inseminación heteróloga y con tal motivo los supuestos de adulterio (desde el punto de vista canónico penal exclusivamente) nulidad por exclusión del bien de la fidelidad, pública honestidad, impedimento de crimen, etc....

Termina la obra con un apéndice documental que contiene el texto íntegro del Decreto de la Sagrada Congregación del Santo Oficio de 17 de marzo de 1897, en que ya la Iglesia Católica condenó como ilícita e inmoral la fecundación artificial de la mujer y otros textos, igualmente íntegros y en sus idiomas originales (francés e italiano) de abucaciones de Su Santidad Pío XII sobre el mismo tema, más el apéndice bibliográfico de que queda hecha mención —tan elogiosa como merece— más arriba.

Otros dos índices uno analítico y otro onomástico, contribuyen a hacer de este libro una obra de fácil consulta, que predecimos como imprescindible para cuantos quieran llegar a conocer en toda su profundidad y extensión este gravísimo y novísimo tema de la inseminación artificial en seres humanos.

Felicitemos muy sinceramente al profesor Veciana de la Cuadra por esta magnífica aportación a la literatura jurídica española.

JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL

*Doctor en Derecho y en Filosofía. Catedrático*

**UNIDROIT: «Institut international pour l'unification du Droit privé». Annuaire 1956. Unification du Droit. Tome I. Aperçu général des travaux pour l'unification du Droit privé. (Projets et Conventions). Tome II. I.<sup>er</sup> Rencontre des Organisations s'occupant de l'Unification du Droit. Rome. Editions «Unidroit», 1957; 439 págs. y 445 págs.**

En el primer tomo, ante todo, se describe la actividad del Instituto durante el pasado curso 1956-1957. Después de las acostumbradas rúbricas (lista de países miembros, organización del Instituto) se da cuenta de la conmemoración de Scialoja, fundador y primer presidente del Instituto, y se insertan los discursos de Pilotti, Azara y Arangio-Ruiz. A continuación se da cuenta de los trabajos realizados y de aquellos que tiene en preparación el Instituto. Se insertan los textos de acuerdos y proyectos basados sobre trabajos del Instituto (venta internacional de objetos muebles corporales, transporte internacional de mercancías por carretera, alimentos, convenio de establecimiento de extranjeros). En estos capítulos se advierte la importancia creciente de la labor ya realizada por el Instituto en pro de la unificación del Derecho privado.

En la segunda parte del primer tomo, bajo el título de la «Unificación del Derecho en el Mundo», se tratan dos aspectos de ella. Estudios sobre los resultados de la unificación en Estados Unidos (Barrett), Canadá (Muggah), países del Benelux (van Hecke), países escandinavos (Petren) y liga de los Estados árabes (Namazi). Convenios internacionales y proyectos de convenios de dicho carácter.

La tercera parte recoge la jurisprudencia en materia de interpretación del Derecho uniforme, respecto a los convenios: de Bruselas de 1924 sobre el conocimiento, de Varsovia de 1929 sobre el transporte aéreo, los de Ginebra de 1930 sobre letras de cambio y de 1931 sobre cheques. Termina con una parte cuarta de datos bibliográficos en materia de unificación del Derecho.

El tomo segundo se ocupa exclusivamente de la reunión de los representantes de los organismos especializados en la unificación del Derecho, decidida y preparada por el Instituto para tratar de los métodos mejores de unificación y de la posibilidad de aunar esfuerzos y de perfeccionar procedimientos a tal efecto.

En una primera parte se reúnen los trabajos preliminares. El notable informe general del Secretario general del Instituto, Mario Matteucci; los informes sobre la unificación de carácter mundial, sobre la unificación en nivel continental o regional y sobre la unificación de significado interfederal.

La segunda parte recoge las actas de las cinco sesiones de trabajo celebradas en la reunión de Barcelona (18-20 septiembre 1956) por los represen-

tantes de los referidos organismos especializados. Además de darse cuenta de la sesión inaugural,

Este tomo tiene un valor extraordinario para todos aquellos que se ocupan o se interesen por la unificación del Derecho. Se recoge un material muy importante en datos y rico en sugerencias y los puntos de vista de las personas más autorizadas, entre las que se dedican a realizar la obra admirable de la unificación jurídica.

R. E. D

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar: *Grandeza, crisis y renacimiento del laboralismo alemán*, RFDUM, vol. I, núm. 1, 1957; págs. 19-58.

Con motivo de la nueva edición del "Lehrbuch des Arbeitsrechts" de HUECK-NIPPERDEY, el autor ofrece una visión de conjunto en torno a la evolución y estado actual del Derecho Laboral en Alemania. La crisis sufrida en el período nazi está superada.

BONENT CORREA, José: *Panorama doctrinal en torno del Derecho agrario italiano*, RDN, año V, núm. 16, abril-junio 1957; págs. 411-420.

Examen de las corrientes doctrinales italianas en torno a la reforma agraria, al Derecho agrario y a la teoría general y especies de contratos agrarios.

FERNÁNDEZ VIAGAS, Plácido: *El fraude de la Ley*, BI, año XI, núm. 382, 5 agosto 1957; págs. 3-9.

Consideraciones casuísticas en torno al concepto "fraude de la Ley" y a su mecanismo.

FROSINI, Vittorio: *Diritto e Stato nel pensiero di G. Capograssi*, IM, año VIII, fascículo 3, septiembre 1957; págs. 462-470.

La postura de Capograssi en relación con el significado del Derecho y del Estado viene caracterizada por su nota de "asistemática" y por la esencia dramática que atribuye a ambos conceptos.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Brevi cenni su alcune fonti bibliografiche in materia di diritto privato spagnolo*, BIR, año V, núms. 17-18, enero-junio 1957; págs. 3-9.

Breves indicaciones de carácter bibliográfico, destinadas al lector italiano

para iniciarle en las publicaciones fundamentales sobre fuentes bibliográficas referentes al Derecho privado español.

MONTILLA MOLINA, Roberto L.: *Reseña de Legislación, Literatura y Jurisprudencia mejicanas en el año de 1956*, RDP, mayo 1957; págs. 602-612.

Indicación de la bibliografía, jurisprudencia y legislación aparecida en México en 1956, en materia de Derecho Mercantil, Derecho Social, Derecho Administrativo, Derecho Fiscal e Internacional.

RAEYMEKERS-RENAULD: *Reseña de Legislación y Jurisprudencia belga en el año 1956*, RDP, julio-agosto 1957; págs. 841-852.

Información de la actividad legislativa y jurisprudencial habida en Bélgica en el año 1956: Derecho Civil, Mercantil y Penal (Legislación), Derecho Público, Civil, Mercantil, Penal, Internacional y Procesal (Jurisprudencia).

SCARPELLI, Umberto: *La Filosofia del Diritto di Widar Cesarini Sforza*, RDDC, año III, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 353-365.

Comentarios críticos en torno a ciertos problemas fundamentales de Teoría General del Derecho sobre la base del reciente libro de Widar Cesarini Sforza: "Filosofía del Diritto" (Milán, 1957): temas fundamentales de la Filosofía del Derecho, cuestiones metodológicas, el concepto de la justicia, etc.

## 2. Derecho de la Persona.

BECKER, W.: *Das Gesetz zum Schutze der Jugend in des Öffentlichkeit in neuer Fassung*, EF, año IV, cuaderno 10-11, octubre noviembre 1957, páginas 356-358.

La Ley para la protección a la juventud en el aspecto público (lecturas, espectáculos, etc.) de 4-12-1951 recibe nueva redacción por la Ley de 27-7-1957. Comentario a la nueva regulación, en relación con la educación de los jóvenes, asistencia a espectáculos, lecturas, etc. Para salas de cine se establecen estos límites de edad: seis, doce, dieciséis y dieciocho años.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Ilícitud civil y penal: el problema de su tipificación*, RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 8, mayo-junio 1957; páginas 207-217.

En la tipificación y delimitación de una conducta ilícita como civil y como penal, lo primero a investigar es si la misma encaja o no en una de las tipologías agotadoramente previstas en el ordenamiento penal, y sólo en caso de ausencia, acudir, subsidiariamente, a los demás terrenos de la tutela jurídica. Si en ellos

no se halla expresamente prevista, siempre cabrán posibilidades de adaptación analógica, que en lo criminal son absolutamente improcedentes.

### 3. Derecho de Cosas.

FISCHER, María: *Kann eine Tonbandaufnahme ein Werk im Sinne des Lit-UrhG darstellen?*, NJW, año X, cuaderno 28, 12 julio 1957; pág. 1018.

En relación con los avisos automáticos que realizan las oficinas de correos en Alemania, surge la cuestión de si las tomas magnetofónicas en que se graban pueden o no ser consideradas "obras" a efectos de la legislación de propiedad intelectual. Aunque se entienda que no lo sean ello no autoriza a excluirlas de la protección derivada de esta legislación.

FUENTES CARSI, FRANCISCO: *Influencia de la cosa juzgada penal en el proceso civil de nulidad de patentes*, RDM, vol. XXIII, núm. 54, abril-junio 1957; págs. 393-404.

Efectos de la sentencia condenatoria o absolutoria recaída en proceso penal por usurpación de patente en relación a la cancelación de la patente del condenado o a la prosecución o iniciativa posterior de un juicio civil de nulidad destinado a la invalidación de la patente del imputado absuelto.

HASSINGER, A.: *Noch einmal: Verwendungsanspruch des Werkunternehmers gegenüber dem Sicherungseigentümer*, NJW año X, cuaderno 35, 20 agosto 1957; págs. 1268-1269.

Examen de las opiniones doctrinales en contra de la teoría que afirma la posibilidad de que el realizador de una obra tiene pretensión en la indemnización de gastos contra el propietario (§1002 BBB).

JÁNER, Enrique de: *Notas sobre la Ley de 12 de mayo de 1956 que establece el régimen del suelo u ordenación urbana*, RGD, año XIII, núm. 153, junio 1957; págs. 482-488.

Breves comentarios críticos en torno a la "Ley del suelo", siguiendo los apartados en que su preámbulo está dividido. Entiende el autor que en la Ley se observa una acusada desconfianza hacia los Ayuntamientos y no se tienen en cuenta las modernas disposiciones contenidas en la Ley de Expropiación Forzosa y de Régimen Local.

LATOUR BROTONS, Juan: *La ocupación*, RDP, marzo 1957; págs. 261-271.

Manifestado que la ocupación como modo de adquirir cada vez tiene un menor campo de aplicación, se ofrece un ordenado estudio de conjunto de la institución: concepto, requisitos de la misma, especies diversas, con especial referencia al tesoro.



MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *El derecho real de superficie en la Ley de 17 de marzo de 1956*, RDP, julio-agosto 1957; págs. 753-762.

La Ley de 12 de marzo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana (Ley del suelo- instaura, como un medio más de fomentar la construcción, la posibilidad de ceder el suelo en derecho real de superficie. Aunque este derecho está ceñido al ángulo urbanístico, constituye una regulación que en ciertos aspectos podrían aplicarse a la superficie en general, huérfana de reglamentación en nuestro Derecho. La superficie en cuestión se instaura y regula en los artículos 157 a 161 de la Ley citada.

VANGEMANN, Richard: *Unbestimmter Erbbauszins und dingliche Sicherung*, NJW, año X, cuaderno 27, 5 julio 1957; págs. 978-980.

El § 9 de la Ordenanza alemana sobre el derecho de superficie de 1919 establece que si se ha pactado un canon como contraprestación por dicho derecho, éste ha de pagarse por anticipado. Motivación y finalidad de la norma, que sólo debe aplicarse cuando el pago anticipado se verifique en interés de la negociabilidad del derecho mismo.

YANGUAS MESSIA, José: *El aprovechamiento hidroeléctrico de los ríos internacionales en las zonas fronteras españolas*, RFOUM, vol. 1, núm. 1, 1957; págs. 9-18.

Aprovechamiento para la producción de energía eléctrica en los tramos fronterizos o internacionales del Duero, ríos pirenaicos, río Carol y lago Lanós.

#### 4. Obligaciones y Contratos.

AGUNDEZ, Antonio: *Examen crítico del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940*, RDP, enero 1957; págs. 29-39.

Estudio crítico de la facultad del aparcerero para convertirse en arrendatario reconocida por el artículo 7 de la Ley de 28-VI-1940. Especial consideración de la naturaleza de esta facultad: para el autor, una prórroga sui generis. La norma es muy defectuosa.

ALONSO GARCÍA, Manuel: *Problemas de capacidad en el contrato de trabajo*, RDP, febrero 1957; págs. 163-179.

Se estudia, previa delimitación de los conceptos capacidad jurídica y capacidad de obrar, la posición de los menores y la de la mujer casada ante la contratación laboral. Entiende el autor que, no obstante la descuidada redacción de los textos legales, en nuestro Derecho laboral pueden diferenciarse las nociones de plena capacidad para contratar; incapacidad total, incapacidad limitada y prohibiciones de contratar. Se propugnan mejoras en la regulación actual de la ma-

tería: mayor amplitud en cuanto a la mujer casada, posibilidad de impugnación por ésta o el menor de la negativa del representante legal.

**ARTIME PRIETO, Manuel:** *Arrendamientos Urbanos. Apostillas a la Ley de 1956*, FG, año XIV, núm. 105, mayo-junio 1956; págs. 173-200.

Continúa el autor sus apostillas en forma de breves comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. En el presente número de FG se refiere a los artículos 4 a 9 de la Ley. Consideración de la jurisprudencia.

**BERNAL MARTÍN, Salvador:** *Reseña de la Legislación de previsión social en España, durante el año 1956*, RDP, enero 1957; págs. 116-125.

Reseña de las disposiciones, más bien de carácter administrativo, en la materia de referencia. Reseña de la jurisprudencia.

**BETTI, Emilio:** *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, IM, año VIII, fascículo 3, septiembre 1957; págs. 353-371.

Las fuentes de las obligaciones se manifiestan siempre en forma de negocio jurídico o de acto ilícito (la gestión de negocios y el pago de lo indebido son negocios jurídicos). Junto a esto, las modernas relaciones de masa exigen que en determinadas situaciones, de acuerdo con la valoración dominante que a las mismas se da en el tráfico, se reconozca el nacimiento de relaciones obligatorias, aunque los interesados nada hayan declarado al respecto. El autor se fija, y estudia su contenido y eficacia jurídica, en una serie de supuestos en que las relaciones obligatorias vienen "contraídas" sin declaración alguna de los interesados. Son las llamadas "relaciones contractuales de hecho". Entre los interesados se da una típica relación de vida social, que se diferencia de la "neutra coexistencia" de simples "terceros", y que crea entre ellos un vínculo obligatorio análogo al surgido de contrato o acuerdo al respecto. Examen de grupos de supuestos.

**BÖHMER, Emil:** *Zur Frage der Betriebsgefahr eines stillstehenden Kraftfahrzeugs*, MDR, año XI, cuaderno 10, octubre 1957; págs. 597-598.

El aumento creciente de la circulación rodada impone que la estricta responsabilidad por riesgo contenida en el § 7 de la Ley alemana sobre el tráfico se aplique también a los supuestos en que el accidente es originado por un vehículo estacionado.

**CARRESI, Franco:** *Interpretazione correttiva del contratto*, RDDC, año III, número 3, mayo-junio 1957; págs. 325-331.

Comentario a una sentencia del Tribunal de Pistoia de 9 de mayo de 1955 que sienta la siguiente doctrina: Una parte no puede, en la cuestión de fijación de linderos, probar que éstos son distintos de los resultantes de un documento pú-

## Bibliografía

blico redactado por un tercero para esto designado. Si el tercero incurrió en error, debe pretenderse la anulación del contrato por error.

CARRESI, Franco: *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, RDDC, año III, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 265-276.

El contrato de ser una relación obligatoria ya surgida, ha pasado a ser una convención destinada a formar esa relación. La Escuela del Derecho natural considera a la voluntad humana como la fuente fundamental de las obligaciones. La libre voluntad configuradora de relaciones jurídicas se manifiesta en una autonomía creadora de contratos o de otros negocios jurídicos. Delimitación del contrato frente a éstos, especialmente frente al negocio unilateral entre vivos, en el Derecho italiano.

DE LAURENTIS, ELENA: *Vita e morte di una massima della common law: actio personalis moritur cum persona*, IM, año VIII, fascículo 3, septiembre 1957; págs. 452-461.

Análisis histórico, referido al common law, del derecho de acción surgido de un hecho lesivo de la integridad física de la víctima; transmisibilidad o no de tal derecho a los herederos y posibilidad de surgir jure proprio nuevos derechos en ciertas personas como consecuencia de la muerte del dañado.

DEMPEWOLF, Günter: *De Rückübertragungsanspruch bei Sicherungsgrundschulden als Kreditsicherungsmittel*, NJW, año X, cuaderno 35, 30 agosto 1957; págs. 1257-1261.

Es frecuente que los Bancos para seguridad de los créditos que otorgan exijan a su favor la constitución de deudas inmobiliarias. Ventajas de esta figura sobre la hipoteca. Seguridades frente a los acreedores de rango preferente: pretensión de transmisión de la deuda inmobiliaria de propietario. Anotación preventiva con asentimiento de los acreedores de mejor rango. Cuestiones de procedimiento. Subasta y concurso.

DUEBNER, K. G.: *Mitwirkendes Verschulden beim Fernwirkungsschaden*, NJW, año 10, cuaderno 35, 30 agosto 1957; págs. 1269-1270.

En los llamados "daños a distancia" (aquellos que no se producen de una manera directa por la conducta del dañador con el dañado, sino a través de los daños causados a otra persona —primer dañado—), al apreciarse la responsabilidad del causante del daño se tiene en cuenta la culpa del perjudicado, no la del "primer dañado".

EURAS, Salvador: *El artículo 1.547 del Código Civil y la legislación especial de arrendamientos*, RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 3, marzo-junio 1957; págs. 226-231.

Considera el autor que el artículo 1.547 C. c. (norma insólita e incorrecta) parte de la existencia de un contrato válido y que concede una facultad resolu-

toria. Involucración de la vigencia del precepto en el marco de las legislaciones especiales en materia de arrendamientos.

FÁBREGAS DEL PILAR, José María: *La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios*, RGLJ, tomo 202, núm. 6, junio 1957; páginas 701-744.

Estudio del Título III del que en la época de redacción del trabajo era "Proyecto de Ley sobre Régimen jurídico de la Administración del Estado". El examen de dicho Título va precedido de una referencia a la responsabilidad del Estado y los funcionarios en la doctrina y en la legislación anterior al Proyecto (hoy Ley).

FÉLIX, Günter: *Amtshaftung gegenüber Staatenlosen*, NJW, año X, cuaderno 30, 26 junio 1957; págs. 1099-1100.

Comentarios sobre el problema de la responsabilidad frente a los extranjeros en el Derecho alemán. Es fundamental el criterio de la reciprocidad (art. 34 Ley Fundamental). El principio en cuestión no es aplicable a los apátridas.

KOEBEL: *Billigkeitsansprüche aus Schadenszufügung*, NJW, año X, cuaderno 28, 12 julio 1957; págs. 1009-1011.

En el aumento considerable de los accidentes de tráfico se produce también un incremento de las pretensiones de indemnización basadas en la equidad (§ 829 y 847 BGB). Es de procurar que en el ejercicio de tales pretensiones las costas no graviten sobre quien las ejerce.

KOPPE: *Das Bundesrückerstattungsgesetz*, NJW, año X, cuaderno 33-34, 16 agosto 1957; págs. 1212-1216.

Cuestiones de interés para los titulares de indemnización en torno a problemas que suscita la Ley Federal de indemnizaciones a los damnificados por la persecución nazi (Ley de 19-7-1957): entrada en vigor, pretensiones ejercitables, deudor de la indemnización, titulares, forma de ejercicio de las pretensiones.

KRÜGER, Hildegard: *Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu den Witwerrenten*, NJW, año X, cuaderno 33-34, 16 agosto 1957; págs. 1209-1212.

Comentario crítico en torno a la posición del Tribunal social federal en materia de otorgamiento o denegación de pensiones de orfandad y viudedad como consecuencia de daños de guerra.

LASHERAS SANZ, Antonio: *Estudio de la rescisión del contrato de seguro y sus consecuencias económicas*, RDP, marzo 1957; págs. 251-261.

Una Orden del Ministerio de Hacienda, de 2-VII-56, dispuso la aprobación de una cláusula, añadible a las pólizas de seguros, en cuya virtud la Compañía

beneficia al asegurado con una reducción del 10 por 100 sobre la prima neta si el seguro se contrata por diez años fijos. Estudio de la posibilidad de que el asegurado rescinda el contrato antes de los diez años y consecuencias de esa rescisión.

MENÉNDEZ-PIDAL, Juan: *La cesión, traspaso o venta de la empresa ante el Derecho social*, RDP, abril 1957; págs. 392-405.

Estudio exegético del artículo 79 de la Ley de contrato de trabajo (texto refundido). Efectos en las relaciones contractuales laborales del cambio de titularidad en la empresa. Irrelevancia. Posible relevancia.

MESS, Jürgen: *Nichtgenehmigte Wertsicherungsklauseln*, NJW, año X, cuaderno 35, 20 agosto 1957; págs. 1261-1265.

Consecuencia de la reforma monetaria es la necesidad de ratificación de ciertas cláusulas contenidas en los seguros. La regla vale lo mismo para los contratos concluidos antes del 20-6-1948 (fecha de la Ley alemana sobre reforma monetaria). Existen pactos no susceptibles de aprobación: eficacia jurídico civil.

PRIETO ALONSO, Elías: *La cuantía en la Ley de 17 de julio de 1953 sobre competencia y jurisdicción en los procesos sobre Arrendamientos Rústicos*, RGD, año XIII, núm. 153 junio 1957; págs. 489-498.

La cuantía a que aluden las apartados *b* de los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 17 julio 1953 es, como en los apartados *a*, la de la renta anual que haya sido pagada con carácter liberatorio en el último vencimiento, y en caso de que se adeude o sea imposible justificar la cantidad pagada se estará a la que corresponda pagar en el último vencimiento, efectuando las oportunas conversiones.

RICA-BARBERIS, Mario: *La evicción por hecho personal o propio de quien ha donado o vendido*, RDP, mayo 1957; págs. 485-507.

El concepto de evicción supone pérdida de posesión por el comprador por una causa anterior a la adquisición, pero en los supuestos de responsabilidad por hecho propio del enajenante parece que se basa en una causa anterior. El autor no está de acuerdo con esta posición y critica las desviaciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a esta especial evicción por hecho propio del enajenante (vendedor o donante).

ROVIRA VILAMITJANA, Ramón: *Los despachos profesionales y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 231-240.

Los despachos profesionales deben calificarse de forma distinta, a efectos de la LAU nueva, según que el profesional tenga o no en el mismo sitio que el despacho la propia vivienda.

SCHELF, Günter: *Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, MDR, año XI, cuaderno 10, octubre 1957; págs. 592-594.

Aspectos recientes de la jurisprudencia del Tribunal federal de trabajo de la Alemania Occidental en materia de denuncia de relaciones laborales, relaciones laborales, mediatas, contratos de tarifa, libertad de coalición, etc.

SCOGNAMIGLIO, Renato: *Il danno morale*, RDDC, año III, núm. 3: mayo-junio 1957; págs. 277-336.

Como contribución a la teoría del daño extracontractual, el autor estudia de una manera casuística el problema del daño moral, analizando por separado lo relativo a la noción del mismo y lo referente a su resarcimiento en el Derecho positivo italiano. El daño moral no es el daño no patrimonial (es decir, el que no parece prestarse a una inmediata valoración en dinero), según afirma gran parte de la doctrina, fijándose en la cuestión de la resarcibilidad o no del daño mismo. El daño moral debe delimitarse con independencia de su resarcibilidad, respecto a la cual el artículo 2.059 del Código civil italiano adopta una posición intermedia.

VÁZQUEZ GUNDIN, Eugenio: *Legislación de mínimos cultivos*, FG, año XIV, número 105, mayo-junio 1956; págs. 167-172.

Consideración de algunos problemas prácticos en torno a la Ley de 15 de julio de 1954 y disposiciones complementarias: parcelaciones ilegales, colisión de colindantes (el del Código civil y el de la Ley de 1954), aparcerías que se transforman en arrendamiento, etc.

WEIMAR, Wilhelm: *Zum Umfang des Schadensersatzanspruches gemäss § 249 S. 2 BGB*, MDR, año XI, cuaderno 7, julio 1957; págs. 401-402.

Conforme al inciso 2.º del § 249 del BGB, cuando ha de prestarse indemnización a causa de la lesión a una persona o del menoscabo de una cosa, en lugar de la indemnización in natura, puede exigirse una suma de dinero. Esta disposición permite al lesionado, cuando se trata de daños a una persona, no dejarse intervenir por médico que no tenga su confianza, sino buscar el que le parezca a costa del dañador. Alcance de la indemnización en este caso.

WENDT, Herbert: *Abzahlungsgesetz und Finanzierungsinstitute in der Rechtsprechung*, MDR, año XI, cuaderno 7, julio 1957; págs. 390-392; cuaderno 8, agosto 1957; 455-458.

A la luz de la jurisprudencia alemana se consideran algunos problemas concretos que la práctica de los negocios a plazos plantea: 1) Unidad económica e independencia jurídica del contrato de compraventa que une al comprador con el vendedor y del contrato mutuo que se da entre comprador y el instituto de crédito. 2) Valoración de la realidad económica de tales negocios y de los puntos de vista sobre que se fundamentan las decisiones judiciales. 3) Consecuencias de la actual jurisprudencia.

## 5. Derecho de Familia.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La patria potestad de la madre en el Derecho Español*, RDP, mayo 1957; págs. 508-533.

Estudio de la posición de la madre en relación con la potestad sobre sus hijos en el Derecho histórico y actual. Reformas necesarias, y que pongan fin al sistema aceptado por el artículo 154, que sólo subsidiariamente confiere a la madre la patria potestad. El autor propugna la proclamación de la participación de la madre en la patria potestad; poder decisorio del padre en los supuestos de desacuerdo; recurso de la madre contra los supuestos de abuso del poder decisorio del marido.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Antoniò: *Notas acerca de la filiación ilegítima no natural*, RDP, abril 1957; págs. 363-392.

El autor apunta las soluciones que estima convenientes a algunos de los innumerables problemas que entraña la filiación ilegítima no natural. Se analizan los siguientes extremos: clases, reconocimiento (posibilidad o no del mismo), declaración de paternidad, inscripción en el Registro y sus efectos. Impugnación de la ilegitimidad.

LA REDACCIÓN: *Declaraciones del Ministro de Justicia*, BI, año XI, número 383, 15 agosto 1957; págs. 3-8.

Inserción de las declaraciones del Ministro de Industria, señor Iturmendi, publicadas en un diario madrileño, en torno al Proyecto de Ley sobre reforma de la capacidad de la mujer casada, derechos del cónyuge viudo, etc.

FINKE, Franz-Josef: *Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, MDR, año XI, cuaderno 8, agosto 1957; págs. 449-455.

A partir del 1 de abril de 1953, en Alemania estaban derogadas las disposiciones del BGB y de otras leyes que contradijeran el principio constitucional de equiparación jurídica de los sexos, recogido en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El vacío legislativo ha sido al fin llenado por la "Ley de equiparación" del 18 de junio de 1957. Consideración de las novedades que introduce esta Ley en relación con los efectos generales del matrimonio (nueva redacción de los §§ 1.353 a 1.1362 del BGB): nombre y domicilio de la mujer, supresión del poder decisorio del marido, trabajo de la mujer, llevanza del hogar, poder de la llave, alimentos, etc.

FINKE, Franz-Josef: *Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, MDR, año XI, cuaderno 10, octubre 1957; págs. 577-583.

Continúa el examen de la Ley de equiparación y de las novedades que introduce en el BGB. En el presente número de MDR, el autor prosigue el estudio

del régimen legal de bienes (comunidad de ganancia o "Zugewingemeinschaft"), estudia el régimen contractual de bienes y analiza las normas de transición (la Ley de equiparación entra en vigor el 1 de julio de 1958).

**MORENO HERNÁNDEZ, Miguel:** *El matrimonio de mixta religión y su régimen jurídico*, RDP, marzo 1957; págs. 272-284.

Estudio del régimen que el Derecho canónico ofrece para esta clase de matrimonios: dispensa del impedimento de mixta religión, fianzas, forma de conclusión. Alusión especial al régimen español y consideración del Decreto de 26 de octubre de 1956, que ha sustituido a la Orden de 12 de marzo de 1941.

**FAULICK, Heinz:** *Die Übergangsregelung zur Ehegattenbesteuerung gemäss dem Gesetz zur Änderung steuerrechtlicher Vorschriften vom 26.7.1957*, EF, año IV, cuaderno 10/11, octubre-noviembre 1957; págs. 349-353.

La Ley de 26 de julio de 1957 modifica en Alemania ciertos aspectos de la imposición fiscal en lo que afecta a los cónyuges. La nueva reglamentación del impuesto matrimonial es del todo insatisfactoria. Se impone una reforma total del sistema, realizada con un criterio jurídico-constitucional.

**SCHAEFER, Roef:** *Kindergeldgesetzgebung und Grundgesetz*, EF, año IV, cuaderno 10/11, octubre-noviembre 1957; págs. 353-356.

La Ley sobre "dinero de los hijos" o Ley de ayuda familiar da realidad en Alemania al principio constitucional de protección al matrimonio y a la familia. La finalidad de la Ley es loable, pero no la forma en que desarrolla sus principios.

**SCHRADE, W.:** *Die Grundrüge des Verwandten-Unterhalts nach dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes*, EF, año IV, cuaderno 10/11, octubre-noviembre 1957; págs. 342-349.

Exposición de los principios fundamentales, introducidos en Alemania por la Ley de equiparación, en materia de alimentos entre parientes. En este aspecto, a diferencia de lo que sucede con los alimentos entre cónyuges, el nuevo régimen se asemeja esencialmente al existente antes de las reformas introducidas por la indicada Ley de equiparación.

**SCHULTZ, Gunter:** *Gleichberechtigung*, MDR, año XI, cuaderno 3, agosto 1957; págs. 461-462.

En la sección "Blick in die Zeit" de la MDR, se ofrecen en este número breves consideraciones sobre la significación de la Ley de equiparación de varón y mujer en el ámbito del Derecho civil, de 18-6-1957. La promulgación de esta Ley se considera un acontecimiento desde el punto de vista histórico-jurídico.



VELLÉ BUENO, Ernesto: *Matrimonio civil de católicos en España*, RDP, mayo 1957; págs. 534-544.

Estudio del artículo 42 del Código civil y de sus diversas fases de aplicación: Orden de 10 de marzo de 1941, Decreto de 26 de octubre de 1956. Referencia al Concordato.

## 6. Derecho de Sucesiones.

BLOCH RODRÍGUEZ, José María: *Los testigos en los testamentos notariales*, RDN, año V, núm. 16, abril-junio 1957; págs. 353-390.

Aunque es general que los Códigos modernos exijan la intervención de testigos en los testamentos notariales, históricamente su importancia va decayendo hasta convertirse en simples comparsas. El trabajo, sin terminar en este número de RDN, se refiere a la misión de los testigos, a la historia de su intervención, a los testigos autorizantes y ad solemnitatem y a su misión probatoria.

BRAGA, Sevoid: *Das ehgüterrechtliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten* (Zum § 1.371 BGB in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957), EF, año IV, cuaderno 10/11, octubre-noviembre 1957; págs. 334-342.

Después de un breve comentario crítico en torno a la norma, se estudian los principales aspectos del nuevo § 1.371 BGB (redacción Ley de equiparación) que, en el supuesto de disolverse el matrimonio por muerte de un cónyuge (y rigiendo el "estado legal de bienes" de comunidad de ganancia: Zugewinnngemeinschaft), establece que la nivelación de ganancias se lleva a cabo incrementando en una cuarta parte la porción hereditaria del cónyuge superviviente. Análisis crítico, y con ejemplos extremos, de la regla en cuestión considerada en sí misma y en relación con la situación sucesoria del cónyuge en la sucesión legítima y en la testamentaria. Derecho internacional privado.

Cossío, Alfonso de: *Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente*, RDP, febrero 1957; págs. 131-162.

En el orden sucesorio, la posición del cónyuge superviviente se nos presenta adoptando una de estas formas: a) derecho de viudedad; b) derecho alimenticio; c) derecho hereditario relacionado con la sucesión intestada y con la legítima. Consideraciones de Derecho comparado y demostración de la tendencia hacia un aumento de los derechos del cónyuge, en aras de la función de la familia y del mantenimiento de su unidad.

FORCHIBELLI, Paolo: *Profilo sistematico-succesorio della collazione*, RDDC, año III, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 337-351.

Los efectos de la colación consisten y se resumen siempre en una normal relación obligatoria entre el coheredero descendiente donatario, obligado a la restitución (in natura o por equivalente) del bien donado y la comunidad de todos

los coherederos descendientes, cotitulares del correlativo crédito de restitución. El autor trata de encuadrar esta relación obligatoria *ex collatione* en el ámbito más general de los efectos *mortis causa*. Toma como punto de partida la doctrina que ve en la colación un legado *ex lege*, y considera existente una autonomía estructural del derecho a la colación con respecto a la cuota hereditaria que corresponda al descendiente no donatario.

KOHLER, Rudi: *Testamentarisches Familiengut*, NJW, año X, cuaderno 32, 9 agosto 1957; págs. 1173-1175.

Se propugna que la previsión de los padres supla, por vía testamentaria, las deficiencias de la reglamentación de la sucesión legítima y de la partición que en nada favorecen la formación de un "patrimonio familiar". La fundación puede ser una vía hábil al efecto.

KUCHINKE, Kurt: *Die Klage des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben auf Auskunft und Leistung des Offenbarungseides*, NJW, año X, cuaderno 32, 9 agosto 1957; págs. 1175-1177.

Según el § 2.314 del BGB, cuando el titular de legítima no es heredero puede exigir de los que lo sean información sobre el estado del caudal relicto. Esta información se presta mediante exhibición de un inventario sobre dicho caudal. Posibilidad de exigir juramento declarativo sobre el estado de éste.

ZUNFT-FISCHER: *Verpflichtung des Miterben zur Verfügung über Anteile an Nachlassgegenständen*, NJW, año X, cuaderno 32, 9 agosto 1957; páginas 1178-1179.

Liquidación hereditaria que afecta a fincas de una empresa pertenecientes a una sociedad personal, practicada después de la muerte del causante. Consideraciones de los autores sobre si los coherederos de un comerciante que constituyere una sociedad colectiva para continuar el negocio de su causante deben o no transmitir a la sociedad como tal las fincas objeto del negocio. Dificultades derivadas del § 2.033 del BGB: disponibilidad de la cuota que al coheredero corresponde en el caudal relicto; indisponibilidad de la cuota en los objetos singulares del mismo.

## II. DERECHO HIPOTECARIO.

CHINCHILLA RUEDA, Rafael: *Temas hipotecarios: la legitimación del derecho inscrito*, RCDI, año XXXIII, núms. 348-349, mayo-junio 1957; páginas 354-381.

Inserción del capítulo XII de los Temas Hipotecarios del autor. Estudia en él las consecuencias procesales de la legitimación registral: examen del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y del ejercicio de acciones contradictorias del dominio y derechos reales inscritos (art. 38, 2.º).

SÁNCHEZ MARÍN, Pedro: *Hay que rehacer el modelo XIII*, RCDI, año XXXIII, números 348-349, marzo-junio 1957; págs. 382-388.

Los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción han de ser objeto, obligatoriamente, de anotación preventiva. El modelo XIII del Reglamento fija su duración en sesenta días. Necesidad de ampliación de este plazo para lograr la armonía con ciertas disposiciones de carácter administrativo.

SOPENA, Joaquín: *Sobre la prohibición de ceder el crédito hipotecario*, RCDI, año XXXIII, núms. 348-349, mayo-junio 1957; págs. 345-353.

El pacto prohibiendo la cesión del crédito hipotecario es válido e inscribible porque se ampara en la libertad contractual imperante en el Derecho de obligaciones y porque su registración la impone el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, sin que esté comprendido en la prohibición del artículo 27 de la Ley. Los mismos efectos sustantivos y formales se han de reconocer al pacto que ordene la caducidad de la hipoteca para el caso de contravenir la prohibición de cesión.

VILLARES PICO, Manuel: *Es necesario y urgente implantar la inscripción constitutiva en toda mutación jurídica sobre inmuebles*, RCDI, año XXXIII, números 348-349, mayo-junio 1947; págs. 289-304.

Considera el autor que es imprescindible establecer en nuestro sistema registral el principio del valor constitutivo de la inscripción. Así lo requiere el concepto social y cristiano de la propiedad, y sólo de esta forma podría el Estado tener conocimiento completo de todas las mutaciones jurídicas que afecten a inmuebles.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### 1. Parte General.

BOLLAÍN ROZALÉM, José: *El nuevo Reglamento del Registro Mercantil*, RDM, volumen XXIII, núm. 64, abril-junio 1957; págs. 405-417.

Examen del Título Preliminar del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 14 de noviembre de 1956: objeto del Registro, consignación de los principios básicos del sistema, organización y documentos inscribibles.

BROSETA PONT, M.: *Jurisprudencia Mercantil. Tribunal Supremo*, RDM, volumen XXIII, núm. 64, abril-junio 1957; págs. 419-450.

Reseña informativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada en los diversos ámbitos del Derecho mercantil, durante el año 1956.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos: *La nueva Ley británica sobre acuerdos restrictivos de la libre concurrencia*, RDM, vol. XXIII, núm. 64, abril-junio 1957; págs. 377-391.

Las agrupaciones de empresas para eliminar la competencia son fenómeno característico de la época presente. Este fenómeno puede desembocar en abaratamiento y racionalización de la producción o en un encarecimiento de los productos. El doble matiz de la concentración de empresas y de los acuerdos restrictivos de la libre competencia exigen la reglamentación estatal. Así lo ha hecho en Inglaterra la "Restrictive Trade Practices Act" de 1956. Esta nueva Ley se conforma a la tradición del Common Law, contrario a los monopolios y a los acuerdos restrictivos del comercio y de la libre concurrencia. Examen de los principales aspectos de la Ley.

FERRARA, Francesco (jr.): *Lorenzo Mossa*, RDDC, año III, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 379-382.

Nota necrológica sobre la personalidad y significación jurídica del ilustre mercantilista italiano, recientemente fallecido.

LA REDACCIÓN: *In memoriam. Lorenzo Mossa*, RDP, mayo 1957; págs. 483-484.

Semblanza del ilustre mercantilista italiano, fallecido el 19 abril 1957.

OLIVENCIA, M.: *Lorenzo Mossa*, ROM, vol. XXIII, núm. 64, abril-junio 1957; páginas 337-345.

Nota necrológica sobre el ilustre profesor italiano, fallecido en 19 abril 1957. Se destaca lo esencial de su significación científica y sus relaciones con "lo español".

POLO, Antonio: *El concepto y los problemas del Derecho Mercantil en la Legislación y la Jurisprudencia españolas*, RDP, enero 1957; págs. 3-28.

Terminación del estudio preliminar que el autor inserta en su reciente edición de las Leyes Mercantiles y Económicas. En este número de RDP se hace referencia, sobre todo, al concepto de empresa en la legislación y en la jurisprudencia.

#### Comerciantes y Sociedades.

ASCARELLI, Tullio: *Cooperativa e Società*, RS, año II, fascículo 3, mayo-junio 1957; págs. 397-438.

La transformación de la cooperativa en sociedad y la de ésta en aquella, así como la transformación de una cooperativa en otra de tipo diverso, presupone la

delimitación de los conceptos "sociedad" y "cooperativa". La clasificación de la cooperativa como sociedad no supone su transformabilidad por deliberación mayoritaria; la negación de tal clasificación no supone a su vez la preclusión de la transformabilidad con el consentimiento de todos los socios o cooperadores.

BACKEBERG, Hans A.: *Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats mit Arbeitnehmer Drittel*, NJW, año X, cuaderno 28, 12 julio 1957; págs. 1011-1013.

Ciertas fracciones del Parlamento de Alemania Occidental proponen ciertas modificaciones en la Legislación sobre constitución de empresas. El Consejo de vigilancia en una sociedad por acciones debe formarse con una tercera parte de los representantes de los trabajadores y ser su número divisible por tres. Surge la cuestión de si la capacidad de decisión desaparece cuando se pierde esta divisibilidad por tres.

BERNINI, Giorgio: *La rivoluzione degli azionisti*, RDDC, año III, núm. 5, septiembre-octubre 1957; págs. 594-596.

Examen breve de algunos aspectos del mecanismo de las sociedades anónimas en los Estados Unidos.

BIGIARI, Walter: *Società occulta, società palese, società apparente*, RDDC, año III, núm. 5, septiembre-octubre 1957; págs. 528-590.

Comentario a una sentencia de la Corte de Casación italiana de 31 octubre 1951 sobre la posición del "curador" de la quiebra en relación con los conceptos de sociedad oculta, manifiesta y aparente. La cuestión es de una gran dificultad fáctica para resumir en unas líneas obligadamente breves.

BORRAJO DACRUZ, Efrén: *Los auxiliares del comerciante en el Derecho Español*, RDM, vol. XXIII, núm. 64, abril-junio 1957; págs. 245-284.

Continuación del trabajo del autor iniciado en otro número de la misma Revista. En el presente se estudia la cuestión de "los auxiliares del comerciante en el Derecho español del trabajo", refiriéndose sucesivamente al arrendamiento de servicios en el C. c., a la integración de los auxiliares del comerciante en el Derecho laboral y proceso de esta integración. A continuación se examina la situación actual del auxiliar en el Derecho Español y el debatido problema de la naturaleza de la relación sobre el comerciante y sus auxiliares.

GUGLIELMETTI, Giannantonio: *Responsabilità per gli atti compiuti tra la stipulazione dell'atto costitutivo di una società per azioni e l'iscrizione nel registro delle imprese*, RS, año II, fascículo 3, mayo-junio 1957; páginas 475-488.

La hipótesis de hecho de constitución de una sociedad por acciones es un supuesto típico de formación sucesiva. La inscripción pone fin a esta formación

sucesiva; se estudia su función (declarativa) y se analiza la cuestión de si, antes de la inscripción, puede considerarse existente la sociedad o, en caso negativo, si este nacimiento que no se ha producido despliega sus efectos (como tal falta de nacimiento) en las relaciones con terceros solamente, o también en las relaciones entre los "socios".

HENN, Günter: *Die Rechtsstellung des Vorstandes nach §§ 70, 71 Aktiengesetz*, MDR, año XI, cuaderno 7, julio 1957; págs. 392-395.

Exposición y comentario en torno a los diversos aspectos de la posición jurídica de la directiva de una sociedad por acciones, conforme a los §§ 70 y 71 de la Ley alemana sobre estas sociedades de 1937: gestión de negocios de la directiva, mecanismo de sus decisiones, poder de representar a la sociedad, etc.

NOBILE, Raffaele: *Convocazione all'estero dell'assemblea di società per azioni*, RS, año II, fascículo 3, mayo-junio 1957; págs. 438-450.

En base a la legislación italiana, se examina la cuestión de la validez o invalidez de la cláusula estatutaria que prevea, en una sociedad por acciones, la convocatoria de la junta de socios en el extranjero. El artículo 2363 del Código civil italiano no impone la solución negativa. El autor entiende que dentro de ciertas condiciones, la convocatoria tanto podrá practicarse en Italia cuanto en el extranjero.

PLAISANT, R.: *Las emisiones de obligaciones convertibles en acciones*, RDM, volumen XXIII, núm. 64, abril-junio 1957; págs. 361-375.

En Francia las emisiones de obligaciones convertibles en acciones se reglamentaron por un Decreto de 3 de septiembre de 1953. Después de referirse a la frecuencia y ventajas actuales de estas emisiones, se analizan sus condiciones y régimen jurídico, entendiéndose el autor que semejante procedimiento debe emplearse en tanto se mantenga la actual coyuntura económica.

POSTAN, Michael M.: *La società nel commercio medioevale inglese*, RS, año II, fascículo 3, mayo-junio 1957; págs. 489-523.

El estudio histórico demuestra que en el desarrollo del comercio medieval la "partnerships" inglesa ha desempeñado una función análoga a la "societas" continental.

SCHULER: *Kapitalanlagegesellschaften, ihre Sonderermögen und Anteilscheine*, NJW, año X, cuaderno 29, 19 julio 1957; 1049-1053.

Sociedades de inversión de capital en la Ley alemana de 16 de abril de 1957: concepto, capital fundacional, posibilidad de patrimonios especiales, cupones de participación y su mecanismo y funcionamiento.

SIMONETTO, Ernesto: *Riduzione della partecipazione sociale al mero diritto de opzione e poteri della maggioranza*, RDDC, año III, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 331-352.

La Corte de Casación italiana, en Sentencia de 19 de octubre de 1955, estableció que como consecuencia de la reducción a cero del capital social, la junta general puede, por mayoría, deliberar la reintegración del capital, reduciendo la participación del socio al mero derecho de opción. Comentario a esta importante sentencia que hace de actualidad el problema de la pérdida total del capital social en las sociedades por acciones.

TRIMARCHI, Pietro: *Invalidità del negozio giuridico e invalidità delle deliberazioni di assemblea*, RR, año II, fascículo 3, mayo-junio 1957; páginas 451-474.

En las normas que el Derecho italiano ofrece en torno a la invalidez de las deliberaciones de las juntas de socios en la sociedad por acciones, no se perfila la distinción entre deliberaciones nulas y deliberaciones anulables. El autor, para establecer y delimitar ambas formas de invalidez, acude, empleando el método analógico, a la invalidez de los negocios jurídicos patrimoniales entre vivos. Como tal considera la deliberación de la junta.

VERDERA, S.: *Una conferencia del profesor Garrigues: El derecho de información del accionista en la Ley española de 17 de julio de 1951*, RDM, volumen XXIII, núm. 64, abril-junio 1957; págs. 349-351.

Esquema de la conferencia pronunciada por el profesor Garrigues el 3 de abril de 1957 en París, en el Institut de Droit Comparé.

VERDERA, E.: *La sociedad anónima en «La revolución capitalista del siglo XX» de A. A. Berle, jr.*, RDM, vol. XXIII, núm. 64, abril-junio 1957; páginas 353-360.

Sobre la base de la realidad americana, en el libro de Berle, sobre la revolución capitalista del siglo XX, se toma como punto central el análisis de ciertos datos referentes a la sociedad anónima, concebida a la vez como institución jurídica y económica.

VICENTE-ARCHE DOMINGO, Fernando: *El canje de cédulas de fundador por acciones en el ámbito de la contribución industrial*, RDM, vol. XXIII, número 64, abril-junio 1957; págs. 467-473.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1957, en torno a ciertos aspectos tributarios del cambio de cédulas de fundador por acciones. Necesidad de armonizar la legislación mercantil y la fiscal.

ZUNFT: *Unklarheiten zu § 139 HGB*, NJW, año X, cuaderno 31, 2 agosto 1957; págs. 1129-1133.

El § 139 del Código de Comercio alemán, referente a la continuación de la sociedad colectiva con el heredero de uno de los socios, es uno de los preceptos más oscuros del Código. Plantea abundantes problemas. La Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 22-11-1956 se enfrenta con algunas cuestiones concretas al respecto: a) cuota que adquiere en el patrimonio social el coheredero previsto en el contrato de sociedad como sucesor del causante; b) pretensiones de compensación que contra la sociedad o contra el coheredero-socio corresponden a los otros coherederos.

### 3. Cosas Mercantiles.

PELLIZZI, Giovanni L.: *La fattispecie «titolo di credito»*, RDDC, año III, número 5, septiembre-octubre 1957; págs. 548-568.

Recientemente se toma como ejemplo el título valor para reafirmar una verdad fundamental de la teoría general del Derecho: en el estudio de toda institución es preciso distinguir la hipótesis fáctica de la misma y su disciplina normativa. La hipótesis fáctica es la fijación conceptual de aquello que debe ocurrir en la realidad para que sea aplicable una determinada disciplina jurídica; aquélla es un *príus* respecto a ésta. Para aplicar la disciplina de los títulos valores ha de darse la hipótesis de hecho "título valor". Fijación de la misma.

MAGGIOLIO, Angelo: *Ammortamento dei titoli di credito*, RDDC, año III, número 3, marzo-junio 1957; págs. 292-324.

Examen, a través de la Jurisprudencia italiana, de las principales cuestiones surgidas del procedimiento de amortización de títulos valores: naturaleza y función del mismo, presupuestos de hecho de la amortización, títulos susceptibles de ésta, denuncia de la desposesión, legitimación en las acciones oportunas, competencia judicial, etc.

ROTONDI, Mario: *Efectos de la venta de la hacienda mercantil sobre las deudas y los créditos*, RDP, julio-agosto 1957; págs. 735-752.

Estudio de Derecho italiano y comparado en torno al problema de los efectos que en las relaciones obligatorios de signo activo y pasivo produce el cambio de titularidad de la "hacienda mercantil".

Se examina la cuestión doctrinalmente en las relaciones inter partes y con relación a terceros. En la asunción de las deudas por el comprador de la hacienda el anuncio respectivo contenido en las circulares enviadas a los acreedores deberá entenderse como una propuesta susceptible de perfeccionarse sólo con el consentimiento del destinatario.



#### 4. Obligaciones y Contratos.

ARGEMENTERIA GARCÍA, Rodolfo: *Una especialización dentro del Derecho económico español*, RFDUM, vol. I, núm. 1, 1957; págs. 59-71.

En España no existe aún una legislación orgánica bursátil, lo cual no es obstáculo para que pueda seguirse una política bursátil. La legislación bursátil requiere actualización; la política sobre la materia debe adaptarse al ritmo que le marque la política económica general.

DEMPEWOLF, Günter: *Benachrichtigungsvollmacht als Sicherung für den Kreditgeber*, MDR, año XI, cuaderno 8, agosto 1957; págs. 458-549.

En Alemania, en la vida bursátil, es frecuente que los Bancos al conceder un crédito exijan al concesionario constituya a su favor una deuda inmobiliaria; como ésta no suele constar en el Registro inmobiliario, con objeto de estar in formados de todas las vicisitudes jurídicas que afecten a la finca se hacen conceder un especial poder de ser notificados de aquellas vicisitudes. Mecanismo de esta notificación.

GENOVESE, Anteo: *Sulla perfezione del riscatto di una polizza di assicurazione vita*, RDDC, año III, núm. 5, septiembre-octubre 1957; págs. 568-588.

El rescate de la póliza en el seguro de vida se funda en la reserva matemática y se configura como un derecho potestativo y como un negocio unilateral. queda perfeccionado el rescate con la llegada de la declaración al destinatario.

KÜSTER, Otto: *Zum Rückgriff des Pflichtversicherers gegen den Versicherungsnehmer*, NJW, año X, cuaderno 27, 5 julio 1957; págs. 972-974.

En interés del acreedor, en el supuesto de responsabilidad civil derivada del tráfico rodado, puede considerarse que el obligado que no tenga ninguna pretensión de cobertura, vale sin embargo como asegurado. Pretensiones derivadas del regreso contra el tomador del seguro y posibles objeciones. Glosa a un escrito de Emmerich sobre la cuestión.

RASEHORN, Theo: *Der merkantile Minderwert von Unfallkraftfahrzeugen*, NJW, año X, cuaderno 29, 19 julio 1957; pgs. 1058-1059.

En los accidentes automovilistas comienza a ser usual la exigencia, por parte del perjudicado, además de las normales pretensiones de indemnización, de la compensación de un menor valor mercantil que, como consecuencia del accidente, afecta al vehículo dañado.

SCHMIDT, Karl August: *Verschwiegenheitspflicht und Auskunftsvorweigerungsrecht der privaten Versicherungsunternehmen*, NJW, año X, cuaderno 27, 5 julio 1957; págs. 969-972.

Objeto del deber de secreto de las empresas privadas de seguros. Fundamento jurídico del secreto del seguro. Relación de estas cuestiones con el de-

recho de negar el testimonio y la información en base al § 383 de la ZPO. Exoneración del deber de secreto y excepciones.

## 5. Derecho Marítimo y Aeronáutico.

ALVAREZ ROMERO, CARLOS LUIS: *La aeronave en el nuevo Reglamento del Registro mercantil*, RFDUM, vol. I, núm. 1, 1957; págs. 93-105.

El nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 1956 ofrece, en relación con la aeronave, la regulación completa de la misma en el ámbito del Derecho privado registralmente considerada. Análisis y comentario de las disposiciones del nuevo Reglamento referentes a la vida registral de la aeronave.

MÜHRER: *Zum Veräußerungsverbot nach § 34 des Schiffsbankgesetzes*, MDR, año XI, cuaderno 8, agosto 1957; págs. 460-461.

Comentarios en torno al alcance del § 34 de la Ley sobre el Banco Naval. Se suscita la cuestión de si las limitaciones de disponer contenidas en esa norma tienen un alcance general o si sólo se refieren a los tres casos designados en la Ley: enajenación, gravamen y renuncia. Todo ello con relación al crédito que corresponde al Banco.

PAVONE LA ROSA, ANTONIO: *Riflessioni conclusive sulla «causa» del titolo del trasporto marittimo*, RDDC, año III, núm. 5, septiembre-octubre 1957; página 491.

Comienza aludiendo al problema de la causa en el negocio jurídico y a las recientes tendencias de desvaloración del elemento causal en éste. Como antecedente a la función de la causa en el "título de transporte marítimo" se examina previamente la causalidad material y formal en los títulos valores. El conocimiento de embarque es considerado, desde el punto de vista de la causa, un título valor abstracto con prestaciones típicas.

SPASIANO, EUGENIO: *Aspetti giuridici dell'impiego del radar*, RDDC, año III, número 5, septiembre-octubre 1957; págs. 589-594.

Breve esbozo de los principales problemas jurídicos que plantea el uso del radar. Se insertan los puntos recomendados por la Conferencia Internacional de 16-19 de mayo de 1957 sobre el empleo del radar en la navegación marítima.

## 6. Derecho de Quiebra.

BARBERO, DOMENICO: *Sono proprio ammissibili l'imprenditore occulto e il suo fallimento?*, RDDC, año III, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 365-377.

Bigiavi ha defendido la posibilidad y reconocimiento del llamado en Italia "imprenditore occulto", y esa tesis ha tenido eco jurisprudencial. El autor cri-

tica estas "consecuencias jurisprudenciales" de la admisibilidad de tal figura que está dando lugar a enorme cantidad de abusos.

#### IV. DERECHO NOTARIAL

FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOME, Vicente: *Pruebas y Notarios en el Islam medieval*, RDN, año V, núm. 16, abril-junio 1957; págs. 213-285.

Notas y comentarios en torno a las pruebas y a la función notarial en el Islam medieval, como aportación a una historia del Notariado español. Aunque suele negarse ahora la influencia de los juristas musulmanes, la de los notarios tiene puntos de gran trascendencia.

FONT BOIX, Vicente: *Las variedades del instrumento público. Distinción entre escritura y acta*, RDN, año V, núm. 16, abril-junio 1957; págs. 287-352.

Aportación a la delimitación de los conceptos escritura notarial y acta notarial. El autor atiende al contenido del instrumento respectivo, se fija en el Reglamento Notarial, y después de aludir a la distinción en el plan doctrinal, se fija en los ecos jurisprudenciales y legislativos. El autor, en su estudio, pretende reaccionar contra ciertas corrientes doctrinales y jurisprudenciales en torno a la delimitación de acta y escritura como variedades fundamentales del instrumento público.

GONNELLA, Robert: *El notario como órgano de la administración de justicia preventiva*, RDN, año V, núm. 16, abril-junio 1957; págs. 187-211.

La situación del notario como persona con cargo público en la total esfera de las actividades del Estado y en función de la naturaleza de su servicio, es la siguiente: el notario ejerce su función en el campo de la "administración de justicia preventiva". Desarrollo de esta idea y delimitación y correspondencia con la jurisdicción voluntaria.

LARRAUD, Rufino: *Introducción al estudio del Derecho Notarial*, RDN, año V, número 16, abril-1957; págs. 37-186.

Inserción del libro del autor de igual título. Divide la materia en tres partes: Nociones previas (Evolución y Fundamentos del Derecho Notarial), el Derecho Notarial (concepto, objeto, contenido y clasificación) y Nociones de correspondencia (ubicación, límites y fuentes del Derecho Notarial).

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Concepto y clases de documentos*, RDN, año V, número 16, abril-junio 1957; págs. 7-36.

Conferencia del autor en Buenos Aires en agosto de 1956, en la que delimita el concepto de documento y señala sus clases. Los elementos del concepto son

dos: corporalidad (el documento es una cosa) y docencia (el documento "docuit", enseña, algo). Se clasifican los documentos por su autor, por su colección y conservación, por su situación procesal y por su eficacia.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La misión del notario*, RDN, año V, núm. 16, abril-junio 1957; págs. 393-410.

Considerado el notario como un artesano del Derecho y delimitado su campo de acción en relación con la norma y con el hecho, se examina su función en la vida administrativa. La obra del notario es el documento notarial. La función requiere cualidades morales, intelectuales, de equilibrio y de experiencia.

## V. DERECHO PROCESAL

### 1. Introducción.

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BARCELONA: *Exposición y Bases para la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 218-225.

La Sección de Derecho Procesal de la Academia estudia la reforma de la LEC. Se insertan las bases redactadas en materia de partes, defensa y representación, competencia, conciliación.

COLESANTI, Vittorio: *Studi tedeschi per una Parte General del Diritto processuale*, IM, año VIII, fascículo 3, septiembre 1957; págs. 434-451.

Las nuevas tendencias procesales en Alemania se basan en la elaboración de una teoría general basada en la unidad de la jurisdicción, como poder concebido como unidad y como tal postulado para la construcción del Estado de Derecho.

SELLMANN: *Verwaltungsgerichtsbarkeit und Sozialgerichtsbarkeit*, NJW, año X, cuaderno 30, 26 julio 1957; págs. 1091-1093.

Relaciones entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción laboral. Según la Ley alemana sobre esta jurisdicción, los tribunales laborales tienen la conceptualización de "tribunales administrativos de carácter especial". La jurisdicción laboral es una jurisdicción especial existente para una parte del amplio campo de la administración pública.

### 2. Parte General.

ARNOLD, Hans: *Die Rechtshilfeordnung für Zivilsachen vom 19. 10. 1956*, MDR, año XI, cuaderno 7, julio 1957; págs. 381-388.

-Examen de la Ordenanza federal alemana sobre asistencia judicial en cues-

ciones civiles y mercantiles de 19 de octubre de 1956. La Ordenanza consta de dos partes: una Parte General, en 100 párrafos, en la que se contienen las reglas generales sobre los exhortos dentro y fuera del país; una Parte relativa a algunos "länder" que ofrece normas que en éstos tienen vigencia preferente.

BAUER, Hellmuth: *Das neue Rechtsanwaltsgebührenrecht ab 1. 10. 1957*. MDR, año XI, cuaderno 10, octubre 1957; págs. 587-592.

Principales aspectos de la reforma de las disposiciones sobre costas en Alemania por virtud de la Ley de 26 de julio de 1957. La reforma afecta, asimismo, a los aranceles de los abogados.

BURKHARDT, Herbert: *Das schriftliche Verfahren im Zivilprozess*, MDR, año XI, cuaderno 7, julio 1957; págs. 388-30.

En los últimos tiempos ocurre con frecuencia que en la práctica judicial alemana no se observan lo suficiente las disposiciones sobre el procedimiento escrito, en especial las contenidas en los §§ 128, 2.º, y 310, 2.º, de la Ordenanza Procesal civil. La doctrina ha destacado ya los abusos cometidos con el procedimiento escrito. El autor recuerda los principios a que éste debe someterse y los efectos que la violación de los mismos puede tener en los postulados generales del sistema.

HAUSEN: *Freizügigkeit der Richter innerhalb der Gerichtszweige*, NJW, año X, cuaderno 30, 26 julio 1957; págs. 1089-1091.

Sin alterar para nada el principio de la independencia de los distintos aspectos de la jurisdicción y sin necesidad de introducir modificaciones en la legislación, debe abrirse a los jueces la posibilidad de desempeñar distintos puestos dentro del campo general de la jurisdicción.

HEYN, Karl: *Anerkenntnisurteil ohne Antrag?*, NJW, año X, cuaderno 31, 2 agosto 1957; págs. 1140-1141.

En relación con una sentencia de 18-10-1953 se discute ardientemente qué decisión ha de adoptar un Tribunal cuando el demandado reconoce la pretensión de la demanda, y el demandante, sin embargo, solicita que se dicte sentencia en el sentido del litigio.

SEIBERT, Klaus: *Der übereinstimmende Richter*, MDR, año XI, cuaderno 10, octubre 1957; pág. 597.

Posición del juez que, en la formación de la sentencia, no vota con la mayoría, especialmente cuando ha de ocupar el cargo de relator.

### 3. Procesos especiales.

BEINE: *Ruhegeld und Lebenshaltungskosten*, NJW, año X, cuaderno 29, 19 julio 1957; págs. 1053-1055.

Así como la reducción de los sueldos de jubilación o retiro ha sido reiteradamente por los tribunales laborales, es relativamente nueva la relativa al incremento de esas pensiones por cambio de las circunstancias económicas y aumento en el coste de la subsistencia del favorecido. Cuestiones procesales: posibilidad de utilizar "la demanda de modificación" del § 323 ZPO. Comentarios críticos a sentencia desestimatoria.

BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, A.: *Zwangsvollstreckung gegen Soldaten*, NJW, año X, cuaderno 33-34, 16 agosto 1957; págs. 1221-1222.

Reglas especiales de la legislación alemana en torno a la ejecución forzosa contra militares. Estas disposiciones sólo se aplican a los individuos y militares sometidos al Ministerio federal de defensa.

FRIEDRICHS, Hellmut: *Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum bestimmten Revisionsantrag*, NJW, año X, cuaderno 27, 5 julio 1957; páginas 974-976.

Con frecuencia fracasan, en la práctica procesal alemana, las demandas de revisión entabladas ante el Tribunal social federal, por no tener en cuenta el contenido del § 164, párrafo 2.º, inciso 1.º, de la Ley sobre jurisdicción social, que establece lo siguiente: la revisión debe indicar la sentencia impugnada y contener una propuesta concreta o solicitud determinada.

GRUND: *Die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungsseuche*, NJW, año X, cuaderno 33-34, 16 agosto 1957; págs. 1216-1218.

Confirmación y complementación de un trabajo de Kubisch sobre la ejecución forzosa en relación con las ventas a plazos. Mecanismo del embargo de la cosa y cuestión surgida de que el vendedor pueda o no efectuar dicho embargo, sobre una cosa de la que aún es propietario.

LOIS ESTRÉVEZ, José: *Sobre el alcance del art. 1.566 de la LEC*, RJC, año LVI, volumen LXXIV, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 195-206.

Estudio crítico del artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil tomado como ejemplo del aserto de que las normas, para deducir de ellas principios generales, no pueden interpretarse en sí mismas, sino encuadradas en el sistema jurídico general. La norma del artículo 1.566 no tiene el carácter absoluto que se le ha atribuido.

MAETZI, Wolf Bogumil: *Rechtsschutz nach dem Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG)*, MDRG, año XI, cuaderno 10, octubre 1957; págs. 585-587.

La Ley alemana de 1 de julio de 1957 sobre unificación en materia de normas sobre funcionarios contiene unas normas básicas de vigencia "unitaria e inmediata" a las que ha de ajustarse la legislación de los Länder. El autor examina, en este aspecto, las disposiciones sobre tutela jurídica. En materia de funcionarios la vía de protección es el proceso contencioso-administrativo.

MÜLLER, Hanswerner: *Anhörung der Verfahrensbeteiligten bei Vorlage einer Rechtsfrage*, NJW, año X, cuaderno 28, 12 julio 1957; págs. 1016-1017.

El derecho de ser oídos en el proceso que se garantiza en la Ley Fundamental de Bonn a los interesados en el mismo, no tiene en la práctica un desarrollo unitario. Referencias al proceso contencioso-administrativo y al desarrollado ante el Tribunal Federal constitucional.

PAJARDI, Piero: *Il giuramento decisorio del curatore fallimentare*, RDDC, año III, núm. 3, mayo-junio 1957; págs. 352-365.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 17 marzo 1956, según la cual el deferir o referir el juramento decisorio no constituye deducción ordinaria de un medio decisorio, sino un acto de disposición de un derecho subjetivo controvertido, configurable como un verdadero y propio negocio jurídico de Derecho sustantivo más que procesal. Posición del "curador" de la quiebra en relación con la posibilidad de deferir o referir el juramento decisorio.

#### CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.  
 AFD = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.  
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).  
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.  
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).  
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.  
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.  
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.

- CLO = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York)  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das  
 gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (México).  
 FG = Foro Gallego (La Coruña).  
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).  
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).  
 L = La Ley (Buenos Aires).  
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
 MLR = The Modern Law Review (Londres).  
 NC = The North Carolina Law Review.  
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto  
 Sociale (Padua-Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).  
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).  
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).  
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.  
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).  
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).  
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).  
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).  
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).  
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni  
 (Milán).  
 RDIC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).  
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).  
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).  
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).  
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).  
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.  
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).  
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos  
 Aires).  
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Caracas).  
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
 RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
 RFL = Revista del Foro (Lima).  
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).  
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).



- RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).  
RH = Revue Historique de Droit français et étranger (París).  
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 (París).  
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 (París).  
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).  
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).  
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).  
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.  
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).  
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).  
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 LRYVA Y ANDIA  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA.—EXCLUSIÓN DE SOCIOS.—*No es inscribible una escritura en la que comparecen ante Notario dos socios de una Sociedad Regular Colectiva manifestando su voluntad de excluir del ente social a otros dos socios, por ser necesario previo acuerdo tomado en Junta de socios debidamente convocada.*

La exclusión de socios es un típico acto social en el que la Sociedad hace valer un poder a ella conferido, poder jurídico del grupo social que parte de la doctrina califica como disciplinario de Derecho privado y que genera—al existir alguna de las causas previstas por la Ley—un derecho potestativo de la Sociedad para producir por medio de un negocio unilateral el efecto jurídico pretendido.

Para la formación de la voluntad común que impulse y legitime el acto social, el Derecho exige siempre un procedimiento y un mecanismo idóneos mediante los cuales la pluralidad de sujetos opera como creadora de la voluntad común, medio técnico que no es otro que la organización colegiada deliberante para que surja el acto dotado de unitaria relevancia jurídica y de general eficacia; por lo que la colegialidad es requisito primario e indispensable al desempeñar la función de procedimiento o modo de ser del acto mismo, y es a la vez presupuesto necesario para la actuación del derecho, irrenunciable e inderogable de intervenir en su formación que todo socio posee, y única forma de hacer posible la realización del interés común que todo acto social significa.

Por lo expuesto, no puede estimarse acto social el realizado por los socios ante el Notario sin previa deliberación y acuerdo colegiado.

2. SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA.—EXCLUSIÓN DE SOCIO QUE OSTENTA EL CARÁCTER DE GERENTE ESTATUTARIO.—*En el supuesto de mal uso por el socio Gerente de su facultad exclusiva de administración y uso de la firma social, si de su gestión resultare perjuicio manifiesto a la masa común, conforme al artículo 132 del Código de Comercio, no puede privarse de aquélla por vía de exclusión de socio y rescisión parcial socialmente acordada, sino que procede acudir al difícil remedio del coadministrador o rescindir por vía judicial el contrato.*  
(Res. 19 de noviembre de 1957. «B. O.» del 21 de diciembre.)

1. ALCANCE DEL PACTO ESTATUTARIO DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD.—*Disponiendo los Estatutos de una Sociedad de Responsabilidad Limitada que por*

fallecimiento de uno de los socios se disolverá la Sociedad, no se produce "ipso facto" tal disolución al ocurrir el supuesto indicado de fallecimiento de un socio. Dicha causa de disolución se ha de aplicar a instancia de los interesados, socios o acreedores y en su caso, por los Tribunales de Justicia, no siendo obstáculo la cláusula para que los interesados puedan, por mutuo y tácito consentimiento, continuar actuando socialmente.

2. SUBSISTENCIA DE SOCIEDAD CON CONCENTRACIÓN DE TODAS LAS PARTICIPACIONES EN UN SOLO SOCIO.—El artículo 30 de la Ley de 17 de julio de 1953 no establece entre las causas de disolución de las Sociedades de Responsabilidad Limitada la de concentración de todas las participaciones sociales en una sola mano, y como la materia es de interpretación restrictiva no deben aumentarse las citadas causas de disolución, conforme declaró la Resolución de 11 de abril de 1945, y según doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre y 19 de noviembre de 1955. Por ello habrá que considerar como temporalmente subsistente la Sociedad Limitada reducida a un solo socio, en tanto pueda producirse su vuelta a la normalidad y reconstitución mediante la disposición de parte de las participaciones por el único titular, sin que por cierto, en Derecho español, a diferencia de alguno extranjero, exista plazo para salir de tal situación, transitoria por naturaleza, y así no halle más límites que los del abuso del Derecho y el respeto a la buena fe.

3. ALCANCE DE LA CESIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES HECHA EN DOCUMENTO PRIVADO.—El artículo 1.227 del Código Civil exige que, para que surta efectos respecto de terceros un documento privado, es preciso que se dé alguno de los supuestos que el mencionado artículo señala, y como quiera que el documento que contiene la cesión no se ha elevado a público hasta el momento del otorgamiento de la escritura de adaptación de Estatutos, hay que concluir, en efecto, que carece de eficacia respecto de terceros hasta ese día sin que, por lo demás, ello afecte a la posibilidad de la inscripción.

(Resolución de 22 de noviembre de 1957.—«B. O.» de 26 de diciembre.)

La persistencia de la personalidad de la Sociedad reducida a un solo socio se justifica en la doctrina italiana recurriendo a la distinción entre requisitos requeridos para «la constitución» y «requisitos exigidos para la subsistencia». A ella alude la Resolución que comentamos, poniendo de manifiesto, no obstante, los obstáculos que las sociedades unipersonales han de encontrar para cumplir aquellos preceptos que, como los artículos 12, 14, 17, 20 y 27 de la Ley de 17 de julio de 1953, exigen una mayoría decisiva en los acuerdos a que se refieren.

Los problemas que plantean las Sociedades unipersonales por concentración de acciones o participaciones en una sola mano han preocupado constantemente a la doctrina y a la Jurisprudencia.

De una parte, se niega su posibilidad conceptual, por constituir la antítesis de uno de los principios fundamentales creadores de la personalidad

jurídica social, cual es la natural oposición entre el interés de la Sociedad y el interés particular del socio; por permitir patrimonios separados afectos a una determinada responsabilidad en contra de lo dispuesto en el artículo 1.911 del Código civil; y porque con el socio único desaparece la posibilidad de las relaciones internas sociales, existiendo sólo la persona física de aquél, con ausencia de minorías a tutelar.

A pesar de estas consideraciones, se afirma doctrinalmente la subsistencia de la Sociedad que por concentración se convirtió en unipersonal, con apoyo en las siguientes razones de índole práctica más que jurídica: «los daños más o menos irreparables que con la disolución se operarían; los complejos y graves problemas que podrían surgir y la confusión que se provocaría en las Sociedades de tipo familiar donde por sucesión *mortis causa* no es difícil la acumulación de acciones en una sola mano.» (Resolución de 11 de abril de 1945.)

La Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1951, reguladora de las Sociedades Anónimas, ha suministrado un fuerte apoyo legal a favor de la subsistencia de las sociedades unipersonales, al explicar la omisión de esta causa de disolución, como reconocimiento implícito de dicha subsistencia, señalando como única condición la «posibilidad de que la normalidad se reproduzca restableciéndose la pluralidad de los socios».— Este argumento, de aplicación a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1955, es recogido también en la presente Resolución, señalando como medio natural de reconstitución la disposición de parte de las participaciones por el único titular.

De lo expuesto se deduce que nuestra Jurisprudencia admite estas Sociedades anómalas con carácter transitorio al no sancionar la disolución cuando se concentren en un solo socio todas las participaciones.

Ahora bien; el límite que señala la Exposición de Motivos mencionada es insuficiente, pues la posibilidad de reconstitución mediante enajenaciones parciales del socio único siempre existirá por cuanto una limitación absoluta de disposición aparece rotundamente prohibida por el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley de 17 de julio de 1953.

Por ello, el verdadero problema estriba en determinar en qué casos esta situación transitoria de las Sociedades unipersonales anómalas ha de cesar, provocando su disolución.

La Resolución antes invocada de 11 de abril de 1945 señaló ya que «si el único titular, prevaleciendo de la laguna legislativa, cometiera abusos de derecho, puedan en su día los Tribunales de Justicia, a instancia de parte o de oficio, según los casos, dictar los acuerdos, y hasta imponer las sanciones correspondientes». Y la Resolución que comentamos, después de reconocer que en Derecho español no existe plazo para salir de esa situación transitoria por naturaleza, señala como límites los del «abuso del derecho y el respeto a la buena fe».

Se observa, por tanto, que esta última Resolución, en forma encomiable, ha refundido correctamente la moderna doctrina y la precedente Jurisprudencia imperante en este punto, señalando al mismo tiempo las dificultades

des prácticas que han de encontrar las sociedades unipersonales para desenvolverse dentro del marco legal.

Y, a nuestro juicio, son precisamente estas dificultades prácticas las que obligarán inmediatamente a las Sociedades unipersonales a volver a la normalidad por el procedimiento de disposición parcial de participaciones. Pues, so pena de argumentar que el socio único, al poseer todas las participaciones sociales, es portador de todas las voluntades posibles que pueden constituir una sociedad representando, por tanto, más que las mayorías que exige la Ley, no podrá, sin contrariar ésta, realizar aquellos actos sociales para los que se presupone una pluralidad de socios y un acuerdo deliberante.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### Prelación para la subrogación «mortis causa» en el arrendamiento de vivienda

Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de la Audiencia territorial de Madrid en recurso de Suplicación (27 mayo 1957).

SUMARIO: I. Antecedentes de hecho.—II. Doctrina jurisprudencial.—III. Comentario. 1. Derecho transitorio. 2. La prelación; a) Naturaleza jurídica; b) Pervivencia de la prelación. Las causas de pérdida: 1.<sup>a</sup> La caducidad, 2.<sup>a</sup> Existencia de un convenio de subrogación conjunta. 3.<sup>a</sup> Abandono. c) Requisitos para el ejercicio de la prelación. d) Momento del nacimiento de la prelación. e) Supuesto de igualdad de grado de parentesco, sexo y cargas. 3. Cuestiones procesales.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO

Al fallecer el arrendatario de un piso vivían con él dos hijos legítimos. El primero casado, con una hija, y el segundo casado, sin hijos.

El fallecimiento ocurrió bajo la vigencia de la Ley de 31 de diciembre de 1946.

En el momento de producirse la demanda regía ya la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, conviviendo en la misma casa los dos hermanos, con sus respectivas esposas, teniendo cada matrimonio dos hijos.

El hermano mayor solicita se le declare subrogado en el contrato de arrendamiento, por tener mayor número de cargas familiares en el momento de la muerte de su padre.

El Juzgado Municipal dictó sentencia denegando la demanda, porque dice que: «sin entrar a discernir el fondo del litigio, procede la absolución en la instancia, entre otras, por las razones siguientes: porque durante varios años ambos litigantes han estado de acuerdo en la utilización simultánea del piso, como lo demuestran los ocho años de convivencia y la circunstancia de que don A no puso inconveniente ninguno a que el actor volviera a morar en el piso litigioso cuando éste regresó a Madrid después de haber prestado los servicios de armas en Melilla, porque en el momento actual ambos litigantes tienen las mismas cargas familiares, pues don B está casado, y, a su vez, el demandado está casado y tiene dos hijas, porque tratándose de debatir derechos contractuales arrendaticios sería anómalo sustanciarlos sin la intervención del arrendador; porque tampoco se ha demandado a las demás personas con presuntos derechos de subrogación, a las esposas respectivas, ni se ha tenido en cuenta a las hijas de ambos, de acuerdo con el artículo 58 del Decreto de 13 de abril de 1956 que estableció el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos; porque no se ha

probado que las discrepancias entre los litigantes, invocadas por la parte actora, sean tan graves que imposibiliten la convivencia debajo del mismo techo a las dos familias hermanas; y porque la demanda no ha sido formulada con todos los requisitos exigidos por el Decreto de 21 de noviembre de 1952, y, en su virtud, concurre en el caso actual la excepción dilatoria sexta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 60 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, acerca de la imposición forzosa de costas, procede fallar como se hará en la parte dispositiva de esta sentencia».

Apelada esta sentencia, fué revocada por la del Juzgado de primera instancia, de 20 de marzo de 1957. Contra ella se interpuso recurso de duplicación, distribuido en diez motivos, acusando la infracción de los artículos 29, 36 y 37 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, artículos 533 y 580, L. E. C., artículos 14, 27 y 72 de L. A. U. de 1946 y disposición transitoria segunda de L. A. U. de 1956, artículos 1089, 1091, 1232, 1249, 1253, 1254, 1255, 1256, 1258, 1261 y 1282, doctrina del fraude a la ley y del abuso del derecho y doctrina jurisprudencial de la S. T. S. de 30 de septiembre de 1950, en relación con la de 22 de octubre de 1952.

La Audiencia territorial declara la improcedencia del recurso por sentencia de 27 de marzo de 1957.

## II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La Audiencia territorial hizo suyo el «contenido jurídico legal» de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por ello, y por su cuidadosa formulación doctrinal, interesa reproducir íntegramente los considerandos de esta notable sentencia (1). Dice:

«CONSIDERANDO que en el número 5 del artículo 29 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, de acuerdo con el concepto que hoy se tiene de la acción en el Derecho procesal, no se exige que en la demanda se exprese nominativamente ni se diga la clase de la acción ejercitada, sino sólo que se exprese la acción cuando por ella haya de determinarse el procedimiento o la competencia, lo cual se ha cumplido en la demanda origen del presente juicio, pues basta un simple examen de su encabezamiento, hecho VII y súplica para observar que, aun sin decir el nombre o clase, se expresa de modo evidente cuál es la acción ejercitada, por lo que el pretendido defecto de aquélla, en primer lugar alegado en la contestación, no existe. Y lo mismo sucede con el relativo a la omisión de las circunstancias personales del Procurador del demandante, también alegado en la contestación, pues si bien en el número 2 del indicado artículo 29 exige se consigne en la demanda el nombre, apellidos, profesión y domicilio del representante del actor, es indudable que se refiere al supuesto de no ser el representante Procurador en ejercicio incorporado al respectivo Colegio, pues si lo es, la mención de tales circunstancias resulta totalmente superflua. Por ello, el hecho de haberse omitido en la demanda la mención del domicilio del Procurador del demandante, no constituye un defecto de aquélla.

(1) Sentencia dictada por el magistrado don Rafael Gimeno Gamarra.

CONSIDERANDO que la falta o defecto, apréciado de oficio por el Juzgado municipal, constituye en no haberse demandado al arrendador ni a las demás personas con presuntos derechos de subrogación, tampoco existe, pues el arrendador podía haber sido demandado si el actor quería que la sentencia tuviera frente a él autoridad de cosa alegada, digo juzgada, pero si por estimar aquél que éste no se opondría a sus pretensiones no le interesa que la sentencia produzca frente al mismo tal efecto, no puede obligársele a demandarlo, pues para ello sería, en todo caso, preciso que existiera el riesgo de tener que promoverse contra él otro juicio y pudieran recaer sentencias contradictorias, cuyo riesgo no se aprecia, por no constar que el arrendador se oponga a las pretensiones del actor, ni advertirse la posibilidad de que las mismas puedan perjudicar los derechos de aquél y con respecto a las demás personas con presuntos derechos de subrogación, bastará observar que se trata de las esposas y los menores hijos del actor y del demandado, con respecto a las cuales el derecho de éstos es claramente preferente, según el artículo 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, siendo por ello evidente, la improcedencia de demandar a las mismas.

CONSIDERANDO que, en cuanto al fondo de la cuestión debatida, está plenamente probado que al fallecimiento del titular del arrendamiento del piso discutido, ocurrido en 7 de septiembre de 1948, convivían con el mismo sus dos hijas, el actor con su esposa y una hija del matrimonio; y el demandado, sólo con su esposa, por no tener aún descendencia, habiendo continuado las dos familias ocupando el piso sin que conste la existencia de ningún convenio sobre la ocupación conjunta del mismo, pues si bien el demandado ha alegado que a la muerte del padre acordaron los dos hermanos suceder conjuntamente en la titularidad arrendaticia de la vivienda, no ha aportado ninguna prueba justificativa de ello, y pretende deducir la existencia de tal acuerdo del hecho de la ocupación conjunta del piso, por los dos hermanos desde la muerte del padre, lo cual, aunque, en efecto, pueda ser debido a que mediara el indicado acuerdo también puede haber obedecido a otras causas o motivos, por lo que no basta para poder deducir la existencia de un acuerdo tácito, o presunto, pues para ello sería preciso que el indicado hecho revelara, de manera equívoca, el consentimiento, por no ser susceptible de varias interpretaciones y no poder aplicarse a distintas circunstancias. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 1.253 del Código civil y ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Supremo, como puede verse, entre otras, en sus sentencias de 12 de noviembre de 1904, 17 de mayo de 1913, 5 de marzo de 1931, 17 de mayo de 1941, 5 de octubre de 1955 y 4 de diciembre de 1956. La sentencia del propio Alto Tribunal de 30 de septiembre de 1950, citada por el demandado, no supone nada en contra, pues frente al arrendador que demanda a uno solo de los beneficiarios del derecho de sucesión en el arrendamiento, cabe presumir el deseo de ocupación conjunta, por el hecho de que éstos continúen ocupando conjuntamente la vivienda y al efecto de que aquél haya de demandar a todos, pero sin que ello suponga el reconocimiento de que tal ocupación implica renuncia del derecho de preferencia de alguno



de ellos, ni baste, entre los mismos, para presumir la existencia de un convenio de sucesión conjunta.

CONSIDERANDO que, tampoco se puede deducir la existencia de un acuerdo tácito o presunto de sucesión conjunta del hecho, alegado por la parte demandada, del abandono de la vivienda por el actor desde el 8 de febrero de 1950 hasta el 6 de marzo de 1952, pues no se ha probado la realidad de tal abandono, sino sólo que durante dicho período de tiempo estuvo el actor destinado fuera de Madrid, pero sin abandonar la parte correspondiente de la vivienda, pues siguió ocupando la misma con muebles y su esposa vino a pasar en ella algunas temporadas, lo cual revela claramente que no ha hecho tal abandono.

CONSIDERANDO que, al no haber tratado de probar la existencia de un convenio expreso, ni poder deducirse la de un acuerdo tácito o presunto de ocupación conjunta, ha de estimarse que el actor pueda ejercitar el derecho de preferencia que, en su caso, le corresponde con arreglo al artículo 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, a pesar de haber venido ocupando la vivienda conjuntamente con el demandado desde la muerte del padre de ambos en 7 de septiembre de 1948, pues la Ley no fija un plazo para el ejercicio de tal derecho, y, por tanto, será posible ejercitarlo en cualquier momento, mientras la acción no prescriba, no siendo aceptable la tesis del demandado según la cual el citado derecho ha caducado, pues para ello sería preciso que la Ley hubiera señalado un plazo para su ejercicio normal de los derechos, según el Tribunal Supremo ha reconocido (Sentencias de 10 de julio de 1950, 10 de marzo de 1951, 13 de noviembre de 1953 y 26 de noviembre de 1956), ha de ser establecida por la Ley.

CONSIDERANDO que con arreglo a lo dispuesto en el citado artículo 72 y en el 71 de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, el derecho del demandante a suceder en el arrendamiento de la vivienda discutida es preferente al del demandado, porque aun cuando actualmente tengan uno y otros iguales cargas familiares, al fallecimiento del padre titular de dicho arrendamiento era mayor el número de cargas familiares del actor, que tenía esposa y un hijo, mientras el demandado no tenía más que la esposa; y ese momento del fallecimiento del titular del arrendamiento es el que ha de contemplarse al decidir la sucesión, puesto que es en dicho momento cuando el derecho a la sucesión se adquiere, por lo que con respecto a él han de tener en cuenta las circunstancias determinantes de su adquisición; y, por ello, tanto a la vista de los preceptos citados de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, como con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58 de la vigente, pues de unos y otros se deduce que el derecho a la sucesión se adquiere al fallecimiento del inquilino titular del arrendamiento y en ese momento han de concurrir las circunstancias determinantes del mismo.

CONSIDERANDO que en virtud de todo lo expuesto es procedente estimar la demanda y revocar la sentencia recurrida, en cuanto no lo hizo así, teniendo que imponerse al demandado las costas de la primera instancia, sin hacer expresa condena de las de esta segunda instancia, conforme a

lo preceptuado en el artículo 149 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos».

La sentencia de la Audiencia ofrece también particular interés, por lo que enseña sobre la naturaleza del recurso de suplicación (2). Dice :

«CONSIDERANDO que para resolver la suplicación planteada, forzoso e inexcusablemente es tener que fijar nuestra atención, en las razones y argumentos que se contienen y esgrimen en el escrito mediante el cual se formula dicho recurso, y aunque tal afirmación pudiera parecer paradójica, y por tanto superflua, fuéranos a ello, las peculiares características y extensión del mencionado alegato, que si bien principia consignando, en el apartado b) del folio 3.º «que se señalan sucinta y brevemente los fundamentos del mismo» como dispone la Ley, acaba su autor redactando una larga e innecesaria exposición que contiene diez motivos o causas de suplicación, y todo ello alcanza, nada menos, que trece folios dobles, y lo que resulta aún más incomprensible en que dichos diez motivos se refieren a otras tantas supuestas infracciones del artículo 132, de la Ley Arrendaticia de 1956, cometidas por el Juzgado de Primera Instancia en su sentencia, por ser revocatoria de la que dictó previamente el Juzgado Municipal número 4, en juicio de cognición, de donde se infiere y deduce que, para el recurrente, como arma de defensa, es fácil multiplicar unas imaginativas infracciones, que por ser carentes de contenido jurídico-legal, están a la vez faltas de base procesal para su admisión y prosperidad, por lo que han de ser obligada y forzosamente rechazadas, según veremos, en fundamentos sucesivos.

CONSIDERANDO que como tiene, con reiteración, establecido esta Sala, en numerosas resoluciones de idéntica naturaleza, no le es posible formular al recurrente, ni puede, por tanto, admitir el Tribunal, en el presente trámite, alegaciones nuevas sobre puntos o extremos que no fueron controvertidos en la litis ni recogidos en la sentencia recurrida, como es lo relativo a la teoría del abuso de derecho, planteando por primera vez este problema, el vencido en juicio que, ahora tardía y extemporáneamente, se pretende introducir, mediante esta aspiración imposible, para alcanzar una nueva resolución por esta Audiencia, con fallo más propicio a sus deseos, y como ello sería tanto como abrir un nuevo e ilegal cauce jurídico para proseguir la discusión, tiene que rechazarse por ser contrario, no sólo a la letra de la Ley, sino también al criterio inspirador del artículo 132 que, por primera vez, establece esta alzada en el ordenamiento arrendaticio vigente de 1956.

CONSIDERANDO que si no fuera ya suficiente lo dicho anteriormente, en el primer fundamento de esta resolución, respecto a la forma extrínseca del recurso que se contempla, y en el segundo considerando por lo que se relaciona con el fondo de la cuestión planteada, que bastarían para la desestimación total de la alzada que se estudia, ello no obstante es nuestro deber analizar lo relativo a las supuestas, pero infundadas e inexistentes infracciones del artículo 132 de la vigente normativa arrendaticia, que se exponen en los diez motivos de la suplicación formulados, y se advierte cla-

(2) Siendo ponente el magistrado don Eduardo Tormo García.

ramente cuán difícil es concebir ni tampoco aceptar nada menos que esas diez infracciones, sobre un mismo precepto de la Ley que, por tener una sobria y concisa redacción, resultan prácticamente irrealizables tan múltiples infracciones, apareciendo como más verosímil, el desbordado deseo de que se verifique por esta superioridad una nueva valoración de la prueba practicada en las esferas y jurisdicciones precedentes, cuya protensión resulta del todo inviable, ya que expresamente nos está vedada tal contingencia, no sólo por terminante mandato del precepto que se examina, sino también por la conocida y abundante jurisprudencia que, sentando prudentes reglas de interpretación, no admite la posibilidad de valorar nuevamente la prueba, porque no tratándose de una tercera instancia, sino de un recurso excepcional, esa facultad es privativa y les está reservada, exclusivamente, a los juzgadores de instancia, puesto que no prospera la teoría del abuso de derecho, único caso en que cabría tal hipótesis.

CONSIDERANDO que tras de lo que se deja dicho, surge una notoria y evidente temeridad en el recurso que se resuelve, por lo cual procede imponer como sanción una expresa condena de costas a la parte recurrente».

### III. COMENTARIO

#### 1. *Derecho transitorio.*

Planteadas la demanda, vigente ya el texto legal de 13 de abril de 1956, pero respecto a una situación nacida en 7 de septiembre de 1948, es decir, bajo el imperio de las disposiciones de 31 de diciembre de 1946, resulta inevitable la cuestión sobre el Derecho que se ha de aplicar.

La disposición transitoria primera del texto de 1956, declara aplicable lo dispuesto en esta Ley a los contratos anteriores a su vigencia, «sin otras excepciones que las que resultan de sus propios preceptos».

La disposición transitoria octava dice: «Los beneficios reconocidos en los artículos 58 y 59 serán aplicables a los contratos de inquilinato vigentes en el momento de empezar a regir esta Ley, cualquiera que sea el número de subrogaciones que se hubiesen producido con anterioridad.»

A primera vista, estas reglas imponen sin remedio la extinción de la ocupación conjunta. El artículo 58, 2, dice: «Cuando fueren varios los beneficiarios del derecho a que se refiere el párrafo anterior, sólo uno de ellos podrá utilizarlo. A falta de acuerdo entre los mismos, se observará el orden de prelación establecido en el párrafo anterior». La disposición transitoria octava concede un plazo de cuatro meses, desde el momento de empezar a regir la Ley, «para notificar al arrendador cuál es la persona titular del arriendo a virtud de subrogación nacida al amparo de la legislación precedente». Apenas conocidas estas disposiciones, dieron origen a variadas opiniones y observaciones críticas. A su vista, el legislador publica el Decreto-ley de 14 de septiembre de 1956, que concede un nuevo plazo para la notificación y autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias «para proveer respecto a las situaciones que se ofrezcan de la aplicación de la citada disposición transitoria octava» (art. 2). En su virtud, el Decreto

de 28 de septiembre de 1956 dispone que en la referida notificación «deberá expresarse al arrendador *la persona o personas titulares* del arrendamiento de vivienda» (art. 1.º). En su preámbulo se explica y justifica este precepto diciendo: «Como el sentido de la disposición transitoria no puede ser otro que el de asegurar que el *arrendador* conozca con certeza quién es el titular del contrato de inquilinato, cuyos familiares han de gozar en su día del beneficio reconocido en el artículo 58, y *no el de aplicar retroactivamente* el precepto restrictivo que encabeza el párrafo 2.º de este artículo, *en perjuicio de los derechos ya adquiridos* por los familiares del inquilino premuerto, también resulta conveniente declarar que en el caso de ser varios los beneficiarios de la subrogación *mortis causa*, nacida al amparo de la legislación anterior a la vigente, que sean titulares del arriendo en la fecha en que comenzó a regir la Ley de 22 de diciembre de 1955, todos ellos deberán ser expresados en la preceptiva notificación al arrendador».

Este Decreto y su preámbulo pudieran suscitar alguna duda sobre su legalidad, ya que parecen contradecir el criterio extremadamente retroactivo de la disposición octava y exceder del ámbito estricto de la autorización concedida al Gobierno por el Decreto-ley. Sin embargo, una exégesis más detenida puede convencer de que el Decreto y su preámbulo han interpretado autorizada y adecuadamente la transitoria octava. En efecto, el párrafo 1.º de ésta se refiere *solamente* a los «beneficios reconocidos». Beneficiarios, según la terminología y criterio legal, son los que tienen derecho a la subrogación y, en su orden, los que tienen derecho de preferencia. La notificación al arrendador es una *conditio iuris* para ejercitar o poder seguir ejercitando el beneficio, pero no es ni origina un beneficio (en sentido de la Ley) a favor del arrendador. Por ello, la expresión del párrafo segundo de la transitoria, «cuál es la *persona titular*», limitativa de la notificación, permite pensar que excede del propósito del legislador, lo que aconsejaba la interpretación restrictiva de su letra, propuesta por el artículo 1.º del Decreto y su preámbulo.

A ello también inclina el criterio general restrictivo de la retroactividad, que dimana del artículo 3.º del Código civil (3).

En el pleito y, por tanto, en las sentencias que le han puesto fin, no se discutió la cuestión de Derecho transitorio, pues las partes dieron por aplicable la Ley de 1946. Con razón, según puede deducirse de lo dicho. Por ello, la doctrina sobre la prelación después estudiada conserva su importancia práctica, ya que será aplicable a todas las situaciones existentes, nacidas antes de la entrada en vigor de la Ley de 1956.

## 2. La prelación (4).

a) *Naturaleza jurídica*.—La L. A. U. de 1946 (arts. 71, 72) y la de 1956 (art. 58), en caso de fallecimiento del inquilino, conceden a determinados parientes de aquél la posibilidad de continuar ocupando la vivienda sin

(3) En general, sobre la retroactividad de la L. A. U., BERNAL (Jesús Aparicio): *Ámbito de aplicación del Derecho especial de arrendamientos urbanos*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX, 4.º (1956), págs. 1091-1107.

(4) Sobre esta cuestión: *Sucesión en el arrendamiento. Prelación y su ejercicio*. Dedicado. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VI, 4.º (1953), págs. 911-915.

necesidad de celebrar nuevo contrato (5). Establecen, además, un orden de preferencia para el caso de ser varias las personas beneficiadas. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 ha exigido que, cuando exista esta concurrencia de beneficiarios, sólo uno de ellos podrá ejercitarla.

La naturaleza jurídica de la preferencia no ha sido estudiada. Esta resulta necesaria en caso de concurrencia de unas titularidades especiales (6); de aquellas que se han considerado como «facultades individualizadas» (derivadas de ciertas relaciones jurídicas), también llamadas «derechos secundarios», de «formación» o «potestativos» (7). La prelación significa una condición privilegiada (*qualitas iuris*) a favor de una de las titularidades y la condición inferior o subordinada de las demás. Lo que, por tratarse de una titularidad excluyente o con posibilidad de exclusión, hará que su ejercicio coincida con el de la misma facultad y determine la sucesión en el arrendamiento (8). El carácter relativamente independiente de esta facultad se manifiesta en que puede tener una cierta vida separada, es decir, que no se reduce a su mero ejercicio. Más amplio, según la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 y menos con arreglo a la de 1956. Una y otra dejan la posibilidad de la renuncia (a título gratuito u oneroso) y la del abandono de la prelación. La primera, además, parece que permita pactos de paridad o de coarrendamiento, de no ejercicio durante cierto tiempo y de continuar la convivencia familiar mientras la prelación no se ejercitase.

b) *Pervivencia de la prelación.*—¿El demandante conservó o había perdido el derecho que le concediera la Ley de ser preferido a su hermano en la ocupación de la vivienda arrendada? El demandado alegó como *causas de su pérdida*: La caducidad de la acción, un convenio de subrogación conjunta y el abandono del arrendamiento. Conviene examinarlas separadamente.

1.ª *La caducidad.*—Para que pueda alegarse es necesario que la Ley haya señalado un «plazo preclusivo»: aquel durante el que puede ejercitarse válidamente el derecho o la facultad y que, después de transcurrido, significa su extinción automática. El demandado sostuvo que el demandante no ejercitó la acción expresada «en el que pudo ser momento oportuno». No dijo cual fuera éste ni cuándo terminó. La Ley no fija un momento ni tampoco señala un plazo para el ejercicio. Lo que, sin más, basta para que no se pueda invocar la caducidad. Esta figura exige, como dice la doctrina, la fijeza del plazo legal, pues sólo así puede ser impuesta de oficio, como resulta de su naturaleza y ha señalado repetidamente la jurisprudencia.

(5) Sobre esta sucesión FERRANDIS: *Sucesión en el arrendamiento. Transmisión «mortis causa» de los derechos y obligaciones del arrendamiento*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, 2.ª (1964), págs. 405-426.

(6) Situación semejante se encuentra en otros casos; por ejemplo, concurrencia de ofertas cuando el propietario de un piso trata de venderlo (art. 206 C. c.), concurrencia en el no del retracto por dos o más colindantes (art. 1.523 C. c.).

(7) CASTRO (Federico de): *Compendio de Derecho civil*, 1957, págs. 119 y 120; *Derecho civil de España*, 3.ª ed., 1966, I, págs. 673-676. Comp. lo dicho después en nota 10.

(8) A diferencia de lo que ocurre en otras figuras, como en las de prelación de créditos y rango hipotecario.

El Tribunal Supremo ha dicho que «la caducidad, en cuanto limita y restringe el ejercicio normal de los derechos, reviste cierto carácter excepcional» (Sentencia de 13 noviembre de 1953, que cita las de 10 de julio de 1950 y 10 de marzo de 1951); no es apta para la analogía y requiere una declaración legal expresa; pues afirma, también, que «el silencio de la Ley al respecto no supone la existencia de una laguna o involuntario defecto de norma que requiera el empleo de tal excepcional instrumento de investigación normativa, sino que expresa un querer no decirlo que deliberadamente calla, porque no quiere frustrar el *designio legis*, que el derecho quede configurado como puro, cual normalmente la Ley define todos, sin el aditamento del elemento accidental plazo, y no es posible agregar licitamente al acto legislativo, si no lo ha sido por su autor el legislador, por una expresa manifestación de suyo limitadora» (Sentencia de 26 de noviembre de 1956, casando la sentencia de instancia).

La letra misma del precepto repugna la caducidad. Dice el artículo 72: «si los beneficiarios del derecho que establece el artículo anterior *no desearan* ocupar conjuntamente la vivienda, se guardará el siguiente orden de prelación». No fijado un determinado momento para exigir o alegar la preferencia, se podrá pedir en cualquier momento, *cuando* no se desee la ocupación conjunta. El derecho atribuido al beneficiario preferente perdurará mientras no haya causa legal que determine su extinción. En favor de esta interpretación concurre la «*ratio iuris*» del artículo. Redactada la Ley ante el agobio de la escasez de viviendas, no puede entenderse de modo que lleve a la agravación del problema. Si se admite que la preferencia ha de ejercitarse inmediatamente, se hubiese impulsado el desalojo de los no preferentes; pues el favorecido, para evitar la pérdida de su preferencia, sería llevado a ejercitarla en seguida; lo que nunca le perjudicaría económicamente, pues le convendría más que compartir el alquiler obtener las ventajas que le permitía el artículo 27 (realquilados). La Ley no impone la continuidad de la ocupación conjunta, por la dificultad y peligro de tal tipo de convivencia; el orden o criterio de preferencia permite salir de cualquier situación insostenible y hasta previene que surja, pues la posibilidad de ejercitarla ordena también la convivencia. Quien tiene el derecho de preferencia recibe una autoridad de hecho que le permite continuar la función unificadora que ejerciera el causante (arrendatario); las exigencias mutuas, dificultades, aspereza, mal humor y egoísmos se suavizan o disimulan por necesidad o interés; como en vida del difunto, ejerce una función pacificadora la amenaza de la salida forzosa de la vivienda para el que perturbe la tranquilidad de la convivencia.

La interpretación indicada es también la que favorece la reciente Ley de Arrendamientos; acto posterior del legislador, pero que importa tener en cuenta si ha de atenderse a la doctrina que aconseja una jurisprudencia dinámica (Sentencias Tribunal Supremo 21 abril 1926, 14 enero 1927, 10 julio 1928, 21 noviembre 1934, 1 julio 1940), y asimismo porque, como ha dicho el mismo Alto Tribunal, la modificación legislativa que impone esta Ley ha de tenerse en cuenta al interpretar la antigua de 1946 (S. 31 diciembre 1956). En efecto, el nuevo artículo 58, 2.º, exige que sólo uno de los beneficiarios pueda ejercitar el derecho a la subrogación en el arren-

damiento. Entender el artículo 72 de modo que permita la extinción del derecho de preferencia y la perduración de la ocupación conjunta sería contrario al nuevo criterio legal.

2.<sup>a</sup> *Existencia de un convenio de subrogación conjunta.*—El demandado y la sentencia del Juzgado Municipal entendieron que la prelación no podía ejercerse ya, porque la convivencia durante ocho años de los litigantes implicaba un acuerdo expreso o tácito de «utilización simultánea», con la consiguiente renuncia a la prelación. Esta construcción no ha sido aceptada en las otras dos instancias. Con sólida fundamentación, que conviene detallar para la mejor valoración de su doctrina.

La alegación del convenio y subsiguiente extinción de la preferencia supone la afirmación de un hecho nuevo (extintivo) frente a los afirmados en la demanda, cuya prueba—según constante jurisprudencia—recae sobre el demandado (art. 1.214 C. c.). Se puede probar, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, la existencia de un convenio de renuncia de la preferencia (arts. 1.255 a 1.271 C. c.); mas parece difícil, hasta imposible, deducir, de los hechos únicos de la convivencia y de la contribución al pago de la renta, un pacto de renuncia a la prelación. En efecto, entre tales hechos y la consecuencia falta el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que requiere la ley (art. 1.253 C. c.). Aquella deducción implicaría «un salto» en el desarrollo lógico. La convivencia puede contener el acuerdo sobre la ocupación conjunta, pero no la voluntad de perder o de renunciar el beneficio de preferencia. Si la ley hubiese marcado un plazo, por ejemplo de un año, para el ejercicio de la preferencia, la convivencia que no llegase al año no se podría considerar obstáculo para ejercitar la acción, con tal que fuera antes del año. No habiendo plazo de caducidad, el mero convivir no significa nada contra la perduración del beneficio de preferencia.

La influencia «fatal y directamente» exigida para la presunción (Sentencia T. S. 13 octubre 1953) se da sólo cuando el hecho probado no puede obedecer—o tener—otras causas o motivos, cuando no puede ser susceptible de variedad de interpretaciones y aplicarse a diversas circunstancias (Ss. T. S. 12 noviembre 1904, 17 mayo 1913, 5 marzo 1931, 17 mayo 1941, 5 octubre 1955). Respecto, precisamente al consentimiento tácito, se ha dicho que ha de ser «acto propio que revela de una manera concluyente e inequívoca tal consentimiento», lo que no ocurre cuando «puede obedecer a circunstancias diversas y es susceptible de distintas interpretaciones» (S. T. S. 4 diciembre 1956). En el caso de autos, no sólo es imposible la presunción «de facto», sino que la probabilidad se inclina contra sus pretensiones. Es contra «el criterio humano» presumir la renuncia de un derecho (el de preferencia concedido por la ley), pura y simplemente, gratuita y sin causa. Respecto a la renuncia se nos enseña que si bien «está admitida tanto la forma expresa cuanto la forma tácita, cuando se infiera necesariamente de una actitud o conducta (es decir, de un hecho concluyente) la voluntad de renunciar, es de tener presente que, en muchos casos, esa declaración de voluntad, emitida en forma directa o indirecta, ha de ser *terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla, como tiene ad-*

vertido esta Sala, de expresiones o *actitudes de dudosa significación*» (Sentencia T. S. 13 junio 1942). También se nos adoctrina que «no es legal conceptuar como acto de renuncia y abdicación de un derecho el *mero retraso de un ejercicio* mientras no transcurra el tiempo de la prescripción (Sentencia T. Supremo 17 mayo 1941).

La doctrina del Tribunal Supremo no se ha manifestado, en ningún momento, favorable a inducir de la convivencia un pacto de renuncia. La S. T. S. 30 septiembre 1950 no dice que el hecho de la ocupación conjunta suponga un convenio de convivencia que extinga el derecho de preferencia. El arrendador demanda a un solo ocupante (la viuda y no a los hijos), solicitando la resolución del arrendamiento por cesión o subarriendo no consentido. El Tribunal de instancia dijo (con razón, según el T. S.) que el arrendador debía demandar a todos los beneficiarios. Lo que es lógico, porque la preferencia del cónyuge superviviente respecto a los hijos (art. 72) es derecho de aquél (no del arrendador), que puede o no ejercitar como y cuando quiera. En el pleito, además, se plantearon diversas hipótesis sobre la regulación de la convivencia (convenio especial, renuncia de la madre a la preferencia, respeto de la preferencia de la madre por los hijos), en cuya resolución estaban también interesados los hijos. El Tribunal no dijo que, por el solo hecho de la convivencia, la viuda pierda su derecho de preferencia respecto a los hijos (lo que sería ilegal y además contrario a la equidad).

Más clara es la sentencia de 22 de octubre de 1952. Se trataba también de una cuestión de legitimación pasiva; se dirige la demanda de desahucio contra la viuda del arrendador y no, también, contra los nietos que con ella conviven. El Tribunal Supremo da lugar al recurso contra la sentencia que admitió la demanda; considerando que se da «la circunstancia de concurrir con la viuda del arrendatario los nietos de éste, unos y otros comprendidos en el ámbito del artículo 71 de LAU, sin que entre ellos se haya *declarado el derecho* preferente a continuar la relación arrendaticia, de acuerdo con las normas de los artículos 71 y 72 de dicha ley». Es decir, que hay que dirigirse contra los beneficiarios *mientras que no se declare la preferencia*; la viuda (abuela) puede en cualquier momento posterior (mientras no prescriba) pedir que se declare su derecho preferente.

En fin, la sentencia de 15 de noviembre de 1955 carece de relación directa con el caso estudiado. Se trataba del ejercicio de una acción de retracto por dos hermanos, sucesores del inquilino titular, pero no ejercitada por la hermana convivente. Se recurrió contra la sentencia que daba lugar al retracto, entre otros motivos, por no haberse citado a dicha hermana. Se desestima el recurso diciendo que a nada se condena a la interesada, cuyos posibles derechos quedan en pie. En el pleito se tuvo en cuenta que la hermana estaba «recogida» por sus dos hermanos; es decir, que el hecho de la convivencia no determina siempre y necesariamente una situación de *coarrendamiento*.

3.\* *Abandono*.—En el pleito se discutió también la hipótesis del abandono material del piso, como premisa de la renuncia a la preferencia. Limitada la alegación del demandado al hecho del abandono, fué rechazada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, porque no se probó el



desalojo del piso, sino lo contrario, que había continuado ocupándolo con muebles y utilizándose como vivienda por temporadas. En efecto, el viaje, la residencia, el domicilio necesario en otro lugar no significa abandono de la vivienda arrendada, ni es causa de resolución de la relación arrendaticia. No incluido entre las causas de resolución del artículo 149, la interpretación jurisprudencial lo ha excluido terminantemente de ellas, negando se puedan utilizar las causas de resolución del Código civil (así la del artículo 1.569, 4.º).

La legislación ha variado en 13 de abril de 1956, y el artículo 62, párrafo 3.º, aporta como nueva excepción a la prórroga obligatoria: «cuando la vivienda no esté ocupada durante más de seis meses en el curso de un año». Se añade, «a menos que la desocupación o cierre obedezca a justa causa». Lo que legitima la pregunta: ¿No lo es el destino temporal de un militar? En todo caso, con arreglo a la legislación vigente en el período considerado (1950-1952), el cambio de domicilio, la misma desocupación (que el demandado reconoce no existió), no afectaba jurídicamente a la situación del arrendatario ni a los derechos conexos a su titularidad (preferencia respecto al hermano) (9).

En cambio, el hecho de la desocupación real de la vivienda, por quien tenga la prelación y el de la continuación como ocupante del otro convivente (beneficiario que le sigue en la prelación), puede considerarse fundamentalmente como hecho base para presumir el abandono por aquél de su condición de inquilino (si no hay otros hechos que lo contradigan), y, con ello, la renuncia abdicativa de la preferencia en la sucesión.

c) *Requisitos para el ejercicio de la prelación.* — En la sentencia del Juzgado Municipal se rechaza la demanda, entre otras razones, por falta de prueba sobre la existencia de discrepancias entre los conviventes y de la imposibilidad de convivencia. Supuesto requisito, con motivo no tenido en cuenta en las instancias superiores. La condición de titular preferente faculta para ejercitar la prelación como y cuando se quiera, sin estar sometida a ningún requisito que condicione (*conditio iuris*) dicho ejercicio; la declaración de voluntad del titular, por sí sola, produce el cambio de situación jurídica previsto en la ley. Por ello, como se ha indicado antes, se le puede encuadrar en la figura de los llamados derechos potestativos o poderes jurídicos (10).

La LAU de 1956 impone que el beneficio de la sucesión se ejercite por un solo beneficiario y, como requisito de la subrogación, que ésta se haga mediante notificación fehaciente al arrendador dentro de los noventa días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino (art. 58). Requisito para la subrogación que se traduce en un plazo de caducidad también para el ejercicio de prelación. A diferencia de lo que ocurría según LAU de 1946.

(9) Criterio que parece concordante—no obstante su aparente carácter de privilegio—con lo dispuesto en el Decreto de 26 de mayo de 1950 en favor de los funcionarios de la carrera diplomática para que no pierdan la condición de conviventes por ser destinados al extranjero (vigente por Disp. final 2.ª LAU. de 1956).

(10) Denominación esta última preferida por ROMANO: *Frammenti d'un Dizionario giuridico*, 1953, págs. 172-226. Comp. lo dicho antes en nota 7.

d) *Momento del nacimiento de la prelación.*—Se discutió en el pleito esta cuestión; porque, al morir el inquilino, el demandante tenía mayores cargas familiares y al presentar la demanda tenía las mismas que el demandado. La decisión que se da importa no sólo para los casos en que sea aplicable la ley de 1946, sino también para aquellos regidos por la ley de 1956 (cambio de cargas durante el plazo de los noventa días). La doctrina del Tribunal es impecable. La prelación es una facultad o derecho que nace en el momento de morir el inquilino y su existencia y alcance no cambian por hechos extraños a su titular. Este criterio resulta conforme a letra de las leyes (arts. 71, 73 de 1946, art. 58 de 1956), y es también el que impone la técnica jurídica (*ius quaesitum*).

e) *Supuesto de igualdad de grado de parentesco, sexo y cargas.*—Las leyes de 1946 y de 1956 han dejado de resolver este caso. En el pleito objeto de la sentencia estudiada se planteó la cuestión, por la paridad existente en el momento de presentarse la demanda, entre demandante y demandado, hijos ambos del inquilino y cada uno con esposa y dos hijas. No hubo necesidad de entrar en ella, porque, como se acaba de decir, se estimó que el momento para apreciar la preferencia es la del fallecimiento del inquilino, cuando el demandante tenía mayor número de cargas.

Las leyes de Arrendamientos urbanos tienen una laguna, especialmente importante en la de 1956 («sólo uno de ellos habrá de utilizarlo», art. 58), que el intérprete ha de llenar. La deficiencia de la ley especial se ha de suplir con las disposiciones del Código civil (art. 16 C. c.), y éstas, como los principios generales del Derecho, aplicables como último recurso (artículo 6.º C. c.), señalan como general causa de preferencia la mayor edad entre parientes de igual sexo y condición (arts. 184, 220, 227, 295, 1.066 Código civil). Criterio más conforme con el espíritu de nuestra legislación que los de dejar la decisión al azar (echarlo a suerte) o entregarla al arbitrio del juzgador, más o menos encubierto por consideraciones de equidad (11).

### 3. Cuestiones procesales.

En las sentencias estudiadas se examinan y resuelven varias cuestiones procesales. En la del Juzgado de Primera Instancia, sobre la necesidad de designar expresamente la acción ejercitada, omisión del domicilio del procurador y legitimación pasiva. En la de la Audiencia, sobre el significado

(11) CALATAYUD: *Arrendamientos y desahucios*, 1950, pág. 64, dice que: «Si se tratare, por ejemplo, de dos hijos varones, solteros y sin descendientes o familia a su cargo, es de suponer prevaleara el derecho de la mayor edad.» GARCÍA GALÍN y RODRÍGUEZ-SOLANO: *El arrendamiento urbano en la doctrina jurisprudencial*, 1950, pág. 209, dicen: «Si nos fijamos en que la edad juega en algún caso en la prelación, como sucede en los padres setuagenarios, habrá que otorgar la preferencia a la primogenitura.»

En sentido contrario se manifiestan otros autores. FUENTES-LOJO (con la colaboración de J. Fuentes-Lojo y A. Córdoba): *Suma de arrendamientos urbanos*, Barcelona-Madrid, s. a., pág. 172, dice sobre la opinión antes citada de Calatayud: «Nos parece bastante discutible, porque no hay razón para conceder esa preferencia.» CASTAÑ y CALVILO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos* 1967, II, pág. 508, recoge (¿haciéndola suya?) la opinión de GARCÍA ROTO (II, 1.ª parte, pág. 58) de que en tal caso debe resolverse acudiendo a la equidad discretionalmente apreciada, llegando a la valoración de su edad próxima a la vejez o a la infancia, a su estado de salud, a su aptitud para el trabajo, etc..»

y forma del recurso de suplicación. Dado el objeto limitado de esta nota, bastará remitirse a los textos antes reproducidos.

Importa sólo subrayar que, en los casos de contienda sobre preferencia en la subrogación, no es necesario demandar también al arrendador. Lo que es lógico, ya que la determinación de las preferencias se limita a señalar quién sea el titular (entre los beneficiarios) que ha de suceder al inquilino; sin que con ello se afecte al ámbito propio de la relación arrendaticia. Lo que se manifiesta claramente en los textos legales, ya que la designación de dicho titular se entrega a lo que «desearen» los beneficiarios (art. 72 LAU 1946), o al «acuerdo entre los mismos» (art. 58 LAU 1956). No afectando el resultado de un pleito sobre la preferencia los derechos del arrendador, carece éste de *locus standi* en el proceso y no tiene por qué ser demandado. En los supuestos de aplicación de la ley de 1946, el arrendador podrá tener interés indirecto en el resultado de la contienda judicial, el de que se reduzca el número de los ocupantes o el de que desaparezca la ocupación conjunta (art. 72); pero esa posibilidad no le hace parte de la relación procesal.

F. DE C.

## II. SENTENCIAS

A cargo de Luis DIEZ PICAZO, Ramón GARCIA DE HARO, Domingo IRUZUN, José Luis MORO, Antonio PEREZ VEGA y José Antonio PRIETO, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general.

1. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: VALOR DE LAS DECLARACIONES DE HECHO QUE AFECTAN A UN TERCERO: *Cuando en las señas a que se dirige un documento, se da por supuesto que existen determinadas relaciones jurídicas de mandato o sociedad entre varias personas, una de las cuales contrata con el emitenste del documento, el hecho de que aquélla reconozca el documento como auténtico, no significa que ni ella ni las demás queden efectivamente ligadas por las relaciones que dentro de las señas a que se dirige el documento se consignan, sino que esta es cuestión que sólo entre dichas personas puede resolverse.*

CONTRATO DE MEDIACIÓN: PROCEDENCIA DEL PAGO DE LA COMISIÓN EN CASO DE PRÓRROGA DEL CONTRATO CELEBRADO GRACIAS A LA MEDIACIÓN: *Procede el pago de la comisión pactada para el contrato y su prórroga si, terminado el plazo del contrato, continúa sin interrupción ninguna la vigencia de la relación jurídica creada gracias a la mediación, a menos que se pruebe debidamente que es en virtud de nuevo contrato.*

CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO A LOS EFECTOS DE LA APRECIACIÓN DE ERROR DE HECHO: *No lo es un documento privado, aun reconocido por los firmantes, si no ha sido visado por ninguna autoridad. [Sentencia 24 octubre 1951: Desestimatoria.]*

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.225 del Código civil, creo que la doctrina sostenida por la sentencia, acerca de no reunir los documentos privados reconocidos por las partes la condición de documento auténtico a los efectos de casación, es inexacta. En realidad, el considerando dice más de lo que era necesario y en lo que tiene de «óbitus» incurre en inexactitud, siendo exacta la solución dada en el concreto caso resuelto. En efecto, en el supuesto de autos se trataba de negar efectos a un documento privado reconocido por los otorgantes, uno de los cuales era uno de los litigantes y otro un tercero, por cuanto su reconocimiento como docu-

mento auténtico significaba un perjuicio para el otro litigante ajeno a dicho contrato. Pero es claro que, respecto a este último, no podía tener efecto tal documento por más que estuviera reconocido, pues lo excluye el propio artículo 1.225, y aun los mismos documentos públicos solo hacen prueba frente a terceros del hecho objeto de la otorgación y de su fecha. La verdadera doctrina de la sentencia, esto es lo que el considerando resumido tenía de «ratio decidendi» es más reducido; respecto a terceros que no han intervenido en ellos los documentos privados, aun reconocidos y afectando a otra de las partes litigantes, no tienen, si no han sido visados por ninguna autoridad, valor de documentos auténticos a los efectos de casación (F. G. H.)

## II. — Derechos Reales.

1. ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA: REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN: *No procede la tutela registral del tercero cuando el propio Registro le advierte la ambigüedad del título, según con relación a los bienes inscritos a nombre de la mujer en concepto de parafernales hubo de reconocerse en los casos objeto de las Resoluciones de 30 de diciembre de 1892 y de 20 de febrero y de 28 de mayo de 1907.*

BIENES PARAFERNALES: PRUEBA DE LA NATURALEZA PARAFERNAL DE LOS MISMOS: MOMENTO DE HACERLA: EFICACIA RESPECTO DE TERCEROS: *El hecho de que la justificación del origen parafernal del precio sea posterior a la compra no cambia la naturaleza privativa de lo adquirido, aunque con relación a terceros de buena fe no pueda ser eficaz la prueba practicada con posterioridad a la adquisición de su derecho por los mismos.*

BIENES PRIVATIVOS DE LA MUJER CASADA Y BIENES GANANCIALES: DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS MISMOS EN CADA CASO: ALCANCE DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *El texto del número 2.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario vigente vino a recoger lo que ya estaba esbozado más o menos explícitamente por los intérpretes de la legislación hipotecaria.*

*El Registro inmobiliario se inhibe para desplazar la cuestión al campo del Derecho civil, dejando sin prejuzgar, como se declaró en la Resolución de 11 de octubre de 1941, la naturaleza privativa o ganancial del derecho inscrito, cuando en las escrituras no se acredita este extremo. Por tratarse de una inscripción de contenido abierto y sin prejuzgar, es susceptible de mantenerse, pudiendo adquirir carácter definitivo, sin que ofrezca dificultades alguna para el tracto formal en el Registro. Las inscripciones no necesitan de una rectificación expresa para que en las operaciones divisorias las fincas respectivas pasen a formar parte de los bienes parafernales, o, en su caso, se las atribuya carácter ganancial. [Sentencia 6 abril 1957: No ha lugar.]*

Es de notar que en la presente sentencia se resuelve un supuesto anterior a la entrada en vigor del actual Reglamento Hipotecario.

## III. Derecho de Obligaciones.

1. PAGO: PRESUNCIÓN DE PAGO: *El pago por uno de los arrendatarios de la parte de renta correspondiente a él, no implica que se haya pagado la que corresponde a los demás arrendatarios, a los efectos de la presunción de pago del artículo 1.110 del Código civil. [Sentencia 27 diciembre 1956. Sala V.]*

2. NOVACIÓN EXTINTIVA: REQUISITOS: *Para que tenga lugar la novación de una obligación que deje extinguidos los efectos de la anterior, es necesario que varíe su objeto o condiciones principales, que se sustituya la persona del deudor o que se subrogue un tercero en los derechos del acreedor, no pudiendo considerarse como tal novación la prórroga de un contrato anterior. [Sentencia 12 diciembre 1956. Sala V.]*

3. RETRACTO: ARRENDAMIENTO RÚSTICO: *La acción de retracto por su carácter real no nace hasta que el adquirente de la cosa que se quiere retraer entra en posesión de la misma por tradición real o simbólica, pues hasta ese momento, en que se consuma la compraventa, no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente. [Sentencia 22 diciembre 1956. Sala V.]*

4. RETRACTO: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: *Sólo puede ejercitar el derecho de retracto el que en el momento de la enajenación a título oneroso sea arrendatario de la finca que trate de retraer. [Sentencia 14 noviembre 1956. Sala V.]*

5. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN: PELIGROSIDAD DE UNA INDUSTRIA: *No puede considerarse peligrosa a los efectos de dar causa a la resolución del contrato de arrendamiento, una industria de perfumería ejercida de acuerdo con la licencia administrativa concedida para su establecimiento. [Sentencia 15 octubre 1957: No ha lugar.]*

6. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN: PÉRDIDA POR SINIESTRO: *Para reputar si hay pérdida de la finca arrendada caso de siniestro, se atenderá al valor de la finca en el Catastro Urbano con objeto de apreciar si la ejecución de las obras de reparación excede del 50 por 100 de su valor fiscal. [Sentencia 3 julio 1957: No ha lugar.]*

7. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: PACTO DE RENTA CON AUMENTOS PROGRESIVOS: REVISIÓN DE RENTA: *El pacto de aumentar la renta de un local de negocio proporcionalmente en cada una de las prórrogas contractualmente establecidas es un pacto válido. [Sentencia 18 febrero 1957.]*

La compañía arrendadora y el arrendatario celebraron un contrato de arrendamiento, cuya estipulación fundamental a efectos del pleito preveía una duración de tres años para el contrato, prorrogables por otros cinco, con un aumento en ellos del 25 por 100 sobre la renta percibida en el últi-

mo mes; al cabo de los cinco años, nueva prórroga con el mismo aumento y así sucesivamente.

El arrendatario demandó a la arrendadora, solicitando: 1.º, que no procedía el aumento del 25 por 100 correspondiente a la prórroga contractual por no haberse producido todavía la prórroga determinante de tal incremento; 2.º, en otro caso, y subsidiariamente, la nulidad de la mencionada cláusula; 3.º, subsidiariamente de los anteriores pedimentos, la revisión de la renta establecida, y 4.º, que se condenara a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Lo mismo el Juzgado que la Audiencia —que confirmó la sentencia de aquél— estimando en parte la demanda inicial de este procedimiento, declararon que actualmente no tiene derecho la entidad arrendataria a exigir a la actora el pago del aumento del 25 por 100 sobre la última renta que debería continuar hasta 1.º de enero de 1955 —por entender que el primer plazo contractual de tres años había sido ampliado en nueve meses—, y desestimó en lo demás la demanda.

Interpuesto recurso de injusticia notoria al amparo de la causa 3.ª del artículo 173 de la LAU, por entender infringidos los artículos 70 y 11 de la LAU; 1281 del Código civil; 122 y 128 de la LAU y artículo 4 del Código civil; 70 y 44 de la LAU; 4 y 1.255 del Código civil; el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Como fundamentos del fallo desestimatorio, establece los siguientes:

1.º. Que es evidente la unidad del contrato para el tiempo total de su vigencia, puesto que lo convenido para tiempos posteriores al de tres años fueron, no nuevos contratos de arrendamiento del mismo local, sino prórrogas del mismo contrato que, por virtud de ellas, seguiría vigente, sin solución de continuidad, en tiempos determinados en el propio contrato.

2.º. Que en tal supuesto, al transcurrir el primer tiempo previsto y prorrogarse el contrato por la prórroga convenida, no variaba ninguna de sus cláusulas, ni siquiera la referente al precio convenido para cada tiempo del arrendamiento, no al principio de cada prórroga, sino en el momento de la generación del contrato, es decir, que la prestación de la arrendataria de pagar el precio de cada tiempo determinado del arrendamiento, nació no por el concurso de voluntades sobrevenido durante su vigencia, sino en el momento en que concurren la de la arrendadora y la de la arrendataria, para dar vida al contrato como una unidad indivisible o inalterable en ninguna de sus cláusulas durante su vigencia total, y al estimarse así la sentencia recurrida, no se incurrió en ninguna de las supuestas infracciones alegadas, como las cinco primeras causas del recurso, improcedente, en consecuencia, por ninguna de dichas cláusulas.

OBSERVACIONES: La sentencia anotada, al negar que exista, en el caso del pleito, infracción de los artículos 11, 44, 70, 122 y 128 de la LAU y de los artículos 4 y 1.225 del Código civil, reconoce la validez del pacto de aumentos progresivos de renta en los arrendamientos de locales de negocio. La tendencia que con ella adopta nuestra jurisprudencia nos parece razonable, si bien la argumentación utilizada pueda en algún aspecto ser objeto de crítica. En efecto, la validez del pacto de aumentos progresivos de renta para cada uno de los periodos de prórroga voluntaria depende, no tanto de la «evidente unidad del contrato para el tiempo total de su vigencia» en que el Tribunal Supremo insiste, sino en estar un pacto de aquella na-

turalza dentro del ámbito de autonomía que la LAU concede a las partes. En este sentido un pacto de aquel tipo parece perfectamente adecuado al artículo 11 de la antigua Ley —6.º de la actual— que permite la renuncia de beneficios por el arrendatario de local de negocio, salvo el de prórroga del contrato; no choca con el artículo 70 que establece la prórroga obligatoria del contrato «sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes», porque, como dice la sentencia, no hay alteración de cláusulas, ya que aquélla se estableció «no por el concurso de voluntades sobrevenido durante su vigencia, sino en el momento en que concurrieron la de la arrendadora y la de la arrendataria para dar vida al contrato»; tampoco se encuentra en contradicción con los artículos 122 y 123 que prohíben o impiden los aumentos de renta unilateralmente establecidos por el arrendador, pero no los contractualmente pactados en el momento de convenir el arrendamiento.

Un problema, sin embargo, de la sentencia en pie; a saber: si las posibles prórrogas contractuales del contrato de arrendamiento excluyen la prórroga legal o si, como parece desprenderse del antiguo artículo 70, una vez vencido el término contractual entra en vigor la prórroga obligatoria. Del contexto de la sentencia, aunque no claramente, parece deducirse que los diversos periodos de prórroga voluntaria forman parte de la unidad contractual y tienen la vigencia y valor del mismo contrato. Por esta razón, las estipulaciones previstas para los periodos de prórroga voluntaria no parecen afectar, como estipulaciones contractuales, a la prórroga legal. (L. D. P.)

8. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: TRANSFORMACIÓN: *No es contrario a las reglas de la sana crítica el presumir de cambio de destino en un local arrendado para el ejercicio de la industria de reparaciones eléctricas, cuando además de haberse desplazado a otro local el utillaje y personal adscrito a dicha industria, se hubiese cesado en el suministro de agua y energía eléctrica, elementos indispensables para una industria de este tipo* [Sentencia 9 octubre 1957: No ha lugar.]

9. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CONVERSIÓN DE RENTA: *La fijación de la renta en trigo o la conversión al mismo (si se pactó en metálico), que impone la Ley de 23 de julio de 1942 y Decreto-ley de 15 de julio de 1949, es de Derecho necesario a todos los efectos. En su virtud, se puede exigir la renta que resulte de aquella conversión en cada vencimiento, sin que sea necesaria la previa reclamación de la conversión y sin que ésta proceda sólo desde el momento en que se reclame. Estas normas rigen no sólo para los arrendamientos protegidos, sino también para los de Derecho común.* [Sentencia 23 junio 1956. Sala V.]

10. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ACCESO A LA PROPIEDAD: NOTIFICACIÓN: *No hay colisión de normas entre el artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954, que exige que se haga la notificación al colono sin especificar la forma en que debe hacerse, y el artículo 2.º del Decreto de 17 de diciembre de 1954, que ordena se haga la notificación en forma notarial, ya que hay que considerarlo como desarrollo y complemento del precepto legal primeramente citado. Por otra parte, al establecerse la forma notarial para dicha notificación, se entienden excluidas todas las demás, incluso la realizada en acto de conciliación. Para que el derecho del arrendador de recobrar la finca para su cultivo directo y personal sea preferente al derecho del arrendatario de acceso a la propiedad, debe notificarlo a éste antes o simultáneamente.*



táneamente a la notificación que a su vez realice el arrendatario. La notificación que posteriormente haga el arrendador en forma legal, no convalida la realizada anteriormente de modo defectuoso. [Sentencia 11 febrero 1957. Sala V.]

## V. Derecho de Sucesiones.

1. ALBACEAZGO MANCOMUNADO: *Es nulo el contrato de mandato no otorgado por todos los albaceas cuando éstos son mancomunados.* [Sentencia 30 marzo 1957. Sala V.]

## DERECHO MERCANTIL

1. LETRA DE CAMBIO: CLÁUSULA VALOR: VALOR EN CUENTA: *Probado el hecho de que el Banco tomador demandante no ha reintegrado, como debió hacerlo por la cláusula «valor en cuenta», contenida en la letra de cambio, el importe de ésta al librador demandado, es forzoso admitir que aquel contrato cambial adolece de una causa falsa, y al ser inválido e ineficaz el contrato subyacente, no puede constituir base para la reclamación que se ha formulado.* [Sentencia 18 mayo 1957: No ha lugar.]

## DERECHO PROCESAL

### I. Parte general.

1. LUGAR DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: *La libranza de letras de cambio domiciliadas en el lugar de residencia del obligado al pago, no implica que haya de estimarse este domicilio como lugar del pago a efectos de competencia de las acciones ordinarias.* [Sentencia 26 junio 1957.]

2. COMPETENCIA: COMPRAVENTA CIVIL: *Planteándose una acción personal y determinado el lugar del otorgamiento del contrato de compraventa, que coincide con el de la entrega de la cosa, a tenor de los artículos 1.171 y 1.500 del Código civil, en él debe cumplirse la obligación, y el juez de dicho lugar es el competente.*

COMPETENCIA: CLÁUSULA DE SUMISIÓN: ACTO PROPIO: *La cláusula de sumisión a favor de un determinado Juzgado no es invocable por el demandante, cuando dicha competencia quedó excluida por acto propio del mismo que prescindió, al ejercitar la acción, del domicilio que para las reclamaciones judiciales había designado en el contrato.*

COMPETENCIA: CLÁUSULAS IMPRESAS Y MANUSCRITAS DE UN CONTRATO: *Cuando, sin intervenir ningún otro medio de prueba, en un contrato aparece una cláusula impresa diciendo que la mercancía viaja por cuenta y riesgo*

del comprador y otra manuscrita, conforme a la cual se establece que queda la cosa a prueba en el domicilio del comprador, habiéndose otorgado el contrato en éste, de lo que se deduce que la entrega se hizo en dicho domicilio, hay que estimar que esta última cláusula es la que se tiene en cuenta a efectos de la competencia para reclamar el pago. [Sentencia 11 marzo 1957: Da lugar a una inhibitoria de competencia.]

3. COSA JUZGADA: EFECTOS FRENTE A TERCERO: Como la sentencia dictada en el pleito anterior no hizo declaración de validez o nulidad del testamento discutido, sino que se limitó a absolver de la demanda reconvenida de nulidad, no porque ésta no existiera, sino porque la demandante de reconversión solicitante de la nulidad reconoció por actos propios los efectos de la institución de heredero y se aprovechó de ellas, ese reconocimiento no puede obligar a los demás interesados, hoy codemandados con aquélla en este pleito, por lo que no cabe hablar de cosa juzgada contra tercero.

DONACIÓN EN NAVARRA: Es correcto calificar de donación, como lo ha hecho la Sala, un contrato del que resulta claro que la cesión de bienes y derechos que el hijo hace en favor de la madre es a título gratuito y sin que por parte de ésta se contrajera la obligación de instituirle heredero ni obligación alguna en reciprocidad. [Sentencia 24 abril 1957: No ha lugar.]

ANTECEDENTES: Un testador navarro, en instrumento individual, no mancomunado, instituye heredero a uno de sus hijos, al parecer contra el tenor de las capitulaciones matrimoniales que exigían (viviendo ambos padres), que dicho nombramiento fuera hecho conjuntamente por ellos. Muere el testador, y con la convicción de que la institución hecha en tal testamento era nula, animados los interesados de la intención de dejar las cosas como estaban, el hijo instituido cede todos los bienes y derecho adquiridos de su padre, según el testamento, a su madre. Años después ésta testa instituyendo a otro hijo.

El primero, que se considera perjudicado, pretende revocar la cesión gratuita o donación que hizo a su madre, alegando superveniencia de hijos, pues efectivamente en el intervalo el demandante se ha casado y tenido un hijo. El Juzgado de Pamplona desestima por entender que no hubo donación sino un contrato bilateral innominado «do ut des» (?) («do ut facias?»), ya que a cambio de recibir los bienes, la madre se obliga a instituir heredero al cedente.

El mismo hijo (lógicamente apoyado en esta sentencia), entabla un nuevo pleito (que es el que culmina en el recurso de casación resuelto en esta sentencia), demandando a su madre y a sus hermanos con la pretensión de que se declare la resolución de aquel contrato innominado, incumplido por su madre al no instituirle heredero. El mismo Juzgado de Pamplona declara que no hubo contrato innominado, sino donación; y que no cabe resolución por incumplimiento ya que la madre era donataria y no asumía obligación alguna frente al donante. (D. I.)

4. POBREZA: SINDICATURA DE LA QUIEBRA: Para que la sindicatura de la quiebra pueda obtener el beneficio de pobreza, ha de acreditarse que todos los acreedores son pobres. [Sentencia 24 enero 1957. Sala I]

**II.—Procesos en especial.**

1. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RECLAMACIÓN DE LABORES Y FRUTOS PENDIENTES, CONSIGNACIÓN DE RENTA: *Para reclamar los frutos pendientes y labores existentes en el momento del lanzamiento, no es imprescindible consignar la renta del año a que corresponden dichos frutos, sin perjuicio del derecho del propietario para reclamar dichas rentas.* [Sentencia 25 junio 1956. Sala V.]

**III.—Recursos.**

1. RECURSO DE CASACIÓN: RESOLUCIÓN NO RECURRIBLE: *La Sentencia que otorga el beneficio de defensa por pobre no es definitiva y, por tanto, no cabe recurrir contra ella en casación.* [Sentencia 14 octubre 1957: No hay lugar.]

2. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIONES FRAUDULENTAS: *Son maquinaciones fraudulentas los hechos por los que una parte impide que la otra se cabe recurrir contra ella en casación.* [Sentencia 14 octubre 1957: No ha lugar.] [Sentencia 21 septiembre 1957: No ha lugar.]

3. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: NORMAS DEL CÓDIGO PENAL: *Las disposiciones del Código penal no pueden servir de base a un recurso de la naturaleza del presente (injusticia notoria), en materia civil.* [Sentencia 21 diciembre 1956.]

# SUMARIO

## 1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo: *Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código Civil Español*. 1958-1-3

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *Recobro "mortis causa" de donaciones a descendientes. Estudio del artículo 812 del Código Civil*. 1958-1-21

FERRANDIS VILELLA, José: *Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones. Como introducción para un estudio de la ley como fuente de derechos de crédito*. 1958-1-115

PALOMAR BARÓ, Alberto y ROVIRA MOLA, Alberto de: *Problemas de la contratación entre personas distantes*. 1958-1-147

## 2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *La ley de 13 de noviembre de 1957 relativa a matrimonios militares*. 1958-1-225

## 3. VIDA JURÍDICA

## 4. INFORMACIÓN LEGISLATIVA

## 5. BIBLIOGRAFÍA

## 6. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## 7. JURISPRUDENCIA.