



# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958.

## IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XI  
FASCICULO III

JULIO-SEPTIEMBRE  
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 CIENTIFICAS**

---

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

**SUMARIO:** § 1.º *Planteamiento general:* ¿Qué normas deben complementar al 811? Afirmaciones de la Jurisprudencia. 2. Clasificación sistemática de las cuestiones concretas tratadas por la Jurisprudencia y en las Resoluciones de la Dirección General de Registros. 3. Criterios de la doctrina. 4. La analogía con la reserva viudal (arts. 968 y ss.). 5. Los principios generales. Su mayor amplitud que las reglas de la sucesión intestada.—§ 2.º *¿A quién suceden los reservatarios? Su título ¿es siempre «mortis causa»?* A) En la reserva clásica anterior a la Ley Hipotecaria de 1861 y al Código civil. 6 a) Régimen de la Ley Feminae. 7 b) Régimen de las Novelas. 8 B) La reserva viudal después de su reforma por la Ley Hipotecaria y el Código civil. 9 C) En la reserva lineal: planteamiento. 10. Tesis que descompone en usufructo y nuda propiedad los derechos del reservista y los reservatarios en vida de aquél. 11. Tesis de la sustitución fideicomisaria condicional. 12. Teoría del derecho condicional disponible derivado del descendiente. Crítica: El dominio del reservista no es eventual ni está sujeto a condición resolutoria. 13. Ni los reservistas son titulares bajo condición suspensiva de los bienes, ni de un derecho actual a su adquisición automática. 14. Doctrina de la expectativa indisponible derivada del descendiente. 15. Tesis de que el reservatario sucede al reservista. 16. Teoría negativa: la limitación de la disponibilidad del reservista y el derecho de recobro por los reservatarios. 17. Recapitulación de ideas para su replanteamiento.—§ 3.º *Análisis de reserva pendiente.* A) *Posición del reservista.* 18. La sujeción del reservista. 19. Sus obligaciones complementarias. 20. Disposiciones *inter vivos* de bienes reservables por el reservista. 21. Subrogaciones, aumentos y deterioros.—§ 4.º *Análisis de la reserva pendiente.* B) *Posición de los reservatarios.* 22. Su expectativa. 23. Medidas de protección que el Derecho les brinda. 24. ¿Quiénes tienen la expectativa y quiénes pueden exigir medidas para asegurarla? 25. Renuncia a dicha protección y renuncia a la reserva pendiente. 26. Disponibilidad e indisponibilidad de la posición de los reservatarios.—§ 5.º *Reserva consumada. Su cumplimiento por el reservista.* 27. ¿Es posible su cumplimiento anticipado? 28. Cumplimiento *mortis causa* por el reservista. 29. La discutida facultad de mejorar del reservista según la jurisprudencia. 30. Criterios de la doctrina. 31. La facultad de mejorar en la reserva viudal. 32. Planteamiento en la reserva lineal y resolución del tema.—§ 6.º *Reserva*

consumada. Su compatibilidad o incompatibilidad con la sucesión intestada del reservista. 33. Planteamiento: Incompatibilidad total; compatibilidad completa; compatibilidad parcial. 34. Normas generales para la compatibilidad total o parcial. 35. Reglas para los supuestos de compatibilidad parcial (normas sucesorias y reglas particionales).—§ 7.º Reserva consumada en caso de incompatibilidad de la reserva con las disposiciones que regulan la sucesión testada o intestada de los reservatarios. 36. Determinación de sus titulares. 37. Su carácter personalísimo. 38. Actuación y límites del llamado derecho de representación. 39. ¿Cabe *ius transmissionis* de estos derechos? 40. Su disponibilidad. 41. Los derechos de los reservatarios frente a los herederos de los reservistas. 42. Derechos de éstos; ¿tienen derecho de retención? 43. Liquidación de sociedades conyugales y herencias; juicios de testamentaría, abintestato y otras formas de determinación del caudal reservable. 44. La reivindicación de los reservatarios. 45. Calificación de su derecho. 46. *Recapitulación sobre la posición de reservatarios y reservistas.*—§ 8.º *Ambito de aplicación territorial de la reserva del artículo 811.* ¿A qué regiones forales es aplicable? 47. Planteamiento general. 48. Inaplicabilidad de Aragón. 49. Su aplicación en Cataluña. 50. El problema en Vizcaya. 51. En Navarra.

### § 1.º PLANTEAMIENTO GENERAL: ¿QUÉ NORMAS DEBEN COMPLEMENTAR EL 811?

En la primera parte del presente trabajo hemos tratado de precisar lo que dispone el artículo 811, interpretado según su *ratio*, y aquello que queda fuera de su letra y su finalidad. Ahora nuestro cometido se ha de concretar a la determinación de las normas que han de complementar aquello que el artículo 811 no dice. Pero la interpretación finalista del mismo, que hemos realizado en la primera parte de este trabajo, ha de marcarnos los límites que la labor integradora no debe franquear. La finalidad de un precepto no puede reducirse a la determinación positiva y negativa de su contenido normativo, cuantitativo y cualitativo, sino que—so pena de admitir que la integración puede desvirtuar sus resultados—debe seguir imperando en la labor integradora del mismo. No debemos olvidar—como nos advierte Castán (1)—que para llenar las lagunas de la ley el juez ha de inspirarse, ante todo, *en el espíritu de la propia ley*.

Federico de Castro (2) nos recuerda que las lagunas propias existen cuando la ley «dicta una disposición positiva según la que se ha de juzgar, pero deja dentro de la regla un solo momento determinado; o, dicho de otro modo, la voluntad de la ley de que se produzca un determinado trato jurídico es firme, pero dentro

(1) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho* (Madrid, 1947), pág. 310.

(2) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España. Parte general*, vol. I (3.ª ed., Madrid, 1955), P. IV, Cap. I, V, pág. 530.

de este espacio existen varias posibilidades y la ley no dice cuál de ellas quiere».

Esas posibilidades, existentes en el espacio que el artículo 811 deja abierto, las debemos llenar: primero, con la analogía y, después, con los principios generales de nuestro Derecho sucesorio, comenzando por sus reglas comunes con respecto a las cuales—como vimos en la primera parte—el 811 representa un *ius singulare*.

La posibilidad de aplicar la analogía en nuestro Derecho positiva ha sido discutida por Legaz Lacambra (3), que invoca su omisión en el artículo 6.º Pero la mayor parte de nuestros civilistas han estimado «que no hay dificultad en admitir que en los principios generales del derecho a que alude el artículo 6.º va envuelto el procedimiento análogo». Como dice Federico de Castro (5), «admitido lo más (art. 6.º) se ha de admitir lo menos, llegar a los principios mediante la analogía». La Jurisprudencia del Tribunal Supremo utiliza reiteradamente la analogía (6): con el axioma: donde existe la misma razón, idéntica debe ser la regla aplicable.

Con este criterio, que vemos reflejado en la disposición transitoria 13 del Código civil (7), no hay peligro del menor roce entre la analogía y los principios generales. Y ese es el único sentido jurídicamente correcto que cabe dar a la analogía, basada en el fundamento o *ratio iuris* de la norma (8), y no en una mera semejanza dogmática, que en la mayoría de los casos nos llevaría a conclusiones sofísticas (9).

(3) LEGAZ LACAMBRA: *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Barcelona, 1943), pág. 376.

(4) Ver: FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *La analogía en el Código civil español*, en «Rev. Der. Priv.», vol. I (septiembre 1914), pág. 370; DEMÓFILO DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil* (Madrid, 1932), pág. 439; BLAS PÉREZ y JOSÉ ALGUER: *Notas al "Tratado de Derecho civil" de Enneccerus*, I, 1.º (Barcelona, 1943), 53; II, págs. 221 y sigs.; CASTÁN: *Op. cit.*, pág. 326. Nota este autor que: «El matiz diferencial entre la analogía y los principios generales del Derecho a través de la zona fronteriza o mixta que la analogía *iuris* representa, es muy tenue y puramente relativa.»

(5) F. DE CASTRO: *Loc. cit.*, 3, a), pág. 538, nota 1.

(6) Sentencias de 3 febrero de 1911, 13 de diciembre de 1913, 13 de marzo de 1916, 24 de junio de 1924, 5 de diciembre de 1925, 28 de marzo de 1944, 21 de junio de 1946, 3 de febrero de 1947, 30 de marzo de 1950 y 14 de mayo de 1952.

(7) Dice: «Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento.»

(8) DE DIEGO: *Loc. cit.*, pág. 372; DE CASTRO: *Loc. cit.*, 3, b), página 539; CASTÁN: *Op. cit.*, pág. 327.

(9) FEDERICO DE CASTRO (*loc. cit.*, 2, pág. 535) nos explica este error: «Si A es semejante a B, porque ambos tienen de común la característica x, se concluirá que la calificación z que se le da a A deberá también concederse por analogía a B. El equívoco está en olvidar que para que se pueda aplicar a B el calificativo z será preciso que z se aplique en razón de x, y no, por ejemplo, de y, esto es, que la analogía no se funda en la mera semejanza, sino en la *ratio* de la semejanza.»

1. *Afirmaciones de la Jurisprudencia relativas a la integración del artículo 811.*—El Tribunal Supremo se refirió por primera vez a este tema en la sentencia de 8 de noviembre de 1894. Su cuarto considerando estimó que «si bien las disposiciones de los artículos 977 y 978 del Código civil, encaminadas a la seguridad de los bienes reservables, se refieren especialmente a los viudos que contraen segundas o ulteriores nupcias, no por eso dejan de ser aplicables a la reserva establecida en el artículo 811, porque, aparte la razón legal, que es idéntica en ambos casos, obliga a entenderlo así la importante y decisiva circunstancia de que ambas disposiciones se hallan consignadas en el capítulo que trata de las comunes a las herencias por testamento o sin él y porque en el artículo 968 que encabeza la Sección que trata en general de los bienes sujetos a reserva se hace referencia a la impuesta en el artículo 811, y será consiguientemente contradictoria de la razón de la ley y del carácter común de las referidas disposiciones, no estimarlas aplicables a la expresada reserva».

La sentencia de 30 de diciembre de 1897 volvió a aplicar a la reserva del artículo 811 los artículos 977 y 978, según su segundo considerando «por existir la misma razón legal y por el carácter general que tienen las disposiciones del capítulo en que aquéllos se encuentran».

De la aplicación de los mismos artículos 977 y 978, así como de los 974, 975 y 976 y de la inaplicabilidad de los artículos 1.355 y 1.358 a la reserva del 811, se ocupó la sentencia de 6 de julio de 1916. Su primer considerando reitera la aplicabilidad de los artículos 977 y 978 al 811, repitiendo literalmente las mismas razones de la sentencia 30 de diciembre de 1897. El tercer considerando observa que la reserva del 811 no guarda identidad respecto a la disgregación de usufructo y nuda propiedad, porque el reservista puede disponer de los bienes inmuebles como dueño, con las limitaciones impuestas en los artículos 974 y 975, enajenar eficaz y absolutamente los muebles, sin más obligación que la de indemnizar conforme determina el artículo 976, porque otra cosa fuera hacer de mejor condición a los colaterales en el caso del artículo 811, que a los hijos del segundo matrimonio, coartando en aquél las facultades dominicales que en este caso no se restringen, siendo así que uno y otro demandan la misma solución, ya que se trata de derechos de igual naturaleza, y porque en ambos existe la posibilidad de que al morir el reservista no haya parientes llamados al disfrute de los bienes reservables. Y el quinto considerando excluye la aplicación a las reservas de las precauciones señaladas en los artículos 1.355 y 1.358, porque en éstos «se trata de asegurar derechos definidos y ciertos desde el momento en que se adquieren, como son los que tiene la mujer en sus bienes dotales y el marido en los parafernales», y su exclusión en las reservas «no puede atribuirse a imprecisión u olvido del Código», sino que «obedece con reflexivo propósito de

una parte a razones de orden social, limitando en lo posible los perjuicios que produciría la amortización del capital mueble como uno de los efectos de la reserva, y de otra la necesidad de armonizar, atendiendo a su esencia jurídica, derechos tan contrapuestos como son los del reservista y los del reservatario, porque no se puede privar a aquél a que use y disfrute conforme a su naturaleza las cosas que tiene en reserva».

La sentencia de 9 de febrero de 1924, en su segundo considerando, afirmó el derecho que asiste al reservista del artículo 811, «como nudo propietario condicional de los bienes sujetos a la reserva, a disponer de ellos del modo señalado en los artículos 974 a 976 del Código civil, aplicables al caso, y conforme al artículo 109 de la Ley hipotecaria».

La sentencia de 3 de noviembre de 1931 rechazó la aplicación a un ascendiente, reservista del artículo 811, de las garantías reguladas en los artículos 977 y 978 del Código civil y 168 y 200 de la Ley hipotecaria, entonces vigente, y que reclamaban sus hijos. Al interponer el recurso de casación, el reservista había alegado que en los supuestos de las sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897 el ascendiente había contraído segundas nupcias y que la sentencia de 6 de julio de 1916 «se refiere a reserva solicitada no por el hijo sobre los bienes que el padre hubiere heredado de otros hermanos, sino por un hermano de aquel de quien procedían los bienes, y que, por mediación de un sobrino carnal los había heredado el cónyuge de otro hermano». El tercer considerando de la sentencia, atendiendo a que el padre reservista permanecía en estado de viudez, arguyó que «estas garantías sólo serán exigibles al viudo o viuda que contraiga segundas o ulteriores nupcias, por la desconfianza de que con la intervención de los nuevos parientes puedan ser perjudicados los hijos del anterior matrimonio, mas en modo alguno cabe sean exigidos al que se conserve en estado de viudez, porque la ley no se las impone y porque aquellas disposiciones, como gravosas que son, no pueden interpretarse en sentido amplio ni aplicarse por analogía».

La importantísima sentencia de 25 de marzo de 1933 insiste en la integración del artículo 811 con las normas del Código que regulan la reserva viudal. Su primer considerando da por supuesto, como apoyo de su argumentación, la aplicación al reservista lineal de las facultades dispositivas concedidas al viudo en los artículos 974, 975 y 976. Su considerando sexto estima que la reserva lineal «por su denominación y por su contenido no puede corresponder en Derecho a otro concepto que al de constituir una variedad de la reserva del viudo», y, por tanto, en la hipótesis de que el indicado precepto (el 811) fuese de estricta aplicación al caso de autos, lógico sería la regulación de los efectos jurídicos de la reserva legal establecida en el artículo citado, en cuanto no se halle previsto en tal precepto o en alguno de los concordantes de la sección destinada a las legítimas, en que está enclavado como límite

que es de la de los ascendientes respecto de sus descendientes, se ajustase a las normas específicas que sobre la materia contiene el Código, bajo el epígrafe «De los bienes sujetos a reserva», en la sección segunda del capítulo V, relativa a las disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, del título III de su libro II, cual lo confirma, de un lado, el texto del artículo 968, primero de la indicada sección, que empieza aludiendo de un modo expreso a la reserva establecida en el 811; y, por otra parte, el que este Tribunal tiene establecida la doctrina de que las medidas de garantía y seguridad que adopta el Código civil en sus artículos 977 y 978..., son aplicables por existir la misma razón de ley, y por el carácter general que tienen las disposiciones del Código en que aquéllos se encuentran comprendidos a la reserva especial del artículo 811». El séptimo considerando observa que «el 811 no prevé el supuesto regulado en el artículo 972 en relación con el 968»; pero añade que, «como en una y otra hipótesis, es la misma la situación en que se encuentran colocados los hijos reservatarios respecto del ascendiente reservista, con relación a los bienes reservables, bien se trate de la reserva establecida en el referido artículo 968 del Código civil, o ya de la impuesta en el 811, necesario será que en estos dos aparentes casos distintos, que la realidad funde en uno solo, rija el único principio de derecho establecido para él en el repetido artículo 972 del Código civil».

La sentencia de 14 de junio de 1945, en su segundo considerando, para fundamentar la aplicación a la reserva lineal del derecho de representación, arguyó: «a) La consideración de que el derecho de representación, a que aluden los artículos 921 y siguientes del Código civil, forme parte del Derecho común de sucesiones...» (con lo cual presupone la aplicación a la reserva del artículo 811 de dicho Derecho común de sucesiones); «b) La de que sobre esta base, las disposiciones del artículo 973, a cuyo tenor en los bienes sujetos a reserva, el descendiente ha de heredar conforme a las reglas de la sucesión en la línea descendiente, son aplicables a la reserva lineal contemplada en el artículo 811, tal como han declarado, refiriéndose a los artículos 974, 975, 977 y 978, las sentencias de 8 de noviembre de 1894, 30 de diciembre de 1897 y 6 de julio de 1916».

Uno de los recurrentes que dieron lugar a la sentencia de 10 de noviembre de 1953 defendió la integración del artículo 811 con el 969, en cuanto «del artículo 969 del Código civil se desprende que tratándose de bienes heredados por los padres de sus hijos no existe limitación alguna para aquéllos, mientras sobrevivan otros hijos del primer matrimonio y hasta tanto no contraiga el ascendiente segundas nupcias». Pero el primer considerando de la sentencia afirma que «es cierto que las dos modalidades de la reserva ofrecen marcadas analogías en punto a finalidad, naturaleza, contenido y efectos, puestos que no son, en definitiva, sino especies de una misma institución, pero también las acusadas de-

ferencias que al hallarse establecida cada una para un supuesto distinto impone en orden a las condiciones que han de darlas lugar y a las normas reguladoras de sus efectos». Y en el segundo considerando precisa que nada autoriza a «que los términos claros y precisos del... artículo 968, mantenedor con el empleo del adverbio «además» de la nueva reserva creada en el 811, o las normas de los artículos que regulan lo que aquel precepto establece, hayan modificado en sentido restrictivo el alcance que a la reserva lineal concede el propio texto que la acoge».

La sentencia de 8 de junio de 1954, contradiciendo la de 25 de marzo de 1933, sostiene la no aplicación del artículo 972 a la reserva del artículo 811, con los siguientes argumentos, que transcribimos de su séptimo considerando: «Primero, que es discutible la existencia de laguna en una norma jurídica como la del artículo 811, cuando, no obstante la carencia de reglamentación complementaria, no hay en realidad insuficiencia de ley respecto a indisponibilidad del reservista *post mortem*, puesto que ésta brota lisa y llanamente del principio rector de la reserva lineal, prohibitivo de toda intervención del reservista que altere el curso de los bienes o su participación por partes iguales entre los reservatarios; Segundo, que, aunque así no fuera y realmente existiese laguna, habría de suplirse aplicando normas acordes con el principio que informa la reserva, y no con reglas de otra institución excepcional o singular, que no es susceptible de aplicación extensiva por analogía, y menos dada la concreción literal del supuesto que prevé el artículo 972; Tercero, que en trance de buscar analogías entre la reserva lineal y otras instituciones jurídicas, y prescindiendo de diferencias accidentales, estaría justificada la asimilación del reservista a la del fiduciario en la sustitución fideicomisaria condicional, de tanto arraigo en Derecho catalán, o a la del legionario en la legítima corta o estricta, también impuesta por la ley como intangible para el testador, en vez de establecer la analogía con la reserva matrimonial que difiere de la lineal o extraordinaria por su origen, por su objeto, por la persona a quien se impone, por la del favorecido y por la procedencia de los bienes sobre que recae, y con tanta disparidad de supuestos sería demasiado aventurada la asimilación, máxime teniendo en cuenta que es explicable la atribución de mejorar el padre o madre segunda vez casado a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, en armonía con lo dispuesto en el artículo 823; pero lo que no sería explicable ni legalmente posible es que se extendiera la facultad de mejorar prevista en el artículo 972 a tíos, sobrinos, abuelos y bisabuelos del decendiente heredado, en la línea de procedencia de los bienes, todos ellos posibles reservatarios, a menos que entre éstos se alce una distinción según sean o no hijos del reservista, distinción que ni la ley la autoriza, ni es posible admitirla institucionalmente sin desnaturalizar la esencia de la reserva lineal: Cuarto, que a la locución inicial del artículo 968—«además

de la reserva impuesta en el artículo 811—no cabe atribuirle, literal ni lógicamente, la significación de que todas las normas de la reserva matrimonial sean aplicables también a la reserva semi-troncal o extraordinaria, pues lo que claramente da a entender aquella expresión es que, sin perjuicio y con independencia de la reserva lineal, el cónyuge viudo que contraiga segundas nupcias o tenga en estado de viudez un hijo natural, viene obligado a constituir otra reserva o tantas otras como matrimonios celebre, pero en la reserva lineal como en la matrimonial se aplicará su propio régimen, que puede ser idéntico, según jurisprudencia, en materia de medidas de aseguramiento del Derecho eventual de los reservatarios, *pendente condicione*, y en supuestos de enajenación de bienes reservables por el reservista, enajenación limitada por el juego propio de la condición resolutoria, pero sin que la identidad o similitud pueda ampliarse a otras situaciones jurídicas discrepantes, como la referente a la institución de la mejora; Quinto, que corrientemente se viene invocando, en pro de la identidad o semejanza de las reservas lineal y matrimonial, el designio, común a ambas, estrictamente familiar, y esto requiere alguna aclaración, porque la primera de estas reservas tiene por objetivo fundamental el mantenimiento de los bienes en la línea de su procedencia, comprensiva de parientes hasta el tercer grado, y no todos ellos están incluidos en el concepto moderno de la familia como unidad orgánica, jurídica y económica; Sexto, que si se concediera al reservista lineal la facultad de mejorar a alguno de sus hijos reservatarios, igual razón existiría para otorgarle la atribución de desheredarlos, y por esta senda, cabalgando sobre inconsecuencias y sobre distinciones injustificadas, se llegaría a la conclusión absurda de que el reservista podría desentenderse de los reservatarios, hijos o descendientes suyos, para disponer libremente de los bienes reservables, y todo ello, quizá, por la antipatía con que algunos han recibido la incorporación o el injerto o cuña de la reserva lineal en el Código civil, aspecto de la cuestión en el que los jueces y tribunales no son llamados a opinar, pues están constreñidos a indagar la *mens legis* por interpretación gramatical, lógica, sistemática y teleológica para aplicar la norma legal mientras la mantenga en vigor el órgano estatal correspondiente».

En fin, la sentencia de 2 de marzo de 1956, en su primer considerando, señala que el precepto del artículo 811 «ofrece grandes analogías con lo establecido con carácter de troncalidad, en la ley sexta, título XIII, libro tercero de la novísima recopilación navarra», lo que utilizó como argumento respecto al cómputo del grado dentro de la línea. Si bien, como hemos visto antes la solución a que se hubiera llegado en la troncalidad navarra habría sido la contraria de la aplicada por esta sentencia.

2. *Resumen de la posición jurisdiccional.*—Podemos sintetizarla en este breve cuadro:

a) Invocan el Derecho general o común de las sucesiones: la sentencia de 8 de noviembre de 1894 (al argüir, en pro de la aplicación de los artículos 977 y 978, «que ambas disposiciones se hallan consignadas en el capítulo que trata de las comunes a las herencias por testamento o sin él»), la sentencia de 30 de diciembre de 1897 (que insiste en «el carácter general que tienen las disposiciones del capítulo en que aquéllos se encuentran»), la de 6 de julio de 1916 (al repetir literalmente los argumentos de la anterior), la sentencia de 25 de marzo de 1933 (que reitera igual razonamiento), y la de 14 de junio de 1945 (al argüir en favor de la aplicación del Derecho de representación, el hecho de que éste «forme parte del Derecho común de sucesiones»).

b) Respecto a la aplicación analógica de las normas que reglamentan la reserva viudal, tenemos:

a) De una parte: las sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897 aplican analógicamente los artículos 977 y 978, afirmando que «la razón legal es idéntica»; la de 6 de julio de 1916 reitera la aplicación analógica de los artículos 977 y 978 y la extiende a los 974 y 976 (argumento: que una y otra reserva «demandan la misma solución, ya que se trata de Derechos de igual naturaleza»); la sentencia de 9 de febrero de 1924, que insiste en la aplicación de los artículos 974 a 976; la sentencia de 25 de marzo de 1933 recoge la aplicación de los artículos 974, 975, 976, 977 y 978 y aplica a su vez el artículo 972 (argumentos: «la misma razón de ley»; «en una y otra hipótesis, es la misma la situación en que se encuentran colocados los hijos reservatarios respecto del ascendiente reservista, con relación a los bienes reservables», calificándolos de «aparentes casos distintos que la realidad funde en uno solo»); y la sentencia de 14 de junio de 1945, que sostiene la aplicación del artículo 973, recordando que sentencias anteriores aplicaron los artículos 974, 975, 977 y 978.

β) La sentencia de 3 de noviembre de 1931 sostuvo la inaplicación de los artículos 977 y 978 al ascendiente que se conserva viudo —y del cual, en aquel caso, toda su descendencia era común al otro ascendiente del que procedían los bienes—, declarando que «aquellas disposiciones, como gravosas que son, no pueden aplicarse por analogía». Es decir, por lo menos, sustrajo de su aplicación analógica al padre o madre (esto es, al reservista con hijos reservatarios) que se conserve en viudez. Rechazó, pues, la analogía extensiva.

γ) La sentencia de 10 de noviembre de 1953 se enfrentó a un recurso en el cual se defendía una aplicación analógica del artículo 969 como restrictiva del texto literal del artículo 811, y si bien reconoció que «es cierto que las dos modalidades de la reserva ofrecen marcadas analogías en punto a finalidad, naturaleza, con

tenido y efectos, puesto que no son, en definitiva, sino especies de una misma institución»; pero, por sus «acusadas diferencias», al «hallarse establecidas para supuestos distintos», rechazó que las normas de la reserva clásica «hayan modificado en sentido restrictivo el alcance que a la reserva lineal concede el propio texto que la acoge». Es decir, rechazó la aplicación analógica cuando resulte restrictiva.

δ) Y finalmente, la sentencia de 8 de junio de 1954—que, en tantos aspectos de sus razonamientos, es tan dispar con criterios reiteradamente declarados por la misma Sala primera del Tribunal Supremo—, para rechazar la aplicación analógica del artículo 972, generaliza la posición negativa hasta afirmar que de haber laguna en el 811, «habría de suplirse aplicando normas acordes con el principio que informa la reserva, y no con reglas de otra institución excepcional o singular, que no es susceptible de aplicación extensiva por analogía»; y rechaza la analogía con la reserva matrimonial porque «difiere de la lineal o extraordinaria por su origen, por su objeto, por la persona a quien se impone, por la del favorecido y por la procedencia de los bienes sobre que recae, y con tanta disparidad de supuestos sería demasiado aventurada la asimilación».

c) Es rechazada la aplicación analógica de las reglas que regulan las relaciones entre usufructuario y nudo propietario, en la de 6 de julio de 1916.

d) También se rechaza por la misma sentencia la aplicación analógica de las garantías ordenadas en los artículos 1.355 y 1.358 del Código civil.

e) Según la sentencia de 8 de junio de 1954, «en trance de buscar analogías entre la reserva lineal y otras instituciones jurídicas, y prescindiendo de diferencias accidentales, estaría justificada la asimilación del reservista al fiduciario en la sustitución fideicomisaria condicional de tanto arraigo en Derecho catalán».

f) Finalmente, en igual trance y prescindiendo también de diferencias accidentales, según esa misma sentencia, estaría igualmente justificada la aproximación de la posición del reservatario; «a la del legitimario en la legítima corta o estricta también impuesta por la ley como intangible para el testador».

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha utilizado la analogía para integrar el artículo 811.

Tres resoluciones han aplicado las normas de la reserva clásica. La de 5 de junio de 1892 aplicó los artículos 974 y 975, considerando «que el Código estima suficiente garantía para los hijos del primer matrimonio la condición resolutoria que envuelve el artículo 975, por lo cual los parientes colaterales, en el caso de la reserva troncal no pueden aspirar a mayor derecho en términos de estricta justicia». La de 23 de julio de 1910 señala la aplicación de los artículos 977 y 978 del Código civil a la reserva estable-

cida en el artículo 811, según lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 20 de noviembre de 1897. Y la de 30 de marzo de 1925 aplicó el artículo 970, admitiendo la validez de la renuncia verificada a su amparo por quienes, conforme al artículo 811, eran reservatarios en pendencia.

En la resolución de 20 de marzo de 1905 se hizo aplicación analógica a la reserva del artículo 811 de las reglas de la sucesión intestada, y concretamente la del artículo 921, de que el pariente más próximo excluye al más remoto, con invocación *a fortiori* de la ley sexta, título XIII, libro tercero de la Novísima Recopilación de Navarra.

3. *Criterios de la doctrina.*—El problema de la integración normativa del artículo 811 ha preocupado siempre a la doctrina. Rafael de Ureña (10), hace más de sesenta años, expuso esta preocupación: «Cierto es que el legislador, después de establecer en el artículo 811 del Código civil la obligación de reservar..., nada añade acerca de los desenvolvimientos naturales de la institución que crea. Es, pues, necesario suplir el silencio del legislador, ya con el criterio doctrinal del jurisconsulto, ya con las decisiones de los Tribunales, pero aquél y éstas han de estar fundamentadas en la naturaleza jurídica de la institución misma».

a) Por este camino muchos autores, como Manresa (11), Morell y Terry (12), el mismo Ureña (13), A. Charrín (14), Mucius

(10) RAFAEL DE UREÑA: *Bienes reservables. Consulta*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo 89 (segundo semestre 1896), pág. 101.

(11) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código civil español*, tomo VI (6.ª ed., Madrid, 1932), art. 811, I, B, págs. 249 y sigs. A su juicio «el artículo 811 crea una reserva a favor de determinados parientes, como los artículos 968 y siguientes reconocen otra reserva en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio. Dicho artículo 968 establece un enlace, la íntima analogía de una y otra institución, con las palabras «además de la reserva impuesta en el artículo 811; el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar». Se trata, pues de dos reservas impuestas por la ley, cuya naturaleza debe ser idéntica y cuyas condiciones de efectividad deben ser las mismas. La analogía es evidente; las omisiones del legislador respecto a la una pueden salvarse aplicando los preceptos establecidos respecto a la otra, siempre que no contraríen el espíritu que respectivamente las informa, el fin que al crearlas se propuso la ley».

(12) JOSÉ MORELL Y TERRY: *Bienes reservables, Reserva creada por el artículo 811 del Código civil*, V, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. 82 (primer semestre 1893), págs. 532 y sigs. y en *Estudios sobre el Código civil* (Madrid, 1894), pág. 1910 y 309.

(13) Loc. cit., págs. 101 y sigs.: «Es, pues, una reserva la institución creada en el artículo 811, y como tal es una institución de la misma naturaleza que la regulada en los artículos 968 al 980 del citado Código. Ahora bien: en estos artículos trata la ley de desenvolver los elementos esenciales del derecho de reservas y a ellos en general tiene que referirse toda otra reserva legalmente establecida.»

(14) A. CHARRÍN: *¿Son admisibles la mejora y el derecho de representación en la sucesión de los bienes reservables con arreglo al artículo 811*

Scaevola (15), Sánchez Román (16), Maura (17), Clemente de Diego (18), La Cueva (19), Castán (20), Roca Sastre (21), han sostenido el criterio de aplicar analógicamente a la reserva del artículo 811, en cuanto cuajen en ella, las reglas de la reserva regulada en los artículos 968 y sentencias del mismo Código, porque se trata de dos variedades de una misma institución jurídica: la de las reservas.

Según Díaz Cobeña (22), la posibilidad de esta analogía se limita a los artículos 975 a 978, ambos inclusive, por estimar que las demás disposiciones de la sección segunda, capítulo V, título III, libro tercero del Código civil no pueden considerarse aplicables a la reserva del artículo 811, ni por razón de su naturaleza ni por la finalidad de sus disposiciones.

Este criterio restrictivo no es compartido por la mayoría de los autores antes citados, que tampoco admiten que ambas reservas sean de naturaleza diferente. Maura, en el dictamen que acabamos de citar, comparando ambas instituciones —y fijándose sin duda especialmente en la reserva clásica de los bienes del bínubo procedentes de hijos de su matrimonio anterior—, señaló que «son sustancialmente iguales la naturaleza de ambas instituciones y su ligamen con el título adquisitivo que se efectúa por defunción del descendiente».

*del Código civil?*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo 91 (segundo semestre 1897), págs. 428 y sigs.

(15) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLE: *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XIV (4.ª ed., Madrid, 1944), art. 811, E, e), páginas 319 y sigs., y G), b), pág. 356.

(16) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. 2.º (2.ª ed., Madrid, 1910), núms. 131, 1 *in fine*, y 132, págs. 988 y sigs.

(17) ANTONIO MAURA: *Dictámenes*, tomo IV (Madrid, 1930), pág. 71, Dict. núm. 5 (23 mayo 1923), publicado también en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo 144 (primer semestre 1924), pág. 17.

(18) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, tomo III (Madrid, 1932), pág. 193: «Esta reserva no ha tenido en el Código los desarrollos que precisaba su establecimiento y aplicación, por lo que ha de completarse en términos de posibilidad con lo establecido para la reserva ordinaria. La doctrina y la jurisprudencia, por este criterio de analogía y atendiendo a la específica naturaleza de la reserva extraordinaria, habrán de ir llenando los sensibles vacíos y lagunas del precepto legal.»

(19) MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO: *La verdad sobre el 811* (Sevilla, 1934), pág. 69.

(20) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *El derecho de representación de la sucesión lineal del artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Der. Priv.», XXIV (septiembre 1940), pág. 205: «Puesto que se trata de una reserva, de naturaleza análoga a la regulada en los artículos 968 a 980, le serán aplicables las normas de esta última.»

(21) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado y II, Sucesiones* (Madrid, 1948), IX, pág. 333 y *Notas al Derecho de Sucesiones*, de Kipp, vol. I (Barcelona, 1951), 4.º a), 2, pág. 43.

(22) LUIS DÍAZ COBEÑA: *Dictámenes* (Madrid, 1910), XV, D, págs. 242 y sigs.

A. Charrín—en la contestación a la consulta acabada de citar—llegó a la conclusión de que, «como las mismas razones legales y de interpretación existen para la aplicación de todas las prescripciones que contiene la referida sección segunda, en cuyo primer artículo se hace referencia expresa al artículo 811, debemos considerar a éste como formando parte de la sección que trata de los bienes sujetos a reserva, y deben aplicarse, por tanto, en ambas reservas las disposiciones que contienen los artículos 972 y 973, como se aplican las de los artículos que le siguen sobre enajenación y seguridad de los bienes reservables (23).

Sánchez Román afirmó que para suplir las deficiencias del artículo 811, no pueden ni deben buscarse sus analogías sino en los artículos 968 a 980, «en lo que de ellos no sea de exclusiva pertenencia a la reserva ordinaria en favor de los hijos de su primer matrimonio, por el padre o madre viudos que contraen segundas nupcias; aquéllos, como el 974 al 980, que tengan posible aplicación, por analogía, al caso de la reserva extraordinaria o especial del 811».

La más decidida defensa de la integración del artículo 811 con las normas de la sección segunda del título tercero del libro 3 del Código civil, había sido hecha en la misma revista un año antes, por Rafael de Ureña en su indicado trabajo, con estos argumentos: «Figurémonos, por ejemplo, que el legislador estableciese un derecho cualquiera de hipoteca, sin que al crearle prescribiera desarrollos especiales. ¿Quién vacilaría en aplicar al nuevo caso las prescripciones generales establecidas por el legislador para las hipotecas legales? ¿Quién dudaría que había de someterse ese nuevo derecho creado, en cuanto su naturaleza especial lo permitiera, a los principios generales del derecho hipotecario? Pues bien: en análogo caso nos encontramos; el Código civil, que como lo dijo es una sola ley regida por el principio de unidad, y en la que todos los elementos, todas las manifestaciones varias que contiene, deben referirse a esa unidad característica, pues de otro modo el Código no sería Código, sino una mera recopilación de leyes; el Código civil, repetimos, crea en su artículo 811 un derecho especial de reserva, fijando los elementos que le particularizan, pero callando en lo que se refiere a los desarrollos generales como tal derecho de reserva. Y ¿quién puede dudar que en general, y como tal reserva, el desenvolvimiento de ese derecho ha de estar regido por las disposiciones generales del Código para la misma clase de bienes y derechos, solventado cuando en el libro tercero, título 3, se encuentra una sección, la segunda, que lleva al epígrafe general *De los bienes sujetos a reser-*

(23) No obstante, años más tarde, el mismo A. CHARRÍN (*¿Es admisible la mejora de los bienes reservables?*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo 132, 2.º semestre 1918, págs. 413 y sigs.) sostuvo la excepcional inaplicación del artículo 972 a la reserva del artículo 811.

va, y cuyo artículo primero (art. 968) empieza con estas palabras: «Además de la reserva impuesta en el artículo 811», etc.» (24).

b) Con referencia a la *integración del artículo 811 por las reglas generales del Derecho sucesorio* podemos observar matices bastante diversos entre los autores, que en general no han sido debidamente precisados y deslindados.

Desde el ángulo del artículo 811 se han enfocado las normas generales del Derecho sucesorio, unas veces como Derecho común, específicamente exceptuado por el *ius singulare* del artículo 811, que debe ser aplicado en cuanto la específica *ratio* de éste no lo limita y, por otros autores, como fuente de normas supletorias con que llenar las lagunas de este artículo.

Unos autores han concretado ese Derecho sucesorio general a las reglas generales de las legítimas o de la sucesión intestada; algunos a las normas comunes a las sucesiones testada e intestada (Cap. V del Tit. III, Lib. III), y, en fin, otros a los principios generales que incluyen todas las formas de sucesión.

Con referencia a la prioridad entre la aplicación analógica de las reglas de la sección dedicada a la reserva clásica y la complementaria de los principios generales de las sucesiones, una parte de la doctrina no la plantea, tal vez por prejuzgar la falta de analogía entre ambas figuras de reserva. Y, en cambio, otro sector doctrinal llega a los principios generales precisamente a través de la llamada subsidiaria que el artículo 973 hace a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente.

Clemente de Diego (25) plantea en estos términos la aplicación del Derecho común a las hipótesis del 811: «La especialidad y fines limitados de esta sucesión reservataria no exigen mayor desviación del principio común dominante en el Código, y ese resquicio que deja vacío el derecho excepcional y anómalo introducido por el artículo 811 lo ocupa y debe ocuparlo el Derecho común o la regla general aceptada por éste...; el 811 se admitió tan sólo para conseguir el fin deseado...; no se derogaba ni quería derogarse todo el régimen sucesorio, no se quería quebrantarle completamente en todas sus líneas; de aquí que el carácter excepcional y anómalo no pueda ser llevado más allá de donde exijan el fin y la necesidad que venía a satisfacer la nueva institución, y como nuestro Código no conoce las sucesiones conjuntas e integrables, sino los llamamientos por proximidad de grado y preferencia del más próximo sobre el más remoto y con ello la nueva reserva cumple sus fines, parece lógico pronunciarse en contra de la llamada reserva integral en favor de todos los parientes de tercer grado conjunta-

(24) SÁNCHEZ ROMÁN (núm. 132 cit., pág. 988, nota 2) reprodujo la opinión de UREÑA y afirmó del mismo que, «por sus sólidos razonamientos, ha obtenido aceptación muy general».

(25) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *El derecho de representación y la reserva llamada troncal del artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Der. Priv.», XIV (febrero 1937), págs. 60 y 63.

mente y sin distinción de grados." Pero, a su vez, estima "que no le alcanza el derecho de representación, porque tal derecho no es de los comunes y ordinarios que forman parte de la herencia del reservista, sino uno especialísimo otorgado a favor de determinadas personas y solamente de ellas».

Sánchez Román (26) opinó que la referencia general del artículo 811 a todos los parientes de tercer grado sin señalar prelación, fué hecha porque el Código civil «supone aplicable el régimen general sucesorio de proximidad de grado en que todo él se inspira entre los parientes de diferente grado, dentro del tercero, que puedan existir, y con las generales y ordinarias preferencias de la línea ascendente sobre la colateral, puesto que el fin de la reserva familiar que el artículo 811 se propone queda cumplido, no obstante la aplicación de la regla de preferencia de proximidad de grado y aun de línea entre los distintos que lo puedan ser dentro de dicho tercer grado y por la línea recta de ascendientes u oblicua de colaterales».

Manresa (27) también había entendido aplicables «las reglas generales y fundamentales del Código en materia de sucesión en aquellos extremos no resueltos de un modo expreso y que quedan fuera de la propia esfera de la reserva especial». Díaz Cobeña (28) se muestra partidario de armonizar los preceptos del derecho de representación (arts. 924 y 925 C. c.) con la norma del 811, «de acuerdo con los principios fundamentales del Derecho hereditario, sin separarse del espíritu ni de la letra del último de dichos artículos». Según De Buen (29), la institución de la reserva «sólo deberá entenderse se desvía de las reglas ordinarias de la sucesión en lo que expresamente esté ordenado, pero en modo alguno en aquellos puntos en que nada dice el artículo 811».

La Cueva (30) quiso concretar más la aplicación de las reglas sucesorias al artículo 811. A su juicio: «El sitio, el lugar que ocupa en el Código, que es el libro tercero, título tercero, capítulo segundo, sección quinta, que llevan por epígrafe el título «De las sucesiones» y la sección «De la legítima», y eso sólo es revelador de que tal artículo 811 tenga que estar relacionado y en perfecto acuerdo de armonía con las disposiciones todas de tal libro, título, capítulo y sección, porque esa relación de armonía es de absoluta precisión.»

Esa concreción, adicionada a la impresión de excluir la aplicación analógica en lo sustancial de la reserva clásica, parece deducirse de la opinión que Moutón y Ocampo (31) cree captar de «que

(26) SÁNCHEZ ROMÁN: Op. y vol. cit., núm. 142, pág. 1100.

(27) MANRESA: Op. y vol. cit., art. 811, I, B, pág. 250.

(28) DÍAZ COBEÑA: Op. cit., Dict. XV, C, pág. 234.

(29) DE BUEN: Notas cit., págs. 396 y sigs.

(30) LA CUEVA: Op. cit., pág. 67.

(31) LUIS MOUTÓN Y OCAMPO: *Troncalidad*, en «Enciclopedia Jurídica Española», (Barcelona, s. f.), tomo XXX, pág. 458.

los autores del Código civil quisieron considerar tal institución o singularidad jurídica como una reserva especialísima, nueva forma de sucesión intestada, y por ello no la comprendieron en la sección correspondiente a los *bienes sujetos a reserva*, y sí en la de las *legítimas* a las cuales afecta expresamente».

Maura (32) sostuvo la aplicación supletoria de las reglas de la sucesión intestada para defender la aplicación al artículo 811 del derecho de representación en la línea descendente y ascendiente. E igualmente Escobar de la Riva (33) y Castán (34) afirman que para suplir las deficiencias del artículo 811, después de aplicar las normas de la reserva clásica, «y puesto que se trata de una modalidad de la *sucesión legítima*, se le han de aplicar como supletorias las reglas de la sucesión intestada en cuanto no se opongan al especial y limitado orden de llamamientos que el artículo 811 establece».

Roca Sastre (35) llega a la aplicación de reglas de la sucesión intestada al artículo 811; pero a través de la aplicación analógica de las reglas de la reserva clásica, concretamente, en virtud de la llamada del artículo 973.

Ha sido Hernández Gil (36) quien ha querido llevar hasta sus últimas consecuencias la aplicación de las reglas de la sucesión intestada a la reserva lineal, entendiéndolo que los reservatarios suceden abintestato al descendiente con las solas limitaciones de grado y línea expresadas en el texto literal del artículo 811. Su tesis tiende a la aplicación a esa reserva de la prelación de órdenes establecida en los preceptos de la sucesión intestada y especialmente de la preferencia del orden de los ascendientes respecto al de los colaterales. Para llegar a ese resultado no halla solidez suficiente en el rodeo dado por algunos autores a través del artículo 973 por estimar que «los reservatarios del artículo 973 son sólo los descendientes que pertenecen a un único orden sucesorio. Estos tienen que quedar excluidos del artículo 811, porque de lo contrario no hay posibilidad de que se dé el supuesto en él previsto: en cambio, comprende a los ascendientes y a los colaterales» (37). Por eso cree preferible utilizar como puente el artículo 938, que cree tiene otra finalidad más importante que la de aclarar lo que en virtud de la expresión «por ministerio de la ley» ya estaba claro en el artículo 811—es decir, la aplicación de éste en la sucesión intestada del descendiente—, que es la de actuar como precepto ordenador, de carácter sistemático, que indica el designio del legislador «de

(32) MAURA: Op. y vol. cit., Dict. núm. 6.º (Solórzano, 30 agosto 1949), págs. 97 y sigs.

(33) ELOY ESCOBAR DE LA RIVA: *El artículo 811 del Código civil* (San Fernando, 1940), págs. 8 y sigs.

(34) CASTÁN: Loc. últ. cit., pág. 205.

(35) ROCA SASTRE: *Notas al Fupp*, loc. y pág. últ. cit.

(36) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *La prelación de órdenes y grados en la reserva lineal española*, en «Rev. de Der. Español y Americano», año I mayo-junio 1956), págs. 7 y sigs.

(37) Loc. cit., X, págs. 10 y sigs.

considerar el artículo 811 inserto, a modo de excepción, dentro de la ordenación general» de la sucesión intestada. «De donde se deduce—según él—que lo no sustraído por el artículo 811 a esa ordenación a la que, al mismo tiempo, se antepone y se superpone, no está alterado por él, no se halla reguado de manera distinta» (38).

A nuestro compañero Pascual Lacal (39) no le convenció que la aplicación de las reglas generales del Derecho de sucesiones a la reserva lineal se deba concretar a las reglas de la sucesión intestada. La reserva del 811, en su opinión, «es una creación de la Ley, pero lo mismo acontece con la institución de la mejora y con la reserva llamada tradicional del artículo 968». «Como la reserva no crea—según entiende—un tipo autónomo de sucesión y ha de ser deferida conforme al conjunto de normas que regulan la transmisión de bienes por causa de muerte, y como tampoco establece una expresa excepción a las disposiciones generales contenidas en la sección primera, capítulo III, libro III de nuestro Código, entendemos—concluye—que las prescripciones del mismo contenidas en los artículos 912 y 913, que determinan la preferencia de la sucesión testada sobre la intestada, son de perfecta aplicación a la mencionada reserva.»

En cambio, Mucius Scaevola (40) cree inaplicables, para integrar el artículo 811, tanto las reglas de la sucesión testada como las de la intestada, porque a su juicio «el artículo 811 es la negación categórica de la proximidad de grado» y «llama a *los parientes dentro del tercer grado* sin establecer distinción o preferencia entre ellos». Por lo tanto, en este aspecto su visión de una reserva integral e igualitaria aleja la posibilidad de toda aplicación de reglas de sucesión testada e intestada que determinan preferencia alguna entre los parientes que se hallan dentro del tercer grado del descendiente y en la línea de procedencia de los bienes.

4. *Repaso de la aplicación analógica al artículo 811 de las normas de la reserva clásica.*—La aplicación analógica de primerísimo grado de las normas de la reserva vidual para complementar la del 811 resulta evidente al tratarse de dos variedades de una misma institución. Que es así, resulta claramente:

1.º De las explicaciones del propio promotor del precepto, Alonso Martínez (41). Este jurista, al explicar su génesis en la Comisión codificadora, después de exponer el caso que quería remediarse, señaló que «este mal no tiene más que dos remedios ra-

(38) XI, págs. 11 a 13.

(39) PASCUAL LACAL: *Un caso de aplicación del artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», VIII (agosto 1932), págs. 577 a 582.

(40) MUCIUS SCAEVOLA: *Op. y vol. cit.*, art. 811 F b), págs. 336 y sigs.

(41) MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones reales* (2.ª ed.), págs. 188, 100 y 101.

dicales y uno parcial e incompleto: la asignación de la legítima en usufructo, la extensión de las reservas a los abuelos y los tíos, ya que no a todos los colaterales, y la sucesión lineal». Después de rechazar la sucesión lineal y la atribución de la legítima de los ascendientes en usufructo se ocupa de las reservas. «En el orden lógico, y meramente jurídico —dice— no veo que haya razón alguna para que sus efectos se limiten a los hermanos y no alcancen a los abuelos y los tíos del difunto.» A continuación examinó sus inconvenientes con respecto a la libre circulación de los bienes y observó su atenuación desde la Ley Hipotecaria, aunque no estimó suficiente dicha corrección por persistir dos inconvenientes, concretados en que pudieran reivindicar los descendientes los bienes enajenados por el cónyuge superviviente en estado de viudez. «Por tanto—prosigue Alonso Martínez—, hay que modificar en sus accidentes la institución de las reservas para poder extenderla a otras personas y casos distintos de los señalados en las leyes vigentes.» «Y éste fué—concluye—el temperamento que por indicación mía adoptó la Comisión Codificadora.» Y, en efecto, se aumentaron las facultades dispositivas del cónyuge superviviente, se limitó la posibilidad de reivindicar de los hijos del binubo respecto a los terceros adquirentes, y se extendió la institución, para evitar el cambio de línea de los bienes, a favor de los abuelos y tíos del difunto en el supuesto regulado en el artículo 811.

2.º) El mismo Código civil califica de *reserva* la institución creada en el artículo 811, precisando en el primer artículo de la Sección *De los bienes sujetos a reserva*, el artículo 968, que «*además de la reserva impuesta en el artículo 811*»...

No podemos olvidar—como vimos en la primera parte de este trabajo (42)—que el precedente más concreto de la reserva del 811 es la modalidad de la clásica relativa a los bienes heredados por ministerio de la ley de un hijo de matrimonio anterior y que éste hubiera recibido gratuitamente de su padre o madre premuertos. La Comisión Codificadora la extendió a favor de abuelos y tíos del descendiente de la línea de procedencia de los bienes (siguiendo el criterio de la glosa que rechazaron Bartolo y Baldo) y la impuso a todo cónyuge superviviente aunque no contrajera ulteriores nupcias:

Según Aldecoa, en su Memoria del Tribunal Supremo de 1898: «Se trata, pues, de una entidad jurídica distinta de las demás y que se llama *reserva*, con nombre y esencias diferentes, que ofrece dos variedades: la reserva que pudiéramos calificar de *ordinaria*, que es la establecida y reglamentada en los artículos 968, que la define, al 980, impuesta al cónyuge que pasa a segundas nupcias en favor de los hijos habidos en el primer matrimonio, porque es la derivada de la tradición legal española y romana y de carácter más general y comprensivo que la del 811, de que ahora se trata, que puede denominarse *extraordinaria* o excepcional y nueva en nues-

(42) § 3.º, 19. Ver. AN. DER. CIV., X-II (abril-junio 1957): pág. 375.

tro Derecho de Castilla y que constituye una restricción para el ascendiente de sus derechos legítimos y como si todas las reservas no implicaran restricción mayor o menor del derecho absoluto de propiedad.»

Tratándose de una misma institución ha de haber entre sus diversas modalidades no sólo la semejanza *formal*, de *estructura* y *funcionamiento*, que reconoce Hernández Gil (43), sino verdadera *identidad funcional*. Las diferencias estriban en los supuestos de aplicación, elementos personales y reales. Es decir, *juegan entre personas diferentes y no se refieren a los mismos bienes, pero actúan igual*. Esta es la idea básica que debemos tener presente al descender a los detalles de la aplicación analógica. Sus límites nos los ha de señalar la misma norma del artículo 811 en cuanto se separe, expresamente o por su finalidad, de las normas reguladoras de las modalidades clásicas de las reservas.

a) Por eso creemos que los artículos 968, 969, 979 y 980, que se refieren a los supuestos de aplicación de la reserva clásica y a la determinación de sus reservistas, reservatarios y bienes reservables no pueden aplicarse a la reserva del artículo 811, que precisa su supuesto de hecho determinante, reservista, reservatarios y bienes reservables diversos (44). Tampoco vemos la posibilidad de aplicación analógica—aunque de modo general se ha aludido frecuentemente a ella, incluso por el Tribunal Supremo—del artículo 974, pues se refiere a un período anterior a la reserva y posterior al momento de heredar el cónyuge superviviente, que no existe en la reserva del artículo 811.

b) Por el contrario, es evidente la aplicación analógica de los artículos 975 y 976, referentes a la eficacia de la enajenación por el reservista durante la reserva de bienes inmuebles y muebles reservables (aplicación hecha por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de julio de 1916 y 9 de febrero de 1924 y por la Dirección General de Registros y del Notariado en resolución de 5 de junio de 1892).

c) En cambio, la aplicación analógica de los artículos netamente formales, 977 y 978, no ha dejado de plantear un problema de límites. La duda fué observada por Morell y Terry (45): «Desde luego, cuando el ascendiente (el padre o la madre) hereda bienes de un ascendiente, si después contrae segundo matrimonio queda obligado a la constitución de hipoteca; pero aquí hay un hecho que pudiera decirse que la precisa: las segundas

(43) HERNÁNDEZ GIL: Loc. cit., X, pág. 10.

(44) No obstante, en el recurso que dió lugar a la sentencia de 10 de noviembre de 1953 (que lo rechazó), se defendió la aplicación analógica del artículo 969 para sostener que «tratándose de bienes heredados por los padres de sus hijos no existe limitación alguna para aquéllos, mientras sobrevivan los hijos del primer matrimonio y hasta tanto no contraiga el ascendiente segundas nupcias».

(45) JOSÉ MORELL: Locs. y págs. últ. cit.

nupcias, y que en el caso del artículo 811 el ascendiente ha de reservar siempre, case o no case por segunda vez, por lo que no hay tanta analogía entre este artículo y lo contrario al artículo 970, como parece indicar el señor López Mazón.»

Un examen cuidadoso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos permite armonizarla, distinguiendo tres supuestos posibles:

1.º Si el ascendiente sujeto a la reserva del artículo 811 contrae segundas nupcias resulta evidente la aplicación analógica de los artículos 977 y 978, tanto más cuanto que llega a darse verdadera identidad. Este supuesto se daba en los casos contemplados en las sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897.

2.º Si el reservista del artículo 811 no tiene descendencia común al otro ascendiente, también debe aplicarse por analogía lo dispuesto en los artículos 977 y 978, aunque dicho reservista no haya contraído segundas nupcias. Este era el supuesto contemplado en la sentencia de 6 de julio de 1916 y en la resolución de 23 de julio de 1910. Aunque no se den las nuevas nupcias, como motivo para disminuir la confianza en los padres respecto a los intereses de los hijos de un anterior matrimonio, hay razón para que no se tenga mayor ni diferente confianza en el interés de los reservistas por los eventuales derechos de sus afines, respecto a los cuales lógicamente deberán preferir, en general, a sus consanguíneos. Aquí la contraposición de afectos que suscita desconfianza no es la del binubo con respecto a los hijos de un matrimonio anterior, de una parte, y los de otro posterior o su nuevo cónyuge, de otra, sino la del viudo respecto de sus afines, de una parte, y sus consanguíneos, de otra. Y es lógico que ante igual perspectiva en la reserva las garantías no sean menores en este caso que en aquél.

3.º En caso de que el ascendiente, presunto reservista del artículo 811, tenga descendencia y ésta sea íntegramente común al otro ascendiente, mientras no contraiga nuevas bodas no cabe exigirle a instancia de dichos descendientes las medidas previstas en los artículos 977 y 978, conforme falló la sentencia de 3 de noviembre de 1931.

Evidentemente en esta tercera hipótesis no faltan razones para excluir la aplicación analógica. En efecto:

a) Si para un derecho de categoría inferior, como es el usufructo, a los padres que lo hayan sobre bienes de sus hijos no se les exige prestación de fianza más que en caso de contraer nuevas nupcias (art. 492 C. c.), no parece lógico imponérsela cuando tengan un derecho más fuerte; como es el dominio, aunque sujeto a reserva a favor de lo mismos hijos.

β) La misma dicción inicial de los artículos 977 y 978 que se limita al supuesto de *repetir el matrimonio*, unida—como dice la sentencia de 1931—a que las restricciones que regulan, como

gravosas que son, no puede interpretarse extensivamente ni aplicarse por analogía, tanto más cuanto que limitan la potestad paterna y se trata de una materia de interpretación restrictiva la de las reservas.

γ) Además, partiendo—como nosotros creemos—de que al dejar el presunto reservista a su muerte, sólo una común descendencia con el otro ascendiente, desaparece la reserva (pendiente en vida del reservista de que al morir éste no quedare común descendencia o que éste tuviere otra descendencia no común). No parece lógico que quienes de vivir al fallecer su ascendiente excluirían la consumación de la reserva, puedan en su fase de pendencia exigir medida de garantía alguna.

4.º En el supuesto anterior cabe discutir, si a pesar de la existencia de esa común descendencia, los otros parientes ulteriores de la línea de procedencia de los bienes (comprendidos, naturalmente, dentro del tercer grado respecto al descendiente heredado) pueden exigir dichas medidas de seguridad. Y especialmente, ocurre en el caso planteado por la sentencia de 19 de enero de 1935, de que el ascendiente supérstite sólo tuviera descendencia común al otro ascendiente, pero que de éste quedase otra descendencia no común. En el primer considerando de esta sentencia, el Tribunal Supremo declaró que un medio hermano del descendiente—que era hijo del ascendiente de quien procedían los bienes, pero no del supérstite (presunto reservista por el 811)—podía pedir «tales garantías y medidas de seguridad que si pudieran ser discutidas e impugnadas en el supuesto de que los reservatorios fuesen todos herederos legítimos del ascendiente reservista o trajeran causa de ellos, deben ser admitidas y respetadas cuando quien las pide... sólo mantiene parentesco de afinidad con el ascendiente».

d) El artículo 970 lo creemos perfectamente aplicable por analogía a la reserva del artículo 811, en sus dos proposiciones:

α) La eficacia de la renuncia a la reserva viudal por los hijos mayores de edad que tengan derecho a la reserva, cree Roca Sastre (46) que debe trasladarse *mutatis mutandis* a la renuncia de la reserva lineal por los presuntos reservatarios mayores de edad, según hizo la resolución de 30 de marzo de 1925. Los efectos de esta renuncia—contemplada por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de abril de 1956 y por la Dirección General de Registro en resolución de 30 de marzo de 1936—los examinaremos y discutiremos más adelante. Pero conviene hacer notar que la eficacia de la renuncia colectiva de todos los hijos, cuando sean mayores de edad, de modo tal que excluya la reserva, incluso con respecto a los descendientes legítimos de los hijos renunciantes que premueran al binubio, se ha estimado por Genaro Gil Socii (47) como

(46) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. y cap. cit., pág. 324.

(47) GENARO GIL SOCII: *Comentario a la resolución de 30 de marzo de 1925*, en «Rev. Crít. Der. Inmob.», tomo I (junio 1925), págs. 471 y sigs.

una facultad excepcional, que tiene como único fundamento la disposición especial del artículo 970, que por ello cree inaplicable a la reserva troncal. Luego veremos si la diversa situación familiar que pueda darse en una y otra reserva puede modalizar o excluir en algún caso la aplicación analógica de esa disposición.

β) La inaplicación de la reserva clásica «cuando se trata de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o madre, sabiendo que estaban segunda vez casados», la creemos analógicamente aplicable a la exclusión de la reserva lineal cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los descendientes al ascendiente de línea distinta a la de procedencia de los bienes, con voluntad de que fueran del ascendiente sin sujeción a reserva alguna. Pero a igual resultado se llega simplemente a través de la *ratio* del artículo 811, partiendo de que sólo tiende a corregir el cambio de línea producido *por azar imprevisto* (48).

e) La aplicación analógica del artículo 971 al 811, trasladándola al supuesto de que al fallecer el reservista no quedaren parientes del tercer grado de parentesco con el descendiente y de la línea de procedencia de los bienes —sostenida por Scaevola (49)—, es evidente, y en la práctica ni siquiera se discute. Claro que, igualmente aquí, se llega a igual solución sin recurrir al criterio de analogía con una correcta interpretación finalista del artículo 811. Pero, desde luego, la visión analógica disipa toda duda acerca del momento en que los reservatarios consuman su derecho, y en el cual es necesario que existan para que haya reserva, sea la viudal o la lineal.

f) Ha sido muy discutida la aplicación analógica de la norma del artículo 972, relativa a la facultad de mejorar por el bínubo, a la reserva del artículo 811. El Tribunal Supremo ha sostenido posiciones diametralmente opuestas en las sentencias de 25 de marzo de 1933, de una parte, y de 8 de junio de 1954, que sigue las huellas de la sentencia de 8 de octubre de 1930, de otra. En la doctrina ha sido este tema muy discutido (50), y especialmente nos ocuparemos del mismo más adelante en este mismo trabajo. Ahora nos limitaremos a anticipar que, en síntesis, pueden reducirse a tres las posiciones adoptadas:

*Primera posición.*—Estima que en todo caso cabe aplicar analógicamente a la reserva del artículo 811 la facultad de mejorar establecida en el 972. Ya sea verdadera mejora lo que se realice —tratándose de reservatarios descendientes del reservista—, o una facultad de designar al favorecido con la reserva entre los legalmente beneficiarios —caso de que no sean descendientes—; ya

(48) Ver sobre este punto la Parte I de este trabajo, § 6, núms. 38, 39 y 46.

(49) SCAEVOLA: Op. cit., art. 811, G, b), pág. 356.

(50) Véase especialmente el dictamen de AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN: *Mejora ordenada por el reservista del artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Der. Priv.», XXX (mayo, 1946), págs. 345 y sigs.

sea guardando prelación de orden y de grado o sin necesidad de guardarla, según el criterio que se acepte.

*Segunda posición.*—Sostiene que no cabe aplicar nunca analógicamente a la reserva lineal la facultad de mejorar, por entender que es diferente la naturaleza de ambas reservas y de las normas con que la ley atribuye los bienes a los reservatarios (tesis de La Cueva (51), de acuerdo con el criterio de la sentencia de 8 de octubre de 1930, o—aun estimándolas de idéntica naturaleza—porque la del 811 favorece también a personas que no son descendientes de los reservistas, y a los cuales, por tanto, no es aplicable la disposición del artículo 823 del Código civil, ni ninguna otra de las relativas a las mejoras (tesis de la sentencia de 8 de junio de 1954, que sigue una de las opiniones defendidas por A. Charrín) (52).

*Tercera posición.*—Entiende que debe aplicarse analógicamente el artículo 972 a la reserva del artículo 811 solamente cuando al fallecer el reservista quedan como únicos reservatarios los descendientes comunes del reservista y de la persona de quien proceden los bienes afectados por la reserva; pero que, en cambio, no es posible la analogía en los demás casos (tesis de A. Charrín, en el tomo 91 de la R. G. L. y J., de Valverde (53), y de Fuenmayor, entre otros autores, que luego veremos). Según Fuenmayor (54), «cuando a la muerte de quien se hallaba obligado a reservar por imperio del artículo 811 quedan como únicos reservatarios los descendientes comunes del reservista y de la persona de quien procedan los bienes afectados por esa reserva, se produce un supuesto idéntico en su esencia, al que toma en consideración, dentro de la reserva ordinaria, el artículo 972».

Roca Sastre (55) no exige que sólo haya común descendencia, sino que le basta que exista común descendencia. Al defender la aplicación analógica estricta, la define así: «no entiendo que el reservista del artículo 811 pueda mejorar en todo caso, sino tan sólo cuando los reservistas sean los hijos o descendientes, o sea, con aplicación concreta de la norma establecida en el referido artículo 972 del Código civil».

Nosotros, que hemos sostenido la inaplicación de la reserva cuando el ascendiente superviviente al fallecer sólo deja descendencia

(51) LA CUEVA: Op. cit., pág. 316.

(52) A. CHARRÍN: ¿Es admisible la mejora de los bienes reservables?, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo 133 (2.º semestre 1918), págs. 412 a 415, en contra del criterio sostenido en el dictamen antes citado, publicado en el tomo 91 (2.º semestre 1897) de la misma revista.

(53) CALIXTO VALVERDE VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, tomo V (4.ª ed., Valladolid, 1939), pág. 234.

(54) FUENMAYOR (loc. cit., pág. 350), si bien cree—a mayor abundamiento—que en este caso ni siquiera hay reserva, conforme a la sentencia de 25 de marzo de 1933.

(55) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. y cap. cit., pág. 333.

común al otro ascendiente (56), creemos que la aplicación analógica estricta se da precisamente cuando aquel descendiente deja, además de dicha descendencia común, otros descendientes de un anterior matrimonio. En este caso, el ascendiente reservista, según el artículo 811, podrá mejorar, conforme al artículo 823, a cualesquiera de los descendientes comunes, del mismo modo que el binubo puede mejorar a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio. Luego veremos cómo debe encajarse esa llamada del artículo 972 al artículo 823 del Código civil. No habiendo hijos comunes y siendo los reservistas otros parientes, no cabe hablar de mejora conforme al artículo 823, ni de analogía con el 972, sino que se tratará de resolver un problema distinto de integración del artículo 811.

g) El artículo 973, § 2, es susceptible de idéntica aplicación analógica al supuesto del artículo 811, si se entiende que al hablar del padre o la madre alude al reservista, es decir, al binubo, como hacen los preceptos anteriores, que al referirse al otro padre o madre le denominan cónyuge premuerto (57). Pero de esta cuestión también deberemos ocuparnos extensamente.

h) El problema de la aplicación analógica a la reserva del artículo 811 del § 1.º del artículo 973 del Código civil nos coloca en los límites de la analogía entre ambas reservas y de la subsidiaria aplicación a la lineal de las reglas generales del Derecho sucesorio, a través de la referencia del artículo 973, a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, concretadas a los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio.

Estimamos—con el mismo criterio expuesto en el apartado anterior—que cuando se aplique la reserva del artículo 811, quedando hijos comunes a ambos descendientes y, además, descendientes del reservista no comunes al otro, si el reservista no hubiera mejorado a ninguno de los descendientes comunes, se aplicará a la sucesión de éstos en los bienes reservables las reglas prescritas para la sucesión en la línea descendente *abintestato*, y por ende, el Derecho de representación, en dicha línea. La analogía se agota aquí, aunque sirva de indicio de que en la reserva lineal, como en la viudal, los reservatarios suceden al reservista.

Pero si los reservatarios del artículo 811 no son descendientes del reservista, cabe plantear únicamente si, en lugar de la facultad de mejorar conforme al artículo 823, tendrá el reservista la posibilidad de disponer libremente dentro del campo acotado por el

(56) Ver § 5.º, núm. 33 §.

(57) Véase la polémica entre ROCA SASTRE (*Elogio del criterio electivo de la ley «feminae» y otras cosas acerca de la reserva binubial*, en «Rev. Jur. de Cataluña», tomo 69, 1952, págs. 210 y sigs. y *Estudios...*, vol. y cap. cit., págs. 328 y sigs.) y M. TORRES MURCIANO (*La desheredación por el reservista*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo 173, 2.º semestre 1943, págs. 265 y sigs.) en la que, entre otros, terció CIRILO GRONÓFS AMORÓS: *La desheredación y las reservas*, en «Rev. Der. Priv.», tomo XXXI (octubre 1947, págs. 727 y sigs.).

811, es decir, entre los presuntos reservatarios, y, ulteriormente, en caso de no hacerlo, por qué reglas deberá regularse la prelación entre los reservatarios caso de no adoptarse el criterio de Scaevola, de absoluta igualdad para todos ellos. Todo ello fuera del terreno de la analogía con el 973, § 1, que queda desbordado en el 811 cuando el reservista no deja descendencia común al otro ascendiente.

5. *Los principios generales de Derecho sucesorio y su mayor amplitud que las reglas de la sucesión intestada.*—Ante todo, debemos diseccionar claramente dos temas que frecuentemente se han planteado fundidos y que, a juicio nuestro, son de una absoluta disparidad, a saber:

a) Las reglas de Derecho común limitadas por la reserva. Esto es, aquellas normas que sufren la restricción del *ius singulare* que significa el artículo 811.

Del impacto de éste en aquéllas y del criterio restrictivo que debe presidir la aplicación del Derecho singular, en cuanto quede cumplida su *ratio*, ya nos hemos ocupado anteriormente en la primera parte de este trabajo (58). Allí mostramos nuestra disconformidad con el criterio de Hernández Gil (59) y afirmamos—y creemos haber dejado probado—que estas reglas comunes, que sólo deben sufrir la restricción precisa impuesta por la finalidad de la reserva lineal, no son las normas que regularían la sucesión intestada del descendiente dentro de la línea de donde proceden los bienes, sino las reguladoras de la sucesión legal a favor del ascendiente reservista y, por tanto, las definidoras de la propiedad correspondiente a éste, según aquéllas, y después, una vez consumada la reserva, las normas generales del Derecho sucesorio aplicables a la herencia del propio reservista.

b) Los principios y normas del Derecho de sucesiones, que deben complementar dentro de su *ratio* la regla del artículo 811, en todo cuanto no quede definido con su mera interpretación y con la aplicación analógica de las reglas de la reserva viudal.

Este segundo es el tema de que ahora debemos ocuparnos.

No obstante esa distinción, teóricamente muy clara—a nuestro parecer—, hay que admitir que la aplicación integrativa ha de quedar ciertamente mediatizada por el resultado del problema anterior, es decir, por la amplitud y límites del impacto de la norma singular del 811 sobre el régimen común sucesorio del ascendiente reservista.

Para precisar el campo de la integración del 811 por los principios y reglas generales de Derecho sucesorio, conviene que comencemos por otear lo que sobre la reserva lineal nos queda por

(58) I, § 2.º, núm. 15; ver AN. DER. CIV., X-II, págs. 361 y sigs., y edición separada, págs. 33 y sigs.

(59) HERNÁNDEZ GIL: *La prelación de órdenes y grados...* loc. cit., VIII, pág. 9.

determinar después de interpretado el artículo 811 y de aplicar al mismo analógicamente, en cuanto quepa, los preceptos reguladores de la reserva clásica en el Código civil.

Los problemas fundamentales planteados por la doctrina y que la letra del 811 no resuelve, ni su finalidad precisa totalmente, son los de la prelación entre los posibles reservatarios y aplicación de la representación y transmisión sucesoria.

En la primera parte de este trabajo (60) observamos que la *ratio* del artículo 811 no impone una sucesión forzosa a favor de los reservatarios, sino que su fin queda cumplido con impedir que el reservista disponga—expresa o tácitamente por dejar seguir el curso de su sucesión intestada—fuera de la línea y ámbito familiar fijado en el artículo 811. Y que en la letra del mismo el verbo *reservar* no significa *disponer* y *transmitir*, sino tan sólo *destinar*, *separar*, *apartar*.

Queda, por tanto, un campo acotado, pero en el cual hay que precisar el itinerario a seguir por los bienes reservables. Para ello es indispensable determinar, en primer lugar, a quién suceden los reservatarios—al ascendiente reservista o al descendiente—y por qué título. De eso nos ocuparemos especialmente en esta segunda parte del presente trabajo, intentando desentrañar el mecanismo funcional de las reservas en adecuación de sus específicos fines.

*En resumen*, deduciendo conclusiones de lo examinado en este epígrafe, en relación con lo apreciado en la primera parte de este trabajo, podemos señalar la siguiente prelación para resolver los supuestos de reserva lineal que se suscitan:

1.º Reglas aplicables según el Derecho sucesorio ordinario a la sucesión del descendiente, a favor del ascendiente reservista y, en su día, a la sucesión relicta por éste, en cuanto no vengán limitadas por la norma singular del artículo 811, aplicada en adecuación a su *ratio*. Es decir, en este segundo momento, las reglas de la sucesión testada o intestada—según los casos—del ascendiente reservista en cuanto no estén mediatizadas por la reserva.

2.º El artículo 811, que se impone como norma primaria en cuanto su finalidad lo requiera.

3.º Las reglas funcionales y formales de la reserva clásica, en cuanto encajen en la *ratio* y funcionamiento específico del artículo 811. Entre ellas deberemos considerar no sólo las de los preceptos concretos que sean analógicamente aplicables, sino, igualmente, las que por su encaje sistemático resulten definidoras de la función mecánica institucional de la reserva.

4.º Los principios generales y reglas comunes de Derecho sucesorio que no contradigan la finalidad perseguida por el 811.

5.º Y, finalmente, aún podemos añadir los principios generales de nuestro Derecho, reguladores del incumplimiento de las

(60) I, § 1.º, núm. 6, en AN. DER. CIV., X-II, págs. 347 y ss. y edición separada, págs. 23 y sigs.

prohibiciones y limitaciones, ordenadas por las leyes en cuanto no quede resuelto por nuestro Derecho sucesorio general.

§ 2.º ¿A QUIÉN SUCEDEN LOS RESERVATARIOS? SU TÍTULO,  
¿ES SIEMPRE UNA SUCESIÓN UNIVERSAL O SINGULAR?

Para precisar la estructura funcional de las reservas, e incluso para apreciar las variantes que puedan darse en sus modalidades, es necesario detenerse en el estudio, fundamentalmente técnico, de la mecánica jurídica de la reserva clásica. Comprobarla a través de su evolución histórica, para, después, realizar su aplicación a la reserva nueva, creada en el artículo 811 del Código civil.

Con ello podremos sacar el primer fruto de la analogía institucional—en estructura y funcionamiento—de todas las reservas. Pero, en esa labor, deberemos mantener siempre en primer plano, sin intentar postergarla nunca, la finalidad perseguida en cada caso por las reservas, como excepciones singulares del Derecho común de sucesiones.

Seguiremos el siguiente itinerario: a) Estudio de la reserva clásica hasta la promulgación de la primera Ley hipotecaria. b) La reserva viqual en el Código civil y Ley hipotecaria. c) Examen de la nueva reserva del artículo 811.

Este tema de estructura y funcionamiento requiere las correspondientes calificaciones técnico-jurídicas. Por eso enlaza con la cuestión de la naturaleza jurídica de estas figuras. Pero nuestra convicción, opuesta a la aplicación del método dogmático de inversión, nos obligará a actuar con toda cautela, agotando los datos empíricos y rechazando toda analogía que la *ratio* de cada especie de reserva no autorice. Por eso, en el presente epígrafe, al tratar de la reserva lineal, no sentaremos opiniones definitivas, sino que trazaremos un cuadro de soluciones hipotéticas, que deberemos discutir detenidamente en los ulteriores epígrafes.

A) *En la reserva clásica anterior a la Ley hipotecaria de 1861 y al Código civil.*—Su estudio (61) debe dividirse en dos fases: La primera correspondió a la vigencia de la ley *Feminae*, de Teodosio el Grande, en 382. La segunda comenzó en el Imperio de Occidente, bajo el Emperador Julio Mayoriano (en 461), con su novela 6, § 8, y en el de Oriente, con la novela 22 del Emperador Justiniano, en las calendas de abril del año 536, que recogió y desarrolló el mismo criterio introducido un siglo antes en Occidente por Mayoriano. La diferencia esencial entre el sistema de una y otra fase histórica estriba en el distinto criterio sobre reparto de los bienes

(61) Una clarísima síntesis histórica de las reservas la tenemos expuesta por JUAN MALUQUER ROSÉS: *Algunas consideraciones relativas a la reserva por segundas nupcias*, en «Rev. Jur. de Cataluña», LI, págs. 544 y sigs. (noviembre-diciembre 1952).

reservables entre los hijos comunes: la ley *Feminae* permitió la elección por el bínubo; las novelas de Mayoriano y Justiniano adoptaron un sistema automático e igualitario.

a) Régimen de la ley «*Feminae*.»

6.—En las calendas de junio del año 382, en Constantinopla, los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio dirigieron a Floro una Constitución, que fué recogida por Justiniano en su Código, como ley 3 del título IX del libro V, con algunas interpolaciones [62]. En el proemio de dicha ley se ordenó a las bínubas que tuvieran hijos del primer matrimonio, «que transmitan íntegro, así como lo hubieren recibido, a los hijos que hubieren tenido de su anterior matrimonio, o a cualquiera de los hijos, pero solamente de aquellos que juzgamos muy dignos de tal sucesión, a quienes la madre hubiere creído, por consideración a sus méritos, debía dirigir la disposición de su liberalidad, todos los lucros nupciales, donación mortis causa, título testamentario, fideicomiso o legado, o por cualquier generosa liberalidad de su cónyuge premuerto». Y que «no se atribuyan ni tengan estas mujeres facultad para enajenar cosa alguna de los mismos bienes a cualquier persona extraña o sucesión habida de otro matrimonio, quedándoles concedida solamente la facultad de poseerlos y disfrutarlos hasta el término de la vida, no así la de enajenarlos» (*possidendi tantum ac fruendi diem vitae, non etiam alienandi, facultate concessa*). «Sin embargo, si alguna cosa de estos mismos bienes hubiere sido transferida por ella a favor de otro cualquiera, será reintegrada a los bienes maternos (*ex maternis redintegrabitur*) para que, intactos y sin quebanto, vayan a poder de los hijos comunes.»

Su § 1.º se refirió a los bienes que la madre, una vez bínuba, hubiere heredado de algún hijo de las primeras nupcias, y ordenó que de todo lo que hubiere por dicha sucesión, por testamento o abintestato, *in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata omne his, qui supererunt, ex priori susceptis matrimonio filiis relinquat, nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quiquam alienandi habeat potestatem*.

Y su § 3.º dispone que, premuertos todos los hijos del primer matrimonio, la bínuba «adquiera en pleno derecho de propiedad todo lo que de cualquier modo hubiere recibido y tenga libre facultad para adquirir respecto de estas cosas el dominio y para testar a favor de quien quisieren».

En el año 439, otra constitución de Teodosio II y Valentiniano, recogida en el *Codex*, como ley 5, *h. t.*, extendió al bínubo lo anteriormente dispuesto para la bínuba, agregando al proemio de la ley: *Domínium autem rerum, que liberis per huius legis vel*

[62] Ver PIETRO BONFANTE: *Corso di Diritto Romano*, vol. I (Roma, 1925), cap. XXX, núm. 6, pág. 307.

*praeteritarum constitutionum auctoritatem servantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo, qui eas liberis reservabat extantes ab omni possessore liberi vindicabunt, consumtas ab haeredibus eius exigent, quii eas servare debuerant Alienandi sane vel obligandi suo nomine eas res, quae liberis servari praeceptae sunt, eis, qui reservaturi sunt adempta licentia est. Negotia vero liberorum patri utiliter administrate concedimus. Dividendi quoque res inter eos ipsos liberos parentibus pro suo arbitrio vel eligendi, quem voluerint, licentiam non negamus.*

Su § 1.º dispone que «si los hijos no hubieren adido la herencia de su padre o su madre, que falleció primero, les será lícito reivindicarlas para sí, como si las cosas hubiesen sido solamente del último que muere, por supuesto, si hubieren creído que debían adir la herencia del último que muere, a fin de que lo que se introdujo en favor de los hijos no se considere establecido en algunos casos en perjuicio de los mismos».

En 478, los Emperadores León y Antemio dictaron otra constitución, que es conocida con el nombre de sus primeras palabras, ley *Hac edictali*, recogida en el *Codex*, como ley 6, *h. t.* En el § 1.º, esta ley se ocupa de la reserva viudal, califica como usufructo el derecho del bñudo, prohíbe totalmente la enajenación de los inmuebles y exige que de los muebles se haga la estimación de su justo precio, para que al hacerse efectiva la reserva se devuelvan los mismos bienes muebles o su precio.

De estas disposiciones no puede deducirse, en rigor, que al bñudo no le quedaba más que el usufructo de los bienes recibidos por cualquier título lucrativo de su primer esposo o heredados de los hijos de dichas primeras nupcias. Cierta que la ley 3 pr. habla de *possidendi tantum ac fruendi in diem vitae, non etiam alienandi*, y su § 1.º, de *sola tantum possessione delata*; que la ley 5 dice que *Dominum autem rerum... ad liberos pertinere discernimus*, y que la ley 6 califica su usufructo el derecho del bñudo. Pero las calificaciones legales no pueden vincular más que el contenido concreto de la propia disposición, siendo por lo demás propio de los juristas, y no del legislador, la calificación técnica adecuada al contenido ordenado por éste. Y en las tres referidas constituciones imperiales observamos:

1.º El bñudo solamente tiene limitada la facultad de disponer, *inter vivos* y *mortis causa*, frente a quienes no sean hijos de su anterior matrimonio. Puede disponer libremente a favor de éstos.

2.º El apartado final del proemio de la ley 3 habla de que si alguna cosa hubiere sido transferida a favor de otro cualquiera sea reintegrada a los bienes maternos (*ex maternis redintegrabitur*). Es decir, ordena que forme parte de la herencia relicta por la bñuda.

3.º El § 1 de la ley 5 confiere la reserva al hijo común que repudió la herencia del premuerto y aceptó la del bñudo.

4.º Del § 2 de la ley 3 resulta que, de morir todos los descendientes del primer matrimonio, los bienes reservados los adquiriría en pleno dominio el bínubo, y podía disponer libremente de ellos. Es decir, tanto de aquellos bienes de los cuales, según el *pr.* y el § 1, perdió la facultad de enajenar, como de aquellos que, según el § 2, sólo los adquirió inicialmente en usufructo (por heredarlos, una vez bínubo, de un hijo del anterior matrimonio). Consolidación que no favorecería a un mero usufructuario.

Realmente, parece que la calificación más ajustada a estas reservas corresponde a la de una limitación relativa de la facultad de disponer *inter vivos* y *mortis causa*. Disposición sólo posible cuando la ejercitara el bínubo a favor de sus hijos del anterior matrimonio (o de descendientes legítimos de hijo común premuerto).

Esta calificación viene confirmada por las palabras de la ley. Como hizo notar Alejandro Raudeno (63), la ley *Feminae* no llama a los hijos de modo inmediato, sino que reclama e impone un acto de las madres bínubas, pues usa al principio de su proemio el verbo «transmittant» (*transmitan*), y en su párrafo primero, el verbo «relinquant» (*dejen*).

b) Régimen de las Novelas de Justiniano y del Derecho común.

7. Justiniano en sus Novelas, además de otras modificaciones —como la de limitar la reserva de los bienes heredados por el bínubo de un hijo del primer matrimonio y que éste hubiera habido del premuerto solamente a los heredados abintestato por el bínubo (64)—, siguió el criterio, anticipado en Occidente por Mayoriano, de imponer la sucesión igualitaria de los hijos del anterior matrimonio en los bienes reservables (65), con derogación de este aspecto de la ley *Feminae*.

Por otra parte, las Novelas insisten en calificar de usufructo el derecho del bínubo a los bienes reservables y en decir que la propiedad una vez contraídas las ulteriores nupcias la adquieren los hijos del matrimonio anterior (66).

No obstante, también en ese régimen, parece tan dudoso que el derecho del reservista pudiera calificarse con exactitud técnica de

(63) ALEJANDRO RAUDENO: *Decis*, Pisa, 22, núm. 23, citado por FONTANELLA: *Tractatus de Pactis Nuptialibus*, Cl, IV, Gl. IX, Pars. I, núm. 17 (ed. Lugduni 1677, t. I, pág. 116).

(64) Novela XXII, Cap. XLVI, §§ 1.º y 2.º

(65) Novela II, cap. I y Nov. XII, cap. XX y cap. XXV.

(66) Así leemos: «Propietas anenuptialis donationis tota ad filiam veniet, usu apud matrem, donec ad vivet servando» (Nov. II, cap. I); «Tunc omni largitate a viro ad eam veniente eam secundum proprietatis privat partem, solum ei derelinquens usumfructum...» «et hic, quoque filii, licet sub potestate constituto sint, sed tamen domini secundum proprietatem talium erunt, venientium mors in eos simul cum secundae uxoris coniunctio» (Novela XXII, cap. XXIII); «solum mater habeat usum et usumfructum» (Nov. XXII, cap. XLVI).

mero usufructo, como que sea correcta la calificación de propiedad señalada al derecho de los reservatarios en vida de aquél.

He ahí las objeciones oponibles:

1.º Si todos los descendientes del anterior matrimonio premorían al bñubo, se reintegraba en manos de éste el dominio de los bienes donados, conforme al mismo criterio de la ley *Feminae* (C., h. t., 3, § 2.º), que en este extremo no fué derogada sino corroborada por las Novelas II y XXII. Esta consolidación a la inversa es contradictoria con el concepto técnico del dualismo propiedad usufructo.

Por eso, no faltó autor de Derecho común, como Fabro (67), que después de preguntarse si el dominio adquirido por los hijos del primer matrimonio sobre los bienes reservables era *ad tempus* o *in diem* —lo que rechazó por contradictorio a la esencia del dominio—, concluyó que se trata de un mero dominio pero no irrevocable (*Dominium communibus liberis pure quoeritur, sed non irrevocabiliter*) (68) y explicó la readquisición por el bñubo: *et quo si finita causa* (la protección de los hijos del anterior matrimonio: *favore communium liberorum*) *idem dominium superstiti parenti restituit*.

El Padre Tomás Sánchez (69), después de preguntar cómo la propiedad de los bienes reservables no pasa del último hijo premuerto a sus herederos, responde que se consolida el dominio con el usufructo, conforme habían observado la glosa, Corneo, Garrón, etcétera.

2.º Por tanto, ese llamado dominio adquirido por los hijos del primer matrimonio, no era transmisible si éstos premorían al bñubo. Así lo acabamos de comprobar en el supuesto de premorir todos los descendientes del testador. La hipótesis de premorir al bñubo alguno de los hijos del matrimonio anterior (70), fué cuidadosamente examinada por Cuyacio (71), que distinguió según el hijo premuerto hubiera dejado descendencia o no. En el primer caso estos descendientes ocupaban su lugar, bien por derecho de representación (caso de que el hijo hubiera muerto antes de las

(67) ANTONIO FABRO: *Codex Fabrianus*, tomo I (ed. Nápoles, 1765), Lib. V, Tit. V, definitivo XVI (pág. 428).

(68) Al efecto distingue, apoyándose en varios textos del *Corpus*: «*Alium enim est adquiri dominium pure; aliud vero adquiri irrevocabiliter.*»

(69) PATRIS THOMAS SÁNCHEZ, S. J.: *De Sancto Matrimonii Sacramento Disputationum* (Cordubae, 1604), Lib. III, Disp. XXXIX, núms. 34 y 35 (pág. 311).

(70) La Nov. XII en su § 1.º, al decir que los bienes reservables se los dividan por igual los hijos comunes superstités, elimina el derecho de transmisión, y al agregar *cum eis autem et defuncti filii genitorii accipiente partis* sólo admite la representación del hijo premuerto por sus hijos. Igualmente resulta esto del cap. XXV de la misma Novela.

(71) JACOBUS CUIACIUS: *Codex Iustinianus* (en «*Operarum Postumorum*», tomo IV, ed. Lutetiae Parisiorum, 1617), en tit. IX, lib. V, Cod. ad legem VII et VIII (págs. 478 y sigs.).

segundas nupcias) o por sucesión legítima (caso de que el hijo premuerto hubiera fallecido después de las segundas nupcias). Si el hijo premuerto no dejó descendencia, ocupaban su lugar sus hermanos de doble vínculo, sea por acrecimiento (si murió antes de las nuevas nupcias) o posponiendo al bínubo en su cuota intestada por beneficio de las constituciones que imponen la reserva (caso de morir después de las segundas nupcias).

Pero, la explicación técnica dada por Cuyatio para el caso del hijo premuerto después de las segundas nupcias es muy discutible. No creemos que se trate de una sucesión. Sin duda la hubiera habido si realmente fuera un dominio verdadero el derecho del reservatario premuerto. De no serlo —como parece— más bien se trataría de supuesto de representación (a favor de los descendientes del premuerto) o de acrecimiento (a favor de sus hermanos). Más exacto nos parece decir, con el jesuita Luis de Molina (72), que los bienes reservables íntegramente revierten en los hijos supérstites del primer matrimonio (73).

Concuerda con este criterio el hecho de que los bienes reservables, consolidados por el bínubo al fallecer el último de los hijos de su primer matrimonio, no se computan en la herencia de éste. La cuestión fué discutida respecto al cálculo del tercio libremente disponible por el último hijo muerto sin descendencia. Tello Fernández (74) recuerda la polémica entre Bologninus, que computaba estos bienes para dicho cálculo, y Matefila, concordante con Soccino, que no los computaba. Tello se inclinó por la no computación, lo mismo que el P. Sánchez (75) y Velázquez de Avendaño

(72) LUIS DE MOLINA, S. L.: *De Justitia*, tomo I (Conchae. 1597), Tract. II, Disp. 162 (col. 918 B).

(73) Dice LUIS DE MOLINA que el bínubo sólo conserva el usufructo vitalicio y que ni puede enajenar ni en modo alguno obligar los bienes reservados, sino que éstos íntegramente revierten a los hijos supérstites del primer matrimonio. Esto nos hace pensar en la discutida figura del usufructo vitalicio en el caso en que la propiedad se ha de determinar *post mortem usufructuari*, tan próxima a veces a la sustitución fideicomisaria condicional. (Ver JOAN MARTÍ MIRALLES: *Principis del Dret Succesori*, Barcelona, 1925, 5.ª lectura, 4.ª y 5.ª fórmulas, págs. 194 y sigs. y sus citas de los autores de Derecho común; ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado* (Madrid, 1948), tomo II, págs. 86 y sigs.; JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Diagnóstico y tratamiento del pseudusufructo testamentario*, en Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio, «Anales Acad. Matritense del Notariado», vol. II, págs. 547 y sigs.; JOSÉ LUIS DíEZ PASTOR: *Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos y Apéndice pseudopolémico*, en «Anales Acad. Matrit. del Not.», vol. VI, págs. 543 y sigs. Hemos indicado nuestra opinión en *Fideicomisos a término y condiciones y la cláusula «si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil*, en AN. DER. CIV., IX-III, julio-septiembre 1956, nota 167, págs. 828 y sigs.).

(74) TELLO FERNÁNDEZ: *Prima pars commentarium in constitutionem Taurinus* (Granatae, 1566), ley VI, n. 68, fols. 76 y 77.

(75) P. TOMÁS SÁNCHEZ: *Op. y Disp. cit.*, n. 39 (pág. 312).

(76). Lo contrario opinó Escobar (77). Pero preponderó la opinión de no computar, sostenida todavía por Febrero (78).

3.º A mayor abundamiento, las enajenaciones de bienes reservables hechas por el reservista no eran nulas *ipso facto*, a diferencia de las otorgadas por un usufructuario de los bienes usufructuados.

Las enajenaciones de los bienes inmuebles verificadas por el reservista sólo daban lugar a la devolución de su precio a los descendientes o ascendientes del anterior matrimonio que sobrevivieren al bínubo (79).

Las disposiciones de bienes inmuebles se consolidaban totalmente si al bínubo le premorían todos los descendientes del anterior matrimonio (80). Estos no tenían en vida del padre o madre bínubo acción para impugnar la enajenación, sino que tan sólo una vez muerto éste podían reivindicarlos de los adquirentes o de los herederos de éstos (81).

Ese criterio respecto una y otra clase de bienes, lo expone claramente el clásico castellano Spino (82), que señala la evidente diferencia entre los usufructuarios ordinarios, *qui alienaverit bona illis relicta, en* cual supuesto *possunt per successorem etiam in vitae possessores usufructus extrahere ab emptore*, y el reservista de cuyas enajenaciones los reservatarios sólo pueden reclamar *post mortem* de aquél (83).

El P. Sánchez (84) explica así esa imposibilidad de reivindicar de los hijos reservatarios de vida del ascendiente bínubo: *Nec obs-*

(76) LUDOVICO VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: *Legum Taurinarum a Ferdinando et Joana Hispaniarum regibus foelicis recordationis utilisima glosa sequitur* (Toleti, 1588), Ad. I. 6, gl. 10, núm. 3 (fol. 14).

(77) FRANCISCO MUÑOZ DE ESCOBAR: *Variarum (ex Caesareo, Regio et Pontificio Jure) Computationum* (ed. Lugduni, 1733), cap. I, núms. 20, 21 y 22, págs. 6 y sigs.

La opinión de Bolognino, por la que se inclina Escobar, se funda en una interpretación extensiva y fuera de *ratio* de las Novelas II, cap. II, pr. y XXII, cap. XXVI y concretamente de la *Authentica de non eligendo sec nolentes* § *Hoc auctem* y *Authentica de nuptiis*, § *Quoniam infirmas*. Además de no atender a la distinción, claramente formulada en los textos entre los efectos del fallecimiento anterior al del bínubo de todos los hijos y la de sólo alguno de éstos, no observa que dichos textos se refieren solamente a la sucesión en los bienes nupciales en relación al régimen de éstos. Así la consolidación a favor del bínubo en este caso viene dado por la medida del *pactum orbitatis*. (Ver. BONFANTE: *Corso...*, vol cit., cap. XXX, núm. 6, cap. 398).

(78) JOSEF FEBRERO: *Librería de Escribanos e Instrucción Jurídica Teórica Práctica de Principiantes* (Madrid, 1781), Parte segunda. Lib. II. Cap. V, § I, núms. 12 y 13 (pág. 343).

(79) Cod., *h. l.*, 6, § 1, vers. *Mobilium vero rerum*.

(80) Nov. II, cap. II, pr. y Nov. XXII, cap. XVI.

(81) Nov. XXII, cap. XXIV. BONFANTE (loc. y pág. cit.) comenta que el respeto a los padres impone que los hijos no hagan valer su derecho de impugnación de las enajenaciones, sino después de la muerte del bínubo.

(82) DIEGO SPINO: *Speculum testamentorum* (Francofurti, 1600), glosa prima principalis, n. 33 (pág. 195).

(83) Núm. 34 (pág. 195).

(84) P. SÁNCHEZ, S. J.: *Op. y loc. cits.*, núm. 7 (pág. 306).

*tat filios esse dominos. Quia non sicut domini irrevocabiliter, sed si superviserint parenti: quare interim vindicare non possunt.*

Este mismo criterio mantienen respecto a la impugnación de las enajenaciones hechas por el bínubo, ya en tiempos más próximos, Febrero (85), Escriche (86), Benito Gutiérrez Fernández (87), La Serna y Montalbán (88), Domingo de Morató (89).

Febrero (90) incluso afirma que si los hijos no renuncian, o si aceptando la herencia no hacen previa excusión de los bienes del padre o madre bínubo, no pueden impugnar las enajenaciones de bienes reservables que éste o ésta hubieren efectuado. Criterio que apoya en la opinión que mantiene Covarrubias con referencia a la reivindicación por los hijos de sus bienes adventicios que el padre hubiere enajenado durante su patria potestad (91).

4.º El hijo de las anteriores nupcias que fuere ingrato con el bínubo perdía todo derecho a los bienes reservables. Cosa que no ocurriría con el nudo propietario respecto al usufructuario, ni siquiera al fideicomisario con relación al fiduciario (92).

5.º Así como en el usufructo de cosas consumibles, conforme dice la Instituta (II, 4, § 2.º), el cuasi usufructuario al concluir el usufructo debía restituir otras tantas de igual especie y calidad (93), en cambio se llegó a defender que el bínubo podía consumirlas sin

(85) FEBRERO: Op. y vol. cit. núms. 34 y 35 (págs. 356 y sig.).

(86) JOAQUÍN ESCRICHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (3.ª ed. Madrid, 1847). Ver *Bienes reservables* (pág. 449).

(87) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, tomo III (Madrid, 1863), Lib. III, Cap. VI, Sec. IV, § 5.º, art. 4, pág. 656.

(88) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, tomo II (ed. Madrid, 1881), número 195, págs. 131 y sig.

(89) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ: *Derecho civil español con las correspondencias del Derecho romano*, tomo II (Valladolid, 1868), número 1.485, pág. 25.

(90) FEBRERO: Op. y vol. cit. § II, núm. 34, pág. 356.

(91) DIDACUS COVARRUBIAS A LEIVA: *Variarum ex iure Pontificio et Caesareo Resolutionum* (en «Omnia Opera», tomo I, ed. Lugduni, 1586), Lib. I, Cap. VIII, núm. 5 (pág. 197), donde concluye que: «Ut mortuo patre, tunc possit filius rem alienatam ab emptore vindicare: cum ex bonis paternis, facta excussione non potest iusta estimationem rei per patrem alienatae consequi».

(92) Nov. XXII, Cap. XXVI, § 1.º, que señala esta *ratio*: «Contra ingratos enim positas non transcendimus leges, taliter et parentes honorantes et filios ad pietatem deducentem». Notemos que la ingratitud que privaba de la reserva debía referirse a los dos padres o sólo al bínubo (es decir, en definitiva a éste), según resulta del inciso final de este párrafo, al decir: «Palam vero est quia ingratum intelligi eum oportet, qui circa ambos parentes, aut omnino circa posterius morientem factus aperte monstratur».

(93) El cuasi usufructo nace con un senado-consulta de principios de la época imperial, y que no es bien conocido y al que aluden el citado texto de la Instituta y el Digesto VII-IX, § 3.º (Ver JUAN IGLESIAS SANTOS: *Instituciones de Derecho romano*, tomo I [Barcelona, 1950], pág. 189 y la bibliografía que cita en sus notas 125 y 126).

deber restituirlas al concluir la reserva. Así opinó el P. Sánchez (94) que a la pregunta: *Quod si parens non alienavit, sed consumpsit*, respondió: *videtur ejus haeredes non teneri ad destinationem. Licet enim parens non habet facultatem alienandi, habet tamen facultatem utendi, possidenti et fruendi*. A su juicio, los herederos del bñubo sólo debían la estimación de dichos bienes si éste los perdió por su culpa (95).

En consecuencia, parece evidente que el bñubo tenía algo más que el usufructo de los bienes reservables y que los hijos del anterior matrimonio no tenían realmente la propiedad de los mismos hasta el momento de sobrevivir al bñubo. La mecánica de ese régimen justiniano de la reserva recuerda, más que a la descomposición de usufructo y nuda propiedad, al juego de las sustituciones fideicomisarias condicionales. Pero con evidente diferencia en los supuestos de ingratitud. Lo cierto es que los bienes formaban una masa con destino legalmente predeterminado, para el caso de darse el supuesto previsto, e independientemente de las herencias tanto del cónyuge premuerto como del bñubo (96). Así resulta del § 1.º del cap. XXVI, Nov. XXII, al decir que «no investigamos tampoco si son herederos del padre o de la madre que les premuere, o que muere después, ni si, ciertamente, hay otros herederos, o no los hay, sino que, como dijimos antes, les damos este premio, ya si son hechos herederos, ya también si no; y percibiendo por igual los que ciertamente sobreviven», etcétera.

Esta doctrina del Derecho romano común sobre la reserva viudal fué la que, conforme hemos visto en la primera parte de este trabajo (97), se aplicó en Castilla desde la Pragmática de los

(94) P. SÁNCHEZ. S. J.: Op. Lib. y Disp. cit., núm. 8 (pág. 306).

(95) A la vista de la Constitución de Teodosio y Valentiniano del año 439, recogido en el Codex, V-IX, 5, parece discutible la afirmación del P. Tomás Sánchez. Un inciso del proemio de dicha ley dispone que: «Itaque defuncto eo, qui eas liberis reservabat, extantes ab omni possessore liberi vindicabunt, consumtas ab heredibus eius exigent, qui eas servare debuerant». Claro que puede sostenerse que la alusión que ese inciso hace a las cosas consumidas, se refiere a las que enajenadas por el reservista las hubiere consumido el adquirente, respecto al cual, además de no poder reivindicarse por dicho motivo, tampoco podrá exigírsele el valor de lo consumido de buena fe. Puede argumentarse en ese sentido que este proemio se dirige a prohibir al bñubo que enajene y grave los bienes recibidos de su anterior mujer, y que por eso ordena a sus herederos que abonen a los reservatarios el valor de los que, enajenados por el bñubo, fueron consumidos por el adquirente.

(96) Según GREGORIO LÓPEZ glosa a las palabras «fincan a sus hijos», 4.ª a la ley 26, Tit. XII, Partida 5.ª: «Los adquieren los hijos como preferidos a la madre, y no en calidad de herederos de ella: de ahí que no los imputen a la legítima materna».

(97) Ver § 6.º, núm. 37. El derecho anterior a la referida Pragmática de los Reyes Católicos es sucintamente expuesto por MARÍN MONROY: *La reserva llamada tradicional u ordinaria.—Su evolución*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», tomo VI (agosto 1930), págs. 615 y sig., y por MAUTNER ROSÉS: Op. y loc. cit., págs. 547 y sig.

Reyes Católicos de 1599 hasta la Ley Hipotecaria de 1861 y el Código civil.

B) *La reserva viudal después de su reforma por la Ley Hipotecaria y el Código civil.*

8. Según algún autor (98), la Ley Hipotecaria y el Código civil significan un cambio total en el régimen de las reservas, en cuanto a la naturaleza de los derechos de reservistas y reservatarios; de modo que el reservista ya no es un mero usufructuario, sino un propietario sujeto a la reserva. Pero, como acabamos de ver, pese a la terminología impropia de las fuentes y de los autores, bajo el régimen clásico de las reservas, el reservista no fue nunca un mero usufructuario ni los reservatarios tampoco eran verdaderos propietarios, ni siquiera nudos, mientras la reserva pendía (99). La base 18 de la Ley de 11 de mayo de 1888, ordenó en su apartado final que en la redacción del Código civil: «Respecto a las reservas,... se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia».

En cambio, el Código civil ha significado un regreso desde el régimen de las Novelas al de la ley *Feminae*. Y la Ley Hipotecaria, previamente en 1861 y 1869, a tono con su orientación favorable a la seguridad dinámica, cuidó de la defensa de los derechos adquiridos por terceros, e hizo aplicación a las reservas con adelanto técnico de las hipotecas legales, especiales y expresas en sustitución de la antigua figura prerregistral de las hipotecas generales y tácitas (100). Este criterio ha llevado a consagrar en el

(98) V. gr., principalmente ANTONIO MARÍN MONROY: *La reserva llamada tradicional u ordinaria—Su evolución*, en «Rev. Crítica de Der. Inmob.», tomo VI (noviembre, 1930), págs. 820 y sig., y JUAN OSSORIO MORALES: *Reservas.—Posición jurídica de los reservatarios*, Comentario a la sentencia de 18 de abril de 1942 en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 171 (primer semestre 1942), pág. 672.

(99) La propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 deja testimonio, en este sentido, de cuál era, según la opinión general en su época, el régimen anterior al Código civil y a la Ley inmobiliaria: «No definido terminantemente en la ley el derecho que después del segundo matrimonio tiene el cónyuge superviviente en los bienes reservables, pareciendo por una parte dueño de ellos, y por otra parte un mero usufructuario, se ha suscitado la duda de si las enajenaciones que hace deben considerarse y declararse, en su caso, nulas, desde luego, o si ha de esperarse a su fallecimiento para que la declaración de nulidad pueda tener efecto. Esta última opinión es generalmente la seguida, porque no obliga a anular la enajenación cuando aún no puede saberse si ha de llegar el caso de la restitución, puesto que es incierto si los hijos del primer matrimonio han de sobrevivir a su padre o madre. Mas cualquiera que sea la opinión que se adopte, nadie desconocerá que en ninguna de ellas se hallan bien definidos los derechos del padre o madre; que el dominio del adquirente de los bienes de esta clase se halla incierto, porque pende, más que de la Ley, de las opiniones de los jueces...» (disculpemos su imprecisión técnica al hablar de *nulidad y anular*).

(100) Para salvar la incertidumbre, para advertir a los adquirentes y proteger a los reservatarios, la Comisión redactora de la primera Ley Hi-

Código la plena eficacia de las enajenaciones que el viudo, antes de contraer segundas nupcias o haber tenido un hijo natural, hubiera realizado de bienes que de producirse estos hechos hubieren quedado sujetos a la reserva (101).

Dejamos aparte una serie de modificaciones introducidas en la reserva viudal por el Código civil que no afectan a su naturaleza. Ahora sólo nos interesa su reglamentación en cuanto pueda repercutir en la posición jurídica de reservistas y reservatarios y en la naturaleza de sus respectivos derechos:

1.º El artículo 971 del Código civil mantiene como causa de cese de la reserva el supuesto de que *al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes legítimos del primero*.

El artículo 804 del Proyecto de 1851, su antecedente prelegislativo, añadía este inciso: *aunque existan sus herederos*. García Goyena (102), en breve glosa, precisó los antecedentes y la ratio del precepto: «Conforme con la Novela 2, capítulo 2; y con la 22, capítulo 26, y con la ley 3, párrafo 1, título 9, libro 5 del Código: el objeto de la reserva es favorecer a los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio, no a sus herederos, respecto de los cuales no obran las consideraciones por que fué introducida».

2.º Aun cuando el artículo 971 prescinde del subrayado inciso final del 804 del Proyecto de 1851, sin duda por creerlo redundante —puesto que, al no incluirlos, ya excluye a los herederos de

---

potecaria estableció—según dice su Exposición de Motivos—estas reglas: «Hacer constar la cualidad de bienes reservables en las inscripciones respectivas de dominio, para que, apercibidos los adquirentes, sepan la reserva a que están afectos los inmuebles, o constituir una hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos a reserva, sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre o madre que se ofrezcan en garantía. Así la carga hipotecaria pesará constantemente sobre las fincas hasta que llegue el caso del fallecimiento del que debe reservar, o los bienes hayan vuelto a adquirir su condición de libres...» «Cuando el padre no tiene bienes para asegurar, en todo o en parte, la obligación de restituir, no por eso se omitirá la formación del expediente, que tendrá por objeto hacer constar la reserva, su cuantía y la obligación de constituir la hipoteca en los primeros inmuebles que el padre adquiera. Mas si los bienes reservables fuesen raíces, la garantía será hacerlo constar en el Registro de la Propiedad».

(101) ALONSO MARTÍNEZ: Op. cit., págs. 190 *in fine* y 191, señaló que después de la Ley Hipotecaria quedaban a la reserva viudal «dos irregularidades que producen graves complicaciones: la de que el viudo se transforme de dueño absoluto en mero usufructuario de los bienes desde el momento en que contrae segundas bodas y no antes; y la de que no se reputen válidas e irrevocables las enajenaciones hechas por el cónyuge supérstite durante la viudez, sino que, antes bien, puedan los hijos reivindicar los bienes vendidos de manos de sus poseedores, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Por tanto, hay que modificar en sus accidentes la institución de las reservas...»

(102) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo II (Madrid, 1852), art. 804, pág. 204.

los reservatarios—, es evidente que el derecho de los descendientes del primer enlace que premueran al viudo no se transmiten a sus herederos. No sólo porque así resulta de la disposición del mismo artículo, sino, además, por las reglas sucesorias del artículo 973, que luego veremos.

3.º Son válidas e irrevocables las enajenaciones de bienes reservables hechas por el reservatario, en los siguientes supuestos:

α) Cuando se refieren a bienes muebles, ya sean hechas antes o después de contraer segundo matrimonio [art. 976 (103)]; β) Si tratándose de bienes inmuebles los hubiera enajenado antes de celebrar segundas bodas [art. 974 (104)]. Igualmente aunque los bienes inmuebles se hubieran enajenado después de contraer segundo matrimonio, si a la muerte del viudo «no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero» [art. 975 (105)]. γ) E incluso si quedaren hijos y descendientes, si el adquirente de los inmuebles está protegido por la Ley Hipotecaria (art. 975, inciso final). Sin perjuicio de la obligación de asegurar el valor de los bienes enajenados, expresa en el supuesto del artículo 974; y de la obligación de indemnizar, que ordena el artículo 976, en relación con el artículo 978, números 3 y 4. A mayor abundamiento, del número 3 de este artículo, resulta que la validez de la enajenación de bienes muebles comprende también las hechas a título gratuito (sin perjuicio de la obligación de asegurar y, en su caso, de restituir en su día el valor que tenían *al tiempo de la enajenación*).

4.º De lo dispuesto en estos artículos se infiere claramente que los reservatarios —sin perjuicio de las medidas de seguridad y garantías que, conforme al artículo 978 del Código civil y preceptos de la Ley Hipotecaria, desde luego pueden exigir—, tan

(103) Redacción parecida al 976 del Código civil tenía el art. 809 del Proyecto de 1851. GARCÍA GOYENA, al comentarlo (pág. 205), señala su conformidad con la ley 6. Tit. IX, Lib. V, del Código de Justiniano.

(104) Esta norma es innovación incluso con respecto al Proyecto de 1851, que seguía el régimen antiguo. Tanto que el artículo 810 en su núm. 5.º obligaba al viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar la devolución del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiera enajenado antes de contraer ese nuevo matrimonio. En cambio, hoy hay que asegurarlo a los reservatarios, conforme al artículo 978, núm. 4.º, en virtud de la validez de estas enajenaciones.

(105) La redacción fué propuesta, tanto para caso de enajenación anterior como posterior a las segundas nupcias, en el artículo 808 del Proyecto de 1851, y GARCÍA GOYENA la razonó así: «La citada ley 6, hablando de las cosas inmuebles, dice: *Usufructu dumtaxat vitae suae temporibus potialur, alienatione earum penitus interdictae*; pero no hay exactitud en comparar este caso al de un simple usufructuario, que no tiene ni derecho eventual ni esperanza a la propiedad; y por el contrario, el cónyuge viudo la adquirirá irrevocablemente en el caso del artículo 804 (*es decir, si le premuere toda la descendencia de su primer matrimonio*), y entretanto la conserva, aunque revocable y pendiente de aquel evento o concilión: por otra parte hay interés público en la estabilidad de los contratos, y ningún perjuicio pueden sentir los hijos del primer matrimonio, en que subsistan las enajenaciones, para cuando ni vivan ellos ni existan descendientes legítimos suyos».

sólo una vez fallecido el reservista pueden reivindicar los inmuebles reservables que éste enajenó después de contraer sus ulteriores nupcias y que no se hallen en poder de tercero protegido por la Ley Hipotecaria.

5.º El bínubo puede desheredar justamente a los reservatarios, según la opinión más comúnmente seguida por la doctrina (106). Como exponemos en otro trabajo (107) y desarrollaremos en éste más adelante, al discutir concretamente este extremo, creemos que los antecedentes históricos (108) y la letra del artículo 973, § 2, en relación con las demás normas de su sección, abonan esta solución, que tiene su razón de ser—en contra de lo que ha dicho Roca Sastre (109)—no sólo en el supuesto de reservatario único, sino, en todo caso, si, como creemos, los bienes reservables se computan para calcular la legítima y porción de mejora de los descendientes reservatarios en la herencia del bínubo.

6.º El bínubo tiene la facultad de mejorar con los bienes reservados a sus descendientes reservatarios, «conforme a lo dispuesto en el artículo 823», según reza el artículo 972 del Código civil (110). Esta llamada—como hemos indicado en el trabajo que acabamos de citar y luego repasaremos al tratar de esa facultad—creemos que no puede tener otro sentido que el de determinar

(106) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-2.º (segunda ed.; Madrid, 1910), núm. 30, pág. 1.129; QUINTUS MUCIUS SCAEVO-  
LA: Op. cit., vol. XIV, art. 975, III, c. [en la 5.ª edición, FEDERICO PUIG  
PEÑA, aunque recoge la primitiva opinión de SCAEVOVA, expone sus dudas  
en contra (pág. 271)]; MORELL Y TERRY: *Comentarios a las legislación hipotecaria* (2.ª ed.; Madrid, 1930), pág. 397; ANTONIO MARÍN MONROY: *Más  
sobre la institución de la reserva*, en «Rev. Crit. de Der. Inmob.», tomo X  
(octubre, 1934), págs. 258 y sig.; JOSÉ MARÍA TORRES MURCIANO: *La des-  
heredación por el reservista*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo 173 (primer semestre 1943), págs. 758 v sig.; CIRILO GENOVÉS AMORÓS: *La des-  
heredación y las reservas*, en «Rev. Der. Priv.», XXXI (octubre, 1947), pá-  
ginas 737 y sig.

(107) «Las reservas en el Capítulo V del Título IV, Libro III del Pro-  
yecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña redactado por la Co-  
misión de Juristas Catalanes», en «Rev. Jur. de Cataluña», LVIII (mar-  
zo-abril 1958), págs. 144 y sig.

(108) Avala este criterio GARCÍA GOYENA, al glosar el segundo párrafo  
del artículo 806 del Proyecto de 1851 y comentar las palabras *el hijo des-  
heredado*, dice: «Conforme con la ley 10, del libro y título del Código men-  
cionados». Ley 10, Tit. IX, Lib. V del *Codex*, que se refiere precisamente  
a la ingratitud con respecto al cónyuge superviviente.

(109) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, vol. cit., págs. 330  
y sig., y *Elogio del criterio electivo de la ley «Feminae» y otras cosas acerca  
de la reserva binupcial*, en «Rev. Jur. de Cataluña» LI (1952), nota 6,  
páginas 217 y sig.

(110) La innovación fué propuesta en el artículo 805 del Proyecto  
de 1851; GARCÍA GOYENA observó (pág. 204) que: «Por la citada ley 3, títu-  
lo 9, libro 5 del Código, se hallaba establecido esto mismo; pero fué co-  
rregida por la Novela 22, capítulo 25, de donde fué tomada por la auténtica  
de la misma ley». Y expuso, como razón de la vuelta al régimen del  
*Codex* (pág. 366): «Yo tengo por más moral que puedan disponer *te decit*,

que los bienes reservables integran la herencia del reservista, aunque tan sólo sea relativamente a los reservatarios. Es decir, que a efectos del cómputo de la legítima de los hijos del primer matrimonio, de la mejora de los descendientes de esta anterior unión y para disponer a su favor del tercio libre, se computan e imputan los bienes reservables. No así—por ser masa reservada—para el cómputo de la legítima y mejora de los hijos no comunes, ni de la cuota viudal del segundo cónyuge, ni del tercio libre a efectos de las disposiciones a favor del segundo cónyuge, de hijos no comunes o de extraños.

7.º Es evidente que los reservatarios derivan su derecho—ya sea voluntariamente, como en el caso anterior, o bien forzosamente—de su padre o madre «segunda vez casado», no sólo por la anterior razón, sino, además:  $\alpha$ ) Porque resultaría muy forzado estimar que derivasen su derecho del padre o madre premuerto, puesto que el sobreviviente los recibió o heredó de éste sin limitación alguna (ver art. 974), ya que sus restricciones sólo surgen en virtud de un hecho ulterior, las segundas nupcias (art. 968) o el nacimiento de un hijo natural (art. 980);  $\beta$ ) Y porque, conforme al artículo 973, la sucesión en los bienes reservables es independiente de la herencia del cónyuge premuerto (*aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, o hubiesen renunciado o repudiado su herencia*).

8.º Consecuentemente a los anteriores argumentos, la sucesión intestada a que se refiere el artículo 973, § 1.º, sólo podrá ser la del reservista, aunque, en cuanto a los bienes reservables, se limite a (III) favorecer a la descendencia del supérstite común al premuerto, con exclusión de los descendientes no comunes.

Antes de exponer las conclusiones a que nos lleva la exégesis legal que acabamos de realizar, creemos conveniente bosquejar brevemente el cuadro clasificador de las diversas teorías que acerca de la posición de reservistas y reservatarios se han expuesto por nuestros autores.

Marín Monroy (112) enumeró las siguientes construcciones, que, respectivamente, califican la posición de reservista y reservatario como: a) Usufructuario y nudo propietario; b) Fiduciario

*que puedan disponer a favor de los hijos del primer matrimonio, en lugar de que éstos necesariamente sucedan por partes iguales*); y no se falta por esto a los casos y fines de la reserva, que han sido favorecer a los hijos del primero y a sus descendientes».

(111) Se trata de un supuesto de sucesión intestada *ex parte* como el caso del artículo 851 del Código civil. Sucesión intestada *ex parte* que incluso fué aceptada excepcionalmente en Roma a favor de algún heredero abintestato como vimos en nuestros Apuntes de Derecho sucesorio, I, 5.º, págs. 45 y sig. Ver también *Anuario de Derecho civil*, IV-II (abril-junio 1951), págs. 461 y sig.

(112) MARÍN MONROY: *La reserva llamada tradicional u ordinaria*.—Su evolución (conclusión), «Rev. Crít. de Der. Inmob.», VII (enero, 1931), páginas 1 y sig.

y fideicomisario ; c) Propiedad revocable y expectante ; d) Pleno dominio en el reservista y expectativa para el reservatario ; e) Propiedad plena y legítima especial.

Ossorio Morales (113) clasifica las teorías sobre la reserva, según la califiquen de : a) usufructo ; b) fideicomiso ; c) herencia forzosa ; d) propiedad revocable del reservista y propiedad expectante con los reservatarios (con sus modalidades : la que estima la condición como resolutoria para aquél y suspensiva para éstos, y la que advierte una combinación de un plazo inicial y una condición resolutoria) ; e) mera expectativa para el reservatario ; f) legítima de características especiales de los reservatarios.

Roca Sastre (114) resume la clasificación en cuatro tesis : a) Los reservatarios son *titulares de la nuda propiedad*, y, en consecuencia, los reservistas tienen *su usufructo*. b) Los reservatarios son *fideicomisarios condicionales* ; por repercusión, el reservista es fiduciario condicional. c) Los reservatarios son *titulares de un derecho de adquisición sujeto a condición suspensiva* (derecho condicional) ; por repercusión, el reservista tiene una *propiedad revocable*, por estar sujeto a condición resolutoria. d) Los reservatarios tienen un *derecho futuro*, una esperanza de *adquirir*, una *expectativa*, un *derecho eventual* ; por repercusión, el reservista tiene una *propiedad plena*.

Nosotros creemos que la clasificación debe plantearse desde sus raíces, es decir, desde la proyección de su momento genético a las posiciones ulteriores de sus sujetos. Desde este doble punto de vista (115) cabe distinguir :

a) *Tesis de la pérdida «ex lege» para el viudo, y nacimiento para los reservatarios, producidos por el solo hecho de las segundas nupcias*, bien sea :

α) De la nuda propiedad, perdida por el reservista que sólo conserva el usufructo (116). Conforme esta tesis, en los bienes que después de contraídas las segundas bodas recibiere a título lu-

(113) OSSORIO MORALES : Loc. cit., págs. 671 y sig.

(114) ROCA SASTRE : *Estudios...*, vol. cit., tema IX, págs. 303 y sig.

(115) Dejamos aparte a quienes afirman, como FELICÍSIMO DE CASTRO : *Derecho civil*, tomo II (Madrid, 1928), pág. 356, que la reserva es institución especial de reglas propias, que no permiten su adecuación ni a la separación de usufructo y nuda propiedad, ni a la sustitución fideicomisaria, ni a las legítimas.

(116) Mantuvo todavía esta tesis MODESTO FALCÓN : *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral* (5.<sup>a</sup> ed. ; Barcelona, 1897), página 403, al explicar que : «La propiedad de esos bienes se transfiere *ipso iure* a los hijos del matrimonio anterior ; pero por un efecto muy singular, que no se encuentra en ninguna otra institución más que en las reservas, el dominio que adquieren los hijos es un dominio sin ejercicio y meramente suspensivo. Hasta la muerte del padre o madre viudos no se consolida ese dominio ; porque hasta esa muerte no se puede saber si le sobrevivirán hijos o descendientes legítimos o naturales. Los hijos adquieren, desde luego, el derecho, y lo transmiten a sus descendientes legítimos si fallecen ; pero si falliesen sin dejar herederos descendientes, el derecho caduca por sí mismo».

crativo (salvo el caso del artículo 970, apartado 2.º) de un hijo del primer matrimonio, el cónyuge superviviente sólo obtendría el usufructo, y los reservatarios directamente de aquél, la nuda propiedad.

3) Del dominio pleno, perfecto e irrevocable, que condicionalmente pasa a ser revocable o bien temporal, en opinión de algunos, mientras para el reservatario nace una expectativa o un derecho bajo condición suspensiva (117) o, según otros, solamente una esperanza (118).

Para el Derecho romano común, aplicable a Cataluña, ha mantenido recientemente esta tesis MALUQUER ROSÉS: Loc. cit., págs. 558 y sig., en contra ROCA SASTRE: *Elogio del criterio electivo...*, loc. cit., págs. 229 y sig.

(117) MORELL Y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria* (segunda ed.; Madrid, 1930), pág. 390, ha escrito: «El derecho del viudo se halla afecto a una condición resolutoria; el derecho de los hijos se halla afecto a una condición suspensiva»; añadiendo luego que el derecho (condicional) «se adquirió al contraer el segundo matrimonio». Este criterio lo comparten, entre otros, PASCUAL LACAL FUENTES: *Las expectativas de derecho y los derechos expectantes*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», tomo VII (noviembre, 1931), pág. 830; FRANCISCO BONET RAMÓN: *Derecho civil, común y foral*, tomo II, págs. 591 y sig., y DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, tomo V (Madrid, 1957), pág. 80. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, 1.º (4.ª ed.; Madrid, 1930), páginas 468 y sig., califica al reservatario como propietario sujeto a la condición resolutoria «de que a su muerte existan reservatarios», y a éstos como titulares «de una expectativa jurídica, igual en principio, a la que va unida a los derechos sujetos a condición suspensiva». También en este sentido opina PUIG PEÑA, en su versión de la 5.ª ed. del tomo XVII de la obra de MUCIUS SCAEVOLE (Madrid, 1944), pág. 155.

(118) Según SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-3.º (segunda ed.; Madrid, 1910), núm. 4, págs. 1.858 y sig., el reservista «es, mientras vive, un verdadero dueño, si bien su dominio tiene los caracteres de *circunstancial, condicional y revocable*», y los reservatarios, mientras viva el reservista, «tienen a su favor tan sólo una *esperanza* y una *garantía* de su derecho hipotético futuro, acreditan el de *preferencia para suceder en aquellos bienes*, por ministerio de la ley, remitido para su efectividad a la muerte del *reservista*, si se cumplen todos los requisitos integrantes de la reserva, siendo su derecho de carácter mixto, por una parte con consideración de ser un derecho de naturaleza *mortis causa* o hereditario, y por otra, como ha de recaer sobre bienes específicos y determinados, se concreta, en definitiva, en un derecho de dominio ulterior, por el cual pueden reivindicar dichos bienes llegada que sea la compleja hipótesis de la reserva». CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. III, págs. 388 y sig., dice que la posición jurídica del reservista «se parece a la del propietario con propiedad revocable»; y que en el primer momento de la reserva, «coincidente con el hecho de celebrar segundas o ulteriores nupcias o de tener el hijo natural reconocido, los reservatarios no tienen derecho dominical sobre los bienes, sino una legítima expectativa».

ANTONIO MAURA: *Dictámenes*, tomo IV (Madrid, 1930), dict. núm. 5 B, página 69, afirma que la madre reservista es la única dueña, y que sus hijos reservatarios del artículo 811 sólo tienen una expectativa.

JENARO GIL SOCH: Loc. cit., pág. 471, hace notar «que el llamado derecho a la reserva de una expectativa de un derecho que envuelve una doble indeterminación: en cuanto a su existencia, pues no se sabe si el proceso adquisitivo se completará o no, si el derecho nacerá o no, y en cuanto a su titularidad, pues tampoco se sabe, hasta la consumación, quién ha de ser el titular definitivo».

γ) De la titularidad plena, que pasa a ser *provisional*, siendo en el reservista, a la vez, titularidad *interina* (como si fuere una especie de *curator bonorum*) y titularidad *preventiva* (como eventual titular pleno), mientras en los reservatarios solamente se da una titularidad *preventiva* (119).

δ) De la facultad de disponer en los términos determinados por la ley, mientras para el reservatario surge una expectativa (120) o tal vez una titularidad a la vez aplazada y suspensivamente condicionada (121).

AZURZA y OZCOZ (*Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición del reservatario*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo 180, 2.º semestre, 1946, págs. 120 y sigs.) señala que el reservista está investido de una *propiedad temporal* y que la posición de los reservatarios se integra «en la especie o categoría jurídica de las *expectativas de derecho*; delimitadas éstas y aisladas previamente tanto del grado inferior de la *esperanzas*—por la existencia cierta y actual—como del superior de *derechos aplazados y condicionales* por la falta aún de uno o varios elementos constitutivos del derecho y no meramente declarativos».

(119) FEDERICO DE CASTRO y BRAVO: *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I (3.ª ed., Madrid, 1955), pág. 685, nota 1, en la cual, además, observa que: «La coincidencia de la doble titularidad en el primero ha hecho que parte de la doctrina lo asimile al *dominus*.»

(120) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorios «mortis causa»*, Sevilla, 1951, pág. 231) dice que el reservista «es un dueño cuyo *ius disponendi* sufre restricciones» desde el momento en que surge la reserva, «esto es, al contraer ulterior matrimonio o reconocer al hijo natural habido durante la viudez», y (pág. 234) que los reservatarios mientras vive el reservista son «beneficiarios o titulares de una expectativa».

(121) E. CAPÓ BONAFACS (*Sobre la reserva de los artículos 968 al 980*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», vol. IV, junio 1928, págs. 450 y sigs.) formuló las conclusiones, que pueden sintetizarse y enumerarse como sigue: 1.ª) «Antes del nacimiento de la reserva el dominio del viudo es absoluto y puro a todas luces», sin que la posibilidad del nacimiento de la reserva permita estimarlo menos pleno ni como resolutoriamente condicionado. 2.ª) Cumplidos los supuestos que originan la obligación de reservar: «Hay una limitación que actúa sobre los bienes y que afecta a una de las más importantes facultades del dominio, cual es la de disposición; ... el reservista carece de facultad de instituir a un extraño heredero testamentario en los reservables; y... en las enajenaciones *inter vivos* quedan éstas condicionadas al supuesto de supervivencia, ya en sí, ya en cuanto a su valor o precio». 3.ª) «Es, pues, la institución en sí la *reserva* misma, el *aseguramiento* y la *limitación* de disponer, la obligación legal, la que nace condicionada al supuesto de que los reservatarios premueran al reservista, que es el caso que actúa de condición resolutoria, determinando su cumplimiento una retroacción de efectos respecto de la reserva misma, mas no respecto del dominio *en sí*, que fué y es relación real de señorío, sin que se extinga por la realización de tal hecho.» 4.ª) «El reservatario hallase, respecto a la totalidad de los bienes reservables, desde el punto de vista de la disposición testamentaria, completamente imposibilitado de disponer en favor de extraños. Mas, respecto de los mismos reservatarios, si bien sobre una fracción de dichos bienes lo está igualmente para disponer en beneficio de ellos con infracción de la prohibición legal, puede, en cambio, *en favor siempre de los mismos*, mejorar a uno o varios disponiendo de un tercio de aquellos bienes. Es decir, que si bien en aquéllos padece una prohibición, tiene en éstos una facultad legal... Y si aquella prohibición del reservista engendra, como cotrespondiéndola, en el re-

b) *Tesis de la sucesión legal del cónyuge premuerto por los reservatarios.*—Se descompone en las siguientes subtesis:

a) El cónyuge superviviente queda sometido *ex lege* a un fideicomiso doblemente condicional; pendiente: 1.º, de que contraiga nuevas nupcias, y 2.º, de que a su fallecimiento le sobrevivan descendientes de su anterior matrimonio; y caracterizado por estar dotado de facultad de mejorar (o elegir entre los fideicomisarios legales) y, también, para la mayor parte de la doctrina, de desheredar justamente (122).

servatario un derecho, esta facultad legal sólo origina una mera expectativa.» 5.ª) Respecto de aquella porción de reserva con la que el reservista puede mejorar, cada reservatario sólo tiene una expectativa, «sin que esta mera expectativa se convierta en derecho *hasta que*, por muerte de aquél sin haber usado de la facultad de mejorar, suceda el reservatario en la totalidad de los bienes como miembro de la «entidad, hijos o descendientes del anterior matrimonio a la que se refiere la institución». 6.ª) En cuanto a la porción de bienes reservables en que el reservista no puede mejorar, estimó Capó innegable que la relación de los reservatarios es un verdadero derecho, pero «que su derecho está afecto a un término inicial (los bienes son suyos desde la muerte del reservista) y a una condición suspensiva (su derecho no existe si él premuere). Y sin que puedan reducirse ambos elementos a la sola categoría de una condición, aunque es indiscutiblemente cierto que su realización ha de ser simultánea...» «no pueden reducirse estos dos supuestos a la única figura de una condición suspensiva, porque en la sucesión del reservatario no se dan los efectos retroactivos que son característica esencial de esta categoría de condiciones». El derecho del reservatario: «Surge *siempre* que no premuere (condición) *desde* la muerte del obligado a reservar (término inicial), momento a partir del cual se producen los efectos de la relación nacida.»

OSSORIO MORALES (loc. cit., pág. 675; estima que «no es de absoluta precisión técnica considerar el derecho del reservista como una propiedad pendiente de condición resolutoria, pues al verificarse la supuesta condición lo que ocurre no es que se deja de ser dueño, sino que deja de existir. Mientras vive el reservista su derecho no está afectado de condición, sino que tiene carácter vitalicio; lo que depende de esa supuesta condición—premorienza del reservista—es la eficacia de las disposiciones *inter vivos* que haya realizado y el ulterior destino de los bienes reservables, es decir, la forma y el orden en que ha de deferirse la sucesión de los mismos» (*argumentos ya expuestos por Marin Monroy*)... «La adquisición del reservatario no depende de una condición en sentido técnico, sino de un hecho (en realidad una *conditio iuris*): de que sobreviva al reservista, en cuyo caso, por *mandato legal*, adquiere los bienes reservables. Si se admitiera en todo su vigor el mecanismo de la condición para caracterizar la situación de los reservatarios, por el mismo motivo que podría hablar de los legatarios como dueños con condición suspensiva, cosa que a nadie se le ha ocurrido sostener». Por eso cree que «quizá sea más sencillo decir, simplemente, que el reservatario nada adquiere hasta la muerte del reservista ni hay en él derecho alguno—salvo las conocidas garantías—; es un posible dueño futuro, titular de una expectativa». Pero, al final (pág. 677), concede que «según el artículo 1.121 del Código, quien tiene un derecho pendiente de condición suspensiva puede, antes de su cumplimiento, «ejercitar las acciones precedentes para la conservación de su derecho, en congruencia con la posibilidad que a los reservatarios se reconoce el instar las medidas de garantía que la ley les confiere y que tienen el carácter de medidas conservativas».

(122) MUCIUS SCAEVOLA, en las primeras ediciones de su obra (vol. XVII),

β) El cónyuge superviviente sólo recibe una titularidad revocable, sujeta a condición resolutoria, mientras los reservatarios adquieren un derecho bajo la doble condición suspensiva antes indicada (123).

sostuvo la calificación de la reserva como *«fideicomiso legal o forzoso—impuesto por la ley—, resolutorio-condicional*, pendiente de la muerte del fiduciario o del fideicomisario, por la muerte de éste antes de aquél produce su extinción.

ROCA SASTRE (*Estudios...*, vol. cit., págs. 317 y ss.) cree análogos los derechos del reservatario y del fideicomisario condicional, con la diferencia de que aquél pende de una *condicio iuris* y éste de una *condicio facti*, pero que en ambos casos el fideicomisario condicional y el reservista tienen su derecho sujeto a condición suspensiva; y el fiduciario y el reservista lo tienen sujeto a condición resolutoria, dotada de verdadera retroacción, aunque limitada, ya que afecta tan sólo a la titularidad de los bienes y a los actos de disposición, no así a su disfrute ni a los actos de gestión ligados a su entretenimiento. Más recientemente, el mismo ROCA SASTRE (*Elogio del criterio electivo...*, loc. cit., pág. 224), ha afirmado que el Código civil, en el fondo, ha adoptado para la reservas «la misma fórmula de la sustitución fideicomisaria condicional, o sea el mecanismo de la condición resolutoria *si cum liberis deceserit*».

(123) VALVERDE VALVERDE (op. y vol. cit., págs. 475 nota) al discutir que la facultad de deshacerla puede corresponder al reservista, señala que el reservatario tiene «un derecho perfecto, pero no consumado»; que los bienes reservables «corresponden a la herencia del cónyuge premuerto» y los tiene el reservista «sujetos a condición resolutoria».

MANRESA (*Comentarios... cit.*, vol. VII, 6.<sup>a</sup> ed., revisada por FRANCISCO BONET RAMÓN, págs. 239 a 242) dice que el viudo o viuda «al casarse segunda vez queda obligado a reservar; pero queda obligado no desde ese momento, sino desde la adquisición de los bienes, o sea, desde época anterior... «Queda un cónyuge viudo con hijos de su primer matrimonio y bienes de la clase de reservables. El viudo los enajena, dispone de ellos, ejercita el derecho de nuda propiedad. ¿Puede hacerlo eficaz y absolutamente sin ninguna limitación o responsabilidad como otro cualquier verdadero dueño absoluto? Si no llega a contraer matrimonio resulta que sí; si llega a contraerlo resulta que no, porque responde a sus hijos del valor de los bienes. Pero ¿se casará o no segunda vez? Este es un hecho futuro e incierto que nadie sabe si se llegará o no a realizar. Un hecho futuro e incierto es una condición... Contraído ya el segundo matrimonio el viudo aún puede enajenar. ¿Tendrá en todo caso él o sus herederos la obligación de indemnizar a los hijos del valor de lo que se enajene o la de entregarles los bienes que se conserven al fallecimiento del viudo? Tampoco esto es seguro e indudable. Si quedan hijos o descendientes del primer matrimonio al morir el viudo, sí; si no quedaran tales hijos o descendientes, no. Pero quedarán o no quedarán ¿sobrevivirán al obligado a la reserva? No puede preverse: hay aquí otro hecho futuro e incierto al que se hallan enlazados los efectos de los actos de disposición realizados por el viudo. Luego hay aquí otra condición que afecta al ejercicio del derecho de nuda propiedad... «Las condiciones son dos... Que el cumplimiento o incumplimiento de esas condiciones tiene efectos retroactivos, es indudable; se retrotraen a la época de la adquisición de los bienes por el viudo, si bien ese efecto retroactivo no hace relación al usufructo, que pertenece al cónyuge hasta su muerte, sino que sólo se relaciona al poder de disposición, y afecta la condición, no precisamente a los bienes en sí mismos, sino a ellos o a su valor, según los casos.»

La sentencia de 1 de abril de 1914 enlaza estas dos últimas subtesis al estimar la posibilidad de que «se vea en dicha institución la existencia de derechos condicionados, inseguros, enlazada a hechos inciertos como se desprende del texto de los artículos 972 y § 2.º del 973 del antedicho Código».

γ) El cónyuge supérstite obtiene el dominio, pero limitado condicionalmente en cuanto a su facultad de disponer y los reservatarios una expectativa derivada del cónyuge premuerto (o de los hermanos o tíos de doble vínculo de quienes hubo los bienes el reservista) (124).

c) *Tesis de la sucesión al reservista por los reservatarios* (125).

LUIS GÓMEZ MORÁN (*Las «reservas» en el Derecho español y en el comparado*, Oviedo, 1949, págs. 55 y sigs.) concreta esa misma doctrina: «Parece que la tesis más aceptable es la de considerar la reserva como una propiedad a favor del cónyuge supérstite sujeta al cumplimiento de dos condiciones que, una vez cumplidas, producen efectos retroactivos. Tales condiciones son: que el viudo contraiga o no ulterior matrimonio o tenga un hijo natural en estado de viudez y que a su muerte sobrevivan los hijos del primer enlace.»

VICENTE JAÉN (*Derecho civil*, Madrid, 1928, págs. 831 y 825) parece que puede ser agrupado con los sostenedores de esta posición. Señala que «el derecho del reservista es un derecho de propiedad de naturaleza especial y limitada, sujeto a condición *resolutoria*, el cual se traduce en otro derecho a favor del reservatario de naturaleza *expectante* o sujeto a condición *suspensiva* en todo caso». Y precisó que, a su juicio, la facultad de mejorar concedida al bínubo la tiene éste «por una especie de tácita delegación del cónyuge premuerto».

(124) DEMÓFILO DE BUEN (*Notas al Colón y Capítant*, vol. cit., págs. 385 y sigs.) opinó que «dos reservatarios tienen una expectativa igual, en principio, a la de todo propietario que tiene un derecho de propiedad sujeto a condición suspensiva, añadiendo que esa expectativa ofrece carácter hereditario y forma parte de la herencia del causante de la reserva, pero no de la herencia del reservista. La muerte de éste significa sólo el cumplimiento de una parte de la condición de que depende la consumación de la reserva. Esta consumación no implica una transmisión hereditaria del reservista a los reservatarios; en el mismo momento en que nace el derecho de éstos se resuelve el del primero». «La expectativa de los reservatarios se convierte en un derecho perfecto cuando se realizan estos dos hechos: muerte del reservista, supervivencia de algún reservatario. Entonces, a tenor de lo que acabamos de decir, se opera una transmisión hereditaria que estaba detenida por una condición suspensiva, desde la persona de quien proceden los bienes a los reservatarios. El criterio de que los reservatarios heredan de las personas de quien proceden los bienes resulta sancionado a efectos fiscales, por el vigente Reglamento del impuesto de derechos reales (artículo 34-3.º)».

(125) La tesis de que la reserva es una modalidad de la sucesión *mortis causa* fué sostenida por VALVERDE MARURI (*De los bienes reservables*, 1897) al decir: «La sucesión, en general, es una universalidad jurídica de derechos, acciones y obligaciones y una continuación de la personalidad del difunto con relación a aquellos derechos, mientras que la reserva es un título más limitado, más circunscrito, pues solamente comprende la sucesión en determinador bienes a título particular, como si la persona a cuyo favor se constituya sucediera en virtud de una manda forzosa impuesta al difunto por la ley. Ambas instituciones tienen igual fundamento y ambas se rigen por los mismos principios. La verdadera naturaleza de las reser-

Fué rechazada por la sentencia de 1 de abril de 1914, al afirmar que «no cabe suponer el derecho de reserva equivalente al de un posible legitimario a una herencia futura, cual lo demuestran el artículo 970 del Código civil, al calificarlo de renunciante por los hijos, y los 977 de dicho cuerpo legal y 198 de la Ley Hipotecaria, que permiten exigir la constitución de hipoteca para su garantía». Pero a esa argumentación puede replicarse fácilmente, objetando que confunde la reserva y la sucesión en los bienes reservables. Es decir, que la reserva no es una nueva forma de delación, sino la protección que asegura que la sucesión de determinados bienes no saldrán de determinado ámbito familiar. Así lo distingue la segunda de las dos subtesis, que a continuación referiremos, y que, respectivamente, entienden que:

a) La reserva es una legítima especial, entendiendo ésta como una forma de delación legal, concretada a una masa determinada de bienes, aislada de la herencia general del binubo y reforzada con medidas previas conservativas (126).

vas es la misma que la del derecho sucesorio.» (Hemos transcrito a través de SÁNCHEZ ROMÁN, vol. últ. cit., pág. 1856.)

ANTONIO MAURA GAMAZO (*Dictámenes*, tomo IV, Madrid, 1930, Dictamen núm. 5, F, pág. 72 y en «Rev. Gral de Leg. y Jur.», 144 primer semestre 1924, pág. 17) llegó a a creer que «no se le ocurre a nadie poner en duda que la descendencia del primer matrimonio, cuando adquieren los bienes sujetos a la tradicional reserva, suceden a la madre o al padre binubo y no a la persona de quien provienen a él».

(126) ANTONIO MARÍN MONROY (*La reserva llamada...*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», VII, enero 1931, págs. 8 y sigs.) estima que el derecho de los reservatarios es «una legítima con varias especiales características: A) colectiva total; B) variable individual; C) con derecho de garantía actual; D) cuya cuantía se fija antes de la muerte del padre o madre; E) que comprende la totalidad de un patrimonio, no dos del tercio del mismo; F) con efectos retroactivos al adquirirse; y G), cuya adquisición, aun siendo heredero, como no se adquiere por la institución no obliga al adquirente a respetar los actos de enajenación de bienes de la misma. Es, pues, lo que pudiéramos llamar una legítima reforzada». «En la legítima ordinaria, el legislador confía en el afecto y cariño paterno; en el caso de la reserva, no, porque tiene la influencia del nuevo cónyuge... «hasta se emplea la misma palabra, diciendo que la legítima es reservada por la Ley; pero ésta, confiada al cariño de los padres, que normalmente es la mejor garantía para los hijos, se abstiene de intervenir en vida de aquéllos, salvo en casos extremos de donaciones excesivas o de prodigalidad, mientras que en la reserva la confianza en el padre cede ante el temor de la influencia interesada del nuevo cónyuge, y la Ley extiende su brazo protector sobre los posibles perjudicados, para lo cual proyecta la legítima en el tiempo. Podemos decir que la reserva es una legítima adelantada... «por un hecho: las segundas nupcias del padre o madre. Ante este hecho la Ley concreta unos bienes que cree en peligro de no seguir el curso normal dentro de la familia; concreta unas personas que pueden ser afectadas por dicha posible anormalidad, y ante esta situación distinta de la normal hace que la legítima sea, no de dos tercios, sino de la totalidad del patrimonio reservable; proyecta hasta el presente los efectos de la posible futura adquisición del mismo, y no sólo como en la legítima ordinaria no debé el padre disponer *mortis causa*, sino que de presente debe reservarla y no disponer de ella sin las debidas garantías... «la reserva no es la obli-

β) Los reservatarios tienen un derecho colectivo y exclusivo a que los bienes reservados no sean dispuestos por el reservista en contravención de la reserva legalmente ordenada y, por lo tanto, éste sufre una limitación en su facultad dispositiva, sin que por ello los bienes reservables dejen de integrar su herencia en cuanto se refiera a la descendencia común (127). Tal derecho de signo negativo se circunscribe: en vida del reservista, a la exigencia de las medidas de seguridad legalmente fijadas; y, después de fallecer el reservista, a exigir la ineficacia o reducción, total o parcial, de las disposiciones «inter vivos» o «mortis causa» hechas u ordenadas por el reservista y que contravengan la reserva.

Entre estas dos últimas subtesis hemos de observar una diferencia irreductible y esencial. Para los defensores de la primera, la reserva es una vocación legal; para los de la segunda, es una limitación de la facultad de disponer. Notemos que existe cierto paralelismo entre esta antítesis y la que existe entre las concep-

gación del reservista; la reserva es una vocación, un llamamiento que hace la Ley, una atribución de un derecho en unos bienes a la muerte de su dueño actual; y de tal derecho nace una obligación en éste... La reserva no es la obligación de los padres, sino el derecho de los hijos, y este derecho se revela de dos maneras: una respecto a los bienes; otra respecto a las personas. El derecho del reservatario respecto a los bienes no es actual; es futuro posible, y sólo ocurrido el supuesto de la premoriencia del dueño actual de los mismos llegará a ser para aquél un derecho en los bienes». «La reserva es, pues, el derecho mismo, no su garantía; la reserva es una legítima, una sucesión forzosa en su día, e implica de momento una obligación de garantía y un derecho a exigir esta última.»

JOSÉ M. TORRES MURCIANO (loc. cit., págs. 270 y sigs., en especial página 278) y CIRILO GENOVÉS AMORÓS (loc. cit., págs. 737 y sigs.) parecen seguir un criterio parecido.

(127) Opinión que hemos anticipado en otro trabajo, *Las reservas, en el Capítulo V del título IV, Libro III del Proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña, redactado por la Comisión de juristas catalanes*, en «Rev. Jur. de Cataluña», LVII, págs. 144 y sigs. y 158.

Fué de este criterio CRISTÓBAL LOZANO SICILIA (*Interpretación del artículo 811 del Código civil y reserva del ascendiente y del cónyuge viudo*, Córdoba, 1898, págs. 207 y sigs.), que argumentó: «Como la reserva siempre es en favor de descendientes a quienes debe la legítima el que reserva, de igual modo que éste es propietario hasta su muerte de todos sus bienes no reservables, por más que las dos terceras partes de éstos que deje al morir han de pasar a sus descendientes sin que valga lo que disponga en contrario su testamento ni tampoco las donaciones que en vida hiciera en cuanto excedan de la tercera parte de libre disposición, de los reservables es también propietario hasta su muerte por más que estos bienes han de pasar, llegado este momento, a determinados descendientes, pudiendo mejorar en ellos a alguno o algunos de éstos, lo mismo que en los demás bienes, sin que tampoco valga lo que disponga en vida o por testamento sobre los bienes reservables, puesto que en todo caso han de pasar a los hijos o descendientes del anterior matrimonio.» «No puede haber más analogía, más igualdad en ambas instituciones, en ambos preceptos, en ambos casos. En uno y otro si no se atiende a lo ordenado no sirve lo que se haga en contrario. En uno y en otro, si no existe la causa o motivo que ha impulsado al legislador a ordenar lo dispuesto para cada caso, si no hay herederos forzosos, descendientes, en el primer caso, o no le sobreviven hijos o descendiente del anterior matrimonio; en el segundo surte efecto lo hecho.»

ciones positivas (*delación legal*) y negativa (*freno*) de las legítimas.

Además, entre estas dos subtesis media una diferente concepción de los bienes reservables, considerados como *masa* específica. En la tesis de la delación legal, la masa reservada forma un conjunto netamente diferenciado de la herencia del reservista e incommixtible con ella. Para la subtesis de la limitación dispositiva del reservista, los bienes reservables y el resto de la herencia del reservista, no son masas incommixtibles, ni siquiera totalmente distintas: Los bienes reservables integran la herencia del reservista, aunque por hallarse especialmente reservados a la descendencia del matrimonio anterior, no son computables para calcular la legítima, ni la porción de mejora de los hijos del reservista que no sean del anterior matrimonio, ni la legítima del viudo del bñubido, ni la parte libremente disponible a favor de extraños; ni puede disponerse de ellos a favor de persona distinta de los reservatarios. En cambio, respecto a éstos, dichos bienes integran la herencia del reservista, fundiéndose en ella en cuanto no perjudique los derechos colectivos de los reservatarios.

Contrariamente, existen grandes puntos de contacto entre la segunda de estas subtesis y la última de las subtesis de la primera posición expuesta. Es decir, entre la que acabamos de exponer y la que estima: que se limita al bñubido o bñubida la facultad de disponer *inter vivos* y *mortis causa* de los bienes reservables, en los términos fijados por la ley, mientras que para los reservatarios surge una expectativa protegida con las medidas de seguridad legalmente exigibles. La diferencia entre ambas concepciones puede llegar a radicar meramente en el ángulo visual con que se examina la institución. Pero, tomado como punto de enfoque la sucesión del reservista, se concreta y precisa que la reserva, más que la consolidación de una expectativa anterior, es la sujeción sufrida por el reservista, a quien le es impuesta para proteger la sucesión en los bienes reservables por persona o personas del grupo reservatario. Esta visión destaca que la muerte del reservista no significa tan sólo genéricamente el cumplimiento de un evento o un último presupuesto de la adquisición de los reservatarios, sino que específicamente determina el momento de la delación sucesoria de los bienes reservables, como integrantes de su herencia, aunque sujetos a específicas reglas de computación e imputación y a limitaciones en cuanto a los posibles beneficiarios de su atribución.

Relacionando las deducciones a que hemos llegado antes, al examinar la regulación del Código civil y las posiciones doctrinales que han querido explicar la naturaleza de la reserva binupcial, creemos poder sentar las siguientes conclusiones:

1.º El viudo o viuda, antes de contraer ulteriores nupcias, es dueño sin limitación alguna. Sus enajenaciones son plenamente

eficaces, cualquiera que sea la clase de bienes a que se refieran. El hecho de que, al contraer nuevo matrimonio, el bínubo deba asegurar a los reservatarios el valor de lo anteriormente enajenado, sólo implica el nacimiento—posterior a la enajenación—de una obligación de asegurar con hipoteca (arts. 974 y 978, núm. 3).

2.º Después de contraídas nuevas nupcias, el bínubo o bínuba continúa siendo dueño de los bienes reservables, que puede válidamente enajenar: si son muebles, con plena y absoluta eficacia, y si son inmuebles, bajo la condición resolutoria de la efectividad de la reserva. Notemos que no hace falta y resulta excesivo considerarle como un propietario bajo condición resolutoria. Basta admitir que quedan sometidas a condición resolutoria—no retroactiva—las enajenaciones de los inmuebles no inscritos, o inscritos si constare en el Registro su condición de reservables. Por lo tanto, el reservista lo que sufre es una limitación condicional en su facultad de disponer inter vivos a título oneroso. Limitación que supone una verdadera sujeción de estos bienes a los fines de la reserva. A la vez, el reservista, queda obligado a asegurar con hipoteca la restitución de los bienes muebles reservables, su precio o su valor, el abono de los deterioros debidos a su culpa o negligencia y el valor de los inmuebles válidamente enajenados.

3.º *Mortis causa*, el reservista tampoco sufre sino una limitación relativa en su facultad de disponer, que respecto los bienes reservables no puede utilizar si no es a favor de los reservatarios. Pero, respecto a éstos, sin duda, tiene facultad de disposición *mortis causa*, puesto que puede desheredarles y mejorarles dentro de los límites del artículo 823.

4.º Los reservistas, antes de que su padre o madre, viudos, contraigan nuevas nupcias, carecen de todo derecho y de toda protección legal. Después de contraídas las ulteriores bodas, tampoco es posible decir que tengan derecho efectivo alguno sobre los bienes, ni siquiera condicional, puesto que ni aun les es factible impugnar las enajenaciones que de ellos hiciere el reservista. Únicamente tienen el derecho secundario a exigir las garantías hipotecarias y registrales que les aseguren en el futuro que su expectativa, de llegar a consolidarse, no quedará desvanecida en la práctica por la evasión de su contenido patrimonial.

La sentencia de 1 de abril de 1914 dedujo consecuencias lógicamente excesivas de la limitación de las facultades del reservista, al razonar que «es indudable que desde el momento en que por ministerio de la ley existe una obligación, y lo es la de la viuda nuevamente casada, a reservar determinados bienes, faltaría el término preciso para la relación jurídica si frente a tal deber no surgiera el correspondiente derecho a favor del hijo del primer matrimonio». Pero el correlativo derecho consiste en que esa sujeción no sea burlada, en exigir para ello la adopción de las correspondientes medidas. Es decir, en el derecho a exigir una conducta al reservista y en obligarle a sujetar los bienes a las medidas

de seguridad y publicidad que garanticen el cumplimiento de la finalidad perseguida con la reserva. No se ve, pues, la lógica de la conclusión, evidentemente sofisticada, de que aquella obligación del reservista presuponga a favor del reservatario un derecho real actual *sobre* los bienes reservables (128).

Por todo ello, la explicación técnica, que llena totalmente el fin querido por la reserva y que se acomoda mejor al texto del Código civil, es aquella que considera: a) *La reserva*: como una sujeción que implica una limitación condicional de la facultad de disponer del reservista y, a la vez, como una obligación de éste de asegurar con hipoteca la devolución a la descendencia común, en su día y en su caso, del montante reservable. b) *Al reservista*: como propietario con su facultad de disponer de los bienes reservables limitada de modo condicional dentro del ámbito personal de los reservatarios. c) *A la transmisión de los bienes reservables*: como sucesión al reservista por los reservatarios; integrando, exclusivamente con respecto a éstos, la herencia de aquél. d) *A los reservatarios, en vida del reservista*: como titulares del derecho a exigir el aseguramiento hipotecario de que la reserva no se frustre; y, *muerto el reservista*: como herederos o legatarios suyos, con derecho—que legalmente les corresponde—a impugnar e invalidar toda disposición, *inter vivos* o *mortis causa*, con referencia a los bienes reservables, que contradiga su legitimación pasiva como reservatarios.

La reserva—y tampoco la legítima—no es un modo de suceder, ni una tercera forma de delación legal. Como ésta, aquélla es un freno; una serie de normas de protección—previas o ulteriores—o modo de asegurar a los sujetos legalmente protegidos, que la sucesión en cierta cuota, bienes o importe, no se desviará a terceras personas. En uno y otro caso la ley no transmite, no llama, sino que reserva (129). En la legítima actúa mediante: la reduc-

(128) JOSÉ MARÍA TORRES MURCIANO: *La desheredación por el reservista*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.» 173 (primer semestre 1943), pág. 274), ha destacado la falta de conexión lógica del argumento de la sentencia de 1 de abril de 1914, «pues de que, frente a la obligación de reservar impuesta al binubo, haya de surgir un derecho correlativo del reservatario o reservatarios, no puede sin más razón deducirse que tal derecho correlativo haya de ser precisamente real. Por el contrario, ni es, ni puede serlo. Bastando notar que, como advierte MANRESA (*Comentarios al Código civil*, 1900, artículo 968-80, págs. 246): «el derecho corresponde a la entidad hijos o descendientes, a todos en general; a la clase, no a los individuos»; pues el reservista puede mejorar (art. 972) a cualquier hijo o descendiente en perjuicio de los demás. ¿Cómo puede avenirse tal incertidumbre con la conocida noción de los Derechos reales?... Y ¿cómo es posible señalar en la titularidad del reservatario las notas y características unánimemente atribuidas al Derecho real por la doctrina jurídica?... Ciertamente, como correlativo a la obligación de reservar, surge el derecho de los reservatarios, pero lo único actual en tal derecho son las acciones de garantía o aseguramiento».

(129) Ver, respecto al sentido de la palabra *reserva*, según el Diccio-

ción de donaciones, mandas o legados inoficiosos; la impugnación de enajenaciones simuladas en fraude de la legítima; la invalidación total o parcial de la institución de heredero o de las cargas y condiciones que perjudiquen la legítima, y con la acción de suplemento. En la reserva viudal, mediante: la rescisión de las enajenaciones de inmuebles reservados o con la impugnación, para invalidarlas o reducirlas, de las disposiciones testamentarias que perjudiquen el cumplimiento de la reserva, y mediante la limitación, en su caso, de la sucesión intestada respecto a dichos bienes, aplicándola exclusivamente en favor de la descendencia común.

Cierto que el reservatario puede solicitar medidas de garantía anticipadas, como la práctica de la mención registral del carácter reservable de los inmuebles o la inscripción de hipoteca legal especial y expresa en garantía del cumplimiento de la reserva respecto a muebles o sumas de valor. Pero no es menos cierto que los legitimarios pueden exigir, a su vez, medidas anticipadas en garantía (más fuertes todavía) en el supuesto de prodigalidad de un presunto causante. Y no olvidemos que la prodigalidad no supone falta de capacidad, ni requiere perturbación alguna de las facultades intelectuales del pródigo, sino un desequilibrio o desorden que únicamente hace referencia al orden económico (sentencia de 25 de marzo de 1942), y que no se da en beneficio del pródigo, sino de su cónyuge o de sus herederos forzosos, puesto que solamente habiéndolos y a petición de éstos (o de quienes legalmente les representen) puede solicitarse su declaración. Esta, por lo tanto, no tiene otro fin que la anticipada protección de esos futuros derechos hereditarios (art. 222 del Código civil y sentencia de 25 de marzo de 1942).

Los reservatarios, viviendo el bínubo, no tienen derecho alguno *sobre los bienes*, ni puro, ni aplazado, ni condicional. A lo que sí tienen derecho es a exigir las medidas de seguridad que el artículo 978 del Código civil y la Ley hipotecaria les otorgan. Muerto el bínubo tienen derecho a impugnar todas las disposiciones de éste que contravinieren la reserva y que la sucesión abintestato juegue exclusivamente en su favor con respecto a los bienes reservados. En esto consiste la reserva, en impedir que se frustre la sucesión testada o intestada a favor de la descendencia común respecto de los bienes reservados. El título sucesorio no es la reserva —ésta es sólo su defensa—, sino el testamento o la ley que regula la sucesión *ab intestato*, títulos que por la reserva resultan contrariados a no poder actuar más que en favor de los reservatarios.

Creemos que esta tesis es: la más ajustada a la actual regula-

---

nario de la lengua, lo que hemos escrito al hablar de la legítima, en nuestros Apuntes de Derecho sucesorio I, § 4.º, b), pág. 39, y An. Dr. Civ., IV-II (abril-junio, 1951), pág. 455, y respecto de la reserva, en la parte I de este trabajo, § 1.º, 6 (pág. 24), y en An. Dr. Civ. X-II (abril-junio, 1957), pág. 347. Significa *destinar. separar. apartar.* pero no *transmitir ni disponer.*

ción legal de la reserva binupcial; la más acorde con el retorno del Código civil al criterio electivo de la ley *Feminae*, y, especialmente, la que se ajusta a la finalidad perseguida por la reserva vidual con una menor desviación respecto al Derecho común de sucesiones en lo exigido por la *ratio* específica de la institución singular. La realización de su fin no exige otra construcción dogmática. Cualquiera de las demás elaboradas, y antes expuestas, presenta el grave defecto de llevar, por el hoy desacreditado método de inversión, a consecuencias que exceden de lo que estrictamente se pretende con la reserva impuesta al binubo (130).

C) *En la reserva lineal del artículo 811.*

9. La aplicación de la técnica o mecánica funcional de la reserva clásica a la lineal del artículo 811, no sólo requiere su cotejo con la finalidad de este precepto, sino que, además, exige que observemos la simplificación de uno de los momentos de la reserva clásica. Esta nace con las segundas nupcias, o el reconocimiento de un hijo natural habido en estado de viudez, en momento posterior al de la adquisición de los bienes reservables por el cónyuge supérstite; o bien, en el instante de su adquisición si es posterior a aquel momento causal de la reserva. En cambio, en la reserva lineal coinciden necesariamente el momento del nacimiento de la reserva y el de la adquisición de los bienes a reservar por descendiente reservista. Por eso, en esta reserva del artículo 811, las explicaciones doctrinales que no consideran a los reservatarios como sucesores del reservista, entienden que el derecho de aquéllos deriva del descendiente de quien el reservista los heredó por ministerio de la ley. La coincidencia de la sucesión del descendiente por el ascendiente con el nacimiento de la reserva, suele llevar a la consideración sintética de la adquisición inmediata por el reservatario de un dominio nudo, o mediante un derecho suspensivamente condicionado o un fideicomiso condicional. Luego analizaremos estas hipótesis doctrinales.

Ahora vamos a comenzar por examinar y exponer sistemáticamente cuanto el Tribunal Supremo ha declarado en torno a la naturaleza de la reserva lineal.

No es fácil clasificar la doctrina jurisprudencial, porque el Tribunal Supremo, según los casos, enfoca su ángulo visual hacia aspectos parciales distintos, de modo que es difícil construir una tesis general que abarque la totalidad de la cuestión. Por eso, examinaremos sucesivamente lo que ha dicho nuestro más alto Tribunal: a) sobre la calificación de los derechos de los reservatarios en las categorías de reales o personales; b) respecto a la determinación de si en vida del reservista tienen una simple expectativa

(130) La exposición de los fines de la reserva clásica puede verse en la primera parte de este trabajo, I, § 6, núm. 36, págs. 131 y sig., y en An. Dr. Civ. X-II (octubre-diciembre, 1957), págs. 1.059 y sig., así como en Rev. Jur. de Cat. loc. últ. ci.

o una titularidad condicional de los bienes reservables; c) acerca de su encuadramiento en la institución de las legítimas; d) con referencia a la determinación de a quién suceden los reservatarios; e) y, como complemento de esta cuestión, la de si hay *ius transmissionis* de los reservatarios que sobrevivan al reservista, pero que fallezcan sin haber reclamado los bienes reservables.

a) *La calificación como real o personal del derecho de los reservatarios* ha sido planteada por el Tribunal Supremo con diversidad de puntos de mira. Algunas veces, con referencia al derecho que pueda asistirles en vida del reservista; pero, en general, se ha examinado después de la muerte de éste. En ocasiones se ha atendido a la esencia del derecho, y en otras, al ejercicio de las acciones. A veces se discutían problemas sustantivos, y en otras, meras cuestiones de competencia procesal.

Las sentencias de 1 de mayo de 1897, 8 de julio de 1942 y 10 de junio de 1943 resolvieron cuestiones de competencia.

En la de 1897, la competencia se había planteado con motivo de una demanda interpuesta en vida del reservista para que se reconociese la cualidad reservable de los bienes. Se afirmó en ella el carácter real de la acción ejercitada, porque el derecho alegado «implica un menoscabo de la plena propiedad, que hoy ostenta sobre ellos la parte demandada». Si bien luego añade que «participa también la acción del carácter personal».

En las sentencias de 8 de julio de 1942 y 10 de junio de 1943, las acciones sobre las que versaban las respectivas competencias las habían ejercitado los reservatarios después del fallecimiento del reservista; es decir, ya consumada la reserva. En el primero de estos fallos se afirmó «que recae sobre los bienes específicos» y «que se hace efectivo con entera independencia de toda obligación personal por parte de los demandados». En la de junio de 1943 se afirmó que los reservatarios tenían un derecho de naturaleza compleja, que produce en cierto modo una acción real.

La sentencia de 26 de noviembre de 1943 abordó esta calificación con motivo de discutirse el plazo de prescripción correspondiente a la acción de los reservatarios después de muerto el reservista para reclamar los bienes reservables. La acción fué calificada de real, y se afirmó que el momento inicial para computar su prescripción venía fijado por la muerte del reservista, subrayando que, por esta última razón, en aquel caso la acción no pudo haber prescrito, fuese real o personal.

Discutiéndose la cuestión sustantiva de la reivindicación de bienes reservables después de fallecido el reservista, la sentencia de 11 de mayo de 1898 calificó como real la acción encaminada a dicha reivindicación, y la sentencia de 4 de mayo de 1910 dió lugar a *reivindicar* los bienes reservables que resultaban libres deducidas las cargas y responsabilidades, bien que señaló el carácter personalísimo del derecho de los reservatarios.

Muy distinta es la calificación formulada en la sentencia de 1 de

abril de 1914 —relativa a un supuesto de reserva viudal—, que estimo derecho real enajenable el correspondiente a los reservatarios, aun en vida del reservista, por entender que «es indudable que desde el momento en que por ministerio de la ley existe una obligación, y lo es la de la viuda nuevamente casada a reservar determinados bienes, faltaria el término preciso para la relación jurídica si frente a tal deber no surgiera el correspondiente derecho a favor del hijo del primer matrimonio» (derecho objeto de aquella calificación). Aunque la resolución de 27 de octubre 1917 acató el criterio de esta sentencia, para el mismo caso resuelto en ella, es lo cierto que el criterio de la Dirección General de Registros era el contrario, como resulta de las resoluciones de 28 de agosto de 1911, 6 de junio de 1912 y 19 de febrero de 1920. La resolución de 1911 sostuvo que el artículo 811 atribuye a los reservatarios, en vida del reservista, «la garantía de que no les perjudicará cualquier acto de enajenación de los inmuebles que tengan aquel carácter», pero no un derecho verdaderamente real. Razón por la que, registralmente —explicó la Dirección—, no es objeto de inscripción separada y especial, sino de mera nota marginal y por la cual la Ley hipotecaria tuvo que crear una hipoteca legal a fin de proteger a los reservatarios, lo que holgaría si éstos tuvieran verdaderamente un derecho real, según se argumentó en la misma resolución.

b) Concretamente, al tratar de calificar la *posición jurídica que corresponde a los reservatarios en vida del reservista*, la últimamente citada sentencia de 1 de abril de 1914 —respecto la reserva viudal—, antes de formular su conclusión sobre el carácter de derecho real que le asigna, según hemos referido, planteaba condicionalmente, «ya se entienda que la reserva se resuelve en usufructo para el cónyuge viudo y nuda propiedad para los hijos de las nupcias anteriores, como afirmaron, entre otras, las sentencias de este Tribunal de 11 de marzo de 1861 y 22 de junio de 1855: ya se repunte aquélla origen de una simple esperanza sucesoria concedida a determinados hijos...: ya se vea en dicha institución la existencia de derechos condicionados, inseguros, enlazada a hechos inciertos, como se desprende del texto de los artículos 972 y § 2.º del 973 del antedicho Código».

La tesis de escisión de usufructo y nuda propiedad, rechazada para la reserva viudal por las sentencias de 6 de julio de 1906 y 27 de noviembre de 1929, es igualmente deshechada con referencia a la reserva del artículo 811, en la sentencia de 6 de julio de 1916, al afirmar que «no hay identidad respecto a la disgregación de usufructo y nuda propiedad, porque el reservista puede disponer de los bienes inmuebles como dueño, con las limitaciones de los artículos 974 y 975, y enajenar eficaz y absolutamente los muebles, sin más obligación que la de indemnizar conforme determina el 970».

Varias sentencias han recogido la teoría de que el dominio de

los bienes reservados queda condicionado. La sentencia de 9 de febrero de 1924 declaró que el reservista tiene derecho a disponer «como nudo propietario condicional». La de 18 de abril 1942 afirmó que los reservatarios tenían un derecho *pendente conditione* transmisible, con sujeción al mismo evento. La de 8 de junio de 1954, en su quinto considerando, expone que el reservista, «desde la iniciación de la reserva adquiere la facultad plena de uso y disfrute vitalicio, ligada al *ius disponendi* como titular de un dominio revocable y supeditado a la condición resolutoria de que a su fallecimiento le sobrevivan parientes hasta el grado tercero de la línea de procedencia de los bienes»; y califica de eventual el derecho de los reservatarios, «pendiente de la condición suspensiva respecto de ellos, que adquirirán el pleno dominio de los bienes reservables *in natura*, o su equivalente, a cargo de la herencia propia del reservista». En su 7.º considerando estima que «estaría justificada la asimilación del reservista a la del fiduciario en la sustitución fideicomisaria condicional, de tanto arraigo en Derecho catalán». Y la sentencia de 17 de abril de 1956 insiste en que «el derecho de reservistas es análogo al del poseedor de bienes sujetos a una condición resolutoria, y el derecho que compete a los reservatarios sobre los mismos bienes se halla afecto a una condición suspensiva».

La resolución de 29 de diciembre de 1931 afirmó, de pasada, que el dominio del reservista está sujeto a condición resolutoria.

Otras sentencias han considerado excesivo calificar como una titularidad de derecho condicional la posición del reservatario. Así, la sentencia de 6 de julio de 1916 apuntó que el reservatario «tiene un derecho no sólo condicionado, sino eventual, si no expectante por lo inseguro e incierto». Y la de 19 de enero de 1935, después de señalar que en virtud de reserva los reservatarios sólo tienen derecho a exigir medidas de seguridad por sus derechos eventuales a los bienes reservables, precisa que la muerte del reservista es el «momento en que la expectativa de derechos se convierte, en su caso, en derechos definitivos y concretos».

Y otras, como las sentencias de 4 de enero de 1911, 21 de marzo de 1912 y 7 de noviembre de 1925, más rotundamente estiman que los reservatarios, antes de morir el reservista, carecen de derecho sobre los bienes reservados. La primera dice que «sólo a la muerte del reservista adquieren los hijos ó descendientes, o los parientes, en su caso, el derecho a suceder en los bienes que constituyen la reserva». La segunda afirma que «hasta la muerte del reservista no puede afirmarse que asista al reservatario más que una esperanza o expectación de derecho, sin que, por tanto, pueda atribuírsele la cualidad de heredero en los bienes objeto de la reserva, ni facultársele para ejercitar otras acciones que aquellas encaminadas a asegurar los bienes de la futura sucesión»; de lo que deduce que el reservatario carece de facultad para intervenir en las operaciones particionales de la herencia del descendiente.

La tercera insiste en que los reservatarios sólo adquieren su derecho a la muerte del reservista, y por eso no pueden intervenir en las operaciones testamentarias del descendiente, «dado que sólo podían utilizar durante la vida de su abuela y causante (la reservista) medidas de garantía y aseguramiento». Opinión reiterada en la sentencia de 1 de febrero de 1957, que, al hablar del derecho eventual del reservatario, dice que «éste no puede, al ocurrir el fallecimiento del descendiente causante, atribuirse el carácter de heredero del mismo, sino que ha de recibir los bienes que constituyen la reserva por conducto del ascendiente que directamente los heredó de su descendiente y sólo al tiempo de morir dicho reservista».

Refleja igual criterio la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 29 de agosto de 1911, 6 de abril de 1912 y 19 de febrero de 1920

c) El encuadramiento de la reserva lineal *por su colocación sistemática en el Código civil en el título dedicado a las legítimas* ha sido objeto de dos diversos enfoques interpretativos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

α) La sentencia de 16 de enero de 1901 consideró la reserva del artículo 811 como una *institución alternativa de los derechos legítimos del ascendiente*. La sentencia de 4 de enero de 1911 calificó dicha reserva como limitación impuesta a la legítima que corresponde a los ascendientes, consistente en una limitación a la libre disposición de sus bienes. La sentencia de 7 de noviembre de 1912 dice que es «un caso excepcional la restricción y minoración impuesta a la legítima del ascendiente». La de 25 de marzo de 1933 nos explica esa calificación, al decir que el Código civil «regula en el artículo 810 la sucesión de los ascendientes legítimos respecto de los descendientes de igual clase, pero a renglón seguido limita los efectos de este modo de adquisición de propiedad, conforme al artículo 609, en cuanto a determinados casos y bienes». La sentencia de 26 de noviembre de 1943 estima «concebido el derecho a reservar como una limitación del derecho de legítimo que al ascendiente corresponde». La de 24 de mayo de 1945—con mayor amplitud, que abarca la aplicación del 811 a la sucesión intestada expresada en el artículo 938—afirma que la reserva lineal significa «una restricción impuesta a los derechos que corresponden a los ascendientes en la herencia de sus descendientes». Y reitera, una vez más, la sentencia de 1 de febrero de 1957, que es un «caso excepcional de restricción y minoración impuesta directamente a la legítima del ascendiente».

β) En cambio, la sentencia de 30 de mayo de 1956 enfoca la reserva como *sistema legítimo*, distinto de la legítima propiamente dicha, tanto por el patrimonio de que se nutren como por la trayectoria que la ley señala a los bienes de una y otra procedencia, aparte la diferencia fundamental en punto a disponibilidad de

los bienes de una u otra condición jurídica; razón por la cual no admite la tesis de que la legítima de los descendientes puede resultar gravada por la reserva, ni viceversa (en contra de las sentencias de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933, que ante tal hipótesis señalaban la preferencia de la legítima de los descendientes comunes del reservista y del ascendiente de quien procedían los bienes). Anteriormente la sentencia de 8 de junio de 1954 había comparado la posición jurídica del reservatario del 811 a «la del legitimario en la legítima corta o estricta también impuesta por la ley como intangible al testador».

A esa afirmación anotaremos: 1.º, que el artículo 811 no *dispone* sino que *reserva* (131); 2.º, que no determina cómo deben distribuirse los bienes reservados (132), y 3.º, que en nuestro Derecho la legítima propiamente dicha tampoco es una forma de delación legal, sino un sistema de prohibiciones y limitaciones que sujetan al causante (133).

d) Examinada la reserva como fenómeno sucesorio, se ha planteado *si los reservatarios, con respecto a los bienes reservables, suceden al reservista o al descendiente de quien éste hubo dichos bienes.*—Vemos reflejado el primer criterio en las sentencias de 4 de enero de 1911, 21 de marzo de 1912, 7 de noviembre de 1912, 25 de marzo de 1933. La de 1911 considera los bienes reservables integrantes de la herencia deferida por el reservista a efectos del cómputo de la legítima de su descendencia que sea común al otro ascendiente, que considera preferente a la reserva del 811. La sentencia de marzo de 1911 repite que el reservatario no es heredero del descendiente de quien el reservista hubo los bienes, y califica de futura sucesión la expectativa que tiene en vida del reservista. Este mismo criterio inspira la sentencia de noviembre del mismo año, que niega al reservatario la intervención a la partición del descendiente y la posibilidad de interponer el juicio de testamentaría en la herencia del descendiente, y, en cambio, le reconoce este derecho en la herencia del reservista, si bien como acreedor de los bienes reservables. La sentencia de 25 de marzo de 1933 considera al reservista del 811 como dueño de los bienes reservables, que puede disponer de ellos en los términos que la ley le permite, en los artículos 972, 974, 975 y 976, y, como la sentencia de 4 de enero de 1911, computa los bienes reservables para calcular la legítima de los hijos comunes y reitera la preferencia de dicha legítima sobre la reserva del 811.

También la Resolución de 28 de agosto de 1911 señaló que la

(131) Ver en la primera parte de este trabajo, § 1.º, núm. 6, pág. 24, y en An. Dr. Civ. X-II, pág. 437.

(132) Ver también, I, § 1.º, núm. 6, pág. 22, y en An. Dr. Civ. últ. cit., pág. 349.

(133) Ver Apuntes de Derecho sucesorio, I, § 5, págs. 40 y sig., en especial págs. 61 y sig., y An. Dr. Civ. IV-II, págs. 456 y sig., especialmente 477 y sig.

reserva es herencia futura; es decir, «sucesión que ha de abrirse al morir el reservista, testamentaria si aquél hace uso de la facultad que le concede el artículo 972 o legítima si no hace uso, con sujeción a lo dispuesto en el art. 973».

Opinión opuesta, deriva del criterio dogmático expuesto por la sentencia de 1 de abril de 1914 respecto la reserva viudal, que afirmó: «no cabe suponer el derecho de reserva equivalente al de un posible legitimario en una herencia futura», por estimar que en vida del reservista los reservatarios tienen un derecho real susceptible de disposición sobre los bienes reservables. Siguiendo esta pauta, la sentencia de 18 de abril de 1942 insiste que el reservatario del 811 no tiene meramente un derecho eventual con relación a una herencia no deferida, sino que deriva del descendiente causante un derecho condicional y disponible. Las sentencias de 8 de marzo de 1930, 8 de julio de 1942, 24 de mayo de 1945, 8 de junio de 1954 y 30 de mayo de 1956, estiman los bienes reservables excluidos de la herencia del reservista. Este criterio de estimar al descendiente como causante de los reservatarios es el aceptado por la legislación del *Impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes*.

e) En cuanto al *derecho de los reservatarios después de fallecer el reservista y antes de reclamar los bienes*, las sentencias de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909, 30 de noviembre de 1912 y 11 de marzo de 1927 lo estimaron personalísimo y no transmisible a los herederos si el reservista fallece antes de reclamar los bienes. La sentencia de 2 de enero de 1929 juzga que el hecho de intentar el acto de conciliación es suficiente para que esa transmisión pueda tener lugar. Y la sentencia de 14 de junio de 1945 pareció inclinarse por la aplicación del derecho de transmisión en todo caso (si bien sus argumentos se expresaron a favor del derecho de representación no planteado en la situación de hecho), pero en su fallo no dió lugar, por otras razones, a la reclamación de los bienes reservables.

Damos muy grande importancia a esa opinión, que no acepta la aplicación del *ius transmissionis* para exigir la reserva. Tal criterio negativo lo estimamos no sólo teleológicamente impecable, sino perfectamente correcto, desde el punto de vista dogmático, siempre que la cuestión se enfoque del modo que sinceramente creemos debe hacerse, según luego veremos.

Hecho este análisis de la jurisprudencia, disponemos de nuevos datos, a unir al—básico y fundamental—de la finalidad de la reserva lineal y al—auxiliar y complementario—de la aplicación analógica de la técnica funcional de la reserva clásica, en cuanto se adapte a la finalidad genética del 811. Con este instrumental analizaremos críticamente las principales construcciones dogmáticas que han querido explicar la naturaleza de la reserva lineal. Sucesivamente, haremos la disección jurídica de las tesis: de la descomposición del usufructo y la nuda propiedad: de la susti-

tución fideicomisaria condicional; del derecho condicional disponible derivado del descendiente y sus variantes; de la expectativa indisponible derivada del descendiente; de la transmisión legal forzosa impuesta al reservista en favor de los reservatarios, y la tesis negativa de la limitación a la libre disponibilidad del reservista y del posible derecho de recobro por los reservatarios.

10. *Tesis que descompone en usufructo y nuda propiedad los derechos del reservista y del reservatario en vida de aquél.*

Hemos visto antes que esta tesis no resultaba cierta ni siquiera en la configuración justiniana de la reserva clásica, y que el Código civil, al regular la reserva viudal, corrigió la imprecisión terminológica que pudo dar base a esa teoría.

No obstante, no han faltado autores que aun después de promulgado el Código civil han intentado mantener esa configuración de las reservas como desmembración de usufructo y nuda propiedad.

Falcón (134) aplicó esta teoría lo mismo a la reserva viudal que a la lineal del artículo 811. Y la explicó así: «el ascendiente en este caso no deja de percibir su legítima, sino que la adquiere solo en usufructo, puesto que los bienes en que consista ha de reservarlos para los parientes de tercer grado de la línea de donde los bienes procedan».

Martínez Alcubilla (135), pese a reconocer que en la reserva viudal el bñubio no es un mero usufructuario, en cambio, estimó que las facultades correspondientes al reservista del artículo 811 eran mucho más limitadas, por prejuizar que el ascendiente sujeto a esta norma no puede, en modo alguno, enajenar los bienes reservados por ley. «Si hay parientes de tercer grado en esa línea (la de los bienes)—dice, explicando el 811—el ascendiente llamado a la sucesión recibe dichos bienes en usufructo, correspondiendo a la nuda propiedad a dichos parientes dentro del tercer grado, y si estos parientes faltan antes de que el ascendiente fallezca, convierte él mismo, *ipso iure*, su usufructo en pleno y absoluto dominio, asumiendo los derechos de los nudo propietarios. Como se ve, es un usufructo especialísimo el concedido al ascendiente, pues se halla sujeto a una condición resolutoria, que hace precario el nudo derecho de propiedad, transmitiéndose ésta al usufructuario cuando la condición se cumple».

El mismo Martínez Alcubilla y sus hijos Marcelo y Alvaro Martínez de la Cámara (136), volvieron a insistir en que «el as-

(134) MODESTO FALCÓN: Op. y vol. cit., pág. 236.

(135) MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Código civil de España*, edición especial para los suscriptores al *Boletín Jurídico-Administrativo* (Madrid, 1890), según cita SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit. VI-II, 129, pág. 077, nota 1.

(136) *Diccionario de la Administración Española*, tomo VII, voz *Legítima*. núm. V, I, pág. 839, nota a la primera columna.

endiente no hereda el dominio, del cual es inherente la facultad de disponer; hereda sólo el goce, el disfrute de los bienes troncales, porque tiene obligación de *reservarlos*, es decir, de guardarlos, de conservarlos, para las personas que dispone la ley. Ningún artículo del Código le autoriza para enajenarlos, para donarlos, transmitirlos, y la obligación de *reservar* se ha de entender en la verdadera acepción de esta palabra, cuyo riguroso sentido se impone precisamente por la naturaleza de la institución troncal».

Firmat y Cabrero (136 bis) también fué partidario de esta configuración.

Con salvedades importantes expone esta tesis Planas y Casals (137): «Los derechos del reservista serán los del usufructuario; aunque no puede decirse que haya una identidad perfecta; desde el momento que el usufructuario tiene limitado el derecho, está sujeto a plazo que forzosamente ha de venir; en cambio, el reservista está simplemente condicionado, por condición resolutoria, puede muy bien caducar, y entonces se perfecciona su dominio sin limitación ni traba alguna».

Por lo demás, esta tesis ha sido rechazada por la común opinión de la doctrina. Si incluso nos pareció inexacta aplicándola al régimen justinianeo, con mayor razón hemos de juzgarla insostenible en el sistema del Código civil. Abundan razones de peso para entenderlo así.

Ante todo, debemos rechazar la pretendida diversidad de régimen, en este punto, de las dos reservas que regula al Código civil.

Como hemos visto anteriormente, es evidente que el Código civil rechaza para la reserva clásica que el binubo sea un mero usufructuario y que la nuda propiedad pase a los reservatarios en la pendencia de la reserva. Lo mismo cabe decir de la reserva lineal, por las razones invocadas para la aplicación analógica a ésta de las reglas de la reserva en cuanto se refiere a su estructura y funcionamiento, concretadas normativamente en los artículos 975 y 976 C. c. (aplicados a la reserva del 811 por las sentencias de 6 de julio de 1916 y 9 de febrero de 1924 y la Resolución de 5 de junio de 1892).

Es cierto que Alonso Martínez—inspirador de la norma—, al tratar de la sucesión intestada a favor de los ascendientes, comentó que: «En el proyecto de la Comisión, lo que, en suma, se propone es que el ascendiente herede meramente en usufructo la finca troncal, sucediendo en los demás bienes que no tengan

(136 bis) JESÚS FIRMAT y CABRERO: *Antinomias y oscuridades del Código civil*, X, en la Reforma Legislativa, año XIX, núm. 684 (16 noviembre 1890), pág. 362.

(137) JOSÉ MARÍA PLANAS y CASALS: *Derecho civil español común y foral*, tomo II (Barcelona, 1925), cap. IV, núm. 7, pág. 66.

tal carácter en absoluta propiedad» (138). Pero esa calificación no puede estimarse hecha con intención de darle valor terminológico técnico y exacto, sino como una explicación aproximada sin precisión de matices. Prueba de ello es que el mismo Alonso Martínez, en el capítulo de su obra que dedica a la legítima de los ascendientes (139), distinguió con toda precisión ambas instituciones del usufructo y la reserva. Así, al señalar los posibles remedios arbitrables para el hipotético supuesto que causó la innovación, enumeró tres: «la asignación de la legítima en usufructo, la extensión de las reservas a los abuelos y los tíos, ya que no a todos los colaterales, y la sucesión lineal». Después de rechazar por sus inconvenientes el primero y el tercero de estos remedios, optó por la indicada extensión de las reservas, pero suprimiendo de ellas algunas irregularidades, que aún no había rectificado la Ley Hipotecaria, entre ellas la «de que el viudo se transforme de *dueño absoluto en mero usufructuario*.»

Entré las razones que repelen la consideración del reservista como usufructuario y de los reservatarios como nudo propietarios, seleccionaremos las siguientes:

1.<sup>a</sup> El artículo 811 dice: «El ascendiente que *heredare* de su descendiente *bienes*...». El ascendiente, según los términos literales del precepto *hereda bienes* —no sólo su mero usufructo— aunque esté obligado a reservarlos (140).

2.<sup>a</sup> La indeterminación de los reservatarios hasta el fallecimiento del reservista resulta no sólo del sentido lógico del art. 811, sino también de la aplicación analógica de las reglas de la reserva clásica. Hay que reservar a favor de personas que existan al fallecer al reservista. Dada la incertidumbre de su existencia en este momento, ni la nuda propiedad se les defiere ni puede deferirseles mientras viva el ascendiente reservista (141). Así es, según las sentencias de 4 de enero de 1911, 21 de marzo de 1912, 7 de noviembre de 1925 y 1 de febrero de 1957 y las Resoluciones de 28 de agosto de 1911, 6 de abril de 1912 y 19 de febrero de 1920.

3.<sup>a</sup> Resuelta la aplicación analógica al 811 de las reglas de los artículos 974 y 975 y atendidas las reglas de la Ley Hipotecaria, las facultades del reservista sobrepasan las de un mero usufructuario, puesto que puede disponer de los bienes reservables, bien que sólo sea condicionalmente de los inmuebles (142). La sentencia de 6 de julio de 1916 utiliza este argumento para re-

(138) ALONSO MARTÍNEZ: Op. cit., cap. VIII, pág. 255.

(139) ALONSO MARTÍNEZ: Op. cit., cap. VII, págs. 188 y sigs.

(140) NARCISO RÍAZA MATRO: *Contribución al estudio de la reserva troncal en Código civil* (Santiago, 1925), pág. 22.

(141) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., VI-II, núm. 129, págs. 980 y sigs.; MANRESA: Op. cit., vol. VI, art. 811, I, B, pág. 253.

(142) JOSÉ MORRELL Y TERRY: *Bienes reservables. Reserva creada por el art. 811 del Código civil*, III, en «Estudios del Código civil», pág. 304, y en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82 (primer semestre, 1893), págs. 528 y sigs.

chazar la tesis de la disgregación de usufructo y nuda propiedad en la reserva pendiente, y la sentencia de 25 de marzo de 1933 consideró al reservista como dueño de los bienes reservables por poder disponer de ellos en los términos que la ley permite en los artículos 972, 974, 975 y 976.

4.<sup>a</sup> Si al fallecer el ascendiente reservista no quedan personas con derecho a la reserva, ésta desaparece y los bienes reservables integran la herencia de éste, quien desde la muerte del último de los presuntos reservatarios quedó libre de toda limitación en la titularidad de esos bienes. En ningún usufructo, propiamente tal, cabe que se produzca semejante resultado de *consolidación* en favor del usufructuario (143).

5.<sup>a</sup> La aplicación analógica del artículo 975 lleva consigo que —conforme ocurría tradicionalmente con la reserva clásica— los reservatarios no puedan reivindicar hasta después del fallecimiento del reservista los bienes reservables enajenados por éste. Como la cualidad de propietario va indisolublemente unida a la facultad de reivindicar, de la que carecen los reservatarios mientras penda la reserva (144) (como ha reconocido claramente el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de febrero 1924 y también, resulta por argumento de mayor a menor, en la sentencia de 10 noviembre 1953), éstos en este período no pueden estimarse propietarios, ni siquiera nudos.

6.<sup>a</sup> Fundamentalmente, la finalidad perseguida por la reserva no requiere que se reduzca al ascendiente reservista a ser un mero usufructuario. Y el carácter de *ius singulare* de la institución creada en el art. 811, impide que se le dé esa extensión precisamente porque rebasa la *ratio* de la norma.

II.—*Tesis que considera la reserva como un fideicomiso condicional impuesto por la ley.*

Creemos que fué Navarro Amandi (145) quien primero señaló el parecido entre la institución regulada en el art. 811 y el antiguo Derecho en materia de fideicomisos. A su juicio, el art. 811 «en realidad establece algo análogo a un fideicomiso legal, en el que el ascendiente es el fiduciario y el pariente dentro del tercer grado es el fideicomisario». Si bien no quiso deducir de esa analogía consecuencias dogmáticas, pues al tratar de la aplicación o no al art. 811 de la norma del art. 784, Código civil, subrayó que pese a dicha analogía se inclinaba por la intransmisibilidad de los derechos del reservatario que premuriese al reservista (claro que el problema desaparece si la aplicación del art. 784 se entiende circunscrita a los fideicomisos no condicionales y es estimada la reserva como fideicomiso condicional).

(143) SÁNCHEZ ROMÁN: Loc. últ. cit., pág. 981.

(144) LOZANO SICILIA: Loc. cit., págs. 204 y sigs.

(145) MARIO NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código civil reformado*, t. III (Madrid, 1890), art. 811, cuestión 2.<sup>a</sup>, pág. 299.

Mucius Scaevola (146) desarrolló esta teoría. A su juicio la institución con la que mayor analogía guarda la reserva del 811 es con la sustitución fideicomisaria. Reconoce que:

«No existe el encargo del testador al heredero fiduciario, sino la imposición del legislador al ascendiente; pero esto sólo determina que el fideicomiso, en vez de convencional, sea legal.»

«No existe tampoco la adquisición por el supuesto fideicomisario del derecho a los bienes desde la muerte del testador, aunque premuera al fiduciario, y, por tanto, no transmite ninguno a sus herederos (art. 784); pero esto depende de que el derecho del pariente (heredero fideicomisario) es personalísimo, circunstancia que determinará, en todo caso, una modalidad de la sustitución fideicomisaria.»

«Lo que queremos decir—concluye—es que la institución de derecho más similar a la reserva lineal del artículo 811 es la fideicomisaria, en cuanto es la misma la sustancia de una y otra. En ambas, una persona tiene que reservar, o sea conservar y transmitir bienes hereditarios a otra persona. En este sentido, dicha reserva pudiera calificarse de *fideicomiso legal o forzoso* (impuesto por la ley), *resolutorio-condicional*, pendiente de la muerte del fiduciario o del fideicomisario, porque la muerte de uno o de otro produce su extinción.»

Contra la opinión de Scaevola, se han esgrimido estos argumentos:

1.º El fideicomiso es institución que requiere voluntad expresa del constituyente (arts. 783 y 785, núm. 1). La reserva tiene carácter legal (147).

2.º El derecho del fideicomisario nace al morir el fideicomitente y desde entonces es transmisible (art. 784). El derecho de los reservatarios es personalísimo y sólo existe al fallecer el reservista, y, por ello, el reservatario que le premuera nada transmite a sus herederos (148).

3.º En el fideicomiso es conocida, desde luego, la persona del fideicomisario a la muerte del causante, cosa que no ocurre con los reservatarios, pues según las circunstancias «podrán ser o no unos u otros de los parientes de tercer grado de la línea de donde los bienes procedan» (149).

4.º Los derechos del fiduciario son menores que los del re-

(146) MUCIUS SCAEVOLA: Op. cit., XIV, art. 811, E, a, págs. 306 y sigs.

(147) CAPÓ BONAROUS: *Sobre la reserva*, loc. cit., pág. 447; MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, en «Rev. Crit. de Der. Inmob.», t. VII (enero, 1931), pág. 3.

(148) SÁNCHEZ ROMÁN: Loc. últ. cit., pág. 984; MANRESA: *Código...*, loc. últ. cit., pág. 252. CAPÓ BONAROUS: Loc. y pág. últ. cit.; DE BUEN: *Reserva de Bienes*, en «Enciclopedia Jurídico-Española», Barcelona, s/f., vol. XVII, pág. 338; MARÍN MONROY: Loc. y pág. últ. cit.; OSSORIO MORALES: Loc. cit., pág. 673; BONET: *Derecho civil...* II, pág. 591.

(149) SÁNCHEZ ROMÁN: Loc. y pág. últ. cit.

servista; los de aquél se parecen más a los del usufructuario, aun no siempre sean idénticos en orden al disfrute de los bienes (150).

5.º En la reserva no hay ni ha habido nunca cuarta trebeliánica, ni llamamientos conjeturables ni restitución jurídica (151). Aunque esas diferencias han desaparecido en el Código civil.

Roca Sastre (152) cree que «todo esto causa mucha impresión, pero es una impresión pasajera», «a excepción del argumento del origen legal de la reserva y voluntario del fideicomiso».

«Pero—añade—puede afirmarse que la equiparación de Scaevola no es tan simple ni tan disparatada. Nosotros entendemos que se trata en el fondo de un juego igual al del fideicomiso condicional. En una palabra, que está en lo cierto Scaevola cuando dice que la reserva es semejante a un fideicomiso condicional legal.»

A su juicio, reúne la reserva los tres elementos básicos del fideicomiso: a), duplicidad de llamamiento; b), obligación de conservar y restituir; c), orden sucesivo. Y la considera, especialmente, semejante a la modalidad del fideicomiso condicional, «*si sine liberis decesserit*».

Juzga endebles los razonamientos esgrimidos para demostrar las diferencias existentes entre la reserva y el fideicomiso condicional. «Así, al sostener que en el fideicomiso, de acuerdo con el artículo 784 del Código civil, el fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del causante y lo transmite a sus herederos, cosa que no ocurre con los reservatarios, no se está en lo cierto, pues aquel artículo sólo rige para los fideicomisos puros o a término, pero no para los condicionales, según expresamente lo han declarado las Sentencias de 9 de julio de 1900, 9 de abril de 1928 y 30 de octubre de 1929.»

Tampoco cree correcto comparar el derecho del fiduciario puro con el del reservista, sino que éste lo tiene más fuerte, igualmente lo es el del fiduciario condicional, «por cuanto puede quedar propietario libre y absoluto, cosa que no ocurre en el fideicomiso puro o a término». «Precisamente, por esto, el aumento de volumen de los derechos del fideicomisario condicional, ya que el puro tiene un derecho definido y plenamente transmisible, mientras que los fideicomisarios condicionales ven su derecho sometido a condición suspensiva. Algo semejante ocurre con las reservas.»

Por eso, concluye que en ambas instituciones: «El juego, la sustancia es la misma. En lo único que difieren es en su origen.»

Ya en 1905, Calderón Neira (153) también había replicado la principal de esas objeciones. «La reserva del artículo 811 no es

(150) MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN, DE BUEN (locs. últ. cit.).

(151) ROCA SASTRE: *Estudios...*, II, cap. IX, núm. III, pág. 331.

(152) ROCA: *Loc. últ. cit.*, págs. 311 a 315.

(153) MANUEL CALDERÓN NEIRA: *Jurisprudencia sobre el art. 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 107 (segundo semestre, 1905), págs. 478 y sigs.

más que una sustitución legal de un sucesor *mortis causa* por otro; pero esa sustitución, en vez de ser hecha por testamento, se hace por ministerio de la ley. El descendiente que por su fallecimiento da lugar a la reserva, es el sustituyente; el ascendiente heredero es el primer instituido, y los parientes dentro del tercer grado, son los instituidos en segundo lugar, o sean los fideicomisarios.» El artículo 784 sólo se aplica a las sustituciones puras no a las condicionales, y condicional es el supuesto del 811. «Ahora bien—prosigue Calderón—: ¿ese reservatario, ese fideicomisario legal es un sucesor singular del difunto o un sucesor universal?». A su juicio, lo es singular, por no referirse la sustitución a toda la herencia del descendiente, sino a los bienes de la procedencia determinada en el artículo 811, es decir, a bienes determinados.

También Azurza (154), después de exponer la postura de Josserrand respecto al heredero gravado de sustitución, afirma que «podemos aplicar esta construcción al caso de nuestro reservista, con cuya posición tantas analogías guarda».

La Sentencia de 8 de junio de 1954, en el tercer argumento de su séptimo Considerando, afirmó «que en trance de buscar analogías entre la reserva lineal y otras instituciones jurídicas, y prescindiendo de diferencias accidentales, estaría justificada la asimilación del reservista a la del fiduciario en la sustitución fideicomisario condicional, de tanto arraigo en derecho catalán».

Esta afirmación es proyectada por Villares Picó (155), según el método dogmático de inversión, para la resolución de otras cuestiones. Así lo hace al tratar de las consecuencias de la renuncia hecha por el presunto reservista de la herencia de su descendiente, ¿dejan por eso de adquirir los reservatarios los bienes procedentes de este ascendiente que integren la herencia renunciada? Su respuesta se apoya en estimar que en la Sentencia de 8 de junio de 1954 el Tribunal Supremo hace «cambiar el rumbo de su doctrina, interpretando el artículo 811 de un modo muy distinto», al considerar «la reserva lineal como una institución fideicomisaria condicional». Partiendo de ahí, razona: «En la sustitución fideicomisaria hay dos llamamientos sucesivos; uno, a favor del fiduciario, y otro, a favor del fideicomisario. Si falta el primero, la herencia pasa al segundo, que es heredero definitivo, aunque el derecho a la sucesión lo adquiere desde la muerte del causante, *de no estar limitado por una condición.*» Y concluye

(154) PEDRO JOSÉ DE AZURZA Y OZCOZ: *Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición de reservatarios*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 180 (segundo semestre, 1946), pág. 120. También LUIS ZAPATERO: *El derecho a los bienes reservables*, en «Rev. de los Tribunales», LVI, núm. 16 (22 abril 1922), pág. 187, opina que el artículo 811 instituye «implícitamente una sustitución fideicomisaria forzosa temporal resolutoria, condicional».

(155) MANUEL VILLARES PICÓ: *Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», XXIX (enero-febrero, 1956), págs. 69 y sigs.

que: «si el reservista deja de serlo por renuncia preventiva o abdicativa de la herencia del descendiente, se cumplirá la condición, si entonces existen parientes que puedan ser reservatarios, quienes adquieren definitivamente los bienes reservables... Pero..., si en el momento de la renuncia no hubiese reservatario, se tendrá que aplazar el momento de poderse cumplir la condición hasta el fallecimiento del reservista, para ver si entonces existe algún reservatario *noudum conceptus*».

Con esa concepción, estimado el reservatario como heredero fideicomisario del descendiente, no es de extrañar que el mismo Villares (156) considere que cuando, a su vez, el reservatario también sea ascendiente del descendiente causante, este ascendiente se ascende en segundo reservista, porque también resulta ser un ascendiente que hereda (aunque sea a través de un fideicomiso) de un descendiente bienes de carácter reservable. (En el caso expuesto por Villares, el padre era el primer reservista y el abuelo materno sería el primer reservatario y segundo reservista de los bienes que aquél heredó abintestato del descendiente, que éste había heredado de su madre, y ésta, a su vez, de la suya).

Notemos que la Sentencia de 8 de junio de 1954 acude a la analogía de la reserva lineal del artículo 811 con el fideicomiso condicional, huyendo de su asimilación analógica a la reserva vi dual de los artículos 968 y sigs., con el fin de eludir la aplicación del artículo 972 como complemento del 811.

En cambio, Roca Sastre asimila ambas reservas al tipo de fideicomiso condicional y a la variedad en la cual se faculta al fiduciario para elegir al favorecido entre los fideicomisarios posibles, y, por tanto, aplica el artículo 972 a ambas reservas, como norma atributiva al ascendiente reservista de la facultad de elegir entre los posibles reservatarios y de distribuirles los bienes reservados.

La posición de la Sentencia de 8 de junio de 1954, al negar la analogía entre ambas reservas—que el mismo Villares estima como cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo—, no puede ser estimada como jurisprudencia, pues la contradicen reiteradas decisiones de sentido opuesto (157). Tampoco, doctrinalmente, puede calificarse favorablemente, por las razones anteriormente expuestas (158).

Por lo tanto, la tesis de estimar la reserva como un caso de fideicomiso legal condicional debemos considerarla conjuntamente para la reserva lineal y para la binupcial, integrada aquélla con las normas de ésta en cuanto resulten compatibles con la diversidad de supuestos y fines de una y otra especie de reserva.

Aceptado así, creemos que las consecuencias dogmáticas a que llega Villares Picó, partiendo de la asimilación de la reserva al fi-

(156) VILLARES PICÓ: *Loc. cit.*, pág. 67.

(157) Ver *infra*, II, § 1.º, núm. 2, b).

(158) Ver *infra*, II, § 1.º, núm. 4.

deicomiso condicional—aparte de otras inconsecuencias lógicas o jurídicas de las que nos parece que adolecen sus razonamientos y conclusiones (159)—, son paradójicamente datos importantes para inclinarnos al convencimiento de que falla su punto de partida; es decir, de que esa asimilación no es posible. Además, nos ofrecen otra prueba palpable de la inconsistencia del método dogmático de inversión. Este, partiendo de ciertos datos evidentemente análogos entre dos instituciones, define la analogía de la sustancia y la naturaleza de ambas y la aplica para asimilarlas en otras de sus consecuencias, que no fueron tomadas en cuenta como datos para predicar dicha pretendida analogía.

Precisamente, criticando la pretensión de Scaevola de asimilar la naturaleza jurídica de la reserva lineal a una sustitución

(159) Así: 1.º Al tratar de la repetición de la reserva en el primer reservatario, que se convierte en segundo reservista (págs. 66 y sigs.), se observa que considera: a), que el abuelo materno del descendiente causante es pariente de la línea de donde proceden los bienes (bienes que el descendiente A. heredó de su madre D., y que ésta había adquirido de su madre C., abuela de A. y esposa de ese abuelo a quien estima primer reservatario), y lo considera como reservatario de los bienes de esa procedencia que de A. había heredado abintestato su padre D.; y b), que, luego, consumada a favor del abuelo materno la reserva, le impone una segunda reserva, por no considerarle entonces como pariente de la línea de donde proceden los bienes, por haberlos habido antes su hijo B. de C. (esposa del abuelo y madre y abuela materna, respectivamente, del descendiente A). La incongruencia radica en considerar al propio abuelo una vez sí y otra vez no como pariente de la línea de donde proceden los bienes. A tono con la jurisprudencia, tendrá esa condición en ambos casos (ver *infra*, I, § 4.º, 23; págs. 75 y sigs.); a nuestro parecer no la tendrá en ninguno (I, § 4.º, 24 págs. 82 y sigs.). Según la primera opinión, el abuelo será siempre reservatario y nunca reservista de tales bienes. Según la muestra no será reservatario, y, por lo tanto, tampoco podrá convertirse de tal reservatario en segundo reservista. Pero lo que parece más ilógico es la diversidad de enfoque en uno y otro momento, tratándose de los mismos bienes, de idéntica trayectoria y de los mismos parientes como posibles concurrentes a la reserva.

2.º Al tratar de la renuncia de la reserva, entiende Villares que por ese solo hecho se purifica la condición de la que pendía y, consecuentemente, hace adquirir los bienes a los reservatarios entonces existentes, aunque por vivir el reservista renunciante aún no le hayan sobrevivido. Y, en cambio, si en el momento de la renuncia no hay reservatario, da por aplazado el momento de cumplirse la condición hasta el instante de morir el reservista renunciante (pág. 73). Incongruencia de criterios, ya que de darse por cumplida la condición en el momento de la renuncia no podrían adquirir los bienes los pretendidos reservatarios que nacieran después, y de no darse por cumplida hasta la muerte del reservista nada podrían adquirir los reservatarios hasta ese instante ni nada transmitirían los que fallecieran antes (art. 759, C. c.). De modo que de ser cierta una de las conclusiones de VILLARES, la otra sería falsa *ex necessitate*, por ser ambas incompatibles. (Nosotros, además, creemos respecto la renuncia por el reservista que las dos soluciones que nos ofrece son igualmente equivocadas.)

fideicomisaria legal o forzosa resolutoria —condicional, Sánchez Román (160) hizo esta atinada observancia:

«Prentender..., que se fije la naturaleza jurídica de una institución por el único cometido de buscar equivalencias más o menos parciales o completas con el *contenido* de otras, a que en cierto modo o por determinadas aplicaciones o resultados se asemeja, es también criterio insuficiente, ocasionado al error, para convencerse de lo cual basta observar cuantas identidades reales y positivas se enueñtran entre algunos de los resultados de aplicación de instituciones de Derecho de diverso nombre, que nadie ha pretendido que puedan ser iguales en naturaleza, no obstante aquella similitud de algunos de sus efectos, y que no son jurídica y legalmente iguales, sino opuestas en naturaleza, por su diversidad de concepto y fines que las hace coexistir con perfecta separación formando parte del concierto jurídico de todas ellas, sin absorberse las unas por las otras ni confundirse.»

Coincidimos en esa apreciación metodológica con tan ilustre civilista. Y creemos que no es posible asimilar la naturaleza de ambas instituciones, entre otros, por los argumentos siguientes:

1.º Como observó el propio Sánchez Román (161), «no es exacto del todo, y menos en el sentido técnico legal y en el jurídico, en general, que pueda identificarse en absoluto el significado genérico del verbo *reservar* con el específico que el Derecho español, antes y después del Código, y en el mismo romano, tuvo la palabra *reserva* o *reservar*, como denominación ella sola de una institución jurídica de concepto y fines bien determinados y de la naturaleza de las sucesorias *mortis causa* o hereditarias. Así es, que, cuantas deducciones se hagan sobre esta base inicial de raciocinio, podrán ofrecer cierta apariencia de exactitud, pero también meramente ocasional, puramente gramatical, o sea *vulgar*, y jamás idéntica a la que por el tecnicismo científico y legislativo de juristas y legisladores se ha atribuido siempre, de modo indudable, a esta nomenclatura jurídica y también legal de las *reservas*».

2.º Porque evidentemente la regulación de la reserva clásica en el Código civil, significa un retorno al criterio de la ley *Feminae*. Esta ley—según notó Raudeno (162)—no llamaba de modo inmediato a los hijos comunes, sino que reclamaba e imponía un acto a las madres binubas, al ordenarlas que los transmitieran (*transmittant*) y dejaran (*relinquant*) a favor de todos o de alguno de éstos. Y, como observó Fontanella (163), siguiendo este criterio, existía la siguiente diferencia entre el fideicomiso *filii pro*

(160) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios...*, vol. últ. cit., núm. 129, págs. 983 y sigs.

(161) Pág. últ. cit.

(162) Loc. cit. en la nota 63 de este nuestro trabajo, II, § 2.º, 6.

(163) JOANNIS PETRI FONTANELA: *Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus*, t. I (ed. Lugduni, 1667), Cl. IV, Gl. XI, Pars. I, núms. 17 y 18, pág. 116.

*nepotibus* y la reserva reglada en dicha ley: en aquél hay una doble disposición del fideicomitente: una, a favor del padre heredero fiduciario, y otra, a favor de los hijos fideicomisarios; en cambio, en la reserva de la ley *Feminae*, a la madre bínuba solamente se le limitó su facultad de disponer, permitiéndole usarla *tan sólo a favor* de los descendientes de sus primeras nupcias. Aun después de la reforma justiniana, el dato de que en este régimen, el reservatario ingrato con el reservista perdía la reserva (164), exterioriza una característica fundamental que no se da en las sustituciones fideicomisarias, en las cuales la ingratitud del sustituto fideicomisario con respecto al heredero fiduciario carece de toda trascendencia. Diferencia demostrativa de que la raíz sucesoria radica en persona distinta en uno y otro caso.

3.º Más bien creemos—como hemos expuesto en otro lugar (165)—que la analogía que existe entre las reservas y ciertos fideicomisos condicionales, ni siquiera es funcional, sino tan sólo puramente posicional. Partiendo de extremos contrarios, es decir, el fideicomiso de la doble disposición de orden sucesivo ordenada por el fideicomitente, aunque se atribuya al heredero fiduciario la facultad de elegir o distribuir entre los fideicomisarios genéricamente designados, y las reservas arrancando de la limitación relativa de disponer, impuesta al reservista, llegan en sus trayectorias de dirección opuesta a coincidir posicionalmente en un momento y en un punto dado, que es donde aparecen las analogías entre una y otra figura. En el fideicomiso se puede dotar de cierta facultad dispositiva al heredero gravado de la que institucionalmente éste carece; en la reserva, en cambio, por razones legalmente atendidas, se limita en cierta medida la facultad dispositiva a quién inicialmente heredó o esperaba heredar sin limitación alguna en tanto no actuara la reserva. Cosa que efectivamente se percibe con mayor claridad en los supuestos de reserva binupcial cuando el viudo heredó antes de volver a casarse, o de reconocer el hijo natural, los bienes que *a posteriori*, en este segundo momento llegan a ser objeto de la reserva. La libertad dispositiva del viudo en este tiempo intermedio (art. 974) no corresponde a la condicionalidad dispositiva que le afectaría, aun antes de contraer las nuevas nupcias, respecto de los bienes que se le hubieran diferido con el gravamen de un fideicomiso *si nupserit*. Esa clara diferencia no puede desaparecer por un hecho no institucional, sino meramente temporal, que se da en determinados supuestos de reserva (en la vidual cuando el cónyuge supérstite hereda bienes de un hijo del primer matrimonio después de contraídas las ulteriores nupcias o de reconocido el hijo natural, y en la reserva lineal siempre), de que el lapso de tiempo entre la ad-

(164) Ver *infra*, nota 92.

(165) Ver *Las reservas en el Capítulo V...*, I, A, a y D., a, en «Rev. Jur. de Cat.», LVII (marzo-abril, 1958), pág. 158.

quisición de los bienes y el nacimiento de la reserva llegue a desaparecer por coincidir cronológicamente ambos instantes. La institución es la misma en todos los casos, sólo varía la separación temporal entre el momento de la adquisición de los bienes y el del nacimiento de la reserva, que pueden aproximarse cronológicamente hasta llegar a coincidir en un mismo instante.

4.º Si se estimara la reserva viudal—de cuyas reglas, en principio, debe hacerse aplicación analógica a la reserva del artículo 811, según hemos comprobado antes (II, § 1.º, núm. 4)—como una sustitución fideicomisaria legal y condicional, haría falta salvar importantes diferencias que harían muy especial y particular ese tipo legal de sustitución fideicomisaria. En estas sustituciones no es normal que el heredero gravado de fideicomiso pueda enajenar válidamente los bienes muebles ni aún con obligación de indemnizar a los sustitutos fideicomisarios; ni que esté facultado para mejorar a alguno de éstos y menos aún desheredarles. Facultades de que el reservista está investido (arts. 976, 972 y 973, § 2.º, del Código civil), según luego examinaremos detenidamente.

De modo tal que de tratarse de una sustitución fideicomisaria, ésta, además de su origen legal y no voluntario, presentaría notables particularidades, que en ella no serían meramente circunstanciales y sobrepuestas, como en las verdaderas sustituciones fideicomisarias en que el causante las ordenase expresamente, sino que, por el contrario, serían institucionalmente integrantes de su figura prototípica, que en esto diferiría de la institución también prototípica de la sustitución fideicomisaria.

5.º Para nosotros, tanto más que los argumentos anteriores, separa las reservas de las instituciones fideicomisarias un dato que tras larga pero continuada evolución histórica ha llegado a ser institucional en la regulación de los fideicomisos de nuestro Código civil. Si el heredero gravado de sustitución fideicomisaria, premuriere al causante, fuere incapaz o repudiare su herencia y a falta de sustituto vulgar, heredaría directamente el llamado como sustituto fideicomisario. No lo dice literalmente el artículo 785 del Código civil, pero se halla implícito en su orientación normativa, y del mismo lo deduce la Sentencia de 13 de noviembre de 1948, muy conforme al criterio de la doctrina (166). El llamado como sustituto fideicomisario puramente, heredará directamente cuando el llamado como heredero fiduciario premuera, repudie o sea

(166) Ver lo que sobre este extremo expusimos en *Fideicomisos a término y condiciones y la cláusula «Si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil*, III, § 3.º, B), a), págs. 55 y sigs., y en «An. Dr. Civ.», IX-III (julio-septiembre, 1956), págs. 835 y sigs., donde citamos las opiniones en este sentido de DE BUEN, ALBALADEJO, GONZÁLEZ PALOMINO y Díez PASTOR, en la misma línea que ya habían propugnado en el S. XVI los clásicos castellanos GREGORIO LÓPEZ, MATIENZO, TELLO FERNÁNDEZ y otros.

incapaz o indigno de suceder; si en igual supuesto el llamado como sustituto fideicomisario lo fué condicionalmente se entenderá llamado directamente, pero con aplicación de lo dispuesto en los artículos 801 a 804 del Código civil, en cuanto no contradiga la voluntad del causante.

En cambio, las reservas tienen como presupuesto fundamental que el presunto reservatario «haya adquirido» (arts. 968 y 969), «heredar» y «habiere adquirido por ministerio de la ley» (artículo 811). De modo que si el presunto reservatario premuere al causante, es incapaz o indigno de heredarle o repudia su herencia, no sólo no hay reserva, sino que heredarán aquéllos a quienes les corresponda la herencia del causante, sean o no reservistas. Así, resulta claramente del texto de los preceptos que regulan una y otra reserva, y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencias de 19 de noviembre de 1910 y 1 de febrero de 1957.

Si ésta es la solución correcta, como creemos y luego trataremos de comprobar, no cabe duda que nos hallamos ante una importantísima nota diferencial entre las reservas y las sustituciones fideicomisarias puras, a término o condicionales. Si el corolario que intentó deducir Villares Picó de uno de los Considerandos de la Sentencia; de 8 de junio de 1954 resulta radicalmente falso en su misma base, es que el error se halla en ésta. Si la aplicación del método dogmático de inversión nos lleva al error será porque el concepto construido es falso, en todo o en parte. Si el método inductivo, basado en la comprobación de la realidad, nos demuestra que las consecuencias verdaderamente producidas no pueden conjugarse con la naturaleza jurídica atribuida dogmáticamente a la institución, es que dicha naturaleza ha sido equivocadamente atribuida. Y, especialmente, nos subraya lo peligroso que sería aplicar aquel método dogmático de inversión para deducir cualquier otra consecuencia de la calificación ya desmentida en alguna otra de sus aplicaciones.

## 12. Teoría del derecho condicional disponible derivado del descendiente.

El enfoque de la reserva como una situación de pendencia ha sido planteado con diversas modalidades.

a) Para bastantes autores existe una doble pendencia recíprocamente interdependiente: α), el reservista tiene una propiedad revocable o resoluble (167); pero junto a ella β<sub>1</sub>), unos sitúan una propiedad sometida a condición suspensiva de los reservata-

(167) Ver MANRESA: Op., vol. y loc. últ. cit., pág. 253; BURÓN: Op. y vol. cit., núm. 969, pág. 799; MORELL Y TERRY: *Reserva creada por el artículo 811*, III, en «Estudios...», pág. 304, y en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82 (primer semestre, 1893), pág. 528, y en «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», vol. cit., págs. 389 y sigs.; RAFAEL DE URSUA: *Bienes reservables*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 86 (primer semestre, 1896), págs. 103 y sigs.; FRANCISCO ACOSTA INGLOTT: *El artículo 811*

rios (168);  $\beta_2$  otros, un derecho de adquisición sujeto a condición suspensiva (derecho condicional) (169);  $\beta_3$ ) y otros, lo que llaman un derecho expectante o bien puramente una expectativa jurídicamente protegida (170) (171).

b) Según Capó Bonnafous (172) —que se refirió específicamente a la reserva clásica—, el reservista es un propietario, que sufre una limitación que actúa sobre los bienes y afecta a una de las más importantes facultades del dominio, cual es la disposición; pero no tiene condicionado el dominio; sino que lo que se halla

del Código civil, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 112 (primer semestre, 1908) pág. 76; CLEMENTE DE DIEGO: *Resumen presidencial sobre un caso propuesto a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, resumido en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», t. 148 (primer semestre, 1926), pág. 681, e *Instituciones*, vol. cit., pág. 201; DE BUEN, *Notas al Colín y Capitán*, vol. cit., pág. 384; VICENTE JAÉN: Op. cit., pág. 831; CASTÁN: *Derecho civil...*, vol. cit., pág. 287; PASCUAL LACAL: *Las expectativas de derechos y los derechos expectantes*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», VII (noviembre, 99, 1931), pág. 830; ELOY ESCOBAR DE LA RIVA: *El artículo 811 del Código civil* (San Fernando, 1940), pág. 20; BONET RAMÓN: Op. y vol. cit., págs. 591 y sigs. y notas a la S. de 18 abril 1942, en «Rev. Dr. Priv.», XXVI (julio-agosto, 1942), pág. 502; ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., págs. 315 y sigs.; ROYO MARTÍNEZ: Op. cit., pág. 212; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil Español*, t. V (Madrid, 1957), pág. 304.

Las Sentencias de 29 diciembre 1931, 8 junio 1954 y 17 abril 1956 califican como dominio sujeto a condición resolutoria el del reservista sobre los bienes reservables.

(168) Ver MORELL y TERRY: *Comentarios...*, vol. cit., pág. 390 (en cambio, anteriormente en el otro trabajo, que hemos citado en la nota anterior, sólo les asignó una esperanza); LACAL y, al parecer, BONET (locs. últ. cit.).

(169) ROCA SASTRE (loc. últ. cit.).

(170) MANRESA (loc. últ. cit.), CLEMENTE DE DIEGO (*Instit...*, pág. últ. cit.), ESCOBAR DE LA RIVA (pág. 20), ESPÍN (loc. últ. cit.). No obstante, luego ESCOBAR (pág. 32) calificó de *ius ad rem* (la posición de los reservatarios), derecho personal dirigido al señorío de los bienes que se convierte en derecho real al transferirse a los reservatarios la posesión de ellos por muerte del reservista.

(171) DE BUEN (Notas cit., pág. 385) asimila la posición de los reservatarios a «una expectativa igual, en principio, a la de todo propietario que tiene un derecho de propiedad sujeto a condición suspensiva». CASTÁN (*Derecho civil...*, vol. cit., pág. 469) la califica de «algo más que una simple esperanza, aproximándose a una expectativa, igual, en principio, a la que va unida a los derechos sujetos a condición suspensiva». JAÉN (pág. 831) dice que la propiedad sujeta a condición resolutoria del reservista «se traduce en otro derecho a favor del reservatario de naturaleza *expectante*, o sujeto a condición suspensiva en todo caso». ROYO MARTÍNEZ (loc. últ. cit.) señala que las facultades del reservista corresponden a las del titular de una expectativa *pendente condicione*.

OSSORIO MORALES (*Comentario a la S. 18 abril 1942*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 171—segundo semestre, 1942—, págs. 671 y sigs.), después de criticar la explicación del dominio revocable del reservista y del derecho bajo condición suspensiva del reservatario (pág. 675), concluye aceptando el criterio de la sentencia, y, pese a los inconvenientes técnicos que expone, la tesis del doble juego condicional resolutorio para el reservista y reservatario para el reservatario.

(172) CAPÓ BONNAFOUS: loc. cit., págs. 451 y sigs.

condicionada es esa limitación que sufre, es decir, la reserva. Esta nace condicionada al supuesto de que los reservatarios premueren al reservista, que es el caso que actúa de condición resolutoria, determinando su cumplimiento una retroacción de efectos respecto de la reserva misma, mas no respecto del dominio *en sí*, que es y fué relación real de señorío, sin que se extinga por la realización de tal hecho. A lo que la retroacción de la reserva afecta es a las enajenaciones *inter vivos*, que quedaron condicionadas en sentido opuesto a la reserva, a la sobrevivencia del reservista.

El reservatario, desde que surge la obligación de reservar, tiene, «no una mera expectativa, sino un verdadero derecho a la cosa (o precio o valor), mas no aún un derecho *en la cosa*: esto es, un derecho personal». Respecto a la parte de los bienes en que no actúe la facultad de mejorar del reservista, «su derecho (el del reservatario) está afecto a un término inicial (los bienes son suyos desde la muerte del reservista) y a una condición suspensiva (el derecho no existe si él premuere)»; «sin que puedan reducirse ambos elementos a la sola categoría de una condición, aunque es indiscutiblemente cierto que su realización ha de ser simultánea»; por ello, «en la sucesión del reservatario no se dan los efectos retroactivos.»

Es decir, para Capó no hay doble situación de pendencia, sino solamente una: la de los reservatarios, que en su aspecto negativo depende de la condicionalidad de la reserva, es decir de la limitación dispositiva que sufre el reservista, y que en su lado positivo se refiere al derecho del reservatario a los bienes que está a la vez aplazado y condicionado.

c) Para Federico de Castro (173), en la reserva se produce el mecanismo de las situaciones jurídicas de pendencia con sus consiguientes *titularidades provisionales*. Hay una *titularidad interina*, «al servicio de la interinidad (a la que representa)», del reservista, que es uno de los posibles sujetos. Y *varias titularidades preventivas* (o en previsión o prevención del resultado eventual), representativas de los intereses de los beneficiarios eventuales, entre las que sitúa la del reservista y las de los reservatarios. A su juicio: «La coincidencia de la doble titularidad en el primero ha hecho que parte de la doctrina lo asimile al *dominus*.»

El objeto de esta titularidad preventiva lo forma —según el mismo Castro— el llamado *derecho condicionado o eventual*, que no tiene la naturaleza de un derecho independiente «sino la de derecho subordinado, con el carácter interino que determina la relación jurídica de la que depende. Las facultades que constituyen el contenido del derecho eventual se manifiestan externamente por las acciones para pedir medidas conservatorias, garantías de que no se perjudicarán los derechos en pendencia, asegurándolos debidamente, para impedir, en fin, que se frustre indebidamente el

evento. Los derechos eventuales tienen el valor patrimonial que les da la posibilidad del evento y, con ese alcance (en cuanto a posibilidad de convertirse en titularidad definitiva), entran a formar parte del patrimonio de su titular, están sometidos a la acción de sus acreedores, pueden ser enajenados, gravados y hasta son heredables, cuando haya titular y no se trate de derechos a título personal».

Pero observa que «en todos los casos en que la condición va unida a una cualidad personal, el derecho eventual no se hereda, porque está ligado a la cualidad no heredable. Así, por ejemplo, en el caso de la reserva troncal, artículo 811 C. c., según la constante interpretación jurisprudencial».

También nota que: «Junto a la pura situación de pendencia hay que distinguir las facultades *iure proprio*, que puedan ir unidas a cada titularidad; por ejemplo, ... los derechos cuasi domicales del reservista sobre los bienes reservables, con derechos a los frutos, etcétera.»

El examen crítico de las construcciones que acabamos de reseñar exige que, sucesivamente, las contrastemos con la situación que en la realidad jurídica ocupan el reservista y el reservatario. Dada la posición de aquél, debemos preguntar si se halla investido de una titularidad a la vez interina y preventiva, de un dominio bajo condición resolutoria, un dominio revocable, un dominio *ad tempus* o una propiedad plena sólo limitada condicionalmente en cuanto su facultad dispositiva. Desde la situación de los reservatarios tendremos que desmenuzar su concepción como propiedad bajo condición suspensiva o como derecho condicional de adquisición, lo que nos llevará al estudio de la naturaleza de los llamados derechos condicionales.

A) *Examen crítico de la posición que las tesis acabadas de enunciar atribuyen al reservista.*

a) *La titularidad del reservista no puede ser conceptuada como meramente preventiva e interina.*—Esta tesis parte de la posibilidad de que existan derechos subjetivos que tengan su sujeto transitoriamente indeterminado. Derechos carentes de titular actual, ya que a la titularidad preventiva sólo corresponde un derecho subordinado de carácter interino, y la titularidad provisional no supone un derecho propio, sino la potestad de administrar y defender un derecho ajeno (o por lo menos que actualmente no es propio aunque algún día pueda llegar a corresponderle como plena titularidad).

En otra ocasión (174) —refiriéndonos a los derechos dispuestos condicionadamente— objetamos a la tesis de nuestro querido maestro y amigo, que: «La situación de pendencia subjetiva se da

(174) *Donación, condición y conversión jurídica material*, 6, f., pág. 60, y «An. Dr. Civ.», V-IV (octubre-diciembre, 1952), pág. 1264.

netamente en los supuestos de disposiciones directas a favor de *nascituris*, o a favor de sujetos alternativamente indeterminados (mientras no se realice la determinación) o en la institución condicional de heredero (arts. 801 y ss. C. c.). En cambio, no parece tan clara, en el caso normal de disposición suspensivamente condicionada. El transferente, aunque sujeto al posible cumplimiento del evento, no por ello deja de seguir obrando como verdadero titular, en nombre propio, aunque estén limitados condicionalmente los efectos dispositivos de sus actos de disposición.»

Apreciación semejante es la que obtenemos al examinar la posición del reservista. A la fina visión de Federico de Castro no pudo escapársele esa realidad, cuando admitió que de la pura situación de pendencia hay que separar las facultades *iure proprio*, que califica de *cuasi dominicales* del reservista, sobre los bienes reservables.

Esa dualidad posicional observada por Castro exige la debida disección. Para nosotros, un examen de la reserva en su dinámica funcional nos ofrece la percepción óptica de la dualidad localizada no en la posición del reservista, sino situada en planos distintos. En el reservista no vemos más que su derecho propio, sí bien limitado condicionalmente (por eso, sus facultades, más que cuasi dominicales, son verdaderamente dominicales, derivadas de un dominio verdadero aunque limitado condicionalmente en cuanto a su facultad dispositiva). Y la incertidumbre subjetiva, la eventualidad, no la vemos en un plano actual, sino proyectado al futuro; con la particularidad de que el derecho positivo protege actualmente a ese posible sujeto futuro con una titularidad provisional, consistente en el derecho a pedir las medidas conservatorias. Esas medidas conservatorias sí que tienen unos sujetos actuales provisionales, que son eventuales sujetos del derecho futuro. Futuro derecho, que si llega a ser derecho podrá tener como sujeto a todos, algunos o ninguno de aquellos sujetos provisionales del derecho eventual que reclamaron las medidas de seguridad, o que, tal vez, lo conseguirán otros sujetos quizá no nacidos en el momento inicial (v. gr.: si quienes al fallecer el descendiente eran presuntos reservatarios premurieron al reservista o si en el tiempo que medió entre las fechas de las muertes del descendiente y del ascendiente reservista nacieron quienes finalmente fueron los reservatarios favorecidos).

Es decir, según nuestra impresión visual, no puede decirse que el reservista desempeñe una titularidad preventiva en sentido gestorio. Actúa en nombre propio, en interés propio, por y para sí. Aunque sus facultades dispositivas se hallen limitadas, sea por el derecho expectante de los posibles reservatarios (si como derecho se califica) o por los derechos o potestades de sujeción que protegen la expectativa de éstos.

El eventual derecho de los reservatarios, en su protección preventiva actual, es el que puede decirse que tiene unos sujetos pro-

visionales, que son quienes pueden exigir las medidas de protección previstas en el Código civil y la Ley Hipotecaria, y que es posible no coincidan con quienes lleguen a ser titulares de los bienes al consumarse la reserva.

Mientras en la institución de heredero bajo condición suspensiva hay una incertidumbre respecto al sujeto actual, en la reserva pendiente la incertidumbre se refiere al futuro sujeto (175). En la reserva la gestión va unida a la titularidad actual; en la institución bajo condición suspensiva, al faltar el derecho actual propio, la gestión debe ir unida a una titularidad provisional (de tipo gestor) que se encomienda a uno de los titulares preventivos o eventuales. La diferencia nos parece clara, tanto visual como jurídicamente.

b) *La titularidad del reservista sobre los bienes reservados tampoco puede calificarse de dominio bajo condición resolutoria, ni como dominio revocable.*—Esa calificación, que negamos, ya fué discutida a los autores que la plantearon. El jurista cubano Valverde Maruri (176) en 1897, estimaba que no es posible afirmar que los bienes reservables estén sujetos o pendientes de una condición resolutoria: «En el segundo período o sea cuando existan esos parientes... entonces no es que sobrevenga la condición, sino que nace la obligación de reservar, sin que este hecho dependa de condición alguna. En virtud de él la ley impone ciertas obligaciones, determinadas limitaciones en la propiedad de dichos bienes, pero no los sujeta a condición... Ahora bien: el derecho a los bienes reservables que tienen las personas a cuyo favor crea la ley las reservas, nace al fallecimiento de las obligadas a reservar; es decir depende de un hecho que al ocurrir determina el nacimiento de la acción a los bienes reservables.»

(175) Compárese la posición y actuación del reservista con la titularidad provisional que regulan los arts. 801 a 804 del Código civil. En estos preceptos sí que se dibuja claramente en el administrador, a la vez, una titularidad interina (regulada en el art. 804) y una titularidad preventiva propia, que coexiste con otras titularidades preventivas ajenas. Ninguno es titular actual *iure proprio* de la herencia. Todos se hallan pendientes de su evento; el llamado bajo condición suspensiva del cumplimiento de ésta; el coheredero con derecho de acrecer, del incumplimiento de la misma; y los herederos presuntos (si el heredero condicional no tuviere coherederos con derecho de acrecer), también de su incumplimiento. Es decir, hay varios posibles herederos pendientes de una condición (positiva para unos y negativa para otros), que es suspensiva para todos ellos; pero ningún heredero actual. El posible heredero que administra la herencia carece de titularidad actual *iure proprio* sobre los bienes que la integran, sólo tiene una titularidad gestoria, además de su titularidad preventiva. La suma de ambas no produce el efecto óptico de una titularidad actual propia. Pero lo contrario ocurre con la titularidad del reservista, que se nos presenta visualmente (como creemos que es realmente) como una titularidad actual *iure proprio*, aunque tenga limitadas condicionalmente algunas de sus facultades dispositivas.

(176) VALVERDE MARURI: Op. cit., citado por RIAZA MATEO (op. cit., págs. 23 y sig., nota \*).

Posteriormente, también Reino y Caamaño (177), Gayoso Arias (178), Riaza Mateo (179), Capó Bonnafous (180), Marín Monroy (181), Ossorio Morales (182), Azurza y Oscoz (183) y Ruiz Artacho (184), han objetado contra esa tesis. Veamos sus principales argumentos:

1.º Supone un error óptico considerar la premorencia del reservista a los reservatarios como evento resolutoriamente condicionante de la propiedad de aquél, porque lo condicionado no es su propiedad, sino la efectividad de la reserva, es decir, las limitaciones dispositivas impuestas condicionalmente al reservista.

2.º Cuando la reserva se consume el reservista deja de ser dueño porque deja de existir, ya que la consumación de la reserva coincide con su muerte. Por la reserva el reservista no deja de ser dueño sino cuando muere, momento en el que nadie puede seguir siendo sujeto de derecho por falta de existencia subjetiva. Si la propiedad no puede durar más allá de la muerte, ¿cómo puede decirse que es revocable una propiedad que la ley no hace cesar en vida de su sujeto y que desaparece con su muerte como la de cualquier otro mortal?

3.º Consumada la reserva no se produce otro efecto que pa-

---

(177) JOSÉ REINO Y CAAMAÑO: *La reserva como objeto de contrato*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», t. 124 (primer semestre, 1914), págs. 33 y sigs.: «La existencia de estos parientes no resuelve en manera alguna el derecho del ascendiente en la época de su muerte, porque tal derecho no está sujeto al hecho futuro e incierto de la supervivencia de los parientes reservatarios. Como el dominio del testador no está resolutoriamente condicionado por el hecho futuro e incierto de que le sobrevivan herederos forzosos, aunque por la legítima que reserve tenga limitada su voluntad de testar por la existencia de esos parientes. El ascendiente es y habrá sido heredero del descendiente, y precisamente por eso reserva los bienes familiares. Lo que depende del hecho futuro es la duración de la reserva, no el derecho del ascendiente. Se extinguirá la reserva a la muerte de los parientes reservatarios, porque falta el fin para que fué establecida, y con ella se va la limitación del dominio del ascendiente reservista, que carecía de objeto; pero no se resuelve el derecho de éste porque este derecho lo recibió de la ley en el momento de aceptar la herencia de su descendiente con la carga de conservarlo durante su vida para que luego de ella fuese a un sucesor o sucesores precisos, que son los parientes reservatarios».

(178) RAMÓN GAYOSO ARIAS: *Un nuevo caso dudoso en la aplicación del artículo 871 del Código civil*, en «Rev. Dr. Priv.», II (mayo, 1914), pág. 259, nota 2. A su juicio, «la ley le impone (al reservista) únicamente una obligación, y una obligación no equivale nunca a una condición resolutoria».

(179) NARCISO RIAZA MATEO: Op. cit., pág. 45: «El hecho importantísimo de la muerte del ascendiente y lo que ello supone en derecho, es lo que hace que no haya condición en la reserva, y no por las razones que da VALVERDE Y MARURI.»

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

(181) ANTONIO MARÍN MONRÓY: *La reserva llamada...*, «Rev. Crít. de Der. Inmob.», VII (enero, 1931), págs. 4 y sigs.

(182) JUAN OSSORIO MORALES: Loc. cit., pág. 675.

(183) AZURZA: Loc. cit., págs. 66 y sigs.

(184) J. RUIZ ARTACHO: *Algo más sobre las reservas*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», XXVII (junio, 1951), págs. 420 y 427 in fine y sigs.

rezca retroactivo si no es el consignado en el artículo 975 del Código civil, respecto a los bienes inmuebles reservables enajenados por el reservista una vez nacida su obligación de reservar. En cambio, las enajenaciones de muebles, posteriores al nacimiento de esta obligación, serán válidas, salvo el deber de indemnizar (artículo 976), incluso tratándose de enajenaciones a título gratuito, en las cuales la indemnización se regula por el valor de la cosa al tiempo de la enajenación (art. 978, n.º 3). Aparte de que tanto la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria como el Código civil, en su articulado, hablan de nulidad o validez de las enajenaciones hechas por el reservista, pero no de resolución o revocación, como correspondería de tener el dominio bajo condición resolutoria.

4.º Según Ossorio Morales, debe tenerse en cuenta, «además, para apreciar la exactitud técnica de esta construcción que el concepto clásico de *condición* responde a la idea de una determinación accesoria de la voluntad, de una circunstancia puesta por la voluntad de los interesados para alterar los efectos normales de un negocio o relación jurídica, mientras aquí se trata de un hecho del que la ley deduce determinados efectos. La adquisición del reservatario no depende de una condición en sentido técnico, sino de un hecho (en realidad una *condicio iure* de que sobreviva al reservista), en cuyo caso, por *mandato legal*, adquiere los bienes reservables. Si se admitiera en todo su rigor el mecanismo de la condición para caracterizar la situación de los reservatarios, por el mismo motivo se podría hablar de los legítimos como dueños con condición suspensiva, cosa que a nadie se le ha ocurrido sostener».

5.º Según Ruiz Artacho: «De ningún precepto de nuestro ordenamiento positivo puede deducirse que la adquisición de los bienes por el reservista se haya de entender hecha bajo condición resolutoria, ni que al inscribir aquélla con la indicación de ser los bienes reservables, que se sobreentienda que dicha adquisición queda sometida a la repetida condición. Si así fueran estarían de más la obligación de reservar y la de garantía o aseguramiento de ésta, y en el Registro de la Propiedad tampoco sería necesario hacer constar el carácter de reservables de los bienes, sino que lo procedente sería copiar en la inscripción la condición de que se tratare.»

Por nuestra parte no vamos a aventurarnos en la cuestión de si el dominio puede o no sujetarse a condición resolutoria, es decir, si cabe su revocación real *ex tunc* o si sólo cabe una revocación meramente obligatoria. Temas tratados magníficamente por Amadeo de Fuenmayor (185). Según este autor (186), «hay revocación

---

(185) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN: *La revocación de la propiedad* (Madrid, 1941), núms. 5 y sigs. (págs. 17 y sigs.) respecto al Derecho

de la propiedad, cuando se destruye y cancela una enajenación perfectamente válida haciendo resurgir el antiguo dominio del transmitente, en virtud de un cambio de voluntad de éste, mediante el ejercicio de una potestad reconocida por la ley y, aún a veces, en perjuicio de un tercer adquirente.»

¿Puede decirse que en el artículo 811 se establece una causa de revocación legal a favor de ciertos y especialísimos sucesores lineales del causante y contra el ascendiente que le heredó abintestato determinados bienes? Dejando aparte otras consideraciones importantes, nos parece fundamental, para rechazar esta tesis, el hecho evidente de que esa pretendida revocación jamás podría sufrirla el reservista puesto que sólo a su muerte puede tener lugar.

En todo caso, lo que cabría discutir es si los herederos del reservista tienen una titularidad revocable de los bienes reservables, la cual se mantiene vigente mientras no se los reclamen los reservatarios y es susceptible de consolidarse si éstos fallecen sin haber intentado su reclamación. Pero jamás podremos decir que es revocable el dominio —más o menos limitado en el ámbito de su facultad de disponer— del reservista, el cual nunca podrá sufrir su revocación.

Por otra parte hemos visto que éste puede disponer, onerosa o gratuitamente, con plenos efectos reales de los bienes muebles reservables. Y debèremos comprobar si *mortis causa* le corresponde o no alguna facultad de disposición o de exclusión respecto los posibles reservatarios. Resolvería negativamente *a priori*, presupondría una evidente petición de principio.

*c) La calificación del dominio del reservista como condicionalmente temporal o vitalicio (que si la condición no tiene lugar se hace perpetuo) no es suficientemente expresiva y además tampoco es exacta (187).*

La temporalidad de los derechos puede referirse específicamente a la concreta relación de poder de un sujeto determinado sobre el objeto: en cual caso todos los derechos resultarán necesariamente temporales si el sujeto es una persona natural, pues no hay ningún ser humano que sea eterno. Pero normalmente al referirnos a la temporalidad del derecho lo calificamos así haciendo abstracción de su sujeto, y, en este sentido, se dice que el usufructo es temporal o vitalicio, porque al cumplirse su término, o al fallecer el usufructuario se extingue y desaparece absorbido

---

romano, y núms. 21 y sigs. (págs. 59 y sigs.) con relación al Derecho moderno.

(186) Núm. 30, pág. 82.

(187) Además de CARÓ BONNAFOUS, sostuvo esa tesis RIAZA MATEO (loc. cit., pág. 45, y en *Dúplica*, en «Rev. de los Trib.», LIX, núm. 22-30, mayo, 1925, pág. 242), y parece sostenerla AZURZA Y OSOZ (loc. cit., pág. 120).

por el dominio. Pero, en cambio, se alega que el dominio es perpetuo porque mientras su objeto no se destruya ó quede *nullius*, su propiedad existirá siempre, en unas u otras manos.

Al hablar de la temporalidad del dominio, el sector doctrinal que la admite se refiere a aquellos cambios automáticos de titularidad prefijados legal, convencional o testamentariamente, que han de llegar y que imponen un cambio de sujeto que no tiene carácter derivativo entre el que perdió el dominio al llegar el plazo y aquel que entonces lo adquirió. Y al hablar de dominio vitalicio, correlativamente, se quiere indicar que el dominio no es transmisible a los herederos del dueño vitalicio, sino que, al faltar éste, revertirá en otras personas, ya sea dispositivamente fijadas por un titular anterior, o bien convencionalmente determinadas o legalmente señaladas. Tanto el llamado dominio temporal, como su modalidad vitalicia, no sólo marcan la terminación de la titularidad del sujeto cesante, sino la de todos los adquirentes por actos dispositivos del titular vitalicio.

Ahora bien; tratándose del dominio del reservista, la consumación de la reserva no supone nunca la cesación de la titularidad de quienes hubieran adquirido bienes muebles reservables. Y, por otra parte, tenemos que discutir (y negar) que carezca totalmente de facultad dispositiva *mortis causa*. A nuestro juicio la tiene, aunque limitada a un cierto ámbito de parientes, como luego trataremos de demostrar.

d) Por eso, parece que *el dominio del reservista únicamente tiene limitada condicionalmente su facultad de disponer por causa de su obligación de reservar y de su sujeción a la reserva.*

Algún autor, como Gayoso Arias (188), cree que la limitación del reservatario consiste únicamente en una *obligación*, la de reservar; si bien la transgresión de la misma con la enajenación de un inmueble reservable da lugar a la nulidad de ésta, en virtud del artículo 4.º C. c., nulidad que sólo pueden reclamar los reservatarios, en virtud de la regla *quando actus nullus est, favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus*.

Más preciso parece decir—como Torres Murciano (189)—que el reservista es «un *dominus* que puede disponer de los bienes inmuebles con ciertas limitaciones y de los muebles con sólo una obligación de indemnizar». Es decir, que respecto a los muebles sólo tiene una obligación, mientras respecto los inmuebles sufre una sujeción, aun cuando tratándose de bienes inmuebles inscritos

---

(188) GAYOSO: Loc. y pág. últ. cit., nota 2 y *Nociones de legislación hipotecaria*, t. I (Madrid, 1918), Lec. 49, pág. 230. En nota (1) a esta última pág. dice: «Nuestra opinión se funda en los arts. 974 y 978» (alude a sus expresiones «válidamente enajenadas» y «serán válidas»), «y en los 811, 968 y 969, que hablan de *obligación*, como otros varios (970, 972, 980, etc.) y porción de consideraciones que no podemos desenvolver».

(189) TORRES MURCIANO: Loc. cit., págs. 271 y sigs.

en el Registro de la Propiedad esa sujeción sólo surtirá efectos *ex re* cuando se haga constar en el propio Registro su carácter de reservables.

Luego debemos precisar estas cuestiones. Ahora sólo nos interesa destacar que el dominio del reservista no puede estimarse sujeto a condición resolutoria, revocación ni a término condicionado. Lo que sí está condicionado es la limitación dispositiva y la obligación impuesta al reservista.

B) *Examen crítico de las tesis que consideran el derecho de los reservatarios como dominio bajo condición suspensiva o como un derecho de adquisición suspensivamente condicionado.*

13. Morell (190) planteó el dualismo recíproco de los derechos del reservista y de los reservatarios: frente al derecho de aquél que sufre la condición resolutoria, el de éstos (de los reservistas) se halla sujeto a condición suspensiva. Lacal (191) estimó que si el reservista tiene sobre los bienes reservables un dominio sujeto a condición resolutoria, resulta indiscutible que los reservatarios «ostentan sobre los mismos bienes un dominio sometido en su efectividad a una condición suspensiva». Bonet Ramón (192), dice que «el derecho del reservista es análogo al del poseedor de bienes sujetos a una condición resolutoria, y, recíprocamente, el derecho que compete a los reservatarios sobre los mismos bienes se halla afecto a una condición suspensiva».

Roca Sastre (193) precisa que el derecho de los reservatarios es «un derecho condicional, o sea, como en la técnica germana se dice, un derecho expectante, un derecho a adquirir *ipso iure*, al cumplirse la condición, los bienes reservables». Derecho que estima perfectamente enajenable (194).

El Tribunal Supremo ha recogido la construcción del derecho condicional en sus sentencias de 18 de abril de 1942, 8 de junio de 1954 y 17 de abril de 1956.

La primera afirmó que «si bien hasta la consumación de las reservas carece el reservatario de facultad dominical sobre los bienes reservables, su posición jurídica significa un derecho eventual con relación a bienes de una herencia deferida, cual es la del causante de la reserva, de suerte que el fallecimiento del reservista no implica transmisión hereditaria de éste al reservatario, sino cumplimiento de una parte de la condición de que aquella consumación depende, y, por tanto, la enajenación que de su derecho realice el segundo, *pendente conditione*, no constituye contrato

---

(190) MORELL: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. cit., pág. 390.

(191) LACAL: Loc. cit., pág. 830.

(192) BONET RAMÓN: «Rev. Dr. Priv.», XXVI, pág. 502.

(193) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., pág. 315.

(194) Loc. úf. cit., págs. 320 a 324.

sobre herencia futura, ni cae en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 1.271 del Código civil).

La segunda, después de calificar la titularidad del reservista como un dominio revocable y supeditado a condición resolutoria, habla del «derecho eventual de los reservatarios, pendiente de la condición suspensiva respecto de ellos, que adquirirán el pleno dominio de los bienes reservables *in natura* o su equivalente con cargo a la herencia propia del reservista».

Y la sentencia de 1956, de la que fué ponente Bonet Ramón, en su segundo considerando afirma que «el derecho de reservista es análogo al de poseedor de bienes sujetos a una condición resolutoria, y el derecho que compete a los reservatarios sobre los mismos bienes se halla afecto a una condición suspensiva, rigiendo el principio de proximidad de grado\* que sujeta a una nueva condición a los reservatarios de grado más remoto, la de que no sobrevivan o repudien legalmente la reserva los de grado más próximo».

El examen de esta tesis requiere el previo estudio de los llamados derechos condicionales. Concretamente de la situación de pendencia condicional. Tema del que ya nos ocuparemos en otra ocasión (195), pero respecto del cual creemos necesario insistir.

Referida la condición a un acto traslativo, tenemos dos situaciones *estáticas*, inicial y final, y otra u otras situaciones intermedias o de pendencia condicional. Junto a esa triple visión *fotográfica*, tenemos el aspecto *dinámico* o visión *cinematográfica* del tránsito de la primera a la última situación. A ésta se llega con la perfección del hecho jurídico generador del derecho pleno y perfecto del adquirente, al reunir todos sus elementos constitutivos.

La pregunta que nos interesa resolver se refiere a la titularidad del derecho en situación de pendencia condicional. Y, consecuentemente, en determinar la posición del sujeto que espera el cumplimiento de la condición, mientras ésta se halle pendiente.

Son muchos los autores que han tratado de resolver esta cuestión. Sus opiniones pueden agruparse en cuatro principales posiciones, cada una de las cuales presenta, a su vez, diversas variantes: a) El derecho existe, pero está en suspenso. b) Existe parcialmente; b<sub>1</sub>) escindido en sus lados activo y pasivo; b<sub>2</sub>) desintegrado complementariamente entre ambos sujetos; b<sub>3</sub>) dividido en el tiempo, cronológicamente. c) No existe aún el derecho condicionado para el titular en pendencia, que a lo más tiene una expectativa jurídicamente protegida: c<sub>1</sub>) con un derecho preliminar distinto dirigido a la adquisición en su día *ipso iure* el derecho definitivo; o c<sub>2</sub>) con una sujeción del derecho actual del titular que sufre la condición, unida a diversas facultades subordinadas del

---

(195) *Donación, condición y conversión jurídica material*, 6, B, págs. 55 y sigs. y «An. Civ.», V-IV, págs. 1269 y sigs.

titular expectante que tiene por fin proteger el nacimiento del derecho futuro, dotándole de la facultad de exigir medidas que lo garanticen.

Analizaremos brevemente estas teorías:

a) *Tesis del derecho existente, pero en suspenso en cuanto a su ejecución y efectos* (196).—Esta teoría no puede superar la siguiente objeción: La condición se inserta en el supuesto de hecho de la creación del derecho, no meramente en el de su eficacia. Como dice Falzea (197) pertenece al devenir del acto, no al devenir del efecto (198). Si se tiene en cuenta—dice Verdier (199)—la suspensión de la formación en sí misma, del derecho definitivo, éste *pendente condicione* no puede ser más que *futuro*, puesto que su formación está inacabada. Considerar como derecho actual al derecho bajo condición será ilógico, puesto que no existe aún (200).

Tratándose de la posición de los reservatarios, la aplicación de este concepto de la condición resulta mucho más inadmisibile. ¿Cómo se podría llegar a considerarlos propietarios actuales de los bienes reservables aunque fuere con los efectos de su propiedad en suspenso? ¿Qué clase de propiedad sería ésta? ¿Cómo se conjugaría esa titularidad actual con la incertidumbre subjetiva que caracteriza la pendencia de la reserva?

(196) Entre los defensores de esta tesis puede citarse a LAURENT: *Principes de Droit Civil* (3.<sup>a</sup> ed. París-Bruselas, 1878), t. XVII, 87. Entre nosotros, la admitió (si bien rechazando que fuera condicional el derecho de los reservatarios) AZURZA y OZCOZ (loc. cit., págs. 92 y sigs.), siguiendo las opiniones de TITULESCO y de REGIS GIRARD (que cita). También OSSORIO MORALES, sin aplicarla a la reserva (loc. cit., pág. 676), diferencia de la expectativa del derecho en estado de pendencia, por estimar que éste «existe ya ahora, pero sólo para el caso de que posteriormente se cumpla la condición». En cambio, parece que sí la refiere al derecho de los reservatarios, PÉREZ ARDA (*Otro caso de reserva*, en Rev. Gral. de Leg. Jur., 120—primer semestre, 1912—, pág. 37) al afirmar que «fluye de suyo la consideración de que ese derecho nace *al morir el descendiente en las condiciones consabidas*; cuyo derecho depende pura y exclusivamente de que haya *ascendiente sucesor del descendiente*».

(197) FALZEA: *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico* (Milán, 1941), núm. 22, págs. 232 y sigs.

(198) RUDOLF VON IHERING (*El espíritu del Derecho romano*—versión española de PRÍNCIPE y SATORRES, Madrid, 1912, t. IV, LXIII, 3, pág. 189) dice que: «Cuando las condiciones legales del acto jurídico están reunidas, el acto *existe* y se manifiesta por sus efectos. Es, pues, lógicamente imposible la existencia del acto allí donde sus efectos están en suspenso».

(199) JEAN-MAURICE VERDIER: *Les droits eventuels* (París, 1955), núm. 243, págs. 202 y sigs.

(200) Dicen PLANTIOL, RIPERT y ESMEIN (*Traité de Droit Civil Français*, t. VII. París, 1954, núm. 1.030, pág. 379) que: «La condición a diferencia del término, suspende la formación del derecho en sí mismo. En tanto la condición suspensiva está aún pendiente, se puede decir que la obligación no existe. Se tiene únicamente la esperanza de verla nacer un día. *Nihil adhuc debetur, sed spes est debitum*. Por consiguiente, ninguno de los efectos propios de la condición debe producirse».

b) *Tesis que escinden el derecho condicionado*.—Ofrecen diversas variantes:

b<sub>1</sub>) Unos autores han partido de la observación de Ihering (201) sobre la protección del derecho condicional en vías de desarrollo, que «se encuentra hasta el advenimiento de la condición en un estado de formación, de expectativa. El Derecho protege ese estado (que podría compararse en cierto modo al del niño engendrado), prohibiendo cualquier trastorno que venga a poner trabas al curso pacífico de su desarrollo». «Si el período de nacimiento del derecho—prosigue Ihering—se continúa hasta el advenimiento de la condición, la lógica prohíbe datar ese derecho en un momento anterior; pero nada impide aplicar la regla exigida por motivos prácticos, de que el acto jurídico sea la base del derecho, y que aún antes de su nacimiento se encuentre en el estado de lo que ha de venir a ser».

De ahí se ha querido separar los aspectos activo y pasivo de los derechos que están en pendencia condicional, de modo que en ellos actúe el lado pasivo, que produce un efecto de sujeción y vinculación, mientras que el lado activo queda en suspenso hasta cumplirse la condición (202).

Pero ese desarrollo presenta varias dificultades lógicas: ¿Cómo puede escindirse un derecho, atribuyéndose su lado pasivo a una persona mientras que el lado activo continúa en manos de la otra?

Tampoco cabe afirmar que ésta solamente conserve el lado activo del derecho, puesto que puede seguir exigiendo su respeto. Siendo así, no es posible que el aspecto pasivo que protege al derecho en pendencia sea el lado pasivo del derecho que actualmente goza el titular actual. Se tratará, por lo tanto, de una protección anticipada del derecho futuro (que habrá que definir), pero nunca de una escisión del derecho actual.

b<sub>2</sub>) Otros autores han pretendido desintegrar en dos la titularidad del derecho sometido a condición; las cuales constituyen recíprocamente su anverso y su reverso: una sujeta condición resolutoria y la otra a condición suspensiva. En realidad, sólo se trata de una visión superficial del fenómeno, que no penetra en su esencia. Muchas veces se emplea como expresión de esa imagen sin agotar suficientemente su contenido real. Así Planiol, Ripert y Picard (203), dicen: «Cuando una propiedad está amenazada de resolución, la situación resultante es exactamente la misma que habría si la propiedad hubiese sido transmitida bajo condición suspensiva. En los dos casos hay siempre y necesariamente, cara a

(201) IHERING: Op. y vol. cit., § 2, XIII, 2, págs. 185 y sigs.

(202) IHERING desarrolla esta teoría en *Positive Wirkungen der Rechtes* «Jahrbücher f. d. Dogmatik», 1871, págs. 10, 493 y sigs., 526 y sigs. (cita de BETTI).

(203) PLANIOL, RIPERT, PICARD: Op. cit., t. III (París, 1952), número 232, pág. 239.

cara, dos propietarios, de los cuales uno es propietario *bajo condición suspensiva*, y el otro *bajo condición resolutoria*.»

Pero la superficialidad de esa descripción es tan evidente que estos mismos autores la desmienten en su frase siguiente: «En efecto, cuando una enajenación es suspendida por una condición el desplazamiento de la propiedad es retardado por la condición en pendencia» (204). Por lo tanto: si el desplazamiento dominical se ha retardado, queda en suspenso, no se ha producido aún, ni por lo tanto puede haber aún transmisión alguna (205).

b<sub>3</sub>) También se ha dicho que la disposición condicional supone la atribución de una parte futura de la propiedad o derecho objeto de la transmisión (206). O bien, que el vendedor bajo condición suspensiva conserva la propiedad temporal, hasta la realización de la condición, y la posibilidad de que vuelva a ser indefinida si la condición falla (207).

Pero si causa esfuerzo admitir la actualidad de una titularidad cierta para el futuro, llega a sobrepasar los límites de lo concebible una titularidad actual, proyectada al futuro, que además se halla pendiente de que llegue a ocurrir un acontecimiento de incierta realización.

c) *Tesis de la inexistencia actual de derecho en el sujeto bajo pendencia condicionada.*—Admitido que el derecho suspensivamente condicionado es un derecho futuro, que aún no existe y que puede no llegar siquiera a ser, resulta que el sujeto pendiente de su

(204) Recordemos el otro texto del tratado de PLANIOL y RIPERT, con ESMEN, que hemos citado en la nota 197, en el que afirman que «mientras la condición está pendiente se puede decir que la obligación no existe», que se tiene «solamente la esperanza de verla nacer un día». Lo que nos confirma que su afirmación respecto al dominio no pasa de ser una imagen superficial.

(205) AZURZA (pág. 119, nota 112), ocupándose del derecho de los reservatarios, recoge la observación de JOSSERAND (*Cours de Droit civil positif français*, t. II, núm. 33 bis, pág. 85), referida al heredero llamado en segundo lugar en una sustitución, de que una vez demostrado que el dominio del heredero gravado no está sujeto a condición resolutoria, no cabe contraponerle un dominio sujeto a condición suspensiva del sustituto «porque ambos son valores complementarios, esencialmente tributarios el uno del otro» (Notemos, empero que cabe, en cambio, que falte sujeto actual y haya varios posibles titulares sometidos a condición suspensiva; v. gr.: en el caso del heredero instituido bajo esta condición cuando no hay heredero instituido bajo condición resolutoria).

(206) BRECH (IHERING JHRBUCH, LXI, año 1912, págs. 61 y 263 y sígs.), citado por VON THUR (*Derecho Civil, Teoría general del Derecho civil alemán*, traducción argentina, Buenos Aires, 1948, vol. III<sup>1</sup>, § 81, núm. 292, nota 6, pág. 329). Entre nosotros, aplicándolo a la reserva, NARCISO RIAZA MATEO (*Duplica*, en «Rev. de los Trib.», t. LIX, 22-30 mayo, 1925, pág. 243) estima el derecho del reservatario como el mismo del reservista, pero opuesto y complementario, es decir, sometido a *plazo suspensivo*, incierto en el *sí* y en el *cundo*.

(207) DEMOGUE: *De la nature et des effets du droit eventuel*, en «Revue Trimestrelle de Droit Civil», 1906 (págs. 232 y sígs.)

adquisición no lo tiene y sólo ha la esperanza o la expectativa de adquirirlo. Pero, como esta expectativa se halla tutelada desde la perfección del contrato o acto dispositivo (208), o desde que se da la situación que la ley estima básica para conceder esa protección, se discute la naturaleza de la posición del sujeto en pendencia condicional.

c<sub>1</sub>) ENNECCERUS (209) la perfila como la titularidad de un derecho a adquirir *ipso iure* (es decir, *sin acto especial de adquisición*) al cumplirse la condición. VON THUR (210) entiende que la enajenación condicional puede ser equiparada a un gravamen del derecho del transferente por transmisión constitutiva. VERDIER (211) lo titula *derecho presente a la adquisición del derecho futuro*.

Esta tesis la han admitido en nuestra patria BLAS PÉREZ y ALGUER (212). ROCA SASTRE (213) ha hecho aplicación de ella a la situación de los reservatarios, que—dice—*son titulares de un derecho de adquisición sujeto a condición suspensiva*.

Se ha discutido si la naturaleza de ese derecho preliminar es absoluta o relativa; soluciones, que se dice darían lugar, respectivamente a una *sujeción* o meramente a una *previa obligación*, de modo que sólo en el primer caso su titular tendrá acción contra tercero. Para unos, ese derecho necesariamente ha de ser nada más que de obligación (214). Según otros, su naturaleza corresponderá a la del derecho futuro y será personal o real según deba serlo éste (215). No faltan quienes creen que esta clasificación es inaplicable a los derechos preliminares, ya que sólo cabe referirla a los derechos completos, puros y simples (216); o los que afirman

(208) VERDIER: (op. cit., núms. 321 a 323, págs. 258 y sigs.) distingue certeramente el contrato o acto jurídico del que deriva el derecho condicionado y este mismo derecho. El acto o contrato es puro y perfecto, vincula a las partes, la condición sólo lo modaliza, pero no suspende su eficacia vinculante. En cambio, el derecho derivado del contrato y condicionado, en sí mismo, no existe aún, pues le falta uno de los elementos esenciales de su supuesto de hecho, el cumplimiento de la condición. Esta, «modalidad del acto, es un elemento esencial para el derecho susceptible de nacer de aquél».

(209) ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Tratado de Derecho Civil*, I, 2.º (Barcelona, 1944), § 184, II, 4, págs. 336 y sigs.

(210) VON THUR: Op. y vol. cit., § 81, 2 (296), nota 32, pág. 333 y (299), pág. 337.

(211) VERDIER: Op. cit., núm. 248, pág. 205. Se funda en que la protección actual constituye el elemento *formal* de una situación jurídica *presente*, aspecto formal que determina el criterio esencial para distinguir el derecho del simple interés extrajurídico (luego veremos un criterio muy diverso en Rubino, que sitúa en ese lugar la figura de la sujeción).

(212) PÉREZ Y ALGUER: *Notas al Enneccerus*, op. y vol. cit., pág. 338.

(213) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., págs. 305 y 315 y sigs.

(214) HENRY CAPITANT: *Introduction à l'Etude du Droit Civil*, página 125.

(215) BLAS PÉREZ Y ALGUER: Op. y vol. cit., págs. 339 *in fine*.

(216) KROEHLING: *Wesen und Wer des Anwartschaften*, págs. 53 y 54 (cita de VERDIER, núm. 407, pág. 325).

que su naturaleza es mixta (217). Verdier (218) cree que si bien el derecho preliminar será obligacional si protege la adquisición de un derecho de crédito, en cambio, si se refiere a un derecho real futuro, podrá ser también real o bien meramente obligacional, según los casos.

La construcción como derecho potestativo de la posición jurídica del adquirente pendiente un acto condicional, fué criticada por primera vez por Seckel (219). Alegó que a éste le faltaba una característica típica de la categoría de los derechos potestativos: que la modificación a que se tendía fuese producida precisamente por un acto de su titular.

Rubino (220) critica esta concepción del derecho preliminar, partiendo del concepto de derecho subjetivo, planteando estas interrogaciones: ¿Basta para la existencia de un derecho subjetivo que se deje a la libre iniciativa del titular el poder de obtener la actuación coactiva del derecho en caso de violación de éste? O, por el contrario, ¿es necesario que, antes de entrar en la fase de la violación, sea atribuída al titular la posibilidad de actuar libremente en determinada dirección, es decir, la facultad de desarrollar la actividad necesaria a fin de que el derecho pueda ejercitarse? Concretamente, el concepto de derecho subjetivo, ¿requiere la posibilidad de su ejercicio? Objeto del derecho subjetivo—contesta Rubino—es la protección de un interés, *finalidad* que sólo se consigue con el ejercicio del derecho. Por tanto, el derecho subjetivo nace para ser ejercitado y con él debe nacer la posibilidad del ejercicio.

Sobre esta base concluye que si al concepto de derecho subjetivo es esencial la posibilidad de libre actuación de su titular para la realización no coactiva de su contenido, resultará que la posición eventual del adquirente bajo condición no puede ser considerada como tal derecho.

Proyectada la teoría del derecho de adquisición a la situación de los reservatarios, vemos que éstos, mientras pende la reserva, no pueden ejercitar ninguna facultad de adquisición, ni siquiera de reivindicación o persecución. El Tribunal Supremo (Ss. 21 marzo y 7 noviembre 1912) les ha negado hasta la posibilidad de intervenir en las operaciones particionales de la herencia del descendiente, insistiendo en que viviendo el reservista sólo están facultados para ejercitar aquellas acciones encaminadas a asegurar los

(217) Así, GAYOSO ARIAS («R. Dr. Priv.» cit., pág. 259, nota 2), cree que el derecho de los reservatarios contra quienes adquirieron del reservista, puede darse contra terceros, como las antiguas acciones *in rem scriptae* (de retracto, Pauliana, *quo metus causa*, etc.), que eran en nuestro concepto acciones virtualmente múltiples o combinaciones de varias acciones». ESCOBAR DE LA RIVA (pág. 32) califica de *ius ad rem* la posición de los reservatarios.

(218) VERDIER: Op. cit., núm. 420, págs. 326 y sigs.

(219) SECKEL: *Festgabe J. Koch*, pág. 219, cita de RUBINO.

(220) DOMENICO RUBINO: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari* (Milán, 1939), págs. 312 y sigs.

bienes de la futura sucesión (S. 21 marzo 1912) y que sólo pueden utilizar medidas de garantía y aseguramiento (S. 7 noviembre 1912). Medidas que se concretan a las de exigir que en el Registro de la Propiedad conste la condición de reservables de los inmuebles inscritos y que se constituya hipoteca en garantía de la entrega de los bienes muebles y del valor de los enajenados. Incluso de esta segunda medida es liberado, según la S. 3 noviembre 1931, el ascendiente que solo tenga descendencia común al otro ascendiente y no haya contraído segundas nupcias. La S. 6 julio 1916 deniega también a los reservatarios la facultad de exigir que los valores reservables—que no pudieron ser asegurados con hipoteca—se depositen en el Banco de España u otro establecimiento oficial de crédito; afirmando «que ni puede ostentar tal carácter de acreedor (por lo que entiendo no queda infringido el art. 1.121 C. c.) quien como el reservista tiene un derecho, no sólo condicionado, sino eventual, si no expectante por lo inseguro e incierto».

El llamado *derecho a adquirir*—mejor debería decirse *el poder—no nace hasta fallecer el reservista*. Ni puede decirse que la adquisición de los bienes reservables se opere *ipso iure*.

Lo primero es tan cierto que el mismo Roca Sastre lo califica de «derecho de adquisición sujeto a condición suspensiva». Si, como hemos dicho, bajo condición suspensiva el derecho no existe aún, ese derecho de adquisición bajo condición suspensiva no puede existir hasta que la condición se cumpla.

Y, al morir el reservista, la adquisición de los bienes reservables no se produce *ipso iure*, como lo demuestra el hecho de que el reservatario que sobrevive al reservista, pero que fallece sin haber reclamado los bienes reservables o por lo menos haber instado acto de conciliación para su reclamación, no transmite derecho alguno a sus herederos, según reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo (Ss. de 16 enero 1901, 27 enero 1909, 30 noviembre 1912 y 11 marzo 1927). Si la facultad de reclamar los bienes no es transmisible *mortis causa*, es que no se ha operado *ipso iure* su adquisición.

Lo que al fallecer el reservista se adquiere *ipso iure*, no son los bienes reservables, sino ese poder personalísimo de adquirirlos y reclamarlos y, en su caso, reivindicarlos.

Poder que ni siquiera podemos calificar como derecho subjetivo. Recordemos lo que nos dice Castro (221) respecto los mal llamados derechos subjetivos de formación jurídica, que los más no merecen el nombre de derechos. Son poderes, a veces «una manifestación de la capacidad de obrar y del correspondiente poder de adquirir, que no se pueden diferenciar del de adquirir por compra o por herencia»; «reflejos de la capacidad de obrar, en su aspecto ne-

gocial o autonomía de la voluntad, de igual naturaleza que los de celebrar un contrato o hacer un testamento».

c<sub>2</sub>) La doctrina más moderna destaca la distinción entre la expectativa condicional, considerada en sí misma, y los *efectos cautelares o preliminares que la acompañan* (222).

«Para Rubino (223) la expectativa, de una parte, designa siempre un *quid* de mero hecho: simple esperanza de futura adquisición de un derecho. Mas, de otra, obtiene entidad jurídica en cuanto es protegida por el complejo de los efectos preliminares, que defienden la futura adquisición del derecho. Por eso, jurídicamente, la expectativa es una entidad jurídica subordinada al conjunto de estos efectos preliminares singulares, que se producen a favor de un sujeto. Supone, por tanto, un interés jurídicamente protegida, pero no un derecho subjetivo. Pues, a juicio de Rubino, la noción del derecho subjetivo requiere la posibilidad de una libre actividad del titular (o de alguien en su lugar) para la realización no coactiva del derecho en la fase que precede a su violación.

Igualmente, Betti (224) afirma: «El titular de una expectativa suspensivamente condicionada no lo es de ningún derecho actual, sólo es el eventual titular de un derecho futuro. Esta simple constatación se opone a las tentativas hechas para asignar un contenido actual al derecho condicionado.» «De otro lado—añade—, ya en pendencia la condición, existe el germen de vida de una relación jurídica futura, de la cual surgirá sin más, con sólo producirse la condición, ya que entonces se hallará completo el supuesto de hecho que la engendra. El negocio bajo condición crea, por tanto, una situación jurídica caracterizada por algunos efectos provisionales y preliminares, destinados a asegurar la actuación de la regulación de intereses delineada por las partes, en el caso de cumplimiento de la condición; efectos que despliegan una función de garantía y tutela de la expectativa, con vistas al cumplimiento futuro o la futura resolución de la situación actual.»

(222) Ver RUBINO (op. cit., págs. 308 y sigs.); BARBERO (*Contributo allo dottrina della condizione*, Milano, 1937, págs. 44 y sigs.); FALZEA (op. cit., núm. 19, pág. 212); BETTI (*Teoria general del negocio jurídico*, traducción española de A. MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1949, págs. 402 y sigs.); H. LEHMANN (*Parte General*, trad. española de J. M. NAVAS, Madrid, 1956, I, § 35, VI, 1, a, págs. 407 y sigs.), donde dice que el derecho transmitido condicionalmente no ha sido adquirido todavía, pero que: «Se producen, sin embargo, numerosos efectos anteriores e intermedios (efectos interinos); concurre para una de las partes una expectativa y para la otra una vinculación, que en muchos aspectos gozan de la protección conferida al derecho pleno». Así como ZITELMANN y WÜRDINGER (citados por aquéllos). En el fondo esa es la tesis de VERDIER (op. cit., núm. 248, pág. 205), si prescindimos de la calificación—como derecho actual a adquirir el derecho futuro—que da a la protección jurídicamente organizada de la expectativa. E. incluso, la de IHERING, si a esa vinculación o sujeción no la hubiera calificado de lado pasivo del derecho condicionado.

(223) RUBINO: Op. cit., págs. 315 y sigs.

(224) BETTI: Loc. ult. cit.

Notemos, no obstante, que no existe coincidencia plena entre estos autores, en cuanto a la justificación de la vinculación de sujeto y objeto a la suerte de la pendencia. Falzea (225) afirma que deriva de la situación de expectativa y no de sus derechos cautelares. Por ello, cree que en el período de pendencia habrá irrevocabilidad, siempre y cuando la situación definitiva deba ser irrevocable. En cambio, Rubino (226) y Betti (227) creen que la vinculación es consecuencia, en su caso, de esos efectos cautelares o preliminares.

Esa irrevocabilidad de la situación de pendencia o vinculación de sujetos y objeto a la suerte de la pendencia, no presupone la existencia actual de un derecho en las personas a quienes beneficia o puede beneficiar esa irrevocabilidad. Rubino, lo mismo que los otros autores que defienden esta última tesis, lo niega y da la siguiente explicación al fenómeno de que nos ocupamos (228).

La irrevocabilidad construída en forma positiva, supone una *sujeción* de una o las dos partes para *proteger* un interés de la otra, de ambas, de una o de varias terceras personas, determinadas específicamente o no específicamente determinadas (supuestos de interés público, familiar, etc.) Esa protección es distinta a la del derecho subjetivo, pues no requiere actuación volitiva del sujeto protegido; y más fuerte que ella, pues no puede ser violada. Cualquier eventual negocio de disposición contrario a la sujeción sería nulo. Por tanto, no es posible la violación del interés protegido por una sujeción jurídica (229).

Anota (230) que la irrevocabilidad puede presentarse sea en la fase de eficacia definitiva, o bien, ya en el período de sus efectos preliminares. En la fase de los efectos definitivos, la irrevocabilidad se refiere a una situación jurídica que aún debe realizarse, y

(225) FALZEA: Op. cit., núm. 19, nota 216, págs. 213 y sigs.

(226) RUBINO: Op. cit., págs. 256 y sigs.

(227) BETTI: Loc. últ. cit.

(228) RUBINO: Op. cit., págs. 268 y sigs.

(229) Explica el propio RUBINO (págs. 275 *in fine* y sigs.): «La sujeción en sentido técnico, que hemos intentado delinear, es el medio jurídico idóneo para tutelar un interés en forma más intensa que el derecho subjetivo. Precisamente por eso al titular del interés no se le atribuye poder alguno, que por lo demás resultaría superfluo. El titular de un derecho subjetivo tiene normalmente—en la fase que precede a su violación—poder para desarrollar una determinada actividad, precisamente porque ésta es necesaria para la satisfacción de su interés en forma no coactiva. El titular de un derecho real de goce puede actuar en la cosa; el sujeto de otro derecho absoluto puede desarrollar aquella actividad que el Derecho le concede; el acreedor de un derecho de crédito puede reclamar al deudor su cumplimiento antes de acudir a la autoridad judicial. En cambio, el titular de un interés protegido—por ejemplo, el sujeto a cuyo favor se imponga a otro sujeto la indisponibilidad de un derecho—no tiene necesidad de desarrollar actividad alguna, porque su interés ya resulta satisfecho mediante la sujeción que pesa sobre el otro sujeto; es decir, en una forma negativa.»

(230) Págs. 242 y sigs. y 278.

consiste en la imposibilidad de impedir preventivamente la futura consumación de dicha modificación jurídica.

Ahora bien, lo expuesto es suficiente para rechazar que la reserva pueda ser configurada como derecho condicional, puesto que no hay derechos condicionales, sino expectativas pendientes de condición jurídicamente protegidas.

Pero, además, ni siquiera la situación de pendencia de los reservatarios puede ser conceptuada como pendiente, tan sólo, de una *condicio iuris*. No responde a su concepto; ni por la aplicación de sus consecuencias puede prejuzgarse.

1) El concepto de *condicio iuris*, negado por unos autores y confundido por otros con los elementos esenciales o con los requisitos de validez, ha sido aclarado, a partir de Scheurl y Eisele (231) con el mismo esquema típico de la condición voluntaria, definida como un evento futuro e incierto de cuya realización depende, por obra del Derecho, la existencia de la relación jurídica.

Situados en este terreno, volvemos a encontrarnos con el mismo problema que también se plantea al definir la condición voluntaria, como evento futuro e incierto del que depende la perfección del supuesto de hecho condicional. ¿Cómo distinguir el evento condicionante de los demás coelementos del supuesto de hecho posteriores a la formación de su núcleo central? ¿Cómo distinguir los elementos centrales o intrínsecos de los marginales o extrínsecos? ¿Qué diferencia separa la *condicio iuris* de los elementos esenciales del supuesto de hecho condicional, o de los otros requisitos de su validez?

2) No nos sirve el criterio que para los negocios jurídicos condicionales ofrece Rubino (232), que caracteriza con excesiva generalidad el *genus* común de condición comprendiendo todos los elementos típicos del supuesto de hecho posteriores, sucesivos, a la de declaración de voluntad (distiguiéndose la *condicio iuris* de la condición voluntaria, por ser ésta un elemento colocado por iniciativa de las partes y aquélla exigida por la ley). Porque, en nuestro caso, la reserva no nace de ninguna declaración de voluntad, sino que la ley ordena la totalidad del supuesto de hecho en su conjunto.

3) Interantisísimo resulta el intento de Carnelutti. Ese ilustre jurista) distingue entre los requisitos del hecho jurídico: los *presupuestos*, que consideran el acto en relación con la relación jurídica inicial cuyo desarrollo constituye; los *elementos*, que comprenden el modo de ser intrínseco del *acto en sí*, y las *circunstancias*

(231) SCHEURL: *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, en «Beiträge. B. der rom.», 1871, II, 2, § 25, págs. 95 y sigs., y EISELE: *Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensiv-Bedingung*, «Archiv. Civ. Pr.», L, 1871, págs. 278 y sigs., y *Zur Lehre von den conditiones iuris*, en «Archiv. Civ. Pr.», LIV, 1871, págs. 109 y sigs. (citas de FALZA y de BERTI).

(232) RUBINO: Op. cit., págs. III y sig.

*cías* que se refieren a su relación con el resto del mundo exterior (233). Las *circunstancias*, caracterizadas por su extrinsicidad, como inserción del acto en la historia, las clasifica, a su vez, en circunstancias *genéricas*, tiempo y lugar, *sede del acto*, y circunstancias *específicas*, consistentes en la ligazón del acto con un hecho determinado (234). La condición «es una circunstancia específica del acto jurídico en el sentido de que la juridicidad de ésta, es decir, sus efectos según Derecho, dependen no tanto de su ligazón con la historia o con el mundo en general, cuanto de su ligazón con un hecho determinado». La caracteriza con *circunstancia cierta* (plazo) e *incierta* (condición) *legal* o *voluntaria* (235).

Sólo apuntaremos las dificultades que no pueden sortear la sugestiva exposición de Carnelutti. Es decir, ¿cómo juzgar la extrinsicidad? ¿De qué criterio disponemos para diferenciar un requisito interno, rezagado respecto a los demás de incierta realización, y un requisito intrínseco, futuro e incierto? Prácticamente las dificultades son múltiples y muy difíciles de superar por falta de un criterio seguro para realizar ese deslinde. Además, esta tesis tiene el defecto de separar el acto condicional y el acto condicionante, que en realidad concurren inseparablemente a la producción del mismo efecto de modo que sólo su unión es fructífera.

Pero, lo que resulta evidente es que con la concepción *carneluttiana* de la condición, no es posible considerar como tal la sobrevivencia del reservatario al reservista. El hecho jurídico complejo que da lugar a la consumación de la reserva está constituido: tanto por el hecho de la muerte del descendiente, en las circunstancias previstas en el artículo 811, como por el hecho del fallecimiento del reservista sobrevivido por parientes con derecho a la reserva. Este segundo hecho no puede ser, en modo alguno, considerado extrínseco del supuesto complejo legalmente previsto. Será extrínseco respecto la situación de pendencia considerada como situación preliminar autónoma, pero es intrínseco del hecho en sí que institucionalmente comprende completa la trayectoria de la reserva.

γ) Falzea (236) califica la condición, no sólo por su carácter *futuro* e *incierto*, sino además por ser *accidental* (pero no en el sentido clásico, sino en el de no afectar a elementos esenciales del acto concreto de que se trata, v. gr., la determinación del sujeto ni del objeto) y *extrínseco* o *marginal*. Esa marginalidad resulta de la proyección, al plano de intereses correspondientes a una figura jurídica con *nomen iuris* típico, de otro plano interferente de in-

(233) FRANCISCO CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho* (trad. española de la 3.ª edición, por FRANCISCO GÓMEZ OSET, Madrid, 1955), núm. 103, pág. 303.

(234) Núms. 145 y 146, págs. 393 y sigs.

(235) Núm. 154, págs. 400 y sigs.

(236) FALZEA: Op. cit., núms. 2 a 7, págs. 11 y sigs.

tereses, externo a los tipificados y que puede modificar e incluso eliminar los objetivos jurídicos iniciales. Esa interferencia da lugar a la sobreposición de un evento no comprendido en el supuesto de hecho hipotético del esquema típico, y al interferirse en él queda dentro del supuesto de hecho de que se trata. Es decir, que la marginalidad no la refiere nunca al supuesto de hecho concreto de que se trate respecto al cual el evento condicionante es intrínseco (en contra de la tesis de Carnelutti), sino al supuesto de hecho abstracto correspondiente a la figura jurídica típica catalogada con su específico *nomen iuris* (237).

Siendo así, el evento que determina la consumación de la reserva no puede calificarse como condición de esta, puesto que no le es marginal, ya que integra necesariamente su supuesto de hecho típico, etiquetado con su propio *nomen iuris*. En cambio, sí que podría ser considerado como evento condicionante de la disponibilidad por el ascendiente de los bienes heredados de su descendiente. El ascendiente que hereda por ministerio de la ley a un descendiente, integra un plano típico de intereses jurídicamente regulado, en la sucesión legítima. El supuesto de hecho concreto de la reserva se le interfiere como un segundo plano de intereses, protegido por el artículo 811. Y de esa interferencia resulta que la sucesión del ascendiente queda modalizada por la reserva, que condiciona su plena eficacia.

Así resultará que el supuesto de hecho complejo de la reserva condiciona la libre disponibilidad *inter vivos* y *mortis causa* del ascendiente que sufre su pendencia. En cambio, con respecto a la adquisición de los reservatarios, no significa un elemento marginal, una condición, sino un elemento intrínseco, constitutivo y determinante *in abstracto* del *nomen iuris* típico de la institución.

Por tanto, la pendencia de la sujeción del reservista puede de-

---

(237) Ello supone, sin duda, cierta relatividad. La historia del Derecho nos lo demuestra, mostrándonos las mutaciones ocurridas en muchísimos supuestos de hecho abstractos correspondientes a diversas figuras típicas construidas legal o dogmáticamente, para satisfacer determinados intereses igualmente tipificados de modo genérico. Por otra parte, ciertos actos con *nomen iuris* típico se caracterizan por integrarse precisamente con la intersección de determinado elemento extrínseco a otro acto más genérico, con un *nomen iuris* de mayor amplitud. Así, por ejemplo, las donaciones por causa de matrimonio tienen, sin duda, su esquema típico, que comprende como elemento interno y esencial el hecho de la celebración del matrimonio en atención al cual se otorgan. Pero ese mismo hecho es extrínseco y marginal al supuesto de hecho normal de la donación real. De modo que esa misma donación debe considerarse como donación matrimonial pura—si no se halla sometida a condición distinta de la celebración del matrimonio previsto (haciendo interferir en su supuesto de hecho típico otra circunstancia atípica, v. gr., que el matrimonio deba celebrarse en un lugar dado, antes de cierta fecha, etc., para que la donación sea efectiva)—y como donación genérica condicional, en cuanto subordinada a la celebración del matrimonio. Es decir, esta celebración es un hecho extrínseco al esquema típico de la donación real genérica e intrínseco al esquema correspondiente a toda donación por razón de matrimonio.

cirse condicional con respecto a la plenitud de la sucesión legal de los bienes que heredó por ministerio de la ley de un descendiente y que éste había heredado de otro ascendiente o de un hermano. Pero no es pendencia condicional, sino genética del núcleo típico institucional, la que da lugar a la adquisición de los reservatarios. Estos, por tanto, tampoco, desde este punto de vista, tienen su adquisición pendiente de una mera condición, sino subordinada a la perfección proteica de su supuesto de hecho intrínseco.

II) Por sus efectos se caracterizaba la condición, según la doctrina clásica: 1.º por la vinculación previa de las partes (que algunos catalogaban de retroactividad) (238); 2.º por el poder dispositivo del sujeto en pendencia, y 3.º por la transmisibilidad hereditaria del derecho condicionado.

Pero se discute si estos caracteres son esenciales a toda situación de pendencia condicional, y si sólo se pueden dar en tales situaciones y en las demás de expectativa. Y, por otra parte, no puede asegurarse, sino, muy al contrario, cabe negar que esos efectos acompañen a la pendencia de la reserva. Tanto que creemos indudable afirmar:

1.º Que esos caracteres no son esenciales en toda situación de pendencia condicional, pues:

α) La irrevocabilidad sólo es normal, pero no esencial a las situaciones de pendencia condicional. Como dice Rubino (239) sufre dos grupos de excepciones: cuando la situación definitiva a que se refiera sea revocable (v. gr., situación de mandato); y si por determinación de la ley o iniciativa de las partes se atribuye carácter revocable a la situación de pendencia aunque la situación definitiva a que se refiera deba ser irrevocable.

β) La disponibilidad de la situación de pendencia condicional no se da si la situación definitiva se refiere *intuitus personae* a un sujeto concreto. Y puede ocurrir que sólo se dé limitadamente

---

(238) VERDIER (op. cit., núms. 343 a 357, págs. 240 y sigs.) se ocupa detenidamente de las explicaciones ofrecidas de la llamada retroactividad de la condición, que clasifica así: a) Para un primer grupo de autores (DEMOLOMBE, AUBRY ET RAU, BANDRY y BARDE), es consecuencia de la preexistencia del derecho, respecto al cual la condición sólo suspende sus efectos. b) Para otros (LAURENT), es consecuencia de la voluntad presunta de las partes. c) Nunca han faltado quienes la han explicado por una ficción legal (DOMAT, POTHIER). d) Recientemente ha habido quienes han renunciado a buscarle fundamento teórico, y la han estimado como una seguridad destinada a un fin especial, del mismo modo que las hipotecas constituyen la seguridad de atribuir un rango preferente a los créditos que garantizan (DEMOGUE). e) Para algunos (COLÍN y CAPITANT), la mal llamada retroactividad no es sino una aplicación de la regla «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*». f) A juicio del propio VERDIER, es producto del efecto mediato de lo que él llama derecho preliminar, y que, para otros autores, es consecuencia de la protección dada a la expectativa (BETTI) o de la sujeción que hace normalmente irrevocable la situación de pendencia (RUBINO).

(239) RUBINO: Op. cit., págs. 251 y sigs.

dentro de un determinado ámbito subjetivo, más o menos restringido.

γ) La transmisibilidad *mortis causa* tampoco se da en determinados supuestos de pendencia condicional; v. gr., en las instituciones bajo condición suspensiva (art. 759 C. civ.).

2.º Que esos mismos caracteres pueden darse, en situaciones de pendencia no condicional. Así, v. gr.:

α) Vemos irrevocabilidad, durante un determinado plazo más o menos largo, en el período de vinculación o irrevocabilidad de la oferta, en algunas legislaciones.

β) Es cedible, por ejemplo, la *emptio spei*. Es decir, que quien compra la cosecha esperada, pese a la falta actual de la cosa comprada y a la posibilidad de su frustración, puede, a su vez, transmitir esa expectativa, que no puede catalogarse de condicional, por referirse a un elemento esencial del supuesto de hecho de su adquisición, como es el objeto (240).

γ) En los regímenes jurídicos en que la oferta se estima sustantiva se admite su transmisión a los herederos de la persona a quien se ha dirigido; y, en los sistemas en que la herencia sólo se adquiere por su aceptación, el *ius transmissionis* supone, por tanto, la sucesión en la expectativa de adquirir y en el poder de aceptar.

3.º Que algunos de estos caracteres no se dan en la reserva según resulta del propio Código civil, y que respecto de los otros no cabe admitir *a priori* que puedan serle atribuidos, sino es después de ponderar si resultan conformes a la *ratio* de la institución. Así:

α) No hay vinculación ni irrevocabilidad respecto a la disponibilidad de los bienes muebles (art. 976) y ni siquiera de los inmuebles inscritos si no consta expresamente su condición de reservables (art. 975, ap. final).

β) No cabe transmisión *mortis causa* de la reserva pendiente (art. 973, § 1, en rel. con el 971 C. c.).

γ) La cesibilidad o no de la expectativa de los reservatarios, admitida por las Ss. de 1 de abril de 1914 (para la reserva viudal)

---

(240) Al hacer esta afirmación, no ignoramos la opinión de BLAS PÉREZ y J. ALGUER (notas cit., II-2.º, pág. 24) de que en la *emptio spei* el objeto del contrato es una cosa presente, la probabilidad actual, la esperanza misma». Afirmación que no tratamos de discutir en este momento. Pero, aunque así fuera, que el objeto de la *emptio spei* fuese esa esperanza; el objeto del derecho del comprador sobre la cosa, es decir, esta misma cosa, no existe aún; por eso carece de derecho sobre ella, incluso en los regímenes en que la transmisión dominical en la compraventa se produce *solo consensu*. Y al ceder su hipotético derecho sólo transmite su esperanza y la protección que le brinda el contrato celebrado, perfecto aunque aleatorio. De modo que en los regímenes de compraventa consensual traslativa del dominio el supuesto de hecho de la adquisición de la cosa esperada se perfeccionará directamente en la titularidad del cesionario de la esperanza.

y 18 de abril de 1942 (para la lineal) y negada en las Rs. de 28 de agosto de 1911, 6 de abril de 1912 y 19 de febrero de 1920, sólo puede ser resuelta con adecuación a los fines de la reserva, como luego veremos, de modo negativo.

En *conclusión*, podemos adelantar: 1.º) que no puede admitirse que durante la pendencia condicional se tenga el derecho definitivo sometido a condición, ni un derecho a su adquisición *ipso iure*, sino sólo una expectativa, más o menos protegido jurídicamente; 2.º) que la expectativa de los reservatarios, tampoco puede calificarse de expectativa condicional en sentido riguroso.

#### 14. *Doctrina de la expectativa indisponible derivada del descendiente.*

Estimamos demostrado que los reservatarios no tienen en vida del reservista sino una expectativa, jurídicamente protegida, de adquirir los bienes reservados. Pero, entre el amplísimo sector doctrinal que ha seguido esta tesis, no hay unanimidad en su determinación.

a) Tenemos, de una parte, aquellos autores que estiman derivada del descendiente la expectativa del reservatario, bien se trate: a<sub>1</sub>) de una expectativa correlativa al dominio revocable del reservista (241); o bien, a<sub>2</sub>) de una forma especial de sucesión *mortis causa*.

b) Otros autores —como veremos en el próximo epígrafe— estiman la expectativa del reservatario como un derecho futuro a la sucesión del reservista, concretado a los bienes reservados.

c) Y, finalmente, aparte de los autores que no se preocupan de precisar este criterio (242), cabe afirmar que la expectativa no tiene carácter sucesorio, que no deriva del descendiente ni se refiere a la sucesión del ascendiente, sino que es un poder que nace *ex lege* y es paralelo al de instar la reversión impuesta por el donante a favor de terceras personas (v. gr., de sus descendientes o sus herederos o de algún familiar u otra persona) para los casos de que el donatario no cumpla las cargas que aquél le impuso o se dé cualquier otro hecho previsto al hacer la donación. Sin

(241) En este grupo, además de los autores que catalogan la expectativa del reservatario como semejante a las *pendente conditione*, como DE BUEN. CASTÁN, JAÉN y ROYO MARTÍNEZ (citados en nuestra nota 171), tenemos a MANRESA, CLEMENTE DE DIEGO y ESPÍN (citados en la nota 170). Sin perjuicio de que algunos de ellos, como veremos, consideran, además, a los reservatarios como sucesores del descendiente.

(242) Tal vez en este grupo pueda catalogarse a GENARO GIL SOCÍ («Rev. Crít. de Der. Inmob.», I, junio 1925, pág. 471), y a SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA (Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre el caso propuesto por OSSORIO y GALLARDO, ver «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 148—primer semestre, 1926—, pág. 457), que determina la posición del reservista mediante el régimen de las prohibiciones de disponer y la de los reservatarios hasta la muerte del reservista como una esperanza de derecho, por lo que no están facultado sino para exigir la adopción de medidas de precaución.

perjuicio de que también pueda admitirse un criterio distinto según que los reservatarios sean o no herederos, legales o voluntarios, del reservista.

Ahora, nos vamos a ocupar en primer lugar de la opinión clasificada dentro del segundo grupo:

Sánchez Román (243) calificó la naturaleza jurídica genética de la reserva del 811, como «una modalidad de sucesión *mortis causa in testada, de carácter excepcional*»: 1.º por «el orden *especial, limitado y diferente de los llamamientos*» y «por su concreción a bienes *determinados*». 2.º Por su limitación al tercer grado de parentesco y por línea especial sucesoria determinada por la procedencia de los bienes. 3.º Por la fecha anómala en que se abre la sucesión. 4.º «*Porque a diferencia de las sucesiones ordinarias da lugar a un estado interino o provisional y previo, mediante el cual se causa el posible, futuro y eventual derecho del reservatario que sobreviva al ascendiente y ocasiona la garantía que éste necesita para asegurar que en su día hará efectiva la reserva, en virtud de la obligación de reservar impuesta al ascendiente*». 5.º «Porque es, siempre de carácter *lineal, aunque especialísima, la línea que regula esta sucesión excepcional.*»

Díaz Cobeña (244) afirmó que el medio excogitado para cubrir la finalidad perseguida por los redactores del 811, «se reduce a abrir la sucesión intestada sobre tales bienes —que por eso califica luego (245) de «limitada y parcial»— entre lo parientes de tercer grado del descendiente de quien los heredó el ascendiente que debe reservarlos». (Es interesante subrayar la distinción que más adelante plantea el propio Díaz Cobeña (246), entre: «la obligación de reservar ciertos bienes a favor de personas llamadas a heredarlos en su día y el derecho de éstas a exigir ciertas garantías que aseguren la conservación de los mismos, y el derecho respectivo de aquéllas para participar todas, o sólo algunas con exclusión de las otras, de los bienes reservados, el cual, como sucesorio, no adquiere efectividad ni puede apreciarse hasta fallecer el que viene obligado a la reserva»). Si bien, también hay que notar que, luego (247) plantea sin decidirse entre ellas (por ser igual para la solución del caso dictaminado) las dos hipótesis de que: se admita «que según el artículo 811 del Código los parientes en cuyo favor se establece la reserva adquieren los bienes reservados directamente del descendiente de quien proceden», o «que los favorecidos por la reserva del artículo 811 no heredan los bienes reservados, sino del ascendiente en quien recayeron al morir aquél.»

(243) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios...*, VI-II, núm. 130, págs. 986 y sigs.

(244) DÍAZ COBEÑA: *Op. cit.*, XV, C, pág. 252.

(245) Pág. sig.

(246) Pág. 237.

(247) Pág. 238.

Clemente de Diego (248) distingue con respecto a los reservatarios los dos momentos de la reserva: *Mientras vive el reservista* sólo tiene expectativa o esperanza de derecho que les autoriza para tomar medidas conservatorias, de garantía; es, a saber, para exigir al reservista el cumplimiento de sus obligaciones por las acciones oportunas, derivadas del artículo 811 en concordancia con los 977 y 978, en el caso de que voluntariamente no las cumpla el reservista. En el segundo momento, o sea *a la muerte del reservista*, «aquella expectativa se convierte en derecho propio subjetivo. ¿De qué índole es este derecho? Indudablemente sucesorio»... «Los reservatarios suceden al descendiente a través del ascendiente reservista y le suceden en sucesión legal intestada, por título singular, puesto que la sucesión se circunscribe a los bienes reservables y uno a los demás» (249).

La misma consideración del reservatario como sucesor excepcional del descendiente la percibimos en Cadabal (250), Novoa

---

(248) CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., págs. 201 y sigs., y *Resumen del presidente*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.» cit., págs. 585 y sigs. y 68r y sigs. En este resumen define la expectativa como uno de los tres estados intermedios de la formación de los derechos: la *simple esperanza*, sin apenas trascendencia en el orden del Derecho; la verdadera *expectativa* del derecho (inherente a haberse realizado algún factor de hecho, pero falta de alguna circunstancia que no sabemos si se realizará o no), y *el derecho ya perfecto, pero no exigible todavía*, como los derechos a término». De la expectativa, dice que «produce un efecto provisorio preliminar, un efecto jurídico, por de pronto, la garantía para la existencia y evolución interna de la expectativa de derecho de convertirse en derecho subjetivo, es a saber: que nadie puede borrar lo ya realizado y estorbar la evolución»; y, además, «un cierto vínculo objetivo por lo cual la cosa objeto de la obligación del derecho parece como se orienta, no sólo ya a las facultades de disposición del actual titular, sino también a la del titular futuro» (págs. 585 y 586), y respecto concretamente de la posición jurídica del reservatario, añade: «Han dicho muchos que es un derecho legítimo; otros, que un derecho de dominio eventual; otros, que una modalidad de la sucesión abintestato; una nueva forma de sucesión, ha dicho la Dirección General de los Registros. Y hay que convenir que la primera y las dos últimas opiniones se acercan más a la raíz de la institución. Pero mirándola de frente, es de toda evidencia que se trata de un derecho cuya adquisición está subordinada a la muerte de dos personas; la del descendiente adquirente y la del reservista. Un derecho cuya adquisición pende de la muerte de otra persona envuelve, indiscutiblemente, un fenómeno sucesorio, porque no se trata más que de canalizar jurídicamente ese tránsito, hacer esta transmisión de los bienes que quedan huérfanos de un titular y sustituirlos en el hueco que deja otro titular, el sucesor. El derecho del reservatario, es, pues, un derecho hereditario; pero no es un derecho hereditario establecido por la voluntad particular, sino directamente por la ley.»

(249) Aunque, a seguido de este texto, apostilla que «esta construcción resulta artificiosa y acaso contradictoria en algunos de sus extremos» y que «en definitiva lo que los reservatarios tienen es derecho familiar o lineal a favor de determinados parientes».

(250) MANUEL R. CADABAL: *Sobre el artículo 811 del Código Civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 96, primer semestre, 1900, págs. 100 y sigs. A su juicio: «El art. 811 atiende a la presunta voluntad del descendiente,

Seoane (251), De Buen (252), Castán (253), Ossorio Morales (254), Hernández Gil (255). También Azurza (256) deriva del descendiente la expectativa y el derecho futuro del reservatario, y Manuel de la Cámara (257) ha afirmado que «si bien los reservatarios (como tales) no son herederos (en sentido técnico), ni del reservista, ni del descendiente transmisor, son, en cambio, adquirentes *mortis causa*, y por llamamiento legal, de una expectativa que deriva del descendiente y que se consolida al morir el reservista».

La S. 30 mayo 1956 puede señalarse como presidida por este criterio. Destaca, en su segundo considerando, que es preciso insistir «centrando la confusión y unificación de dos sistemas legítimos, el de la legítima propiamente dicha y el de la reserva lineal, que, aun teniendo su origen común en el mandato de la ley, son instituciones jurídicas distintas, dotadas de vida propia a in-

no a la del ascendiente o hermano premuertos, y adjudica los bienes a los parientes del mismo dentro del tercer grado por las reglas de la sucesión intestada. Esta sucesión tiene sus especialidades. Primera: No son llamados a ella más que los individuos de la línea, sangre o familia de la persona de quien adquirió los bienes el descendiente. Segunda: Se abre en el momento en que fallece el último ascendiente. Tercera: El grado de parentesco se cuenta por la línea del ascendiente o hermano de quien procedían los bienes.»

(251) RAMÓN NOVOA SEOANE: *Un supuesto caso de reserva troncal*, en «Rev. Der. Priv.», VI (diciembre, 1919), págs. 370 y sigs.

(252) DE BUEN: Notas cit., vol. cit., pág. 385, donde hablando de la posición que corresponde a los reservatarios, añade «esa expectativa ofrece carácter hereditario y forma parte de la herencia del causante de la reserva, pero no de la herencia del reservista».

(253) CASTÁN: *El derecho de representación*, loc. cit., págs. 203 y 204. Califica la reserva de «vehículo de una nueva modalidad de la *sucesión mortis causa legitima*», aunque «modalidad sucesoria de carácter *excepcional*» en los términos expuestos por SÁNCHEZ ROMÁN (loc. cit.) que reproduce en nota.

(254) OSSORIO MORALES: Loc. cit. En la pág. 675 dice que «quizá sea más sencillo decir, simplemente, que el reservatario nada adquiere hasta la muerte del reservista, ni hay en él derecho alguno—salvo las conocidas garantías—; es un posible dueño futuro, titular de una expectativa...»; y, en la pág. 677, añade que «en la reserva el reservatario no hereda al reservista, de suerte que éste no es el autor o causante de la sucesión».

(255) HERNÁNDEZ GIL: Loc. cit., págs. 4 y sigs.

(256) AZURZA: Loc. cit., pág. 120, ya que le aplica la misma posición de expectativa atribuida por JOSSEBRAND al sustituto mientras viva el heredero gravado con la sustitución; y pág. 134, en la que se lee: «El derecho futuro de propiedad sobre los bienes reservables a que está vinculado el reservatario no lo recibirá éste por herencia del reservista. La muerte de éste no origina el derecho del reservatario, sino que lo completa. Su origen próximo estará más bien en la muerte del descendiente... que pone en movimiento los engranajes del mecanismo de la reserva, y el origen o causa final es la ley».

(257) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español*, IV, A, h, en II Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, octubre, 1950), t. IV, pág. 60.

dependiente, tanto por razón del patrimonio de que se nutren —el privativo del reservista en la legítima y el del descendiente causante en la reserva, respectivamente—...».

En cambio, no parece decidida la opinión de Jerónimo González (258). Entiende que deben distinguirse tres momentos en la reserva: la esperanza, antes de morir el descendiente; la expectativa jurídica, después de su fallecimiento y de sucederle el ascendiente, y la reserva consumada, al fallecer este último sobrevivido por algún reservatario. Cree que en realidad en la reserva hay un patrimonio (no cosas concretas) «protegido por una prohibición de enajenar», aunque incompleta, pues «puede haber una serie de enajenaciones válidas, si bien afectadas por ella». «En el momento en que el reservista muere, la reserva se consolida, de expectativa pasa a ser un derecho perfecto.» La posición de este autor, respecto a la sucesión en los bienes reservables, parece oscilar entre derivarla del ascendiente reservista o del descendiente de quien aquél hubo los bienes. Así vemos que al plantear el supuesto de comorriencia de reservista y reservatario dice: «Entonces se diría que con arreglo al artículo 33 del Código civil, no había transmisión de derechos (*opinión correspondiente a la tesis de que se sucede al reservista*); más aún, en este caso cabría sostener que en la reserva, como en el fideicomiso, la transmisión no se efectúa del reservista al reservatario, sino del descendiente que la originó a uno y otro (*opinión favorable a la tesis de que se sucede al descendiente*); y habría que llegar a la conclusión de que el artículo está mal redactado.»

En contra de la tesis de que el reservatario deriva del descendiente su expectativa y su futuro y eventual derecho, se han esgrimido estos argumentos:

1.º) La letra del precepto no apoya esa tesis. Acabamos de ver cómo don Jerónimo señaló que de aceptar ese criterio «habría que llegar a la conclusión de que el artículo está mal redactado». Gayoso Arias (259) afirmó que, según el texto del 811, «el ascendiente adquiere los bienes» y «la ley le impone únicamente una obligación»; y que entre la legítima y la reserva del 811 «hay la diferencia de que en la primera, la ley directamente es la que reserva los bienes a los herederos forzosos (art. 806), y en la segunda impone sólo una obligación de reservarlos». (Por lo cual, estima que la legítima de los hijos del reservista se calcula computando los bienes reservables y que este derecho es preferente a la reserva).

Sin entrar a detalle en esta argumentación, sí que recordaremos el significado gramatical del verbo *reservar*, usado en los

---

(258) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Intervención en la discusión del caso propuesto por Ossorio y Gallardo, en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*; ver «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 148, págs. 455 y sigs.

(259) GAYOSO: «Rev. Dr. Priv.», cit., pág. 259.

artículos 806 y 811. En uno y otro la ley no impone una delación legal, sino que consigna unas limitaciones dispositivas (más o menos importantes y extensas), que como contrapartida ofrecen la posibilidad de pedir la invalidación, más o menos total, de las disposiciones que la contravengan. Incluso la inaplicación de las normas reguladoras de la sucesión intestada del ascendiente reservista, en cuanto éstas contradigan la reserva (260).

2.º) Sistemáticamente, «el artículo 811 está precedido inmediatamente por los llamamientos a heredar que favorecen al ascendiente legítimo, es señal de que estatuye una modalidad o limitación de esta herencia deferida en línea recta ascendente; y toda vez, también, que la conexión entre una cosa y otra consta por la referencia que el artículo 938 hace al 811»... e «igualmente lo corrobora la jurisprudencia, declarando que lo preceptuado por este último artículo es limitación puesta a la legítima de los ascendientes (sentencias de 7 de noviembre de 1912, 4 de enero de 1911 y 19 de enero de 1910). Ese carácter de limitación y modalidad presupone la existencia de la transmisión que se efectúa desde el descendiente al morir, en el cual se inicia la expectativa, al ascendiente que por ministerio de la ley queda obligado a reservar, por si acaso llega la ocasión de restituir los bienes a parientes de la línea originaria. Sin tal adquisición por el ascendiente faltaría la posibilidad para limitarla» (261).

3.º) Analógicamente, partiendo de la similitud funcional entre la reserva lineal del artículo 811 y la viudal, no puede perderse de vista que «en la reserva ordinaria no puede admitirse sea el causante o el transmitente de los bienes aquel cónyuge premuerto cuando dichos bienes los tenía recibidos el reservista de alguna de aquellas personas que cita el artículo 969 del Código, ni que el título de esa transmisión pueda ser el de sucesión por causa de muerte cuando el repetido reservista los hubiese recibido por donación *inter vivos*» (262).

(260) Ver: respecto a la legítima *Apuntes de Derecho sucesorio*, I, § 4.º, b), pág. 39, y AN. DR. CIV., IV-II, pág. 455; y, con referencia a la reserva lineal, la primera parte de este trabajo, I, § 1.º, núm. 6.º, pág. 24, y AN. DR. CIV., X-II, pág. 348; así como en el Diccionario de la Real Academia Española el significado gramatical de la palabra *reservar*.

(261) ANTONIO MAURA: *Dictámenes*, vol. cit., dict. núm. 5, pág. 71, y «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 144, pág. 16.

(262) RUIZ ARTACHO: *Loc. cit.*, págs. 425 *in fine* y 426. Ver, también en este sentido, MAURA: *Dictámenes*, vol. y dict. últ. cit., págs. 73 y sigs. y «R. G. L. y J.», cit., pág. 17. Este último autor añade otros argumentos, como son: que el ascendiente será definitivamente dueño absoluto si los reservatarios no le sobreviven, «v sin embargo, no habría ni hay otro título por virtud del cual la adquisición se operase, si no es la herencia deferida y consumada... desde entonces están real y positivamente incorporados al patrimonio materno, si bien bajo reserva condicional» (págs. 71, *Dicts.*, y págs. 16, «R. G. L. y J.»); y el posible nacimiento de nuevos reservatarios ulteriormente al fallecimiento del descendiente, lo cual le hace discurrir, que «si los reservatarios sucediesen al tal descendiente, y no al reservista, sería absurdo, y nadie lo apadrinaría, incluir

4.º) Fundamentalmente, creemos decisiva la *finalidad* de la reserva, unida al *criterio restrictivo* que debe presidir su interpretación en cuanto no exija lo contrario su *ratio* singular (263). Esa finalidad no requiere la creación de una delación legal forzosa, ni siquiera retardada, a favor de los reservatarios. Como expusimos al principio de la parte primera de este trabajo, el fin de la reserva, que consiste en evitar la salida de los bienes de su línea de procedencia, no impone que estos bienes se excluyan de la herencia del reservista (264). El fin ni la letra del 811 no imponen la sucesión por las reglas de la *ab intestato*, si con la testada se respetan la reserva y las demás normas imperativas legales que sean aplicables. A falta de disposición, conforme imponen estos cánones, la *ratio* del artículo 811 no puede lógicamente imponer los órdenes de la sucesión intestada del descendiente si de otra forma más acorde con la mínima limitación del derecho del ascendiente puede cumplirse la finalidad perseguida por este precepto.

15. *Tesis de la sucesión legal del reservista a favor del reservatario.*

La expectativa del reservatario, según otros autores, corresponde a su futura sucesión legalmente impuesta al reservista con respecto a los bienes reservables.

Valverde Maruri (265) fué de esta opinión y precisó que la reserva se caracteriza por ser «un título más limitado, más circunscrito, pues solamente comprende la sucesión en determinados bienes, a título particular, como si la persona a cuyo favor se constituye sucediera en virtud de una manda forzosa impuesta al difunto por la ley».

Lozano Sicilia (266) compara los bienes reservables a los correspondientes a la legítima, admitiendo que respecto de ambos cabe mejorar. A su juicio, la reserva es ampliación de la legítima, «que se debe a determinados descendientes, pues que los bienes que la constituyen han de pasar a ellos en sus dos terceras partes y en la parte restante, que en otro caso sería de libre disposición».

Reino y Caamaño (267) entendió que: «Como los derechos de ascendiente reservista y parientes reservatarios están ligados de tal modo en la reserva que no cabe separarlos, son así, limitado uno, en esperanza el otro, por la misma reserva y no por otro hecho posterior. No nacen ni mueren por hechos independientes de la reserva: *se limita* el del ascendiente por la reserva, y dura

---

entre ellos a sujetos que no hubiesen nacido al tiempo de deferirse tal sucesión por óbito del descendiente» (*Dict.*, pág. 72 y «*Rev. cit.*», pág. 17).

(263) I, § 1.º, 6, págs. 23 y sigs. § 2.º, 15, págs. 37 y sigs. y AN. DR. CIV., IV-II, págs. 347 y sigs., y 361 y sigs.

(264) I, § 2.º, 6, pág. 38, y AN. DR. CIV., últ. cit., pág. 362.

(265) *Op. cit.*, cita de CARO BONNAFOUS, pág. 446.

(266) LOZANO SICILIA: *Op. cit.*, págs. 218 y sigs.

(267) REINO Y CAAMAÑO: *Loc. cit.*, págs. 34 *in fine* y sigs.

la limitación mientras la reserva dure; *nace* el de los parientes reservatarios por el llamamiento que es implícito en la reserva, pero no *se adquiere* antes que la reserva se consume, y entre tanto es una simple esperanza análoga a la que el hijo tiene de heredar a su padre.»

Sobre esta idea razonó que: «Si la reserva *es un medio para garantía de un excepcional orden de suceder*, los bienes en que se sucede *forman, hasta tanto la sucesión se abra, una herencia futura.*» Y prosiguió: «La reserva, sin embargo, con la herencia que guarda más estrecha relación, en cuanto al derecho de los parientes reservatarios sobre los bienes, es con la del ascendiente reservista, como lo entendió el Supremo, porque hasta que ésta se cause no se adquiere el derecho de suceder en los bienes reservables. Verdad es que ese derecho lo establece la ley por la doble razón del parentesco con el descendiente y la procedencia de los bienes; pero lo establece para ejecutarlo en la sucesión del ascendiente, separando de su herencia aquellos bienes que la ley le obliga a reservar.» Arguye Reino la analogía de la reserva lineal con la viudal y, en ésta, la norma del artículo 973, concluyendo «que la reserva responde a un excepcional llamamiento, por virtud del cual el legislador ha unido, en cuanto a ciertos bienes, dos sucesiones, sujetando *la segunda* a un orden establecido en consideración a bienes y parientes familiares del causante de *la primera*».

Antonio Maura (268) estima que, al fallecer el descendiente, nadie sino el ascendiente reservista, como heredero legítimo, adquiere derecho alguno sobre los bienes reservables, ni tiene aptitud para transmitirlos de ninguna manera; los presuntos reservatarios no tienen sino «una mera *expectativa*, amparada con las garantías y las acciones conservatorias»; y que, como en la reserva viudal, los reservatarios suceden al reservista.

Marín Monroy (269), refiriéndose específicamente a la reserva viudal, opinó que los reservatarios, frente a la propiedad plena del reservista, tienen una legítima especial, caracterizada por ser: a), colectiva total; b), variable individual; c), con derechos de garantía actual; d), cuya cuantía se fija antes de la muerte del padre o madre; e), que comprende la totalidad de un patrimonio; f), con efectos retroactivos al adquirirse; g), cuya adquisición, aun siendo heredero, como no se adquiere por la institución, no obliga al adquirente a respetar los actos de enajenación de bienes de la misma. Es, pues, lo que pudiéramos llamar una legítima reforzada.

Más adelante, el mismo Marín Monroy añade (270) que, «a consecuencia de la reserva, surge la obligación de reservar; la

(268) MAURA: *Dictámenes*, vol. cit., dict. 5, págs. 69 y sigs., y en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», cit., págs. 13 y sigs.

(269) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, en «Rev. Crif. de Der. Inmb.», VII, págs. 8 y sigs.

(270) Págs. 11 y sigs.

reserva no es la obligación del reservista, la reserva es una vocación, un llamamiento que hace la ley, una atribución de un derecho en unos bienes a la muerte del dueño actual, y de tal derecho nace una obligación de éstos». La reserva—a su juicio—no es la obligación del reservista, sino el derecho de los reservatarios, «y este derecho se revela de dos maneras: una, respecto a los bienes; otra, respecto a las personas. El derecho del reservatario respecto a las personas es actual y a él corresponde una obligación en éstas de garantizar a aquél la permanencia de un valor patrimonial. El derecho del reservatario respecto a los bienes no es actual, es futuro posible, y sólo ocurrido el supuesto legal de la premoriencia del dueño actual de los mismos llegará a ser para aquél un derecho en los bienes».

Torres Murciano (271), también con específica referencia a la reserva viudal, cree que «podría decirse en un plano exclusivamente teórico y ajeno a nuestro orden jurídico, que la reserva no es una herencia personal, sino *real*»... «Y es cierto que según el mencionado artículo 973, § 1.º, los reservatarios suceden en los bienes, pero la verdad es que, en nuestro derecho, la adquisición efectiva de los bienes reservables pende de la muerte del reservista, y a éste es a quien suceden y de quien adquieren los reservatarios».

También los Registradores de la propiedad Genovés Amorós (272) y Ruiz Artacho (273) creen que el reservatario *sucede* al reservista y no al primitivo causante.

Especial es la posición de Escobar de la Riva, quien tras de haber estimado el dominio del reservista como sujeto a condición resolutoria, y que los reservistas sólo tienen una esperanza o expectativa de derecho, que luego asimila a un *ius ad rem*, después (274) califica la reserva como modo de suceder, argumentando que «si no es una legítima difícil es aplicar la doctrina de la mejora». Cree que el artículo 811 regula una sucesión especial no asimilable a la del bínubo y que los bienes reservables se desintegran de la herencia del reservista y forman masa especial con trayectoria específica.

Contra la tesis de Marín Monroy ha discrepado Roca Sastre (275). Después de analizar las particularidades asignadas por aquél a la legítima especial, que aplica a los reservatarios, resume: «asi tantas particularidades hay que atribuir a la reserva para esforzarse en asimilarla a la legítima (y particularidades tan esenciales), y aun prescindiendo de si la legítima española es de tipo de

(271) TORRES MURCIANO: Loc. cit., pág. 278.

(272) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: *La desheredación y las reservas*, en «Rev. Der. Priv.» XXXI (octubre, 1947), pág. 738 y nota 30.

(273) RUIZ ARTACHO: Loc. cit., pág. 426; ver la base de su opinión que hemos transcrito antes (texto correspondiente a la nota 262).

(274) ESCOBAR DE LA RIVA: Op. cit., págs. 30 y sigs.

(275) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., IX, págs. 307 y sigs.

reserva germánica o de tipo obligacional romano, es que no es tal legítima, sino otra cosa». E insiste en que: «El legitimario, evidentemente, tiene un derecho futuro, y, sobre todo, el heredero presunto. Pero el reservatario, no; éste tiene un derecho actual, que consiste en la contrapartida o repercusión que el cambio jurídico operado en los bienes efectúa a su favor. En virtud de la reserva, los bienes quedan bajo un dominio que podemos calificar de *enfermo*, y esto, que constituye una minoración en la titularidad del reservista, implica la atribución de una dosis jurídica actual a favor de los reservatarios que no es una simple esperanza, sino algo más consistente.»

No estamos de acuerdo con la tesis de Marín Monroy ni con la crítica que le dedica Roca Sastre.

Este califica de derecho actual la posición de los reservatarios. Ya hemos visto que no es así. Y olvida que la limitación—sujeción—del derecho del reservista no se ordena a favor de titulares actuales, sino a favor de posibles titulares futuros. Aun cuando provisionalmente los posibles futuros sujetos, que ya existan actualmente, o sus representantes legales legitimados al efecto, puedan solicitar las medidas de garantía para que el futuro derecho eventual no se imposibilite antes de su nacimiento. Esto supone que éstos tienen poderes de carácter subordinado dirigidos a la protección de la expectativa o a la previa protección de su futuro derecho, pero no demuestra la actualidad de éste sobre los bienes, ni de un hipotético derecho a adquirirlos *ipso iure*, como antes hemos comprobado. Por otra parte, la legítima no deja de estar previamente protegida—aunque en menor escala que la reserva—, como lo prueba la posibilidad de que los presuntos legitimarios insten la declaración de prodigalidad de su eventual causante; ni su efectividad está totalmente carente de eficacia conexa a una previa sujeción de respetarla (o, mal llamada, retroactividad), como lo prueban la *querella inofficiosae donationis vel dotis* y la acción de impugnación de los actos simulados en fraude de la legítima futura (aunque sus efectos no afecten a terceros adquirentes a título oneroso y buena fe).

Tampoco estamos de acuerdo con la tesis de Marín Monroy, ni con la de los demás que estiman la reserva como una forma especial de delación legal forzosa derivada del reservista. Las razones son las mismas que hemos expuesto para rechazar la tesis de la delación forzosa (retardada) derivada del descendiente. La *ratio* del precepto no lo exige: su carácter de *ius singulare* lo repele, si la finalidad perseguida puede lograrse apartándose menormente de las normas comunes, es decir, produciendo una menor restricción a la limitación impuesta al reservista. Y la letra del 811. su empleo del verbo *reservar*, no indica que se produzca una delación legal forzosa a favor de los reservatarios, sino tan sólo una restricción en la libre disponibilidad del ascendiente *obli-gado a reservar*.

16. *Teoría negativa: la limitación del derecho del reservista y el poder de recobro de los reservatarios.*

La comprensión de la reserva, creemos que requiere la perfecta distinción entre la reserva propiamente dicha y la delación de los bienes reservables.

La relación entre la reserva y la sucesión en los bienes reservables ha sido enfocada desde diversos puntos de vista:

a) Acabamos de ver cómo Marín Monroy (276) considera que la reserva es, precisamente, la vocación de los reservatarios a los bienes reservados, y que, a su juicio, la obligación del reservista de reservarlos no es más que un efecto anticipado a esa vocación.

b) También hemos visto, cómo Díaz Cobeña (277) separa: de una parte, la obligación de reservar y el derecho a exigir las medidas conservativas, y, de otra, el derecho sucesorio a participar al fallecer el reservista, en los bienes reservados, con exclusión de otras personas. Pero comprende ambos fenómenos integrados en el concepto global de la reserva.

c) Reino Caamaño (278) ordena como medio y fin, respectivamente: la reserva y la sucesión especial a la que son llamados los reservatarios. «Medio para la efectividad de ese llamamiento es la reserva y como medio sólo vive el tiempo que tarda en presentarse el llamamiento... Si se reserva es para que otro adquiera, si se guarda es para que otros las tome... De ahí que la reserva empiece cuando el ascendiente heredó, y concluya cuando el ascendiente o quienes habían de adquirir los bienes mueren... aparece sólo la reserva cuando el ascendiente *hereda*, porque es el medio de hacer que cuando el descendiente *sea heredado* no se turbe ese especial llamamiento de la ley». Es decir, que, para él, la reserva es el medio de seguridad previa; pero existe, además, un especial llamamiento respecto los bienes reservables.

d) También, para Capó Bonnafous (279), la reserva misma, es «el *aseguramiento* y la *limitación* de disponer, la obligación legal»; pero, como reverso suyo—en aquella porción a la que, según cree, no alcanza la facultad de mejorar—, estima (280) la existencia de un derecho de los reservatarios afecto a un término inicial y a una condición.

e) Nosotros hemos rechazado que la reserva entrañe llamamiento o vocación hereditaria legal; e igualmente que los reservatarios, en vida del reservista, tengan derecho ni siquiera aplazado o condicional sobre los bienes. Sólo queda, pues, la protección de los reservatarios, de una parte, y la sujeción, prohibición de disponer y obligación de los reservistas, de otra,

(276) MARÍN MONROY: Loc. últ. cit., págs. 11 y sigs.

(277) DÍAZ COBEÑA: Dict. últi. cit., pág. 237.

(278) REINO: Loc. cit., págs. 32 y sigs.

(279) CAPÓ: Loc. cit., pág. 451.

(280) Págs. 453 y sigs.

como integrantes del concepto de la reserva. Pero se hace necesario explicar su engranaje con la sucesión de los reservatarios en los bienes reservables, que el artículo 811 y sus complementarios tratan de proteger.

Sin duda, el concepto de las legítimas en nuestro sistema legislativo puede ayudarnos a aclararlo. Las legítimas normativamente (281) consisten en una serie de medidas jurídicas de protección, que imponen un límite a la libertad de disponer por testamento o donación, para proteger la sucesión—por cualquier título: herencia, legado, donación o sucesión intestada—, en la cuantía mínima querida por la ley, a favor de los legitimarios; sujeción que da lugar a la nulidad o la reducción de las disposiciones que contravienen el deber del causante.

Creemos que las reservas juegan un papel parecido, tratan de asegurar, con actuación negativa—de freno de la libre disposición—, el cumplimiento por el reservatario de su obligación de encauzar y no desviar los bienes reservables de la línea familiar de su procedencia.

El carácter fundamentalmente negativo del artículo 811 no había escapado a la percepción de Sánchez Román (282), que literalmente reconoció: «lo que se proponen los artículos 811 y 812 es de fines puramente *negativos*, o sea *evitar* o *impedir*, a todo trance, que por el intermedio de la sucesión de ciertas personas, como heredero legítimo el ascendiente, en el supuesto del 811, y cualquiera, como forzoso o voluntario, en el 812, pasen los bienes precedentes de una línea familiar a otra; ni más, ni menos».

Reino Caamaño (283) lo vió así: «se ofrece la reserva como una restricción a la legítima del ascendiente, que limita sus poderes de libre disposición y libre aprovechamiento». Gayoso Arias (284) se expresa de modo semejante: «Impide, pues (el 811), que el ascendiente pueda disponer expresa o tácitamente (v. gr.: no testando) de los bienes reservables, a favor de otras personas; tiene que dejárselos a esos parientes tronqueros.» Capó (285) observa que hay «una limitación, que actúa sobre los bienes, y que afecta a una de las más importantes facultades del dominio, cual es la disposición;... el reservista carece de facultad de instituir a un extraño (*es decir, a un no reservatario*) heredero testamentario en los bienes reservables».

Jerónimo González (286) observó que: «En España, las re-

(281) Ver *Apuntes...*, I, § 5.º, *in fine*, págs. 6, 1 y sigs., § 6.º, págs. 64 y sigs., y conclusión, págs. 113 y 115, y en *AN. DR. CIV.*, IV-II, págs. 477 a 481, 529 y 531.

(282) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios...*, vol. últ. cit., núm. 129, 4.º pág. 986.

(283) REINO: *Loc. cit.*, pág. 33.

(284) GAYOSO: «*Rev. Dr. Priv.*» cit., pág. 258 *in fine*.

(285) CAPÓ: *Loc. cit.*, pág. 451.

(286) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Loc. cit.*, pág. 455.

servas se regulan, en efecto, sobre esta base: Obligaciones y prohibiciones de enajenar, y se incurre, además, en error de estimar que la prohibición de enajenar afecta a la capacidad, cuando, verdaderamente, a lo que afectan todas las prohibiciones es a la facultad de disponer; por eso no dan lugar a actos nulos, sino a actos que puedan tener consecuencias jurídicas válidas, y así sucede en las reservas, que, no obstante su existencia, puede haber una serie de enajenaciones válidas, si bien afectadas por ella.» Y Valverde (287), después de repasar las teorías del usufructo, el fideicomiso y de la nueva forma de sucesión, concluye que «más bien significa o representa una restricción a la legítima del ascendiente».

Tomás Albi (288) expresa este aspecto negativo desde su resquicio permisivo: «El ascendiente reservista cumple con hacer pasar los bienes a los parientes que, siendo más próximos al descendiente causante, pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, lo que puede hacer activamente (mejoras) o pasivamente (sucesión-abintestato).»

El Tribunal Supremo ha destacado ese concepto restrictivo o limitado, es decir, negativo, de la reserva en Ss. de 16 enero 1901, 4 enero 1911, 7 noviembre 1912, 25 marzo 1933, 26 noviembre 1943, 24 mayo 1945 y 1 febrero 1957 (289). Igualmente, ha considerado que los bienes reservables integran la herencia del reservista por lo que se refiere a las relaciones de éste con aquellos reservatarios que a su vez sean herederos suyos, y, destacado la preferencia de su legítima sobre la reserva, en Ss. 4 enero 1911 y 25 marzo 1933 (290).

Pero, para poder precisar la mecánica de la reserva, como freno impuesto a la disponibilidad del reservista, es necesario repasar sucesivamente su actuación en las dos etapas que presenta.

a) *En vida del reservista.*

1.º El ascendiente se halla *obligado a reservar*, según el texto del artículo 811.

2.º Además, se halla *vinculado o sujeto* a no poder disponer en perjuicio de los reservatarios de los bienes inmuebles no inscritos, ni de los inscritos si consta expresamente la reserva en el Registro de la Propiedad del modo prescrito en el § 2.º del artículo 265 del Reglamento Hipotecario. De ahí la ineficacia en contra de los reservatarios de los actos de disposición de dichos bienes, ya que podrán reclamarlos si la reserva se consumó a su favor.

3.º Los presuntos reservatarios no tienen derecho alguna actual sobre los bienes, sólo tienen una expectativa, protegida por la expresada vinculación. Ni siquiera tienen un derecho de crédito actual correlativo a la obligación de conservar del reser-

(287) CALIXTO VALVERDE VALVERDE: *Tratado...*, vol. cit., pág. 226.

(288) TOMÁS ALBI: *Loc. cit.*, pág. 320.

(289) Ver antes, 9, e, a.

(290) Ver antes, 9, d.

vista, porque ésta tampoco es perfecta, pues carece de sujeto activo actual.

4.º Para la protección de la expectativa de los reservatarios y para la efectividad de la vinculación del reservista y sujeción de los bienes inmuebles reservables, se dota a los presuntos reservatarios o a las personas que deben velar por sus posibles derechos futuros, con poder jurídico para exigir: la constatación registral del carácter reservable de los inmuebles (art. 977 C. c.) y la constitución de hipoteca que garantice las restituciones y devoluciones que detalla el artículo 978 C. c. (supuesto claro de aplicación del principio, recogido en el artículo 142 L. H., que permite la hipoteca en garantía de obligaciones futuras). Pero, como declaró la S. 19 enero 1935, la consignación en el Registro de la Propiedad de la cualidad de reservables no implica la existencia actual «de un derecho puro y exclusivo a favor de persona determinada, sino la mera circunstancial y condicionada constatación de que, en la actualidad, tienen aquéllos carácter de reservables, a favor de los parientes dentro del tercer grado».

Sánchez Román Gallifa (291) destacó, que en el primer estadio de la reserva, «hasta la muerte del reservista, el reservatario sólo tiene una esperanza de derecho y por eso no está facultado sino para exigir la adopción de medidas de precaución». Y, en términos parecidos, Clemente de Diego (292) afirmó que mientras «viva el reservista, sólo tienen (los reservatarios) una expectativa o esperanza de derecho que les autoriza para tomar medidas conservatorias y de garantía».

*b) Después de fallecido el reservista.*

Es en este segundo momento de la reserva cuando más delicado resulta deslindar los efectos de la reserva en sí misma y el fenómeno sucesorio de adquisición de los bienes reservables. El paralelismo con las legítimas puede sernos aquí muy especialmente útil.

Así como el causante que tuviera legitimarios se hallaría obligado a no desviar la atribución de la cuota legítimaria de aquéllos, a quienes legalmente la debe reservar, asimismo, el que tuviere reservatarios, conforme el artículo 811, se hallará obligado a no desviar estos bienes fuera de la línea de donde preceden y de los parientes del descendiente dentro del tercer grado de parentesco. El incumplimiento de aquel deber en las legítimas puede dar lugar a acciones de preterición, anulación, reducción, rescisión o reclamación del suplemento. Es decir, a acciones que, en general, tienden a invalidar las disposiciones lesivas y a dejar que los bienes discurran por su curso legal, y si necesario fuera por el cauce de la sucesión intestada, *en todo* o en la parte correspon-

(291) SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA: Loc. cit., pág. 457.

(292) CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 201.

diente al legitimario reclamante (293). Vamos a ver a qué acciones da lugar el incumplimiento del deber paralelo del reservista.

Para ello, parece necesario distinguir:

α) Si el reservatario es persona llamada a la sucesión intestada del reservista, ya sea en primer grado o en grado ulterior (294), el juego de las invalidaciones será muy parecido al que se produce en el régimen de las legítimas. 1.º El reservatario podrá pedir la anulación de la institución, en cuanto perjudique a su reserva y para que respecto a los bienes reservables actúe a su favor la sucesión intestada. 2.º Podrá, también, pedir la invalidación de los legados y fideicomisos que pesen sobre los mismos. 3.º Y, en su caso la resolución de las enajenaciones de bienes inmuebles reservados.

La sucesión intestada del reservista, respecto de los bienes reservables, no podrá actuar a favor de las personas que no tengan la condición de reservatario. El cauce de esta sucesión, en caso de darse la reserva y por efecto de ésta, sufre la obturación de algunos de sus canales, de modo que su curso, en cuanto a dichos bienes, sólo puede llegar a aquellos sucesores que reúnan a la vez la condición de reservatarios (295).

β) Si el reservatario es persona que no está llamada en grado alguno a la sucesión intestada del reservista, es evidente que los remedios antes indicados no nos servirán, ni serán suficientes para evitar que los bienes reservados vuelvan, por aquel cauce, a la línea de su procedencia. ¿Cuál es, por lo tanto, la acción que corresponde a estos reservatarios para reclamarlos?: ¿es una acción sucesoria?; ¿es acción de reversión?; o, ¿es de otra clase?

(293) Ver *Apuntes...*, I, § 5.º, págs. 44 y sigs. y AN. DR. CIV., IV-II, págs. 460 y sigs.

(294) Puede darse el caso de que algún reservatario sea heredero abintestato del reservista de grado ulterior, pues no sólo pueden ser herederos abintestato del reservista, entre los posibles reservatarios, sus hijos comunes al otro ascendiente (recordemos que habiéndolos, sólo admitimos la reserva si, además, el reservista tiene otros descendientes no comunes), sino que también cabe que lo sean otros parientes de ulterior grado: verbí gracia, medio hermanos (supongamos que el ascendiente del que procedían los bienes tenga un medio hermano de padre, que, a su vez, sea medio hermano de madre del reservista), tíos o primos (así, supongamos que el ascendiente de quien procedían los bienes y su cónyuge, el reservista, eran primos hermanos, resultará que los tíos del descendiente de la línea de aquél serán, a la vez, reservatarios y posibles herederos del reservista, por ser parientes suyos dentro del cuarto grado por la otra línea).

(295) Esa armonización entre la sucesión abintestato del reservista y la reserva en sí (de la cual en su momento nos ocuparemos más detenidamente) no es aceptada por GAYOSO («Rev. Der. Priv.», cit., pág. 259), para cuando se trate de medio hermanos del descendiente de línea distinta a la de los bienes, a quienes estima con preferencia respecto a los reservatarios, para recibir *ab intestato* dichos bienes. También en este sentido, ver TOMÁS ALBI (loc. cit., pág. 321). En contra, nuestra crítica, I, § 1.º, núm. 5, A, págs. 21 y sigs. y AN. DR. CIV., X-II, págs. 345 y sigs.

Sánchez Román (296) insinúa lo segundo, al decir: que la *reserva* en el artículo 811 tiene el significado «especial» de *reversión*, que es su fin, o sea vuelta a la procedencia lineal o familiar de los bienes, a que se contrae el artículo 811, como a la que se refiere el 812». De admitirse así, habría que discutir—como luego haremos—si la reversión (o *retour*) legal entraña una sucesión especial. Notemos, empero, que mientras el artículo 811 habla de *reservar*, en cambio, el 812 habla de *suceder* (suceden con exclusión de otras personas»).

Pero cabe situar entre otra especie de acciones, la del reservatario que no sea heredero testamentario (o legatario o adquirente intervivos de los bienes reservables) ni abintestato del reservista.

Por ese camino se orientó Acosta Inglott (297), al comparar la reserva del artículo 811 con el *retracto gentilicio*. «Observemos—dice—que tiende (*el retracto gentilicio*) a que los bienes propios de una familia no salgan de ella por actos intervivos, mientras que las reservas lo hacen para que esto no ocurra por actos *mórtis causan*».

Clemente de Diego (298), después de exponer su explicación de la reserva lineal, como sucesión legal intestada a título singular del descendiente a través del ascendiente, insinúa que «esa construcción resulta artificiosa y acaso contradictoria en algunos de sus extremos», y cree que, «en definitiva, lo que los reservatarios tienen es derecho a ciertos bienes, que se manifiesta o expresa en *reivindicación familiar o lineal a favor de determinados parientes*, de aquí la afirmación de Sentencia 21 noviembre 1902, de que su derecho produce acción real persecutoria de los propios bienes, aunque se hallen en poder de otras personas».

El problema del *ius transmissionis* del reservatario adquiere con este punto de vista una perspectiva totalmente diferente de la percibida por la mayor parte de la doctrina que había criticado la posición del Tribunal Supremo, y ésta aparece aureolada con el pleno acierto.

La mayoría de los autores que se han ocupado de esta cuestión—como luego veremos (299)—la han planteado dogmáticamente, partiendo de que muerto el reservatario nos hallamos ante una sucesión deferida y que, por lo tanto, debe tener lugar la transmisión del *ius delationis*. Pero no nos parece metodológicamente correcto este planteamiento. Hay que examinar—y luego

(296) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios...*, vol. cit., núm. 129, 3.º, pág. 986.

(297) ACOSTA INGLOTT: *Loc. cit.*, págs. 65 *in fine* y sigs.

(298) CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 202.

(299) De momento, nos limitamos a remitirnos al resumen de la polémica sostenida en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia: sobre el caso presentado por Ossorio Gallardo, publicado en la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 148 (primer semestre, 1926), págs. 454, 582 y 675 y sigs.

lo haremos—si la *ratio* del 811 reclama o repele el *ius transmissio-nis*.

Además, seguramente el poder jurídico que tiene el reservatario no sucesor del reservista para reclamar los bienes reservables, constituye un «beneficio otorgado por consideraciones familiares exclusivamente a favor de determinadas peronas» (S. 16 enero 1901), «derecho o beneficio personalísimo de aplicación restrictiva» (S. 27 enero 1909). A este derecho o beneficio no podemos calificarlo como *ius delationis*, sino más propiamente como un poder jurídico atribuido a ciertos parientes lineales para instar la recuperación familiar de los bienes reservables, y de naturaleza semejante a la de los llamados derechos potestativos de adquisición (tanteo, retracto, opción, facultad de instar la revocación de las donaciones—artículos 644 y sig.—o su reversión reclamada facultativamente por el donante, o sus herederos en los casos y circunstancias previstos) (300). Este derecho surgirá al fallecer el reservista, pero no antes, y, por tener carácter personalísimo, sería intransmisible a los herederos del reservatario que falleciere sin haber iniciado su reclamación (Ss. 16 enero 1901, 27 enero 1909, 30 noviembre 1912 y 11 marzo 1927) o por lo menos entablado el acto de conciliación (S. 2 enero 1929).

Este punto de vista hubiese permitido, en su día, en el caso discutido a propuesta de Ossorio y Gallardo en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (301), distinguir de una parte la transmisión del *ius delationis* de los reservatarios que, a su vez, en aquel caso, eran herederos del reservista, y, de otro lado, la intransmisibilidad de la acción personalísima de que están dotados los reservatarios no herederos del reservista para recuperar los bienes reservados.

#### 17. *Recapitulación de ideas para su replantamiento.*

Este trabajo, según indicamos en su introducción, no es sólo un estudio sobre la reserva lineal, sino además, muy especialmente, un ejercicio práctico de aplicación del método finalista y de revisión crítica del método dogmático de inversión. Queremos recordarlo después de esa excursión a través de conceptos que acabamos de realizar. Los conceptos son calificaciones técnicas que han de servir para ordenar nuestras ideas jurídicas. Pero tenemos que evitar que nos desorienten al querer aplicar generalizaciones hechas sin tener en cuenta todos los datos, para hallar precisamente esos datos desconocidos, que sólo la finalidad de la norma vista dentro de su sistema jurídico puede resolverlos.

---

(300) Notemos la diferencia entre el juego automático de la condición resolutoria o del fideicomiso contractual (impropiamente llamado reversión a favor de tercera persona) y el de la facultad de instar la reversión a la que no se dé carácter automático. Unas y otra figura están confundidas en el art. 641 C. c.

(301) Citado en nuestra nota 299.

Por eso, la calificación técnica definitiva sólo podremos realizarla después de conocidos, absolutamente todos, los datos que deben integrarlo. Toda síntesis que no comprenda íntegramente el más riguroso análisis será falsa, por lo menos parcialmente, en cuanto no corresponda a cualquiera de sus datos, por mínimo que éste sea.

Para hallarlos, en un riguroso análisis, sólo podemos seguir el método que hemos admitido como único, ajustado a la interpretación jurídica, el finalista. La integración de la norma interpretada habrá que hacerla sin perder de vista esta base, de acuerdo con los resultados que en la primera parte y en el primer epígrafe de esta segunda parte, hemos logrado.

Veamos los datos seguros—a nuestro juicio—que respecto al 811 hemos podido ir acotando:

a) La finalidad del 811 es evitar la desviación de su línea de procedencia de ciertos bienes, producible por azar imprevisto: en virtud de la interposición de un ascendiente (302) de línea distinta (303).

b) La *ratio* del artículo 811, ni su letra, imponen una sucesión forzosa al ascendiente reservista (304).

c) El artículo 811 como *ius singulare* es de aplicación estricta a cuanto su *ratio* singular exija, no siendo admisible ninguna desviación del Derecho común de sucesiones que exceda de su dicha finalidad específica (305).

d) Esa desviación, que debe limitarse a lo que estrictamente exija la finalidad del artículo 811, ha de ser atendida desde su origen, es decir, la adquisición por ministerio de la ley del reservista, que sólo ha de ser limitada y mediatizada en lo que estrictamente requiere la *ratio* del 811 (306).

e) Comprobada la finalidad del 811 y el carácter restrictivo de su aplicación *extra ratio*, su limitado aspecto troncal o semitroncal, ha de referirse, a lo más, al régimen de la *troncalidad pura*, que siendo el más restrictivo cumple plenamente el fin perseguido. Con este criterio: para que los bienes sean reservables, basta que el descendiente los haya adquirido a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano; y, respecto a las personas, sólo podrán ser reservatarios los descendientes de aquel ascen-

(302) I, § 1.º, núms. 5, 8 y 9, págs. 15 y sigs. y AN. DR. CIV., X-II, págs. 343 y sigs.

(303) I, § 5.º, núm. 30, pág. 106, y AN. DR. CIV., X-II, pág. 706.

(304) I, § 1.º, núm. 6, págs. 23 y sigs. y AN. DR. CIV., X-II, págs. 347 y sigs.

(305) I, § 2.º, núms. 10 y sigs., págs. 29 y sigs. y AN. DR. CIV., X-II, págs. 353 y sigs.

(306) I, § 2.º, núm. 15, págs. 37 y sigs. y AN. DR. CIV., X-II, págs. 361 y sigs.

diente o hermano que fué dentro de la familia el primer adquirente de dichos bienes (307):

6.º Con ello tenemos determinado el concepto de línea en el 811 (308). El cálculo del grado ha de hacerse desde el ascendiente (309) y no es necesario que se haga siguiendo grado a grado la línea de los bienes, sino que basta se realice entre quienes pertenecen a ella (310).

7.º No debe aplicarse el artículo 811, si no existe diversidad de línea y, por tanto, objetivamente de estímulos que impulsen al ascendiente a disponer de los bienes fuera de la línea de precedencia (311).

8.º Tampoco debe aplicarse si el cambio de línea no se debe a azar imprevisto, sino que fué admitido y consentido por el descendiente, o previamente por el otro ascendiente o hermano de quien aquél hubo los bienes (312).

9.º Si el presunto reservista dejase descendencia común al otro ascendiente y, además, descendientes habidos de otro matrimonio anterior o posterior (pues, de haber sólo común descendencia creemos que no habría de reservar), el cómputo y la extracción de las legítimas (corta y larga) respectivas tendrán bases distintas. La de los hijos comunes abarcará incluso los bienes reservables; pero estos bienes quedarán fuera del cómputo y de la extracción de las legítimas de los descendientes del reservista no comunes. Es decir, el artículo 818 jugará para unos y otros sobre bases diversas (313).

10.º En cuanto este artículo como norma primaria no lo imponga o en cuanto su finalidad no lo exija, su integración deberá realizarse por ese orden: a) Con las reglas de la sucesión testada o intestada—según los casos—del ascendiente reservista en cuanto no estén mediatizados por la reserva. b) Con las normas funcionales y formales de la reserva clásica en cuanto encajen en la *ratio* y funcionamiento específico del artículo 811; incluso las que por su encaje sistemático resulten definidoras de la función y mecánica e institucional de la reserva. c) Con los principios generales y reglas comunes de Derecho sucesorio, que no contradigan la finalidad perseguida por el 811. d) E, incluso, con los principios

(307) I, § 3.º, núm. 18, págs. 47 y sigs. y AN. DR. CIV., X-II, págs. 370 y sigs.

(308) I, § 4.º, núm. 24, págs. 82 y sigs. y AN. DR. CIV., X-III, págs. 707 y sigs.

(309) I, § 4.º, núm. 26, págs. 93 y sigs. y AN. DR. CIV., X-III, págs. 720 y sigs.

(310) I, § 4.º, núm. 28, págs. 100 y sigs. y AN. DR. CIV., X-III, págs. 725 y sigs.

(311) I, § 5.º, núms. 29 y sigs., págs. 105 y sigs. y AN. DR. CIV., X-III, págs. 730 y sigs.

(312) I, § 6.º, núms. 35 y sigs., págs. 129 y sigs. y AN. DR. CIV., X-IV, págs. 1057 y sigs.

(313) I, § 7.º núm. 48, pág. 180 y AN. DR. CIV., X-IV, pág. 1118.

generales de nuestro Derecho reguladores del incumplimiento de las prohibiciones y limitaciones ordenadas por las leyes, en cuanto no quede resuelto por nuestro Derecho sucesorio general (314).

11.º En la aplicación analógica de la reserva vidual no podemos olvidar su aspecto funcional, que es el siguiente: «Los reservatarios, viviendo el bñnubo no tienen derecho alguno sobre los bienes, ni puro, ni aplazado, ni condicional. A lo que sí están facultados es a exigir las medidas de seguridad que el artículo 978 del Código civil y la Ley Hipotecaria les otorgan. Muerto el bñnubo tienen derecho a impugnar todas las disposiciones de éste que contravinieren la reserva y a que la sucesión abintestato juegue exclusivamente a su favor con respecto a los bienes reservados. En esto consiste la reserva (vidual), en impedir que se frustre la sucesión testada o intestada a favor de la descendencia común respecto de los bienes reservados. El título sucesorio no es la reserva—que sólo es su defensa—, sino el testamento o la ley que regulan la sucesión *ab intestato*, que por la reserva resultan constreñidos a no poder actuar más que a favor de los reservatarios» (315).

12.º En la reserva lineal, cuando los reservatarios no sean sucesores por actos *inter vivos* o *mortis causa* del reservista, ni herederos *ab intestato* suyos por virtud del Derecho sucesorio común restringido por la reserva misma, habrá que salirse fuera de la aplicación analógica de la mecánica funcional de la reserva vidual, y definir el derecho o la acción que asiste a esos reservatarios una vez muerto el reservista. Provisionalmente, creemos que consiste en un poder personalísimo de exigir e imponer la adquisición sin contraprestación alguna y consiguientemente la reivindicación de los bienes reservados (316).

Sobre estos datos debemos proseguir el análisis de la reserva, pendiente y consumada.

De la primera (la reserva pendiente), para agotar la posición del reservista: su sujeción, sus obligaciones complementarias, sus actos de disposición *inter vivos*, el juego de subrogación, y el problema de los aumentos y deterioros; y la posición del reservatario: su expectativa, las medidas de protección que el Derecho le brinda; su renuncia a dicha protección y a la reserva pendiente, y la disponibilidad o indisponibilidad de su posición.

De la reserva consumada, para estudiar: su cumplimiento voluntario, *inter vivos* y *mortis causa*, la discutida facultad de mejorar. Los supuestos de compatibilidad total o parcial con las normas de la sucesión intestada del reservista. Las hipótesis de incompatibilidad: la determinación, en este caso, de los titulares de

(314) II, § 1.º, núm. 5, resumen final.

(315) II, § 2.º, núm. 8, al final.

(316) II, § 2.º, núm. 16, b, 3).

la acción de retorno; su análisis; su transmisibilidad o intransmisibilidad; las relaciones de quien la ejercite con los herederos del reservista; la reivindicación de aquél contra terceros, y la calificación de su derecho.

Sólo después de aclarados todos estos datos, de acuerdo con la *ratio* que informó el artículo 811 y con las reglas que deben completar lo no normado en éste, podremos intentar la síntesis conceptual de la reserva del 811. Pero sin pretender jamás aprovecharla para hallar otros datos concretos no tenidos en cuenta al realizarla.



# La representación

MANUEL ALBALADEJO  
Catedrático de Derecho Civil

## I. CONCEPTO

En la celebración del negocio jurídico puede actuar el propio interesado (sobre el que recaerán los efectos) u otra persona, en nombre y por cuenta de aquél. Cuando esto ocurre se dice que hay *representación*. Denominándose *representante* —y también apoderado, procurador, etc.— a quien obra por otro; *representado* —o *dominus negotii* o principal— a aquel por quien se obra; y *negocio representativo*, al verificado así.

La actuación del representante vale como si fuese del representado, atribuyéndosele a éste, en cuya cabeza se producen todos sus efectos.

Es, evidentemente, distinto el obrar *en* nombre de otro que el obrar *bajo* el nombre de otro. En un caso hay representación; en el otro, falsificación o suplantación.

Mediante el término *representación*, además de la acción de representar (cuya consecuencia es la realización del negocio representativo), se designa a la figura o institución jurídica —acogida en nuestro Derecho— en cuya virtud es posible que una persona obre en nombre y por cuenta de otra. Y, también, se habla de conferir la *representación*, u *ostentarla*, etc., para significar que se *concede* poder de representación, o que se *tiene* tal poder.

## 2. CLASES

La representación puede ser: activa o pasiva; legal o voluntaria; directa o indirecta; en interés del representado o en interés ajeno.

### A) *Representación activa y pasiva.*

La representación es activa cuando se *emite* una declaración de voluntad por otro (o, en general, se celebra por otro, un negocio, pues también el representante puede dar vida a elementos del negocio que no sean la declaración: así, entregar la cosa, en el comodato); es pasiva, cuando el representante *recibe* la declaración, por el representado.

Frecuentemente, una y otra se dan unidas: así, al contratar por representante, según que éste sea oferente o aceptante, representará activamente para ofrecer y pasivamente para recibir la aceptación de la otra parte, o bien representará pasivamente al recibir la oferta y activamente al aceptarla. Pero pueden darse aisladas, como ocurre cuando en un negocio unilateral se emite la declaración por representante, o cuando en un negocio unilateral recepticio se recibe aquélla por representante.

Para que haya representación activa, el representante ha de formar, él, la voluntad que declara. En el caso de que simplemente *declare* (*transmita*, realmente) una voluntad que ya le dió formada el sedicente representado, no se está frente a un representante, sino frente a un *nuncius*. Punto éste sobre el que después volveremos.

Para que haya representación pasiva es preciso que la declaración se perfeccione cuando llega a conocimiento del representante, que es su destinatario (en nombre y por cuenta del representado); sin que haga falta que posteriormente sea llevada a conocimiento del representado. Pues cuando se trata de que una declaración se comuniqué a alguien para que la transmita a otro, no perfeccionándose hasta que éste la recibe, se está frente a un *nuncius* de recepción.

#### B) *Representación legal y voluntaria.*

La representación es voluntaria o legal (llamada, también, necesaria), según que el poder de representación lo confiera el interesado o la ley. Ambos supuestos se contemplan en el artículo 1.259, 1.º, al disponerse que “ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal” (1).

En la voluntaria, de la voluntad del interesado (representado) depende no sólo el nombrar representante, sino también el elegir al sujeto que haya de serlo. En la legal, la representación se impone necesariamente; mas la persona del representante, en unos casos viene totalmente predeterminada, y en otros, no.

Cuando se predetermina, la representación recae en cierta persona en cuanto que ejerce un dado cargo o función o tiene tal o cual potestad familiar sobre el representado, contenido de cuya potestad es, entre otras cosas, el representar al incapaz: así, patria potestad, autoridad marital, tutela, en las que el padre es representante legal del menor, el marido de la mujer, y el tutor, del pupilo.

Cuando no se predetermina quien haya de ser el representante, la facultad de fijarlo puede corresponder al juez. Por ello, se califica, por algunos, a este supuesto, de representación judicial. Terminología que no hay inconveniente en aceptar, siempre que quede claro que se trata

---

(1) Cuando el representante carece de poder —punto que después estudiaremos—, la representación será legal o voluntaria, según se invoque poder (que falta realmente) legal o voluntario.

de un subcaso de representación legal, en cuanto establecida por la ley (2).

La representación legal tiende a suplir la falta de capacidad del representado, pero no debe ser confundida ni con la asistencia a personas parcialmente incapaces, ni con la necesidad de que alguien preste su asentimiento al negocio celebrado por otro. En estos casos, el negocio lo celebra personalmente el interesado, aunque otro le asista o asienta; en aquél, lo celebra el representante por cuenta y a nombre del *dominus*.

Nuestro Derecho regula numerosos casos de representación legal. Tales son: el del titular de la patria potestad, o del defensor judicial, en cuanto a los hijos que se hallan bajo aquélla (C. c., arts. 1.º y 165), el del tutor o protutor, en cuanto al pupilo (C. c., arts. 262 y 236), el del representante del ausente (art. 184) y del desaparecido (art. 181), y del concebido y no nacido (C. c. art. 627), el del marido, en cuanto a su mujer (art. 60) (3), el de los síndicos, en cuanto al concursado o quebrado (L. E. C., arts. 1.218 y 1.319), el del administrador de la herencia (principalmente C. c., arts. 801 y sigs., 1.026, L. E. C., artículos 1.008, 1.098), etc.

### C) Representación directa e indirecta.

Hay representación directa cuando el representante obra *en nombre y por cuenta* del representado; la hay indirecta, cuando obra *por cuenta* de éste, pero *en nombre propio*. Ejemplo de la primera es: A ha conferido a B poder de representación para que le compre inmuebles, y éste, usando de tal poder y declarando al vendedor comprar para A, acepta una oferta de venta que le hace C. Ejemplo de la segunda: A, sin concederle poder para que obre en su nombre, encarga a B que le compre inmuebles, y B, cumpliendo el encargo, pero sin declarar que, en definitiva no es para sí, compra una casa a C, con destino a A.

A la directa se le llama, también, representación propia o inmediata o abierta; a la indirecta, impropia, mediata, oculta, o bien, representación en sentido económico, pero no jurídico.

Se discute si la impropia o indirecta es o no verdadera representación, y creemos que no lo es: Mas, evidentemente, quien acepte lo contrario, habrá de suprimir del concepto de representación el requisito de que el representante obre *en nombre* del representado, admitiendo que sólo es de esencia el obrar *por cuenta ajena*.

Si la representación es propia, los efectos del negocio representativo se producen directamente para el representado; mientras que si es impropia, los recibe directamente el representante, siendo luego preciso

(2) También el representante legal, en ciertos casos, puede ser nombrado por persona distinta del juez: así LEC, artículos 1.210 y siguientes.

(3) Naturalmente, dentro de los límites (que no es ahora momento de ver) en que haya verdadera representación, y no se trate de que aquél deba dar licencia a ésta, que celebra el negocio por sí.

ctro acto, para transferirlos al representado; por tanto, jurídicamente, el negocio se celebra con el representante como parte, y sólo económicamente es parte el representado. Así, dispone el artículo 1.717: "Cuando el mandatario [representante] obra en su *propio nombre*, el mandante [representado] no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario [representante] ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante [representado]. En este caso el mandatario [representante] es el obligado *directamente* en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo... Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante [representado] y mandatario [representante]."

Excepcionalmente, la representación impropia puede dar lugar a efectos directos entre la otra parte y el representado, sin que pasen a través del representante. Así, según el mismo artículo 1.717, 2.º, *in fine*, se exceptúa de los efectos indirectos en él dispuestos, "el caso en que se trate de cosas propias del mandante [representado]". E igual ocurre en el supuesto del artículo 287 del Código de comercio.

Además de explicarse estos casos como hipótesis excepcionales de representación indirecta con efectos directos entre *dominus* y la otra parte (4), podría pensarse que se tratase de supuestos de representación directa en la que (salvando una presunta inexactitud de expresión legal, de que no se precisa obrar en nombre del representado) hubiese realmente consideración a la persona del *dominus* (*contemplatio domini*, que luego examinaremos detenidamente) surgida de las propias cosas o circunstancias (*contemplatio ex reo ex facti circumstantiis*) (5), ya que tal *contemplatio* no tiene que ser expresa (*contemplatio domini verbis expressis*).

#### D) Representación en interés del representado y en interés ajeno.

Se dice que el representante puede actuar bien en interés del representado —*mandatum mea gratia*—, bien en interés ajeno a éste: así en interés propio (del representante) —*procurator in rem suam, mandatum tua gratia*— o en interés de terceros —*mandatum aliena gratia*—. E, igualmente, puede actuar en interés común a varios de los anteriores.

Realmente "en interés de quién obra el representante", es expresión con dos sentidos:

1.º Obrando en nombre y *por cuenta* (6) del representado, es claro que —en tal sentido— obra en interés de éste, que es el que deviene, por ejemplo, acreedor o deudor, o adquiere o se desprende de derechos, mediante el negocio representativo.

(4) Cfr. T. S., Sentencia de 10 de julio de 1946.

(5) No interesa aquí cualquier explicación que de las excepciones vistas se dé a base de figuras diferentes de la representación.

(6) Aunque se represente a otro sin poder para ello, *tendencialmente* se obra no sólo en su nombre, sino también por su cuenta, ya que no se desea un negocio eficaz para sí propio, sino eficaz para aquél (aunque, luego, no lo sea por la falta de poder).

2.º Pero, también se habla de “en interés de quién se obra”, para significar el interés al objeto de cuya satisfacción se ha concedido, en definitiva, el poder de representación; pues siendo éste sólo una legitimación formal para obrar por otro, puede perseguir —a través del obrar *por cuenta de otro* (sentido *supra* número 1.º)— otros intereses ulteriores, que plasman en la relación subyacente a la representación. Intereses que se satisfacen, no propiamente a base de la representación, sino, generalmente, *a base* de la relación subyacente, *utilizando* la representación. Pero, de cualquier manera, en estos casos, es usual la terminología de “representación en interés del representante o de terceros”; y, con las anteriores aclaraciones, la conservamos.

Generalmente, la representación voluntaria, como la legal, se da en interés del representado; pero puede darse en el del representante o de terceros. Por ejemplo, representación con fin de cobro (el representante se hace pago de lo que le debe el representado, quedándose con lo que para éste recibe al representarlo), representación retribuida para ventas en exclusiva, representación para la simple obtención de la facultad de influir en el patrimonio ajeno (7), representación de los síndicos en el concurso o quiebra, para defensa de los intereses de los acreedores del concursado o quebrado.

En estos casos, como la representación se utiliza ordenada a un fin ulterior, algunas de las reglas que normalmente le son aplicables, se alteran, en cuanto su aplicación pudiese frustrar aquel fin. Por ejemplo, el poder de representación concedido para fin de cobro, será irrevocable, pues por la revocación, se frustra, sin duda, el interés del representante de cobrar *directamente*.

### 3. DIFERENCIAS ENTRE LA REPRESENTACIÓN Y OTRAS FIGURAS

#### A) *Representación y transmisión de la declaración.*

La representación es diferente de la transmisión de la declaración de voluntad, y, por eso, son distintas las figuras de representante y de *nunciatus* o mensajero. Distinción que ya afirmamos (8), pero que tratamos ahora más detenidamente.

El representante forma y emite una voluntad *suya* (aunque lo haga en nombre y por cuenta del representado); tiene, al menos, un ámbito de libertad (por ejemplo, en relación a la elección de la otra parte en el negocio, o al objeto de éste, o a su contenido) en el que decide él (y si ha de ajustarse a determinadas instrucciones, éstas marcan los

(7) No cabe duda de que al representante puede interesarle el solo hecho de adquirir ese poder sobre el patrimonio de otro para llevar él la dirección de éste (dentro de los límites que sea). Por ejemplo: hijo con poder de control sobre el patrimonio del padre, al que heredará (por lo que le interesa que en éste entren los derechos que él juzgue preferibles); copropietario con plenos poderes de sus coparticipes en orden a la cosa común, etc.

(8) *Supra*, número 2, A.

límites de su libertad de decisión en el uso del poder de representación; realiza (celebra) por sí el negocio; es *declarante* en éste, o *destinatario* de la declaración (si es representante pasivo). En definitiva, su labor comienza, pues, antes de que la voluntad se declare, si es representante activo, y, si lo es pasivo, consiste en recibir la declaración (recepticia), que, con ello, se perfecciona. El *nuncius* —lo mismo si es *nuncius* de emisión que de recepción—, diferentemente, es sólo un auxiliar, un mero cooperador de hecho —vehículo, instrumento transmisor, portavoz— que contribuye a que la declaración, que ya se le dió formada (por lo cual no es él declarante), llegue a su destinatario; *transmite* o *reproduce* la declaración, mediante la que el *otro* celebra el negocio, pero no lo celebra él, ni siquiera en nombre y por cuenta del otro; y cuando es nuncio de emisión, lo mismo que cuando lo es de recepción, la declaración que transmite (si es recepticia) sólo se perfecciona cuando *enviado por el declarante* la hace llegar al destinatario, o cuando *enviado por el destinatario* transmite a éste la que recibió (9).

Por ejemplo: hay nuncio, cuando éste *dice* a la otra parte en el negocio: “A me ordena comunicarle que vende a usted en cien el objeto X”; hay representante, cuando éste *declara*: “En nombre de A he decidido vender a usted en cien el objeto X”.

En la declaración corporalizada (escrita en carta, por ejemplo) se diferencia claramente la misión del nuncio (que hace llegar a A la carta escrita por B) de la del representante. En la declaración oral es, de hecho, posible que, a veces, haya duda de si se trata de nuncio o de representante. Pero, en todo caso, es evidente que el ser lo uno o lo otro deriva de los antedichos conceptos, y no de la forma de expresarse el sujeto.

Por lo demás, es claro que el propio representante puede valerse de un nuncio para transmitir la declaración que él hace en nombre y por cuenta del representado.

La labor del nuncio comienza después de formada la declaración; lo cual lo distingue no sólo del representante, que forma ésta, sino, también, de aquellos auxiliares —mecanógrafo, por ejemplo— cuyos servicios se utilizan para plasmar la declaración que emite un sujeto, o que, de cualquier manera, cooperan a realizarla o a hacerla inteligible al destinatario (por ejemplo, el intérprete).

A base de lo dicho, resulta claro que, según se trate de nuncio o de representante, deben aplicarse criterios distintos en una serie de puntos:

El nuncio no precisa sino de la capacidad —de hecho— necesaria para poder transmitir la declaración. Puede serlo, pues, un niño o un incapacitado; e incluso no es preciso que comprenda lo que transmite. El representante ha de tener, por lo menos, cierta capacidad negocial (que después veremos), aunque no se le exija la que necesitaría para celebrar para sí el negocio de que se trate.

---

(9) La tarea del nuncio de recepción comienza al recibir la declaración, que ha de transmitir; la del representante pasivo acaba en tal momento.

El conocer o deber conocer, o el ignorar ciertas circunstancias, o la buena o mala fe, que, tratándose de representante, suelen juzgarse habida cuenta de la persona de éste y no de la del representado, nunca se aprecian con respecto a la persona del nuncio.

Diferentemente, en determinados supuestos, son aplicables, por analogía, al nuncio, ciertas normas dictadas para la representación: así, sobre la justificación del poder de representación, sobre la forma del apoderamiento, sobre la ratificación del negocio celebrado sin poder, etc.

### B) *Representación y contrato a favor de tercero.*

Es diferente la representación, del contrato a favor de tercero (C. c., art. 1.257, 2.º), ya que en éste dos personas —una de ellas el estipulante, que es el que podría ser confundido con el representante— celebran entre sí, en nombre y por cuenta propia un contrato dirigido a atribuir un beneficio (generalmente un derecho) al tercero, que es extraño a la conclusión del contrato.

En cuanto *al negocio*, no hay, pues, ninguna semejanza ni entre representante (que actúa en nombre y por cuenta de otro) y estipulante, ni entre representado (en cuyo nombre y por cuenta se actúa) y tercero. En cuanto a *los efectos*, todos los del negocio representativo se producen a favor o en contra del representado y de la otra parte, mientras que, en el contrato a favor de tercero, se producen a favor o en contra de las partes, y *únicamente* resulta, además, la adquisición de un derecho a favor del tercero, cuando éste lo acepta.

### C) *Representación y mandato.*

También es diferente la representación del mandato.

Sin embargo, hasta hace poco ha existido confusión entre ellos, confusión que abarcando, naturalmente, a todo lo que a ambas figuras se refiere, era confusión entre los actos de que una y otro surgen —apoderamiento y contrato de mandato—, y confusión entre representante y mandatario. Y, dentro de esta línea se halla nuestro Código (cfr. arts. 1.709 y sigs.). Pero, actualmente, la distinción se halla establecida de forma clara y aceptada por nuestra jurisprudencia y doctrina.

La relación *material* de mandato tiene su origen en un contrato (negocio bilateral), obligatorio *inter partes*, en virtud del cual el mandatario se compromete a realizar una actividad por cuenta del mandante, pero sin que pueda obrar a nombre de éste.

La representación, como facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro, surge de un negocio unilateral —apoderamiento— (o de la ley) procedente del representado; pero el representante no resulta obligado a nada, como consecuencia de serlo.

Puede darse representación sin mandato. Así, contrato de sociedad, siendo representante un socio; contrato de arrendamiento de

servicios, siendo representante el arrendador; o bien, poder de representación, sin más. Y, asimismo, puede darse mandato sin representación, celebrando entonces el mandatario con el tercero, como si fuese para él, el negocio cuya realización le encomendó el mandante (Código civil, art. 1.717).

Mas también puede darse el mandato unido a la representación (mandato representativo, en el que se unen mandato —contrato— y concesión de poder de representación —acto unilateral— a favor del mandatario), de forma que el mismo sujeto sea, a la vez, mandatario y representante. Entonces, como representante, puede obrar en nombre y por cuenta del representado-mandante, y, como mandatario, tiene la obligación de hacer (obrar) por cuenta y en nombre de aquél lo que le prometió.

#### D) *Representación y gestión.*

Según la letra del Código, la gestión de negocios existe cuando alguien "se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste" (art. 1.888). *Tal gestión da lugar a representación cuando el gestor obra en nombre del dominus.* Se trata de representación sin poder voluntario; pero el negocio representativo puede ser eficaz para el *dominus*, a tenor de los artículos 1.892 y 1.893, que preferimos no analizar, porque las dudas que pueden suscitar son para tratadas, no aquí, sino al estudiar la dudosa figura del cuasicontrato.

#### E) *Representación, mediación y asesoramiento.*

Es diferente la representación de la mediación, en sentido estricto, y del asesoramiento. El mediador no concluye el negocio, sino que sólo facilita su conclusión o la hace posible, poniendo en contacto —bien directamente, bien a través de él— a las partes, y conciliando sus opuestas pretensiones. El asesor se limita a ilustrar, aconsejar o proponer medios adecuados para que la conducta declaratoria del sujeto se ajuste a su voluntad, o para que éste obtenga una mejor protección de sus intereses.

#### F) *Representación y órgano de persona jurídica.*

Es diferente la representación, de la emisión de la declaración de voluntad de las personas jurídicas, mediante sus órganos; aunque, frecuentemente, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina, para aludir a éstos, hablen de "*representantes*" de las *personas jurídicas*.

La persona jurídica tiene tanto sus órganos internos de deliberación y de ejecución, como aquellos externos a través de los que entra en relación con terceros. Ahora bien, ciertamente que son personas físicas (equivocadamente concebidas como representantes de la persona jurídica) las que desempeñan el papel de órganos (así, ge-

rente): pero esto no implica que tales personas físicas celebren, ellas, por sí, el negocio (inexactamente llamado representativo), pero en nombre y por cuenta de la persona jurídica. Es decir, no hay un negocio (representativo) *de* la persona física, pero con efectos *para* la persona jurídica, sino que hay un negocio *de* ésta (y para ésta), realizado por el órgano adecuado para verificarlo, a través del que la persona jurídica desenvuelve su capacidad de obrar, que consiste en una actividad que le es *directamente* imputable a ella.

Lo anterior no excluye, sin embargo, que, al actuar la persona jurídica *mediante* otra persona (física), se creen situaciones a las que, por analogía, sean de aplicación normas referentes a la representación.

#### G) *Representación e interposición real o ficticia.*

Cuando se celebra un negocio en nombre del celebrante y con efectos para él, pero como medio para transferir, después, esos efectos a otra persona, mediante otro negocio, se puede decir que hay interposición de persona (el adquirente en el primer negocio, para transmitir en el segundo). El mecanismo, en estos casos, es el que vimos en la representación indirecta.

Cuando lo que ocurre es que, para ocultar al sujeto para el que verdaderamente es el negocio, se simula celebrarlo con otro, el simulado celebrante (que externamente actúa por cuenta y en nombre propios) no es representante del sujeto oculto, sino que existe nulidad del negocio simulado y validez —si reúne los debidos requisitos— del disimulado, que, en los casos concretos, puede resultar celebrado, bien *directamente* entre la otra parte y el sujeto oculto, bien entre la otra parte y el celebrante simulado, pero no como tal, sino como representante —para el negocio disimulado— del sujeto oculto.

### 4. AMBITO DE LA REPRESENTACIÓN

Suele afirmarse que la representación se admite, como regla, para el negocio jurídico, en general.

Nuestro Código, en la esfera de los actos patrimoniales *inter vivos*, la acoge expresamente para la adquisición de la posesión (art. 439) y para los contratos (art. 1.259).

La representación es posible no sólo en el negocio jurídico, sino también en actos no negociables (por ejemplo: intimaciones, requerimientos, comunicaciones).

La regla de admisibilidad de la representación es, por lo menos, segura en los negocios de Derecho patrimonial *inter vivos*, con las excepciones que procedan, bien de la naturaleza de ciertos negocios, que exigen la actuación personal del interesado, bien de disposición de la ley.

Por lo que atañe a los negocios patrimoniales *mortis causa*, normalmente se halla excluida (C. c., arts. 670, 830), aunque se admita

en limitados aspectos de las disposiciones sucesorias (Cfr. C. c., artículos 671, 831, 1.057).

En el campo del Derecho personal y familiar tampoco suele acogerse la posibilidad de obrar por representante. y cuando, en algún caso, la letra de la ley parece autorizarlo, realmente se está ante un nuncio y no frente a un representante (C. c., art. 87). Y frecuentemente la actuación de los representantes legales, en este campo, se realiza no como representantes, sino como titulares de una potestad, que ejercitan en nombre propio (ya que les compete), pero *en interés* del sometido a ella.

#### 5. REQUISITOS PARA QUE UNA PERSONA PUEDA CELEBRAR UN NEGOCIO EFICAZ PARA OTRA

Dos son los requisitos para que una persona celebre un negocio eficaz para otra:

- 1.º Obrar en nombre y por cuenta de ésta.
- 2.º Obrar con poder bastante.

Cuando se obra sin poder (porque falta totalmente, porque, aun existiendo, se sobrepasan sus límites, o porque se extinguió), en principio, el negocio es ineficaz para el representado, ya que sin aquél nadie puede producir efectos en la esfera jurídica ajena. No obstante, si, aun sin poder, se celebró un negocio en nombre y por cuenta ajena, hay negocio *representativo*, puesto que éste es aquel en el que el sujeto actúa en nombre y por cuenta de otro (aunque no tenga poder para ello) (10). Y el interesado (representado) puede hacerlo suyo (ya es *para él*, pero puede hacerlo *de él*), mediante ratificación.

O sea, en esencia, se puede decir:

1.º Para que haya negocio representativo hace falta obrar en nombre y por cuenta ajena (*contemplatio domini*).

2.º Para que el negocio representativo sea eficaz para el representado es preciso, en principio, tener poder de representación, en cuyo caso lo es desde que se celebra. Pero también puede serlo sin poder, en casos que después veremos (aparición de poder) o mediante ratificación.

---

(10) Puede parecer contradictorio hablar de que se obra "por cuenta ajena", cuando se carece de poder para ello. Pero hay lo siguiente:

Esa expresión significa que se obra *con efectos para otro*; y se adopta a la vista del supuesto (normal) de que tales efectos se den porque los quiere el representante y porque los quiere el representado. Dependen, pues, de ambos; y, entendida la expresión en sentido riguroso, no se puede obrar *por cuenta de otro* (o sea, con efectos para otro), si falta *poder* concedido por éste. Mas ocurre que, independientemente del poder, se habla de obrar "por cuenta de otro" cuando *intencionalmente* se desea el negocio para éste y no para sí, de forma que el que lo realiza lo realiza encaminado a que sea eficaz para éste (aunque luego no lo sea, precisamente por falta de poder).

## 6. LA CONTEMPLATIO DOMINI

A la facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro (facultad que puede provenir de la ley o de la voluntad del *dominus*, que autoriza para celebrar negocios en su nombre y acepta que los efectos de éstos se den respecto de él), se le llama poder de representación. Posteriormente lo estudiaremos. Ahora nos reducimos a tratar de la llamada *contemplatio domini*.

La actuación en nombre y por cuenta de otro —el *dominus*, el representado—, o, más brevemente, el obrar *por otro, agere nomine alieno*, se llama, con afortunada expresión, *contemplatio domini*; que pone acertadamente de relieve que se quiere el negocio, no para sí mismo, sino para aquél, y que, por ello, se desenvuelve la actividad negocial teniéndolo presente (contemplándolo).

Realmente la *contemplatio domini* supone que en el negocio (representativo), no sólo el representante manifieste que obra —o recibe— por otro, sino también que la otra parte, que celebra con él el negocio —o que lo recibe— obre —o reciba—, a su vez, considerándolo *como representante*.

El negocio representativo tiene, pues, sobre el normal, necesidad de la *contemplatio domini*, es decir, de una declaración de voluntad, de los que lo celebran, de eficacia para el representado. A ella son aplicables, en principio, las normas propias de la declaración en general (discrepancias con la voluntad, vicios, etc.). Y si resulta ser inválida, lo es también el negocio representativo, puesto que es inválido como representativo, y, por otro lado, no se quiso para sí (para el representante).

Si el negocio es formal, la *contemplatio domini* debe guardar la forma prescrita para aquél.

Por lo demás, puede ser expresa o tácita. La hay tácita, por ejemplo, cuando la cosa objeto del negocio es conocidamente del *dominus* (*contemplatio ex re*) o cuando se desprende de otras circunstancias (*contemplatio ex facti circumstantiis*) (11) que el negocio no es para quien lo celebra (así, la cocinera que compra en el mercado).

## 7. EL PODER

A) *El poder en general.*

El poder es la facultad de representación o de celebrar negocios jurídicos para otro.

Puede haber sido atribuido por la ley o por voluntad del representado; como ya vimos: representación legal y voluntaria.

---

(11) Sobre los artículos 1.717, 2.º *in fine* del C. civil, y 287 del C. de Comercio, cfr. lo dicho *supra*, número 2, C. *in fine*.

Sin embargo, en sentido estricto, se utiliza el término *poder* para significar exclusivamente la facultad de representación concedida por voluntad del interesado, mediante negocio jurídico. También se utiliza tal término para designar el negocio jurídico —apoderamiento— por el que el poder se concede, y el documento en el que aquél se otorgó (así, cfr. art. 1.733, *in fine*).

A continuación examinamos la concesión del poder mediante negocio jurídico; después trataremos del poder conferido por la ley.

## B) *El apoderamiento.*

a) *Concepto y naturaleza.*—El negocio jurídico de concesión u otorgamiento de poder se llama *apoderamiento*.

El apoderamiento es un negocio unilateral, constituido por la declaración de voluntad del poderdante. Aun en el caso de que vaya unido a otro negocio no unilateral, o se otorgue sobre una relación básica bilateral, o forme parte de una regulación más compleja —así, cuando se presenta ligado a un contrato de mandato o de sociedad—, no se altera su naturaleza, pues la concesión de la facultad de representación, que es su esencia, se produce por la sola voluntad del representado.

En nuestra ley hay argumentos concretos en pro de la unilateralidad. Así, art. 1.259: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar *por éste* autorizado...”. Queda, pues, suficientemente claro que el poder lo crea la voluntad del que lo otorga (12).

La declaración de voluntad del poderdante es una declaración recepticia.

No hay acuerdo, sin embargo, en quién es su destinatario: si el representante, el tercero para celebrar el negocio con el cual se otorga el poder, o cualquiera de ellos indistintamente. En nuestra doctrina predomina esta última tesis, que consideramos aceptable.

Se denomina apoderamiento *interno* al conferido frente al representante, y *externo* al declarado al tercero.

De la declaración frente a uno u otro, debe distinguirse el llevar, posteriormente, a conocimiento del otro o del uno, el haber conferido poder, que se perfeccionó mediante aquélla.

Cuando el poder no se otorgue para celebrar el negocio representativo con determinado tercero, habrá de otorgarse por declaración al representante.

En la ley no hay, sin embargo, textos en los que apoyar de forma contundente lo dicho; pero, sin duda, puede basarse en los que

---

(12) Que también el art. 1.733—“El mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato”—sea argumento que apoye la unilateralidad, sólo es admisible si se estima que en ese artículo el término *mandato* quiere decir exclusivamente *poder*, y no *mandato*, pues la posibilidad de que el derecho a obtener la devolución del documento derive de que la concesión es unilateral, queda excluida si el derecho a la devolución se extiende al caso del *mandato*, negocio *bilateral*.

fundamentan el carácter recepticio, y los posibles destinatarios, de la revocación (13), ya que se trata de dos declaraciones, aunque de contenido inverso, análogas por lo demás. Por lo demás, regulando la ley el mandato (y en confusión con él, el poder) no podría servirnos de argumento —en pro de que fuese recepticia la declaración de apoderamiento, y de que pudiese dirigirse al apoderado, pero no al tercero— lo que la ley pudiese decir para el mandato, ya que, evidentemente, siendo éste un *contrato*, la declaración del mandante ha de ser *recepticia* y encaminada al mandatario.

b) *Apoderamiento y relación subyacente*.—El apoderamiento puede otorgarse solo (A nombra representante a B, sin más, pensando simplemente en que en el futuro pueda sustituirle, si es preciso), o unido a otros negocios (por ejemplo, mandato, arrendamiento de servicios, sociedad, etc.), que son explicación del otorgamiento de aquél, relaciones subyacentes o básicas respecto al mismo, y que generalmente constituyen un negocio de gestión por el que el sujeto a quien se nombra representante se obliga a hacer algo, la ejecución de lo que le es posibilitada por la facultad de obrar en nombre del poderdante.

Frecuentemente se denomina *causa* del apoderamiento a esa relación subyacente; sin embargo, preferimos no utilizar tal terminología, en evitación de confusiones con el concepto de causa que aceptamos, según el cual, causa del apoderamiento es su *fin*: que el representante pueda obrar en nombre y por cuenta del poderdante, siendo para éste los efectos del negocio representativo.

Un gran sector de doctrina que entiende por causa del apoderamiento la mencionada relación subyacente, afirma que es un negocio abstracto, en cuanto que ni recoge aquélla ni depende de la misma. Por ejemplo, A y B celebran un contrato de mandato, y, además, A otorga un poder a favor de B (pero sin que en él se recoja la previa celebración del mandato), para que le represente en la celebración de los negocios que debe concluir en ejecución de aquél.

Por nuestra parte, como pensamos que en los casos concretos el apoderamiento se puede dar, bien desconectado de cualquier relación básica, bien ligado a una de ellas, creemos que cabe afirmar que puede no recibir o recibir influencia de las mismas, pero que, de por sí, es independiente.

c) *Capacidad*.—Dos criterios se suelen mantener en orden a la capacidad que ha de tenerse para otorgar el poder. Según uno, a falta de reglas especiales, hay que acudir a las generales para realizar negocios jurídicos. Según otro, para otorgar poder se precisa la capacidad necesaria para celebrar el negocio para el que aquél se concede, y los complementos de la misma exigidos para éste: así, pues, no podrá, por ejemplo, un menor emancipado otorgar, sin el consentimiento de su

---

(13) Véase *infra*, número 7, 1.

padre, madre o tutor, poder para que le sean enajenados bienes inmuebles (Cfr. art. 317) (14).

La tesis de que sea precisa la capacidad necesaria para el negocio representativo, se apoya en el que al darse el poder, se hace posible la celebración de aquél, y en que exigir la capacidad general, *resulta excesivo*, cuando el poderdante puede celebrar, con menos capacidad, el negocio para el que apodera a otro, y *resulta insuficiente*, si para este negocio hace falta una capacidad superior a la general. Y la tesis de que sea precisa la capacidad general, se apoya: en que un negocio jurídico ha de regirse por sus reglas especiales, y, en su defecto, por las generales a su categoría; en que falta en la ley una norma de remisión a la capacidad requerida para el negocio representativo; y en que una cosa es éste y otra el apoderamiento, y si bien cuando se realice aquél, deberá ser capaz de realizarlo por sí el representado, cuando otorgue el poder no precisa una capacidad que la ley sólo exige para el acto futuro.

Ciertamente, una cosa es el negocio de apoderamiento y otra el negocio representativo; por lo que cabe pensar en capacidades distintas para uno y para otro. Pero no es menos cierto que también cabe pensar —como hace una extendida opinión— que la capacidad para aquél viene determinada por la capacidad para éste, por la propia naturaleza de las cosas y sin necesidad de disposición particular que lo establezca.

Lo más seguro nos parece —dada la materia en que nos hallamos y los intereses en juego— entender que para otorgar poder basta la capacidad para celebrar el negocio representativo, cuando ésta sea menor que la general, y basta la capacidad general, en cualquier otro caso.

El Código contiene, como norma particular aplicable al poder, el artículo 1.732, 3.º, que si bien dictado para la *extinción* del mandato, vale para la *concesión* del poder, ya que, por un lado, muestra ley confunde poder y mandato, y, por otro, el *extinguirse* por tales causas —interdicción, quiebra e insolvencia del mandante— es argumento en pro de que no pueden *otorgarlo* las personas en quienes concurren (15).

Al igual que decíamos para el poderdante, una cosa es la capacidad que haya de tener el representante en el momento en que celebre el negocio representativo, y otra la que pueda serle precisa para recibir el poder. Incluso, desde un punto de vista puramente lógico, se podría defender que el poder lo puede recibir cualquiera —ya que ni le obliga ni le perjudica— y que otra cosa es que no pueda utilizarlo, si carece de la debida capacidad de obrar en el momento en que hubiese de celebrarse el negocio representativo. Mas, para nuestro Derecho positivo, no puede resolverse la cuestión en pura lógica, pero sin considerar los argumentos que resultan de lo establecido para el mandato, pues, aunque existe la radical diferencia de que el mandatario se obliga y el apoderado no, sin embargo, no parece acorde con el espíritu de una

(14) Se suele alegar, contra esto, una antigua Resolución del Ministerio de Ultramar, de 20 de marzo de 1897, generalmente mal interpretada.

(15) Véase también artículo 169 del Reglamento Notarial.

legislación que, como la nuestra, confunde mandato y poder, juzgar cuál sea la capacidad necesaria para ser apoderado, con independencia del criterio legal sobre la necesaria para ser mandatario (capacidad que se deduce, no sólo del artículo 1.716, sino del espíritu del 1.732, 3.º).

A base de lo anterior, creemos que se puede sentar el siguiente razonamiento, según el punto de vista de nuestro Derecho positivo:

Puesto que el negocio representativo (a que se encamina el apoderamiento) no es *para* el apoderado, no hace falta a éste la aptitud para recibir los efectos de aquél; pero como ha de *obrar* —aunque en nombre y por cuenta del poderdante— no se puede nombrar representante a un incapaz de hacerlo. Ahora bien, a efectos de recibir apoderamiento, las normas sobre capacidad de obrar son las generales, salvo que se admite la capacidad del menor emancipado, incluso para aquellos actos que, si fuesen para él, requirirían la asistencia de otras personas (padre, tutor) o la mayoría de edad (art. 1.716, principio).

ch) *Forma*.—El negocio jurídico de apoderamiento puede estar constituido —como, en principio, cualquier otro— por una declaración de voluntad expresa o tácita (C. c., art. 1.710, 1.º).

En general, no está sometido a forma *ad solemnitatem* (C. c., artículo 1.710, 2.º); no requiriendo, por tanto, aquella que se pueda exigir para el negocio para cuya celebración se concede poder. La no necesidad de forma, es aplicación de la regla general de libertad de ésta, que acoge nuestro Derecho.

Sin embargo, según una opinión, cuando la exigencia de forma *ad solemnitatem*, para el negocio representativo, persigue ciertos fines —tales como, por ejemplo, garantizar la autenticidad de la voluntad de las partes o asegurar la seriedad de la misma—, esos fines requerirían que la forma la revistiese no sólo el negocio representativo, sino también el apoderamiento otorgado para celebrar éste, ya que, en otro caso, el fin perseguido por la forma se frustra al no declararse solemnemente la voluntad de apoderamiento.

Según el artículo 1.280, 5.º, deberán constar en documento público: “El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deben presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o ha de perjudicar a tercero.”

Ahora bien, el sentido y alcance del artículo 1.280, es sabido que —a tenor del artículo 1.279— no es el de establecer una exigencia de forma *ad substantiam*.

d) *Pluralidad de sujetos*.—El apoderamiento puede proceder de más de un poderdante, y establecerse a favor de varios apoderados. En tales hipótesis se habla de poder plurispersonal (activa o pasivamente, o activa y pasivamente); mientras que si hay un solo poderdante y un solo apoderado, se califica al poder de unipersonal.

Naturalmente, hay que salvar el caso de que la pluralidad sea meramente externa (así, apoderamientos realmente distintos, pero unidos en un mismo documento); en él hay varios poderes unipersonales.

Sólo interesa ahora ver si el apoderamiento plurispersonal implica

la necesidad de que los varios apoderados actúen conjuntamente o de que el apoderado por varios actúe para todos ellos.

Evidentemente, en este segundo caso, nada obliga, en principio, a que cualquier negocio representativo que se celebre haya de ser para todos los poderdantes. Así, apoderado por A, B y C, el representante D puede celebrar una compraventa en el solo nombre de A. Ahora bien, si el representante actúa para todos, salvo voluntad contraria, debe entenderse que aquéllos forman una sola parte, con iguales cuotas, en el negocio representativo: así, por ejemplo, si D compra una finca en nombre de A, B y C.

Si el poder concedido a varios es para cosas distintas o para unos en defecto de otros (a cada uno bajo la condición de que falte el anterior) o para unos después de otros, no hay realmente problema. Pero, cuando se trata de apoderar para lo mismo a varios a la vez, puede ocurrir que se les quiera como representantes solidarios (cada uno puede obrar por sí solo), o bien como mancomunados o colectivos (sólo están facultados para representar, obrando todos juntos). Se trata de una *quaestio voluntatis*, en la que no pueden aplicarse reglas como las establecidas por la ley en materia de obligaciones en general (art. 1.137) o de mandato (art. 1.723) (16), pues son situaciones dispares respecto a la ahora estudiada.

e) *Objeto*.—Por su objeto, el apoderamiento es general o especial.

El Código dice que: “El mandato [poder] es general o especial. El primero comprende todos los negocios del mandante [poderdante]. El segundo, uno o más negocios determinados” (art. 1.712).

Naturalmente, “*todos* los negocios del poderdante” a lo más, puede entenderse como todos los negocios que admiten representación. Por otro lado, también puede ser general el poder cuando alcanza a *todos* los negocios de una cierta esfera (todos los que el poderdante tenga en cierto país, o en cierto género de industria, etc.).

El poder especial alcanza no sólo al negocio o negocios determinados a que se refiera, sino también a lo necesario para realizar éstos.

La anterior división se apoya, pues, en el objeto del poder: en que éste se confiera para *asuntos*, o recayendo sobre *cosas*, determinados, o bien para una generalidad de aquéllos o de éstas. Así, es poder general el que permite administrar todos los bienes del poderdante, y especial, el que faculta, con respecto a la finca X, para administrarla, gravarla, enajenarla, o realizar cualquier negocio atinente a ella.

Ahora bien, puede ser dudoso a qué objetos alcance el poder. Se trata de una cuestión a resolver, naturalmente, según las reglas generales de interpretación de los negocios, habida cuenta de la declaración del poderdante y de todos los datos manejables en la función interpretativa, siendo de especial interés tener en cuenta la relación subyacente al poder (mandato, arrendamiento de servicios, etc.).

(16) El artículo 1.731 no contempla sino el caso de varios mandantes.

f) *Extensión*.—Cosa distinta del objeto del poder es la extensión de las facultades que se den al representante (*contenido* del poder). Por ejemplo, A apodera a B en lo concerniente a la finca X, pero, ¿sólo para actos de administración? ¿o también de gravamen, enajenación, etc.?

Presupuesta una exacta fijación de lo anterior (objeto), la amplitud de las facultades concedidas por el apoderamiento (extensión del poder), también es, en principio, una *quaestio voluntatis*.

Los límites del poder son el borde de su extensión; y el representante no puede sobrepasarlos: “El mandatario [representante] no puede traspasar los límites del mandato [poder]”, dispone el artículo 1.714; y el 1.715: “No se considerarán traspasados los límites del mandato [poder] si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante [poderdante] que la señalada por éste”.

Ahora bien, la ley no deja a la libre voluntad del sujeto todo lo relativo a los términos en que ha de declarar su voluntad de apoderamiento, sino que exige para ciertas facultades la concesión *específica* (o *especial*, según otra terminología, que se presta a confusión con la distinción del poder en general y especial; o *expresa*, según dice el propio Código, artículo 1.713, 2.º, *in fine*, término que no se refiere a que la voluntad haya de declararse *expresamente*, sino a que, aun de forma tácita, se atribuya *específicamente* la facultad de que se trate), quedando así excluida la posibilidad de su atribución mediante apoderamiento “concebido en términos generales” —según la terminología del Código, artículo 1.713, 1.º—, o mediante “poder general” —según otra expresión usada frecuentemente, pero que puede producir confusión con el sentido que le atribuimos más arriba (17)— (como si se dijese: “Nombro a A mi representante, pudiendo hacer por mí todo lo que pueda hacer yo mismo”):

“El mandato [poder] concebido en términos generales —dice el artículo 1.713— no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejercer cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato [poder] expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores”.

Creemos que se trata de normas imperativas, con omisión de investigación de lo querido. Incluso cuando pudiera saberse que una de esas facultades (para las que se exige poder *expreso*) quiso atribuirse por el poderdante, y, además, su atribución quepa en la letra de la declaración de apoderamiento (como, en el ejemplo anterior, cabe la facultad de enajenar, cuando B dice: “Nombro a A mi representante, pudiendo hacer por mí todo lo que pueda hacer yo mismo”), el poder concebido en términos generales no es suficiente para atribuirla. Sirviendo de *ratio* a aquellas normas —y a una abundante y casuística jurisprudencia—

(17) *Supra*, sub. e.

cia atinente a esta materia— la consideración de que, de admitir lo contrario, sería sumamente difícil en innumerables ocasiones probar la exclusión de determinadas facultades —que no se pensaron conceder—, de una declaración que correctamente interpretada las abarcaría todas; cosa que se evita exigiendo la mención particular, con lo que queda fuera de duda y de polémica que la voluntad se encaminaba también a ellas *in concreto*.

g) *Subrepresentación y sustitución*.— El representante puede tener o no facultades para nombrar otro representante. Se trata, simplemente, de que, entre los negocios representativos que el poder le permite celebrar, se encuentre o no el apoderamiento.

Nada dispone, específicamente, el Código sobre lo anterior. Por ello, en cada caso concreto, habrá que juzgar, a tenor de las reglas generales, la extensión del poder, para ver si éste autoriza o no a nombrar, en nombre y por cuenta del representado, otro representante para aquél.

Cuando, obrando en nombre y por cuenta del representado, el representante nombra un nuevo representante, puede ocurrir:

1.º Que se quiera la extinción del primer poder (cfr. art. 1.735); en cuyo caso, en adelante, habrá sólo un nuevo representante, quedando eliminado el primero, cuyo poder resulta revocado tácitamente (1). En esta hipótesis se habla de transmisión de poder, pero, realmente, se trata de un apoderamiento nuevo, de igual contenido que el antiguo, que el primer apoderado otorga, en virtud de su poder, en nombre y por cuenta del representado.

2.º Que, además de nombrar otro representante, se quiera mantener el primer poder, existiendo, así, dos representantes, con igualdad de facultades, que pueden ser solidarios o colectivos.

3.º Que se quiera mantener el primer poder, pero nombrando (también el primer representante, en nombre del representado) otro representante para algunos negocios singulares de los que entran en aquel poder. En este caso se habla de subapoderamiento, en sentido estricto.

4.º Que se quiera mantener el primer poder, pero nombrando (siempre el primer representante, en nombre del representado) otro representante para cualesquiera asuntos del representado, que no entrasen en el poder del primer representante, que respecto de ellos, sólo tenía *poder para apoderar*.

En los casos anteriores, el segundo representante resulta nombrado en virtud de un negocio representativo —celebrado por el primer representante, en nombre del representado—, de forma que sus efectos se producen en cabeza de éste: por lo que el segundo representante lo es, sin más, del representado; y la posible responsabilidad del primer representante por el nombramiento del segundo, se juzga

---

(18) Para esto, es claro que el primer representante tiene que tener poder no sólo para apoderar a otro, sino para revocar su propio poder.

a tenor de las reglas sobre realización de los negocios representativos.

En adelante, por brevedad, hablaremos de subrepresentante para referirnos al segundo representante, en cualquiera de los anteriores supuestos de representante nombrado por el representante.

El nombramiento de subrepresentante, cuando se carece de facultades para ello, es una extralimitación de poder, susceptible de ratificación (art. 1.727, 2.º). En cuanto a lo hecho por el subrepresentante nombrado, está, evidentemente, hecho sin poder, y también es ratificable directamente por el *dominus*. Si la ratificación se concede al nombramiento de subrepresentante, entendemos que abarca —en principio— a los negocios que éste concluyó.

Distinto de todo lo anterior es la facultad del primer representante para nombrar un sustituto:

El nombramiento de sustituto no es un negocio representativo. El representante no nombra en nombre del representado un sustituto para sí, sino que en nombre propio, es decir, sin representar a aquél, se designa, a sí mismo, un representante. Que se suele calificar de sustituto porque obrará por el representante; pero que al obrar por éste, realiza la conducta que éste había de realizar para el representado.

En resumen, el llamado sustituto, no es un representante del representado primero, sino que es simplemente un representante del representante, que, al representarlo, obra *para* el representado: por ejemplo, A (sustituto) en representación de B (primer representante) celebra un contrato en nombre de C (representado).

La facultad de nombrar otro representante —facultad de subrepresentación— para el representado, es contenido del poder de representación otorgado por éste, ya que tal facultad se encamina a realizar un acto representativo (nombrar, en nombre del representado, un representante).

La facultad de nombrar un sustituto —facultad de sustitución—, puesto que no se encamina a un acto representativo (sino a designarse, en propio nombre, un representante), no es contenido del poder otorgado por el representado. Es, diferentemente, una facultad que, fuera del poder de representación —aunque materialmente se conceda unida a éste o en el mismo acto de conferir aquél— puede otorgar el representado al representante, cuando no tenga interés decisivo en que éste actúe personalmente. Tal facultad también la puede conceder la ley; y en nuestro Derecho se da al representante siempre que el representado no la haya prohibido: “El mandatario [representante] puede nombrar sustituto, si el mandante [representado] no se lo ha prohibido” (artículo 1.721, principio) (19).

---

(19) La jurisprudencia es poco feliz, en lo referente al subapoderamiento y a la sustitución, que no distingue debidamente, aludiendo, además, confusamente, a poder y a mandato—nombramiento de sustituto por el mandatario, que puede, por ello, quedar desligado de sus obligaciones para con el mandante; cosa cierta, pero que supone transmisión de obligaciones o cesión de contrato (de mandato)—: cfr., principalmente, sentencias de 6 de diciembre de 1897, 22 de noviembre

El Código dispone que “lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante [representado] será nulo” (art. 1.721, *in fine*).

Ahora bien, no sólo se trata de ver la validez y eficacia de lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición —que es el caso contemplado en la ley—, sino también de ver las del propio nombramiento.

El representante puede —como cualquiera— nombrar un representante para sí; pero lo que —por la prohibición— no puede hacer es que éste, al representarle a él, obre con eficacia para el representado (20). Tanto, pues, el nombramiento como la actuación del representante (sustituto) del representante, son *inoperantes* para el representado. Y, aunque el artículo 1.721, *in fine*, hable de “nulo”, creemos que el representando puede ratificar lo que el sustituto (obrando como representante del representante) haga para él.

Cosa diferente de la sustitución es la responsabilidad por la gestión del sustituto. Punto que absorbe principalmente la atención que nuestra ley dedica a esta materia. Tal responsabilidad alcanza al representante cuando no se le dió facultad para nombrarlo (21) o cuando, aun habiéndosele dado, pero sin designación de la persona del sustituto, nombra a uno notoriamente incapaz o insolvente (art. 1.721, núms. 1.º y 2.º).

Aparte de las acciones normales, en los dos casos anteriores, el representado tiene acción directa contra el sustituto (art. 1.722).

de 1919, 25 de junio de 1920 y 14 de diciembre de 1943. En ésta, que perfila mejor algunos de los puntos antes promiscuamente manejados, se dice que “si bien el art. 1.721 del C. c. no señala diferencia alguna entre la transmisión del mandato y su sustitución o delegación, varias sentencias de esta misma Sala, entre otras las de 6 de octubre de 1891, 16 de diciembre de 1897, 8 de mayo de 1920 y 25 de enero de 1925, de acuerdo con la doctrina científica dan a conocer que la transmisión se opera cuando el mandatario, obrando en nombre del mandante y en virtud de facultades por éste conferidas, con o sin designación de la persona del sustituto, traslada a otro las facultades de que fué investido, con el efecto de quedar desligado del mandato y puesto en su lugar el sustituto para actuar a nombre del mandante, en relación directa con él; en tanto que por la delegación o sustitución, el mandatario hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del mandato, bien mediante un poder que le otorga en nombre propio, ya simplemente traspasándolo en confianza la cosa y el recargo recibido, sin desligarse en ninguna de estas formas de sus relaciones jurídicas con el mandante, para con el cual queda responsable el sustituyente de los actos de estos auxiliares que designa por propia iniciativa.”

(20) Es decir, entre los actos representativos que, como representante suyo le encomiende, no puede estar la realización de actos representativos *para* el representado.

(21) La facultad de nombrar sustituto, aunque, como dijimos, no es *contenido* de negocio de apoderamiento, sin embargo, es efecto *normal* del otorgamiento de éste, en el sentido de que —fuera de él— se entiende *concedida naturalmente* al apoderado. Este, por tanto, la tiene, si no se le priva *positivamente* de ella (prohibiendo la sustitución: art. 1.721, principio). Ahora bien, entre tenerla como efecto *natural* o tenerla como efecto establecido *directamente* por voluntad del poderdante, media la diferencia de que es menos o más ligera la eventual responsabilidad del representante por el nombramiento de sustituto.

Cuestión claramente distinta de la subrepresentación y de la sustitución, es la utilización por el representante de auxiliares que le ayudan en orden al negocio representativo. Caso de ello es la utilización de nuncio.

h) *Elementos accidentales*.—El apoderamiento puede hacerse bajo condición o a término.

i) *Invalidez*.—El apoderamiento, como negocio jurídico, puede ser inválido por las causas generales de invalidez de los negocios, y, entre ellas, naturalmente, por vicios de la voluntad o porque ésta discrepe de la declaración.

En principio, habrán de aplicarse las reglas pertinentes al supuesto de invalidez de que se trate. Pero se debe advertir que si el poder es revocable, mientras que no se haya usado, es superflua la impugnación, ya que, para destruirlo, basta, sin más, con revocarlo.

j) *El poderdante conserva la facultad de celebrar él el negocio representativo*.—Por último, conviene advertir que el otorgamiento de poder no quita, de por sí, al poderdante, la facultad de realizar personalmente el negocio para el que aquél se concedió, ni la de conceder también poder a otra persona para que lo verifique (cuestión distinta es que la concesión del segundo poder pueda suponer revocación tácita del primero).

k) *Justificación del poder*.—La existencia del apoderamiento debe justificarse por quien la alegue (22); y el poder concedido debe considerarse vigente, mientras que no se pruebe lo contrario (23).

l) *Extinción*.—El primer lugar, es seguro que el poder se extingue por las causas generales a cualquier relación jurídica, como serían, el cumplimiento de la condición resolutoria puesta al apoderamiento, o la llegada del término final, o la celebración del negocio para el que se concedió, o el hacerse este imposible, etc.

Aquí no procede hacer un examen particular del tema, sino sólo invocar la aplicabilidad de las reglas generales.

El segundo término, hay que afirmar que cuando el poder se otorga en consideración a una relación básica, se extingue —salvo voluntad contraria— con ésta. Mas si el otorgamiento *por* un relación básica no se recoge ni expresa ni tácitamente en el apoderamiento, debe presumirse que se trata de un poder independiente.

Por último, hay que referirse a las causas peculiares y directas de extinción del poder:

La doctrina dominante actualmente en España entiende que a este punto es aplicable lo que en el Código se dispone para el mandato, a cuyo tenor: “El *poder* se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia del *representante*. 3.º Por muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del *representado* o de *representante*”.

Ciertamente que no se trata aquí de ver si debieran o no ser tales las causas de extinción, o si sería más acertado haber acogido otras o su-

(22) Cfr. T. S. sentencia de 30 de octubre, de 1906.

(23) Cfr. Resoluciones de 29 de noviembre de 1900 y de 26 de junio de 1912.

primido alguna; pues, sin duda, las hay de fundamento muy discutible, sin necesidad de salir de su aplicación al mandato. Se trata, solamente, de ver si el aceptarlas la ley para el mandato, permite aplicarlas al poder. Por nuestra parte —con las salvedades que después haremos—, creemos que sí, siguiendo en esto la opinión preponderante. Opinión que se apoya en que, dada la confusión de nuestro Código entre mandato y poder, es aplicable a éste lo establecido para aquél, ya que, por otro lado, en lo que a las causas de extinción importa, uno y otro presentan situaciones análogas.

En particular conviene referirse ahora a cuestiones que plantean algunas de ellas.

*Primera.*—La revocación es causa de extinción. Consiste en la declaración de voluntad del poderdante, de poner fin al poder. Declaración unilateral, por tanto, y recepticia. Pero, como para la concesión de poder, no hay acuerdo sobre si se dirige al representante, al tercero para celebrar el negocio con el cual se otorgó aquél, o a cualquiera de ambos. Pensamos que esta última solución es preferible, y que aunque no encuentre apoyo absoluto —como frecuentemente se estima— en los artículos 1.734 y 1.735 (24), sin embargo, es la más concorde con el espíritu de los mismos.

La revocación puede hacerse expresa o tácitamente. Pudiendo constituir la tácita conductas como las siguientes: 1.º Gestionar personalmente el poderdante el negocio para el que se apoderó a otro. 2.º Nombrar nuevo representante para el mismo negocio —artículo 1.735—. 3.º Reclamar al representante la devolución del documento en que conste el poder (que el art. 1.733 contempla, no como supuesto de revocación tácita, sino como consecuencia de una previa revocación). Claro está que es posible que tales conductas no respondan a voluntad revocatoria, como, por ejemplo, cuando de lo que se trata es de tener dos representantes en vez de uno (excepción al artículo 1.735) o de recuperar el documento en el que consta el poder, por razones distintas a la de revocación.

Por excepción, el poder puede ser irrevocable cuando por pacto se ha suprimido la facultad de revocarlo, o cuando se otorga por una relación básica que excluye la revocabilidad (C. c. art. 1.692, 1.º; poder conferido a base del acuerdo de que lo que reciba para el representado se lo quedará el representante en pago de lo que aquél le debe, etc.) (25). Sin embargo, aun en esos casos, se debe entender que si no es

---

(24) El primero, no implica que la revocación sea declaración recepticia, para el tercero, sino solamente que, aunque se perfeccione antes de que éste la conozca, no le perjudica. El segundo, literalmente, significaría una declaración recepticia *para el representante*; pero parece que no porque excluya el que pueda dirigirse al tercero, sino porque contempla sólo el caso de revocarse frente a aquél.

(25) Cfr. en tal sentido, también, la jurisprudencia: así, sentencias como las de 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944, 3 de junio de 1950, 26 de noviembre de 1954, etc.

revocable *ad libitum*, si lo es cuando media justa causa (así 1.692, 1.º *in fine*).

*Segunda.*—Consideramos que la renuncia del representante no es medio apto para extinguir el poder. Lo es para poner fin al mandato, que surge de la unión de voluntades de mandante y mandatario, porque por su sola voluntad se puede desligar un sujeto de un vínculo contractual, como el mandato, cuando la ley se lo permite (art. 1.732, 3.º); pero por su renuncia no puede impedir el representante hallarse autorizado para obrar en nombre y por cuenta de otro, cuando tal autorización procede—acto unilateral—de la sola voluntad del otro. Lo mismo que no se puede impedir ser amado u odiado (26).

*Tercera.*—Por *interdicción* debe entenderse no sólo el concepto concreto a que alude este término, en sentido estricto, sino cualquier otra causa de incapacidad declarada. E *insolvencia* significa *concurso*.

Extinguido el poder, el representado puede compeler al representante a la devolución del documento en que consta aquél (art. 1.733).

II) *Subsistencia de los efectos del poder extinguido.*—A pesar de la extinción del poder, la ley, en ciertos casos, establece el mantenimiento de la eficacia del mismo, como si existiese. Se pretende con ello proteger al representante y a los terceros que ignoran sin responsabilidad la mencionada extinción. Por tanto, son posibles los supuestos siguientes (ya que si la conocen ambos, o debieron conocerla, no hay problema):

*Primero.*—No la conoce ninguno.

Entonces todo ocurre como si el poder subsistiese: “Lo hecho por el mandatario [representante] ignorando la muerte del mandante o cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato [poder], es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe” (art. 1.738).

*Segundo.*—La conoce el tercero y la ignora el representante.

El negocio representativo es inválido (argumento *a contrario* artículo 1.738).

*Tercero.*—La conoce el representante y la ignora el tercero.

Hay que subdistinguir:

1.º Poder dado para celebrar el negocio representativo con *determinadas personas*.

Su revocación no puede perjudicar a éstas: “Cuando el mandato [poder] se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber” (art. 1.734).

Creemos que debe entenderse que no es preciso *hacerles saber*, sino que basta con que, de cualquier forma, conozcan la extinción.

Se estima por muchos que por identidad de *ratio*, es aplicable lo dispuesto en el artículo 1.734 al supuesto de poder que aun no otorgado

---

(26) Cosa distinta es que se pueda no utilizar el poder de representación conferido.

para celebrar el negocio representativo con *determinadas* personas, sin embargo, se notifica *especialmente* a alguna.

También se considera que aunque el artículo 1.734 se refiere sólo a la *revocación*, por analogía, debe aplicarse a las demás causas de extinción.

El posible perjuicio del tercero se evita dando validez y eficacia al negocio representativo, respecto al representado; y siempre éste puede exigir responsabilidades al representante.

2.º Poder *no dado* para celebrar negocio representativo con *determinadas personas*.

Interpretando *a contrario sensu* el artículo 1.734, hay que llegar a la conclusión de que la extinción del poder perjudica a los terceros que, sin saberlo, hayan celebrado el negocio con el *ex* representante. Aunque, naturalmente, puedan aquéllos exigir responsabilidad a éste (argumento art. 1.725).

m) *Gestiones en curso*.—Aun extinguido el poder, en ciertos casos el representante o sus sucesores (si se extinguió por muerte de éste) se hallan obligados a continuar en el ejercicio de sus funciones. Se afirma, entonces, que tal continuación no tiene carácter representativo, sino que se trata sólo de *gestiones* derivadas de la *anterior* representación. Mas, ciertamente, es pensable que, en algunos supuestos, éstas hayan de desarrollarse mediante la realización de algún nuevo negocio en nombre y por cuenta del representado. Lo cual daría lugar realmente a un poder de representación conferido *ex lege* con carácter provisional:

“Debe también [el representante] acabar el negocio que ya estuviere comenzado al morir el mandante [representado], si hubiere peligro en la tardanza” (art. 1.718, 2.º). “El mandatario [representante], aunque renuncie al mandato [representación] (27) con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante [representado] haya tomado las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta” (artículo 1.737). “En el caso de morir el mandatario [representante], deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante [representado] y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste” (art. 1.739).

El deber de los herederos del representante, naturalmente, presupone el que éstos conozcan la existencia de la representación y del negocio representativo en curso; y, asimismo, su capacidad suficiente, pues, en otro caso, parece natural que sean los representantes legales del heredero incapaz quienes deban obrar por éste.

### C) *El poder procedente de la ley.*

Como sabemos, el poder de representación puede conferirlo la ley: representación legal.

(27) Ya dijimos que el poder no es renunciable, pero, sin embargo, se trata ahora de que quien hubiese comenzado a representar no pueda abstenerse de continuar haciéndolo, cuando concurran las circunstancias del texto.

Por la diferencia entre las necesidades y supuestos a que proveen las representaciones voluntaria y legal, tenemos que señalar, junto a las semejanzas entre lo relativo a los poderes voluntario y legal, también puntos en que discrepan.

El representante legal queda investido del poder al serlo del cargo, potestad, etc., a cuyo titular se concede aquél, y, por lo general, tal poder se extingue, también, juntamente, con éste (28).

El representado es incapaz (29). Precisamente por eso la ley le asigna un representante que obre por él. La capacidad exigida al representante no puede ser sino la requerida para el cargo o potestad a cuyo titular se confiere la representación (30).

Generalmente se designa un solo representante legal (el padre, el tutor), pero en algunos casos, son varios (así, L. E. C. arts. 1.210 y siguientes).

El ámbito a que se extiende la representación y las facultades concedidas al representante varían según la representación legal de que se trate; e incluso dentro de una misma clase puede no ser igual en todos los supuestos (así, el art. 221, 2.º, dice que la sentencia declarando la prodigalidad “determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, *las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre...*”).

La justificación del poder no requiere sino probar que se ostenta el puesto a cuyo titular se otorga la representación legal de que se trate. Que el negocio, que en concreto sea, caiga o no dentro del poder, no precisa de especial justificación, sino que basta alegar la norma en que se atribuya al representante la facultad de realizar ese tipo de negocio. Cuando la extensión de aquél no esté precisada exactamente en la ley, sino que pueda variar, hará falta justificarla adecuadamente (así, con la sentencia de prodigalidad: art. 221, 2.º).

Creemos que, cuando por analogía proceda, deberá aplicarse, dentro de los límites oportunos, lo dicho al hablar de la representación voluntaria, sobre la subsistencia de los efectos del poder extinguido (31) y sobre las gestiones en curso (32).

En cuanto a la posibilidad de subapoderamiento o sustitución en la representación legal, hay que distinguir: por un lado, el cargo y las funciones—patria potestad, tutela—para los cuales, ciertamente, el sujeto que los ostenta o desempeña no puede designar un representante

(28) Hay excepciones, sin embargo: por ejemplo, la prodigalidad no priva de la patria potestad, pero quita al pródigo el poder de obrar en lo patrimonial representando a los hijos sometidos a aquélla (C. c., arts. 224 y 225).

(29) Siéndolo, no ocurre como en la representación voluntaria, donde el poderdante conserva la facultad de celebrar por sí mismo el negocio (o los negocios) para cuya celebración apodera a otro.

(30) Es excepcional el supuesto, ya visto, de prodigalidad, en el que, por tratarse de una incapacidad no personal, sino patrimonial, el sujeto es apto para ejercer la potestad que normalmente incluye la facultad de representar, pero, sin embargo, es incapaz a los efectos de esta facultad.

(31) Véase *supra*, número 7, B, II.

(32) Véase *supra*, número 7, B, m.

o sustituto (ni esto es cosa que tenga que ver con lo que ahora tratamos); y, por otro lado, el hecho de que el sujeto investido de aquéllos es, también, representante (legal) del menor o incapacitado, en cuya representación podrá o no nombrar un subrepresentante o sustituto, según la naturaleza del negocio de que se trate y el que la ley (que le confirió la representación) haya o no querido o partido de la base de la conveniencia de su actividad *personal*. Cosa que variará según los diversos supuestos de representación legal y según los negocios que, en cada uno de ellos, puedan celebrar los representantes legales por el representado. Habiendo, incluso, quien afirma que, en principio, debería ser más amplia la facultad de sustitución en la representación legal que en la voluntaria, ya que, en ésta, el poderdante —que es capaz— puede actuar también por sí, y, en aquélla —siendo incapaz—, el único sujeto que puede obrar es el representante.

Al igual que decíamos para la representación voluntaria, cosa distinta, y que no plantea problema, es que el representante legal utilice para ejercer sus funciones auxiliares que le ayuden.

## 8. REPRESENTACIÓN SIN PODER

Según lo que llevamos ya visto, queda claro que cuando se habla de *representación sin poder*, se alude a haberse celebrado un *negocio representativo* sin poder (voluntario o legal) bastante para ello.

Ello ocurre cuando:

- 1.º Nunca existió poder.
- 2.º Existió, pero está ya extinguido y, además, la eficacia del mismo no se mantiene excepcionalmente (33).
- 3.º Existe, pero no comprende el negocio celebrado (cfr. C. c. artículo 1.714).

Como el negocio celebrado *sin poder* es un negocio en el que el que obra lo hace en *nombre* del supuesto poderdante, es, pues, un negocio *para* éste. Un caso, como sabemos, de verdadera representación (aunque sin poder), ya que —según se expuso anteriormente (24)— la esencia de ésta es el obrar en nombre y por cuenta de otro; siendo el poder preciso sólo para que el negocio, así celebrado, sea eficaz en cabeza de éste.

El negocio sin poder se puede celebrar dando éste por existente o presuponiendo su falta. En este caso, no se trata sino de un negocio que se somete al evento de la ratificación posterior, que cuando no se otorga no carga responsabilidad alguna, sobre el representante (35). En

(33) En otro caso, los efectos se dan como si hubiere poder; aparte de que, luego, surjan, en otro orden de cosas, consecuencias peculiares. Véase *supra*, número 7, II.

(34) Véase *supra*, número 6.

(35) Salvo que, por ejemplo, hubiese garantizado la ratificación; en cuyo caso su responsabilidad —si aquélla no se otorga— procede de la garantía que prestó, y no de la falta de ratificación.

aquél, si el tercero confió razonablemente en la existencia del poder, el representante que conociese o debiese conocer su falta de poder, le responde de los perjuicios que se le sigan de tal falta (arts. 1.725 y 1.902).

Ahora bien, el negocio representativo celebrado sin poder es un negocio menos sólido que el celebrado con él, porque:

1.º Si bien no es un negocio nulo ni anulable, sino válido, es, sin embargo, ineficaz para aquel en cuyo nombre se ha concluido, porque falta el poder, e ineficaz para aquel que lo concluye, porque no lo concluye en su nombre. Así, pues, su eficacia se halla suspendida, pendiente de la ratificación (C. c., arts. 1.250, 2.º—que, sin embargo, utiliza inexactamente el término “nulo”—y 1.727, 2.º) (36). Solución ésta prácticamente la más conveniente, porque con ella se deja al interesado la posibilidad de que, si lo estima conveniente, le haga producir efectos, ratificándolo; evitándole, también, la necesidad de impugnarlo, si no desea aquéllos.

2.º Es un negocio revocable, antes de la ratificación, por el tercero que lo celebró con el representante (art. 1.259, 2.º, *in fine*.)

Nuestra ley no establece —como otras— la posibilidad de fijar un plazo al representado para que se pronuncie sobre la ratificación. Pero, evidentemente, pudiendo revocarse sin más, no cabe duda de que se puede señalar aquél, declarando revocar, si, durante su transcurso, no ratifica el representado.

Creemos que cuando se celebra el negocio sobre la base de la falta de poder, el tercero no puede revocarlo libremente, sino que ha de esperar a que transcurra el tiempo que expresa o tácitamente se estableció al objeto de que durante él la ratificación pudiese verificarse (argumento, art. 1.117).

El negocio celebrado sin poder es, como hemos dicho, ratificable por el representado (art. 1.259, 2.º y 1.727, 2.º), o por otro representante de éste con poder bastante (así, representante legal, que ratifica el negocio celebrado en nombre del incapaz, por quien carece de poder legal para representarlo).

El poder de ratificar es transmisible, si lo es la posición que el negocio es susceptible de crear para el representado.

Si no hay ratificación, el negocio deviene definitivamente ineficaz.

## 9. LA RATIFICACIÓN

### A) Concepto y ventajas.

La ratificación es la declaración unilateral de voluntad recepticia del representado, de querer para sí el negocio que se celebró en su nombre sin poder.

(36) Cfr. T. S. sentencias de 14 de diciembre de 1940, 29 de enero de 1945, 7 de julio de 1944, 25 de junio de 1946, etc.

Constituye un negocio jurídico accesorio del que se ratifica.

Se le equipara al apoderamiento —*ratihabitio mandato aequiparatur*— (C. c. arts. 1.259, 2.º, 1.727, 2.º, 1.892); consistiendo su peculiaridad en ser otorgada *a posteriori*.

Tiene sobre aquél la ventaja de que el *dominus* conoce exactamente, a la vista del negocio representativo, a qué se obliga y qué derechos adquiere; mientras que el poder deja siempre en manos del representante facultades de decidir. Ofrece, pues —desde el punto de vista del *dominus*— las conveniencias de la representación, y no tiene los inconvenientes del apoderamiento. Mas, ciertamente, que —desde los puntos de vista del representante y del tercero— es preferible aquél, ya que *asegura* que el negocio será del *dominus*, mientras que la ratificación deja inseguro este extremo, hasta que se otorga.

### B) *Destinatario.*

Generalmente, se está de acuerdo en que la ratificación es un negocio recepticio; pero se discrepa sobre quién sea el destinatario. Para unos, lo es el tercero que lo celebró con el representante, para otros, lo es éste, y, asimismo, hay quien piensa que *puede dirigirse* a aquél o a éste, o bien que debe dirigirse a los dos; sin que, por último, falte quien hace depender la solución de la clase de negocio que se ratifique.

En nuestra opinión, cabe aplicar el mismo criterio que para el apoderamiento —dado, por lo menos, la esencial igualdad de función de ambos—; así que se puede dirigir al representante o al tercero.

Consideramos que —cuando se dirige a aquél— no hace falta que llegue a conocimiento de éste para que el negocio lo vincule, desapareciendo la posibilidad de que lo revoque. El artículo 1.259, 2.º, *in fine*, al permitir que se ratifique mientras que no se haya revocado, concede realmente la posibilidad de revocar sólo antes de que se ratifique, y no de que se *conozca* la ratificación (37).

### C) *Declaración.*

La declaración de voluntad puede hacerse expresa o tácitamente, según los principios generales y la propia letra de la ley (art. 1.727, 2.º).

### CH) *Capacidad.*

El ratificante necesita de la capacidad que requiera el negocio que se ratifica, y tenerla al momento de ratificar (38).

(37) Otra cosa es, por ejemplo, la aplicación del art. 1.227.

(38) Que la ratificación tenga efectos retroactivos, no exige que también se fuese capaz cuando el negocio se celebró a su nombre. Salvo que se trate no de capacidad para celebrar el negocio, sino para recibir determinados efectos, en cuyo supuesto éstos no podrían alcanzarse al tiempo en que se era incapaz para ellos.

D) *Forma.*

De por sí, la ratificación no precisa hacerse en ninguna forma solemne. Ahora bien, según una opinión, está sometida al artículo 1.280, como cualquier otro negocio. Pero consideramos más exacto entender que, dado su paralelismo con el apoderamiento, lo que hay que afirmar es que ha de adoptar la forma —no solemne— requerida para éste en los casos del artículo 1.280, 5.º.

E) *Alcance y tiempo.*

La ratificación ha de ser total y verificarse antes del momento en que el tercero revoque el negocio (art. 1.259, 2.º, *in fine*).

F) *Conocimiento del negocio ratificado.*

No es esencial que el ratificante conozca ni siquiera las condiciones fundamentales del negocio que ratifica, puesto que puede querer ratificarlo tal cual sea. Pero, en otro caso, es preciso aquel conocimiento, e impugnabile por error —cuando proceda— la ratificación de un negocio cuyas circunstancias se creyeron diferentes de las que son.

G) *Efectos.*

La ratificación opera retroactivamente: se considera desde la celebración del negocio que éste es eficaz y que lo es para el *dominus*. Esta doctrina es tradicional, se halla reconocida por el Código, aunque no expresamente para la ratificación, sí en hipótesis cuya analogía con ella es evidente en este punto (art. 1.120), y, además, se acoge por la jurisprudencia (39). Aplicando el aforismo *ratihabitio mandato comparatur*, el negocio ratificado resulta eficaz *ex tunc* tal cual si hubiese sido celebrado con poder.

Habitualmente, se dice que son límite a esa retroacción los derechos adquiridos, *medio tempore*, por terceros (40). Pero nos parece más exacto afirmar que la retroacción de la ratificación es siempre absoluta, sin que haya que establecer excepción particular alguna, sino simplemente aplicar las reglas generales de protección de terceros (que no procede tratar aquí), a cuyo tenor, ciertamente, en algunos supuestos la retroacción puede ser irrelevante frente a aquéllos. Este debe ser el sentido que se dé al aforismo: *Ratihabitio non retrahitur in praeiudicium tertii*.

Asimismo, puede ocurrir que por incompatibilidad de la ratificación con otro acto realizado *medio tempore* por el *dominus*, aquélla no pueda verificarse.

(39) T. S. sentencias como las de 7 de mayo de 1897, 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944, 29 de enero de 1495 y 25 de junio de 1946.

(40) En este sentido, también el T. S., sentencia de 25 de junio de 1946.

La ratificación, por último, al asumir el *dominus* el negocio ratificado, releva al representante de la responsabilidad que hacia el tercero tuviese, por haber celebrado el negocio sin poder.

## IO. EL NEGOCIO REPRESENTATIVO

Como sabemos, negocio representativo es el celebrado por cuenta y en nombre de otro (omisión hecha, ahora, de la existencia del poder).

Aquí nos interesa examinar sus peculiaridades, y no todos aquellos puntos que tiene comunes con cualquier otro negocio no representativo.

Lo primero que se discute es de quién, es el negocio representativo, es decir, quién lo celebra o interviene en él. Varias teorías se han formulado al respecto:

### A) *Teorías.*

La teoría de la *representación* considera que el negocio lo celebra el representante (en este sentido, es de éste), que es el sujeto que interviene, formando y declarando la voluntad. Ahora bien, los *efectos* se producen para el representado (porque los sujetos lo quieren y la ley lo permite, acogiendo la institución de la representación).

La teoría de la *ficción* estima que, desde el punto de vista jurídico, el negocio lo celebra el representado, pues, aunque materialmente actúa el representante, sin embargo, lo hace como instrumento de aquél.

Una teoría inintermedia entiende que representante y representado obran conjuntamente (cada uno en la medida en que su voluntad es la que da lugar al contenido volitivo que se declara) en la formación de la voluntad negocial que se declara; siendo así, *el negocio* de los dos, aunque *los efectos* sean sólo para el último.

Consideramos exacta la primera teoría, dominante actualmente en nuestra doctrina y que se impone por la naturaleza de las cosas, sin necesidad del débil argumento literal que en pro de ella ofrece el articulado del Código (41). No cabe duda de que en el negocio representativo no hay más obrar que el del representante, ni más declaración de voluntad que la suya (42), declaración emitida a base exclusivamente de *la voluntad que él formó* internamente. Y otra cosa es que para formar ésta haya observado las instrucciones del poderdante

---

(41) Ciertamente, cuando éste habla, de que "el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el *mandatario haya contraído...*" (art. 1.717, 1.º), o de "lo hecho *por el mandatario...*" (art. 1.738), puede estimarse que esas expresiones presuponen que el negocio lo celebra el mandatario y que, por ello, se acoge la teoría de la representación. Mas, no es menos cierta la flaqueza del argumento, cuando se piensa en la escasa imprecisión que sería utilizar esas expresiones, aunque se aceptase otra teoría, y cuando se piensa, además, en que se trata del *mandato* y no de la representación.

(42) Acertadamente refleja esto, la forma de expresarse usualmente al celebrar el negocio: así, se dice "*compra* a usted, en nombre de A, el objeto X".

y respetado los límites del poder. La voluntad (declarada) del representado no está en el negocio representativo, sino en el apoderamiento; luego no es voluntad negocial (del negocio representativo). El representado no emite nunca una declaración que, aunque sea completándola, valga ya como declaración negocial, que el representante deba *transmitir* (como el nuncio) al tercero; sino que el representado emite sólo una declaración de apoderamiento en la que sí indica cuáles son los límites dentro de los que el representante puede moverse (así, por ejemplo, se apodera para vender algo, pero disponiendo que se ha de vender a un comerciante y en más de 1.000 ptas.), simplemente circunscribe más la voluntad negocial que el otro pueda formar, pero no le da ya *medío formada* esa voluntad negocial. El señorío de dos voluntades domina los efectos perseguidos; pero no se unen ambas en el mismo acto (el negocio representativo), sino que se escalonan: una en el poder y otra en el negocio representativo.

Lo anterior, por lo que atañe a la representación voluntaria, pues en la legal, siendo incapaz el representado, la voluntad negocial no cabe duda de que es sólo del representante.

A base de lo expuesto hay que juzgar lo relativo al negocio representativo.

### B) *Capacidad.*

La capacidad de obrar debe tenerla el representante, que es quien obra; pero como el negocio no es para él, no se precisa que tenga la capacidad requerida para el negocio de que se trate, sino que basta la general (C. c., art. 1.716). En cuanto al representado, si la representación es legal, es precisamente incapaz, ya que tal representación se otorga con el fin de que otro pueda hacer en su nombre lo que él no puede por sí (dentro del círculo de negocios que, por no ser personalísimos, admiten aquélla; y si la representación es voluntaria, habida cuenta de que si no pudiese celebrar el negocio por sí, y se le autorizase a celebrarlo por representante, se frustraría el fin de la ley, debe ser capaz para celebrar tal negocio y hallarse legitimado para el mismo.

### C) *Forma.*

Siendo la declaración del representante, y celebrando éste el negocio, él debe observar los requisitos de forma prescritos por la ley. Entre éstos se hallan los dispuestos por razón del negocio, pero no los que, dispuestos por razón de la persona que lo celebra, habría de observar el representado si lo realizase por sí mismo (así, si se trata de requisitos de forma establecidos exclusivamente con objeto de averiguación y clara expresión de la voluntad de sujetos cuya aptitud para expresarse, comunicarse o, en general, relacionarse con el exterior, se halla disminuída; por ejemplo, defectos físicos de mudez, sordera, etc.); los cuales sólo deberán guardarse si tal razón concurre en el representante, aunque no concorra en el representado.

### CH) Interpretación.

También la interpretación que debe darse a la declaración ha de partir de la base de que ésta es del representante. Sin embargo, es evidente que como elementos para buscar el sentido decisivo, pueden utilizarse especialmente el poder de representación y la relación subyacente entre representante y representado.

#### D) *Vicios, discrepancias, conocimiento o ignorancia y buena o mala fe.*

Salvo que sea contrario a la buena fe (principio acogido en el artículo 1.258) (43), los vicios de la voluntad, las discrepancias entre ésta y la declaración, y el conocimiento o deber conocer, o ignorancia, o buena o mala fe que la ley tenga en cuenta respecto al sujeto, se juzgan tomando en consideración al representante. Pero, en la representación voluntaria, se atiende al representado cuando, como a veces ocurre con el saber o ignorar, y con la buena o mala fe, la norma relativa a ellos se establece con vistas *al que recibirá los efectos del negocio* (así, *adquirente* de buena o mala fe).

#### E) *Impugnación del negocio*

El derecho a impugnar el negocio, cuando proceda, corresponde al representado, salvo que el representante tenga también poder para ello, como suele ocurrir si la representación es legal. Según una extendida opinión, asimismo, compete a éste cuando la representación se haya conferido en su interés. Pero nos parece que esta cuestión, que depende de la relación subyacente, sólo servirá como elemento de interpretación del poder, que permita establecer que en éste se concede al representante también la facultad de impugnar el negocio, cuando proceda.

#### F) *Influencia de la voluntad del representado, en el negocio representativo.*

No se crea —por último— que la voluntad del representado, cuando la representación es voluntaria, es totalmente inoperante en orden al negocio representativo, pues influye sobre éste, *a través del apoderamiento*, por dos caminos:

1.º Cuando por hallarse viciada (en sentido amplio, es decir, incluyendo también casos de discrepancia, etc.) *al conceder el poder*, permite invalidar éste, y, como consecuencia, el negocio representativo. Por ejemplo: A apodera a B para *comprar*, pero, por error, ya que quería apoderado para *vender*; B compra a C en nombre de A; y A, luego,

(43) ¡Lo sería, por ejemplo, la impugnación basada en error del representante, cuando, sin embargo, el *dominus*, observando cuyas instrucciones obra el representante, conoce la realidad sobre la que éste yerra.

impugna el poder y la compraventa (44), que, destruído aquél, resulta celebrada sin poder.

2.º Cuando, por hallarse viciada *al predeterminar ciertos elementos del negocio representativo*, resulta que puede también impugnarse, por ello, el poder, y, a través de él, el negocio. Por ejemplo, A apodera a B para que, sin reparar en el precio, le compre determinado objeto que cree de oro, cuando realmente es de latón; B lo compra consciente de que no es de oro, pero ignorante del error que A padece; y luego A impugna el poder y la compraventa.

La influencia, en el negocio representativo, de la voluntad de apoderamiento, no es sino un aspecto de la influencia en aquél de cualquier otro defecto del poder (así, defecto de forma, incapacidad del poderdante), que, al hacer posible la invalidación de éste, repercuten en aquél, que hasta ese momento era eficaz para el poderdante.

### G) Realización del negocio representativo.

El representante, por el solo hecho de serlo (de tener poder) no tiene deber ninguno de realizar el negocio representativo; y otra cosa es que *como consecuencia de la relación subyacente*, esté comprometido a celebrarlo (por ejemplo, se halla obligado a ello por virtud de mandato: C. c., art. 1.709). Ahora bien, cuando lo celebra tiene deber de atenerse a las instrucciones del representado, y a falta de ellas hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (C. c., art. 1.719). Siendo responsable frente al representado no sólo del dolo, sino también de la culpa (C. c., art. 1.726).

Violación de ese deber es el abuso del poder, que se da cuando, obrando dentro de los límites de éste, se actúa en contra del interés que se debe proteger (por ejemplo, se vende a un precio muy bajo la cosa del *dominus*).

Las consecuencias del abuso son:

1.º En todo caso, responsabilidad del representante frente al representado.

2.º Ser posible causa justa de revocación, aun del poder irrevocable (C. c. arts. 1.692, 1.º).

3.º Dar lugar a impugnabilidad del negocio, si perjudica al representado, y el tercero con el que aquél se celebró se halla consciente del mismo (no obró de buena fe) (argumento *ex* art. 1.738).

Al menos en la representación voluntaria (y aparte de los supuestos en que en la legal han de rendirse cuentas, una vez concluída), el representante "está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante [representado] cuanto haya percibido en virtud del man-

---

(44) Salvo, por lo menos, los casos en que, según las reglas sobre subsistencia de los efectos del poder extinguido, haya de juzgarse al negocio representativo como celebrado con poder válido. Y aparte de que pueda proceder indemnización a favor de quien confió en la validez del negocio representativo.

dato [negocio representativo], aun cuando lo recibido no se debiere al segundo" (C. c., art. 1.720).

El representante debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios, desde el día en que lo hizo, ya de las que, concluido el negocio representativo, retenga, desde que se haya constituido en mora (Código civil, art. 1.724).

"El mandante [representado] debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario [representante] haya contraído dentro de los límites del mandato [poder].

En lo que el mandatario [representante] se haya excedido, no queda obligado el mandante [representado], sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente" (art. 1.727).

"El mandante [representado] debe anticipar al mandatario [representante], si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato [negocio representativo].

Si el mandatario [representante] las hubiere anticipado, debe reembolsarlas el mandante [representado], aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario [representante].

El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación" (art. 1.728).

"Debe también el mandante [representado] indemnizar al mandatario [representante] de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato [negocio representativo], sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario [representante]" (art. 1.729).

"El mandatario [representante] podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato [negocio representativo], hasta que el mandante [representado] realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores" (art. 1.730).

"Si dos o más personas han nombrado un mandatario [representante] para un negocio común, le quedan obligados solidariamente para todos los efectos del mandato [negocio representativo]" (art. 1.731).

## II. EL NEGOCIO DEL REPRESENTANTE CONSIGO MISMO

¿Es posible que el representante celebre un negocio, obrando, a la vez, en nombre y por cuenta de dos partes, o bien siendo él parte en el negocio y, a la vez, representante de la otra parte?

Se trata del llamado negocio del representante consigo mismo, o bien, con terminología propia del supuesto prácticamente más interesante, *autocontrato*.

Una primera posición negativa, ante este problema, excluye la posibilidad de la figura, apoyándose, bien en ser precisa la pluralidad de sujetos, bien en que, en todo caso, de un solo sujeto no pueden provenir dos (o más) declaraciones de voluntad distintas. Posición que se combate, afirmando que es posible una actuación *plural* de la mis-

una persona, que forma y emite más de una declaración, por cuenta y en nombre de sujetos distintos: A, en nombre de B, decide y declara vender el objeto X en 1.000, y, en nombre de C, decide y declara comprarlo en ese precio.

Sin entrar en más detalles ni en ulteriores teorías, baste señalar la segunda explicación fundamental del fenómeno de la autocontratación. Según tal explicación, no habría realmente una pluralidad de declaraciones, sino que uno sola declaración también puede, en ciertos casos, ser equivalente (o producir los efectos) a un acuerdo. De manera que el representante A, en el ejemplo anterior, teniendo poderes de B y de C, se halla en condiciones de establecer, por declaración única, que la cosa X, propiedad de B, se atribuye a C, a cambio de 1.000 pesetas de C, que se atribuyen a B.

De cualquier manera que se piense sobre las anteriores teorías, lo que parece seguro es que, para nuestro Derecho positivo el autocontrato es admisible, en tanto en cuanto queden a salvo los intereses contrapuestos, sometidos a la voluntad (o voluntades) de un mismo sujeto; de forma que sólo ha de excluirse cuando haya peligro de que alguno de ellos resulte perjudicado.

Esta afirmación se apoya en las prohibiciones de autocontratación, que el Código establece en casos particulares —en los que hay peligro de perjuicio—, que implican la admisión de la regla general contraria.

Son casos de autocontratación prohibida los de contraposición de intereses entre el hijo no emancipado y el padre representante legal (C. c. art. 165), entre el tutor y el pupilo (C. c. arts. 236, 2.º, 275, 4.º), entre representado y representante (C. c. art. 1.459, 2.º), entre comitente y comisionista (45) (C. comercio, art. 267).

La prohibición, creemos que ha de extenderse, por analogía, a cualquier otro supuesto de contraposición de intereses; y, en los demás, rige la regla general.

El interés contrapuesto al de la persona que obra, queda suficientemente protegido cuando se predetermina el elemento del negocio, del que el perjuicio podría derivarse (por ejemplo, el representado fija el precio de venta de la cosa para cuya venta se nombra representante a otro) o cuando, de cualquier manera, se autoriza la autocontratación (C. c. arts. 275, 4.º, *in fine*, C. comercio, art. 267, 1.º, *in fine*). Por eso, en ambos supuestos, ésta es posible.

En nuestra doctrina prepondera el punto de vista que hemos expuesto. En cuanto a la jurisprudencia, acogen la autocontratación la Dirección General de los Registros (46) y el Tribunal Supremo (47).

(45) Que, aun no siendo representación directa, en cuanto ahora importa, supone el mismo posible choque de intereses.

(46) Así, Resoluciones de 29 de diciembre de 1922, 30 de mayo de 1930, 23 de enero de 1943, 9 de marzo de 1943, 4 de mayo de 1944, 9 de febrero de 1946, etc.

(47) En particular, la sentencia de 6 de marzo de 1909 rechazó la figura, admitida, después, en la de 5 de noviembre de 1956.

El negocio autocontractual debe resultar exteriorizado en forma segura, o, al menos, ser constatado debidamente, no ya porque sin *declaración* no hay negocio (48), sino porque, por razón del supuesto de que se trata, hay que evitar que aquél quede *prácticamente* a voluntad del autocontratante y sin control de nadie más, como ocurriría si fuese posible que por haberlo mantenido oculto (declaración verbal, ante él mismo, o documento firmado por él en nombre de las partes, pero conservado en su poder), pudiese anularlo secretamente.

En definitiva, el autocontrato habrá de salir del círculo del sujeto que lo celebra. Así, cuando la declaración se emite ante un funcionario público, o se lleva a conocimiento de las partes representadas, o se inscribe en un Registro público.

Las anteriores afirmaciones encuentran apoyo, respecto de nuestro Derecho positivo, en el principio que inspira el artículo 1.256: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". E incluso, quizá pudiera pensarse que, a falta de la *exteriorización debida*, no hay declaración, ya que ésta debe ser adecuada a las circunstancias de cada caso.

Celebrado un autocontrato prohibido, no hay acuerdo sobre qué clase de invalidez o ineficacia sea la suya. Para unos es nulo (C. c. artículo 4), para otros, anulable (C. c. arts. 1.300 y sigs.) (49), y para otros, queda con eficacia pendiente, como el negocio celebrado sin poder, siendo ratificable (C. c. arts. 1.727).

Désde un punto de vista puramente dogmático, *prima facie*, parece mejor la solución primera, pero no lo es, porque adoptando la última no se incurre en contradicción conceptual (ya que, pudiendo autorizarse el autocontrato, celebrarlo sin autorización, sería como realizar un negocio sin poder), además de que, *prácticamente* es preferible (ya que se busca evitar el perjuicio que la contraposición de intereses puede producir, pero que en el caso concreto puede no haberse producido, y, por otro lado, el juicio sobre si le conviene o no asumir el negocio, se defiere al *dominus*).

## 12. PLURALIDAD DE NEGOCIOS CONTRADICTORIOS

El apoderamiento concede la facultad de obrar por el poderdante, pero como ya sabemos (50), no quita a éste la posibilidad de concluir por sí el negocio para el que se apodera, o de apoderar *también* a otra persona para que pueda, asimismo, celebrarlo. Y, ¿qué ocu-

---

(48) Y no lo habría, por tanto, si el sujeto sólo *interiormente* decide celebrarlo.

(49) Este criterio es el acogido por el Código italiano: art. 1.395.

(50) Véase *supra*, número 7, j.

rre si los dos representantes, o el representado y uno de aquéllos, realizan negocios contradictorios?, por ejemplo, venden la misma cosa? (51).

En principio hay que afirmar que, siendo negocios *para* el *dominus*, se deben de aplicar las reglas propias para el caso de que los dos negocios hubiesen sido celebrados por éste (reglas cuyo estudio no es de este lugar). Ello, naturalmente, advirtiendo que cuando el otorgamiento del segundo poder (art. 1.735) o la realización del negocio por el *dominus*, supongan una revocación tácita del primer apoderamiento, el apoderado en éste habrá realizado un negocio sin poder, si lo realizara después (salvo que, a pesar de la extinción de su poder, subsistan los efectos del mismo. [52]). Entonces existirá un solo negocio eficaz para el *dominus*, y el choque sólo puede plantearse, en tal caso, entre este negocio y la posible ratificación del otro, choque que, debe repetirse, serían de aplicar las reglas sobre negocios celebrados por el mismo sujeto.

---

(51) La contradicción entre los negocios puede ser de éstos en sí (por ejemplo, el *dominus* acepta la herencia que se le dejó, y el representante la repudia en nombre de aquél) o sólo de sus efectos (por ejemplo, el *dominus* y el representante venden la misma cosa a dos compradores; de forma que aquél *queda obligado* a entregarla a dos personas, por lo que frente a una no podrá cumplir).

(52) Véase *Supra*, número 7. II.



# La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de comercio

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

Profesor Adjunto de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid

SUMARIO.—I. Introducción, Matiz polémico del tema de la compensación en la quiebra y propósito de nuestro estudio.—II. La compensación en la quiebra en el Derecho español: A. Planteamiento del problema y soluciones dadas en la doctrina. B. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al tema.—III. La compensación y el artículo 926 del Código de comercio. A. La doctrina española ante el 926. B. El efecto de la compensación en el artículo 926.—IV. Doble problemática en el supuesto de hecho del artículo 926: A. El artículo 926 en cuanto se refiere a los socios de responsabilidad limitada: 1. Posición de los socios de responsabilidad limitada ante la quiebra de la Sociedad. 2. Las categorías de socios de responsabilidad limitada en el artículo 926: a) Los socios de sociedades anónimas. b) Los socios comanditarios. c) Otro supuesto de socios de responsabilidad limitada. 3. El crédito del socio contra la sociedad en la compensación del artículo 926. B. El artículo 926 en cuanto se refiere a las cuentas en participación: 1. El efecto de la quiebra del gestor sobre el contrato de cuentas en participación. 2. Las posibles situaciones del partícipe ante la quiebra del gestor.—V. Conclusiones.

## I.—INTRODUCCIÓN

*Matiz polémico del tema de la compensación en la quiebra y propósito de nuestro estudio.*

El tema de la compensación en la quiebra se ha planteado en la doctrina jurídica española con un matiz polémico. A falta de preceptos que establezcan principios generales en esta materia, nuestros autores han pretendido inducir estos principios del articulado de nuestros Códigos, y han formulado unas posiciones tendentes a poner luz sobre un tema extraordinariamente interesante y difícil. Es cierto que ni nuestro sistema mercantil ni nuestro ordenamiento positivo civil contienen principios generales que ofrezcan soluciones en materia de compensación en la quiebra o en el concurso de acreedores. Pero hay, a nuestro modo de ver, un artículo en el Código de comercio que ofrece un interés evi-

dente en este tema y que no ha sido utilizado por la doctrina cuando se ha ocupado de tratar de inducir esos principios generales en materia de compensación en la quiebra. Ni a favor ni en contra de la admisibilidad de la compensación en los procedimientos concursales se ha citado en el artículo 926 del Código de comercio, en el que a nuestro modo de ver se encierra un supuesto extraordinariamente interesante de compensación en caso de quiebra.

El propósito de este trabajo no es el de volver a plantear el debatido tema de la compensación en procedimientos concursales, ni el de intentar obtener nuevas soluciones distintas de las ya formuladas en nuestro Derecho. La finalidad de este trabajo consiste únicamente en aportar a la polémica un elemento no manejado y que, ciertamente puede valer en la decisión de la misma. Nos proponemos, pues, un estudio de la norma contenida en el artículo 926 del Código de comercio y una utilización de las conclusiones que obtengamos en el tema de la compensación en caso de quiebra. Si en ese artículo se contiene, en efecto, un supuesto de compensación es cierto que el estudio del mismo puede hacernos llegar a unas conclusiones con peso decisivo en el estudio general del tema de la compensación en la quiebra.

## II.—LA COMPENSACIÓN EN LA QUIEBRA EN EL DERECHO ESPAÑOL

### A) *Planteamiento del problema y soluciones dadas en la doctrina.*

Acabamos de decir que el tema de la compensación en la quiebra está planteado en la doctrina española con un matiz polémico. Es cierto, sin embargo, que este matiz lo ha adquirido recientemente, puesto que hasta hace muy pocos años la única formulación doctrinal en torno al problema ofrecía un carácter pacífico. Pero frente a la posición clásica, mantenedora de la inadmisibilidad de la compensación después de la declaración de la quiebra o, en su caso, de la fecha a que ésta se retrotraiga, ha sido sostenida en España recientemente por autorizados juristas una tendencia contraria, orientada en el sentido de admitir la compensación de crédito y deudas del quebrado.

Para un planteamiento elemental y provisional del problema podemos formular la siguiente interrogación: ¿Puede el deudor del quebrado que a la vez sea acreedor del mismo compensar hasta la cantidad concurrente su deuda con su crédito? Este es, en pocas palabras y expuestas llanamente, el problema que se intenta resolver. Dos soluciones cabe dar, y se han dado a la pregunta abierta con esas palabras: 1.ª El deudor-acreedor, como deudor debe pagar íntegramente y como acreedor cobrará en moneda de quiebra. 2.ª El deudor-acreedor puede compensar deuda y crédito hasta la cantidad concurrente: si la deuda es superior al crédito,

pagará efectivamente el excedente, y si el crédito es superior a la deuda, cobrará la diferencia en moneda de dividendo, según la Ley de la quiebra.

Estas dos posibles soluciones al problema han sido efectivamente mantenidas en la doctrina española que se ha ocupado del mismo. Una posición negativa, que hemos llamado clásica, adopta la solución que acabamos de señalar con el número 1, justificada con argumentos deducidos de los principios generales en materia de quiebra o de compensación, sobre la base de que nuestro derecho positivo no resuelve expresamente el problema. Así, se aducen argumentos como el de la indisponibilidad de los bienes del activo, o el del principio fundamental de la *par conditio creditorum*, para fundamentar esta posición que sostiene la no admisibilidad de la compensación de créditos y deudas del quebrado después de la declaración de la quiebra (1).

Frente a esta postura, como decimos, se ha mantenido en España recientemente la contraria, la que dejamos señalada con el número 2, que en definitiva viene a aceptar la compensación de las deudas y créditos que una misma persona tenga frente el quebrado en el momento de la declaración de la quiebra.

Fundamentándose también en principios que se estiman generales en materia de compensación o de quiebra, y aduciendo además razones de equidad, éste sector de nuestra doctrina propugna una solución que es precisamente la que ha venido a dar al tema el matiz polémico que le adjudicábamos en las primeras líneas de este trabajo (2).

---

(1) La posición tradicional, contraria a la admisibilidad de la compensación después de la declaración de la quiebra, es mantenida en nuestra actual doctrina por GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1956, págs. 441 y sigs., y por POLO: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1941*, en «Rev. Dro. Priv.», 1942, pág. 657. La razón aducida por GARRIGUES es la de la indisponibilidad del activo del quebrado, que impide toda compensación, legal o convencional. Vid., aduciendo el principio de la *par conditio creditorum*, DE BUEN, en sus notas a COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, trad. española, t. III, Madrid, Reus, 1924, pág. 286, que entre los casos excepcionales en que la compensación no procede considera el caso del concurso de acreedores, por entender que la compensación equivaldría a un pago preferente.

(2) La posición favorable a la admisibilidad de la compensación en la quiebra ha sido mantenida por GONZÁLEZ PALOMINO: *La compensación y su efecto*, en «Estudios de Derecho Histórico y Moderno», Colegio Notarial de Barcelona, Conferencias del Cursillo del año 1947, Madrid, 1949, págs. 49 y sigs. Vid., especialmente, págs. 116 y 117. Más tarde, URÍA: en «Reaseguro, Quiebra y Compensación», «Rev. Dro. Merc.», 1950, vol. X, núm. 30, págs. 371 y sigs., especialmente págs. 401 a 408, después de estudiar un caso concreto de compensación en quiebra en materia de reaseguro, propugna la admisibilidad con carácter general en nuestro Derecho de la compensación de créditos y deudas del quebrado. A los argumentos aducidos por URÍA en este trabajo contestó RUBIO, en una conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, durante el curso 1954-55, que no ha sido publicada aún, pero de la que puede verse un resumen que redacté

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al tema.*

Al hacer una exposición siquiera sea sumaria del tema general de la compensación en la quiebra, como introducción a nuestro estudio, no debemos limitarnos únicamente a señalar la carencia de principios generales o normas específicas que resuelvan el problema y a exponer las posiciones que en la literatura jurídica española se han formulado en torno a esta cuestión. No debemos olvidar la posición de nuestro Tribunal Supremo. Es cierto que faltan sentencias en las que se afronte derechamente el problema de la compensación de la quiebra; pero ello no quiere decir que no se haya pronunciado la jurisprudencia del Supremo en este tema ni que resulte imposible inducir una postura de nuestro Tribunal Supremo acerca de las soluciones del problema. Aun cuando sea en forma a veces indirecta, tangencial o secundaria, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se contienen referencias que pueden resultar aprovechables en la solución del problema.

Una vieja sentencia de 27 de diciembre de 1888 plantea ya un caso muy curioso de compensación y quiebra y una actitud negativa del Supremo en la solución del problema. En uno de sus considerandos esta sentencia llega a afirmar que «es también evidente que, dada la existencia de la quiebra, no pudo nunca el Banco demandante compensar unas deudas con otras por su propia autoridad y con abstracción completa de los demás acreedores del quebrado que podían tener un derecho igual o preferente». Aquí tenemos ya una posición negativa del Tribunal Supremo en el problema de la compensación en la quiebra fundamentada esencialmente en el principio de la *par condicio creditorum* (3).

para la Sección «Vida Jurídica», de este A. D. C., tomo VIII, 4.º, octubre-diciembre, 1955, págs. 1261 y sigs., especialmente págs. 1263 y 1264.

(3) Esta Sentencia, que no hemos visto recogida en la doctrina sobre el tema de la compensación en la quiebra plantea y resuelve un caso muy curioso. Se trata de un préstamo hecho por un Banco a un cliente y garantizado con doscientas cincuenta acciones que el deudor entrega al acreedor bajo unas condiciones que le autorizan para enajenar los títulos, aun antes de la fecha de vencimiento del crédito, en el caso de que el deudor no mejorase la garantía cuando el acreedor lo estimase conveniente, y en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos. Antes de la fecha de vencimiento el prestatario es declarado en quiebra y al día siguiente de dictarse el auto el Banco vende la totalidad de las acciones y, posteriormente, se insinúa en la quiebra por el importe de su crédito, deducido el producto obtenido en la venta de las acciones, y el saldo favorable de una cuenta corriente del quebrado. Los síndicos reconocen a favor del Banco el crédito por la cantidad total del préstamo, pero se reservan a favor de la masa de acreedores los créditos por el importe de la venta de las acciones y por el saldo de la cuenta corriente del deudor común, fundándose para ello en que debe atenderse a la fecha de retroacción de la quiebra para fijar la existencia y cuantía de los créditos reclamados, y en que aquellos créditos forman parte de los bienes de la masa, y no pueden, por tanto, ser aplicados por un acreedor a la extinción de una deuda no vencida. La junta de examen y reconocimiento de los créditos aprueba el dictamen de los síndicos y el Banco recurre contra dicho acuerdo en juicio ordinario, sosteniendo la procedencia de la compensación. En primera instancia se acogen

La sentencia de 1.º de marzo de 1929 se refiere a un problema de suspensión de pagos, no de quiebra; pero en ella se sustenta también la tesis negativa, con argumentos que creemos valorables en el tema concreto que hemos planteado. Se dice en esta sentencia que el crédito contra el quebrado «perdió su eficacia jurídica individual o singular, sumándose e integrando la colectiva de la masa de acreedores y quedando, en su consecuencia, subordinado, por ministerio de la Ley, a los efectos de la graduación de créditos y de los convenios que en la suspensión de pagos de la entidad deudora se acordaran; por lo que no pudiendo ser conocido hasta el momento oportuno el día de su exacción en mérito de la espera, que es el de exigibilidad procesal, no puede estimarse hoy exigible a los efectos de la compensación». Vemos, pues, como en base a los efectos que la suspensión de pagos produce sobre los créditos se niega la calidad de exigible, y por tanto, la posibilidad de una compensación a un crédito contra el suspenso.

Otra sentencia, de 21 de marzo de 1932, resuelve afirmativamente un problema de compensación de créditos y deudas, pero referido a un momento anterior a la declaración de la quiebra. Resulta notable en esta sentencia cómo el Tribunal Supremo se preocupa de marcar el carácter automático con que opera la compensación y el momento anterior a la declaración de la quiebra en que la extinción de las deudas tuvo lugar. Dice en esta sentencia el Tribunal Supremo que puesto que las deudas de metálico, reconocidas por ambas partes líquidas y exigibles antes de la declaración de la quiebra de la sociedad demandada, se habían extinguido en la cantidad concurrente con anterioridad a la quiebra, por sí mismas y sin intervención ni conocimiento de los interesados, es inconcuso que al sobrevenir la anormalidad económica de la sociedad demandada ya no existían las recíprocas deudas en la cantidad concurrente.

---

las razones del Banco; pero la Audiencia dicta sentencia revocatoria declarando no haber lugar a la demanda y condenando al Banco a estar a lo acordado por la Junta de exámenes y reconocimiento de créditos. El Banco recurre en casación, alegando infracción del principio emanado en las leyes 1.ª, 3.ª, 11.ª y 12.ª del Digesto, *De compensationibus*, a cuyo tenor cuando dos personas son deudoras al mismo tiempo la una de la otra tiene lugar la compensación, por cuya eficacia la deuda menor queda extinguida en su totalidad, y la mayor hasta la cantidad que importe la primera, y aduciendo, finalmente, que la compensación, en su calidad de medio legal de extinguir las obligaciones se produce por la propia virtualidad en el instante mismo de establecerse la proposición entre lo acreditado y lo debido. El Tribunal Supremo rechaza este motivo del recurso por considerar que «tratándose de un contrato mercantil no son aplicables ni han podido, por tanto infringirse las leyes del Digesto que se citan, porque el Código de comercio, tanto el antiguo como el moderno, es ley general para toda la Monarquía, y esas leyes romanas, aunque rijan como supletorias en Cataluña, no constituyen el Derecho común a cuyas reglas generales están sujetos los contratos ordinarios del comercio...», y añade, a continuación, las razones que recogemos en el texto para excluir la posibilidad de compensación en caso de quiebra.

Otra sentencia, de 10 de diciembre de 1941, ha negado también con carácter general la compensación de créditos y deudas en un expediente de suspensión de pagos, al aceptar como excepción la compensación más o menos propia que es peculiar del contrato de cuenta corriente. Dice así el considerando a que nos referimos: «Que si bien por imperativo de la propia naturaleza de la suspensión de pagos, que lleva consigo como efecto muy destacado la paralización de las ejecuciones aisladas contra el suspenso, ha de entenderse que es inadmisibile, una vez producido el estado de suspensión de pagos, la compensación de créditos de los acreedores del suspenso que sean a la vez deudores del mismo, en tanto no hayan quedado cumplidos con anterioridad a dicha suspensión los requisitos que para la compensación exige el artículo 1.196 del Código civil, no rige esta doctrina cuando se trata de aquella compensación, más o menos propia, que es peculiar del contrato de cuenta corriente en sentido estricto y que puede operar también en determinadas situaciones contractuales análogas que crean las prácticas bancarias, toda vez que la suspensión, al producir el cierre de la cuenta, provoca la fijación de un saldo líquido que actúa a modo de compensación entre los créditos y débitos yacientes bajo las partidas del debe y del haber» (4). Vemos en este interesante fallo cómo se niega también la posibilidad de compensación en virtud del efecto de paralización de las acciones individuales que produce la suspensión de pagos; pero vemos también cómo se establece la excepción del contrato de cuenta corriente y cómo se abre la posibilidad de otras excepciones, con criterio amplio, a favor de situaciones contractuales análogas que crean las prácticas bancarias.

A la vista de estos fallos jurisprudenciales, en los que de forma directa o indirecta se toca el problema que nos viene ocupando, parece fácil concluir que hasta ahora el Tribunal Supremo ha mantenido una postura negativa en la solución del problema.

### III.—LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 926 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

#### A) *La doctrina española ante el artículo 926.*

El artículo 926 del Código de comercio está situado en la sección séptima del título primero del libro cuarto, bajo la rúbrica «Disposiciones generales relativas a la quiebra de las sociedades mercantiles en general». Su texto es el siguiente: «Los socios comanditarios, los de sociedades anónimas y los de cuentas en participación que a la vez sean acreedores de la quiebra, no figurarán

---

(4) Vid. el comentario de POLO a esta Sentencia, loc. cit., en nota 1. Sobre la compensación en la suspensión de pagos, vjd. TORRES DE CRUELLS: *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, pág. 244 y sigs.

en el pasivo de la misma más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto de tales socios.»

He aquí el artículo que a nuestro modo de ver contiene un caso de compensación en quiebra y que, sin embargo, no ha sido manejado en la polémica en torno al tema. Si bien es cierto que no encontramos en nuestro ordenamiento un precepto que regule de manera directa y en términos generales el problema de la compensación en la quiebra, estimamos que hay en nuestro Código de comercio un artículo, el 926, en el que se contempla precisamente un fenómeno compensatorio en caso de quiebra. Creemos que es el único artículo de todo nuestro ordenamiento jurídico positivo en el que se regula un supuesto de esa categoría.

Hemos dicho que el artículo 926 no ha sido traído a colación cuando la doctrina se ha ocupado del problema de la compensación en la quiebra, a pesar de encerrar un supuesto muy curioso dentro del debatido problema. Con ello queremos decir que no ha sido utilizado como argumento ni contemplado expresamente en el tratamiento del tema; pero no negamos que ese artículo haya atraído la atención de nuestra doctrina, ni sostenemos que haya escapado a nuestros autores el supuesto de compensación que se da en el artículo 926 (5).

El artículo ha sido estudiado ciertamente en algunos de sus aspectos parciales. Así, al tratar de la compensación de los dividendos pasivos de los socios limitadamente responsables en caso de quiebra de la sociedad (6); o al tratar del problema de la quie-

---

(5) Vid. RIVES Y MARTÍ: *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, 3.<sup>a</sup> ed., revisada por SAURA, t. II, Madrid, 1954, pág. 286, donde se limita a reproducir párrafos de la Exposición de Motivos del Código de comercio acerca de los artículos 925 y 926. Vid., también, HERNÁNDEZ BORONDO: *Derecho Mercantil*, Madrid, 1930, pág. 679; ECHÁVARRI: *Comentarios al Código de comercio*, t. V, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid, pág. 545; LANGLE: *Derecho mercantil*, Madrid, 1931, pág. 332; BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, 4.<sup>a</sup> ed., revisada por MUR, t. II, Madrid, 1945, pág. 298; ESPEJO DE HINOJOSA: *Curso de Derecho mercantil*, 13.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1950, pág. 651 y 652; VICENTE Y GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, t. II, 3.<sup>a</sup> ed., Zaragoza, 1951, pág. 405; URÍA: *Problemas y cuestiones sobre la quiebra de las sociedades*, en «Rev. Dro. Merc.», vol. II, núm. 4, 1946, págs. 24 y 51; AVILÉS CUCURELLA Y POU DE AVILÉS: *Derecho mercantil*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1953, pág. 603.

Se limita a reproducir el artículo 926, con erratas y sin comentario, ESTASEN: *Tratado de las Suspensiones de Pagos y de las Quiebras*, Madrid, 1899, pág. 406.

ROMERO GIRÓN: *El nuevo Código de comercio*, Madrid, 1886, pág. 624, omite todo comentario por considerar claras, precisas y luminosas las razones de la Exposición de Motivos.

Como excepción al principio negatorio de la compensación en la quiebra cita el artículo 926. GAY DE MONTELLÁ: *Código de comercio español comentado*, tomo V, Barcelona, 1936, pág. 423.

(6) Vid. RIVES Y MARTÍ, ECHÁVARRI, HERNÁNDEZ BORONDO, BLANCO CONSTANS, URÍA, AVILÉS Y POU Y GAY: Loc. cit. en nota precedente.

bra de las cuentas en participación (7); o al tratar de la solicitud de la declaración de quiebra de la sociedad por el propio socio acreedor (8). Pero cuando se ha tratado en términos generales del problema de la admisibilidad de la compensación después de la declaración de la quiebra en el derecho español, no se ha tenido en cuenta la norma recogida en el artículo que nos ocupa. Se ha discutido el tema en el terreno de los principios, sin contemplar expresamente este caso en el que por única vez el legislador español se ha enfrentado con un problema de compensación de créditos y deudas del quebrado.

B) *El efecto de la compensación en el artículo 926.*

Ante todo, debemos afirmar que la letra del artículo 926 ofrece a nuestro juicio un supuesto de compensación en caso de quiebra. Prescindiendo ahora de la naturaleza de esos créditos y de esas deudas, cuyo estudio emprenderemos más adelante, debemos partir de la base de que admitimos que en el 926 se resuelve de manera afirmativa un supuesto de compensación en quiebra. En efecto, de la lectura del 926 resulta que la norma contempla un caso en el que unos acreedores del quebrado son a la vez deudores del mismo. O en otras palabras, más semejantes a las empleadas en el texto del artículo, unos deudores, que lo son por el hecho de estar obligados a poner unas cantidades en el patrimonio del quebrado, son a la vez acreedores de la quiebra. Se da, por tanto, en este caso el supuesto de dos personas recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, que es presupuesto para la compensación según el artículo 1.195 del Código civil. Y la consecuencia que establece el artículo 926 del Código de comercio es que cuando se dé ese caso de reciprocidad entre el socio, deudor-acreedor, y la sociedad, deudora-acreedora, el socio no figurará en el pasivo de la quiebra como acreedor más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que adeudara. Nos parece evidente que aquí se da el efecto típico de la compensación. Se da el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, como dice el artículo 1.202 del Código civil, y puesto que el supuesto de hecho contemplado por nuestro Código de comercio es el de que el crédito del socio sea superior a su deuda, la consecuencia que deriva del efecto compensatorio es la de que sólo figurará como acreedor en el pasivo de la quiebra por la diferencia, esto es, por la cantidad que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que adeudara a la sociedad. A nosotros no nos cabe duda que aquí hay un fenómeno com-

(7) Vid. URÍA: *Problemas y cuestiones...*, cit., págs. 22 y sigs. ECHÁVARRI: Loc. cit. en nota 5.

(8) Vid. URÍA: *Problemas y cuestiones...*, cit. pág. 28, que utiliza el artículo 926 a favor de la tesis de que el socio acreedor puede solicitar la declaración de quiebra de su propia sociedad.

pensatorio. Si esos deudores (y prescindimos ahora de qué clase de deudores se trata), son a la vez acreedores de la quiebra, no figurarán en el pasivo de ella más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubierta la deuda; es decir, no figurarán como acreedores más que por el excedente, compensándose, pues, crédito y deuda hasta la cantidad concurrente.

Pero esta afirmación, mantenida con anterioridad por un sector doctrinal que se ha ocupado del 926 del Código de comercio (9), no es, sin embargo, unánime (10).

Para nosotros, el artículo 926 prevé un supuesto de compensación y admite que los efectos de ésta se den incluso en caso de quiebra. Y esa compensación que regula el 926 es, en nuestra opinión, una auténtica compensación con efecto liberatorio, medio de extinción de las obligaciones, y una compensación legal, no facultativa.

Nos interesa resaltar el efecto extintivo que la compensación produce concretamente en el supuesto del artículo 926, porque otra interpretación del artículo puede llevar a ver en su mecánica un derecho de retención a favor de la masa de acreedores sobre el crédito del socio. Creemos que tal interpretación lleva a afirmaciones que están en pugna con cuanto dispone el artículo 926. Hay dos palabras claves en el texto de éste que encierran el sentido de la norma: la palabra *diferencia* y la palabra *cubiertas*. Los socios no figurarán en el pasivo «más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a poner...» La diferencia se refiere a una operación aritmética, a la comparación de la medida de dos cantidades, al resultado de una suma algebraica de un más y un menos (11), a la comparación, en una palabra, de crédito y deuda. Por ello, *cubiertas* tiene que equivaler a concurrencia de dos cantidades; en definitiva, cubiertas quiere decir extinguidas en virtud de la compensación, que, como sabemos, extingue crédito y deuda en la cantidad concurrente. Si damos otro significado a la palabra «cubiertas» ya no tiene sentido hablar de «diferencias».

Lo que no puede sostenerse, según nuestro punto de vista, es que el socio esté obligado a aportar todo lo que debe y sólo cuando aporte se podrá insinuar como acreedor del quebrado. Si esto fuera así podría hablarse de retención del crédito del socio contra la sociedad; pero fijémonos que el art. 926 no dice que los socios que a la vez sean acreedores de la quiebra sólo figurarán en el

---

(9) Hablan de compensación al comentar el artículo 926 todos los autores recogidos en la nota 6. Y habla de compensación la Exposición de Motivos cuando se refiere al artículo 926. Vid. más adelante págs. 828 y 829.

(10) Vid., en contra, GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, t. III, 2.ª ed., Madrid, 1956, pág. 503, que al referirse al artículo 926, en relación con las cuentas en participación, afirma que prohíbe la compensación.

(11) El símil matemático es de GIULIANO: *La compensazione*, Milano, 1955, pág. 5.

pasivo de la misma, después de cubiertas las cantidades que adeudaran, sino que no figurarán más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas esas cantidades. La cuestión es diversa: de acuerdo con la primera formulación, el socio, una vez aportada íntegramente la cantidad que adeudará, figuraría en el pasivo, pero no «por la diferencia», sino por el importe íntegro de su crédito (12). De acuerdo con la segunda puede decirse que el socio sólo figurará en el pasivo por la diferencia a su favor, y nótese bien que el adverbio *sólo* se utiliza en este caso no referido al tiempo (sólo entonces), sino referido a la cantidad (sólo por la diferencia, o, como dice el Código, «más que por la diferencia»), lo cual quiere decir que aquí no hay un efecto dilatorio, sino un efecto extintivo.

No puede hablarse de un derecho de retención ni de compensación facultativa a favor de la masa de acreedores. En primer lugar, porque la compensación en la quiebra favorece a la parte «in bonis», que en cuanto acreedora cobra el cien por cien de su cré-

---

(12) La interpretación que atacamos en el texto ha sido mantenida por RODRÍGUEZ, en el Derecho mejicano. La Ley de Quiebras mejicana, de 31 de diciembre de 1942, en la que es evidente la influencia del Derecho español, dispone en su artículo 128, apartado IV, que «no podrán compensarse legalmente ni por acuerdo de las partes las deudas del quebrado»; pero a continuación de este principio general establece el mismo artículo tres excepciones: 1.ª, las deudas de la masa en relación con los créditos del quebrado; 2.ª, las que se produzcan como efecto del contrato de cuenta corriente; 3.ª, «dos socios comanditarios, los de sociedades anónimas y los asociados en participación que a la vez sean acreedores de la quiebra de la sociedad o del asociante, no figurarán en el pasivo de la misma sino por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a aportar en concepto de tales socios o asociados». Comentando este artículo, RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho mercantil*, México, 1952, pág. 342, estima que la prohibición de compensaciones establecida como regla general en la Ley de Quiebras es un resultado normal de la desposesión y de la inmovilización del patrimonio del quebrado, y del principio de la *par conditio*. La compensación implicaría—dice RODRÍGUEZ—un trato de favor para el acreedor, que en virtud de la compensación podría cobrar fuera de la quiebra el ciento por ciento de su crédito. Pero fijémosnos en el inciso c), del apartado IV del artículo 128 de la Ley mejicana, en el que se recoge la tercera de las excepciones enumeradas. Su texto, como puede comprobarse, no es más que una versión corregida, y corregida con cierta fortuna, del artículo 926 del Código de comercio español. Se aclara en él la debatida cuestión de la quiebra del gestor o asociante de las cuentas en participación y se sustituye al final el verbo «poner» (que, por otra parte, es el que utiliza el artículo 116 de nuestro Código al definir el contrato de compañía) por el verbo «aportar». El precepto se sitúa precisamente entre las excepciones al principio de la no compensación de las deudas del quebrado. No nos parece afortunado el comentario que RODRÍGUEZ: *Op. cit.*, págs. 342 y 343 dedica al párrafo en cuestión. Estima este autor que el inciso c) de la fracción IV regula un derecho de retención a favor de la masa respecto de los créditos que contra la misma tengan los socios o asociados del quebrado, en tanto que éstos no aporten a aquélla las cantidades a que estuvieren obligados en virtud del contrato de sociedad o asociación. Ahora bien—continúa RODRÍGUEZ—si cumplieran íntegramente con su obligación de aportación, este precepto no quiere decir que tales socios

dito hasta la cantidad concurrente (13). Por ello, no creemos que pueda hablarse en el caso del art. 926 de compensación a favor

o sociedades cubren (sic.) el cien por cien de la diferencia que resulte a su favor, sino que por ésta entran en el concurso a cobrar según la ley de quiebra.

En primer lugar, no creemos que pueda hablarse en este caso de un derecho de retención, propio de los sistemas de tipo germánico. Sobre las diferencias entre compensación y retención, vid. MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, II, 2.<sup>a</sup>, Milano, 1952, 8.<sup>a</sup> ed., pág. 386. En nuestro Derecho, vid. la monografía de BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS: *El Derecho de retención en el Código civil español*, Salamanca, 1955, págs. 67 y 68.

En segundo lugar, negamos que el efecto se produzca en favor de la masa. Parece lógico que si la compensación se rechaza, como norma general, porque implica un trato de favor para el acreedor del quebrado, las excepciones a la regla produzcan precisamente ese efecto.

En tercer lugar, la opinión de RODRÍGUEZ está basada en la interpretación que creemos errónea del sentido de la palabra «cubiertas». Si los socios aportan íntegramente no puede decirse que entren a cobrar la diferencia según la ley de la quiebra, pues en este caso insinuarán en el activo el crédito íntegro. Cubiertas no quiere decir aportadas, sino que se refiere a la cantidad en que el crédito iguale a la deuda. Sobre la cantidad cubierta, es decir, sobre la cantidad concurrente, el acreedor entra a cobrar la diferencia; esto es, el excedente. Y aquí ya se somete a la ley de la quiebra.

Vid. el art. 134 de la Ley de Quiebras mejicana, que es un trasunto de nuestro artículo 925.

Vid. también RODRÍGUEZ: *Ley de Quiebras y Suspensiones de Pagos*, 2.<sup>a</sup> ed., México, D. F., 1952, págs. 114 y sigs.

(13) Que la compensación en la quiebra favorece a la parte *in bonis*, concediéndole un favor particular destructor de la *par condicio* no se niega ni por los autores que se muestran partidarios de la compensación de las deudas conexas. Así, VASSEUR: *L'Égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, París, 1949, pág. 240. Para este autor la compensación de deudas no conexas, nacidas de relaciones jurídicas diferentes, debe basarse en una autorización expresa de la ley (pág. 244). La tesis de que la tendencia favorable a la compensación en la quiebra trata de favorecer determinadas relaciones de negocios y que son principalmente los Bancos los que se beneficiarían de ese trato de favor, puede verse en HAMEL, prólogo a la obra de VASSEUR, cit., págs. 2 y 3. RUBIO, en la conferencia cit. en nota 2, calificó esta tendencia de producto de la capitalización del Derecho patrimonial.

Que la compensación en la quiebra opera en perjuicio de los demás acreedores viene repitiéndose en nuestra doctrina desde SALGADO DE SOMOZA: *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, t. I, Venetiis, MDCCI, parte II, cap. III, núm. 31, pág. 284, incluso hasta los autores que son partidarios de su admisibilidad. Cfr. URÍA: *Reaseguro...*, cit., pág. 402, y *Problemas y cuestiones...*, cit. pág. 51, donde sostiene que la compensación del art. 926 constituye en nuestro Derecho una excepción a favor del socio acreedor.

En contra, vid. ECHÁVARRI: Op. cit., t. V, pág. 545, en donde afirma que, «como se ve esta compensación es en favor de la masa de bienes de la quiebra y de los demás acreedores». En idéntico sentido, vid. HERNÁNDEZ BORONDO: op. cit., pág. 679. Creemos que la confusión puede ser debida a la frase «no figurarán en el pasivo más que por...», que lleva a pensar en una reducción del pasivo favorable para la masa de acreedores. Pero hay que tener en cuenta que ese pasivo se reduce a expensas precisamente de una mayor reducción del activo, de la masa de bienes.

de la masa de acreedores. Ciertamente que podrían darse casos en los que a los síndicos de la quiebra les conviniera, en beneficio de la masa, poner en marcha el mecanismo de la compensación; por ejemplo, en caso de insolvencia del socio, en el caso de que en la quiebra del socio la moneda de dividendo estuviere aún más quebrantada que en la de la sociedad. Ciertamente que podría, en hipótesis, pensarse que lo que el art. 926 concede es una facultad de compensar, para que los síndicos pudieran utilizarla cuando lo estimaran conveniente en beneficio de la masa. Pero ni nuestro sistema de compensación parece ser facultativo, ni la letra del 926 deja el menor resquicio para esta interpretación de la norma. Y, en todo caso, aún admitiendo que esa compensación operara por declaración unilateral, lo que no está dicho es que únicamente puedan los síndicos hacer uso de ese derecho. Evidentemente, en caso de compensación facultativa serían los socios de la sociedad quebrada los más beneficiados en la mayoría de los casos por la puesta en marcha de los efectos de la compensación.

#### IV.—DOBLE PROBLEMÁTICA EN EL SUPUESTO DE HECHO DEL ART. 926 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

La lectura del 926 nos pone de manifiesto que se refiere tanto a los socios comanditarios y a los de sociedades anónimas como a los que llama socios de cuentas en participación. A la vista de este texto parece que procede, por imperativos de lógica y sistemática distinguir entre los socios limitadamente responsables de compañías mercantiles por una parte y los partícipes de contratos de cuentas en participación, por otra. La equiparación que de estos supuestos hace el Código resulta totalmente errónea, puesto que la posición de los socios limitadamente responsables frente a la quiebra de la sociedad tienen que ser, por naturaleza, muy distinta de la posición del partícipe frente a la quiebra del gestor en el contrato mercantil de cuentas en participación. Por consiguiente, dividimos nuestro estudio y análisis del art. 926 en dos partes: En la primera estudiaremos el art. 926 en cuanto se refiere a los socios comanditarios y a los de las sociedades anónimas (socios limitadamente responsables) y en la segunda estudiaremos el 926 en cuanto se refiere a las cuentas en participación.

##### A) *El artículo 926 en cuanto se refiere a los socios de responsabilidad limitada.*

##### 1. *Posición de los socios de responsabilidad limitada ante la quiebra de la sociedad.*

Como el artículo 926 se refiere a un problema planteado con las relaciones de los socios comanditarios y de sociedades anóni-

mas con la sociedad quebrada, interesa ante todo aclarar cuál es en términos generales la posición de los socios limitadamente responsables frente a la sociedad quebrada. Suele afirmarse, casi como verdad dogmática, que a diferencia de lo que ocurre con las sociedades de responsabilidad ilimitada, la quiebra de la Sociedad no afecta a los socios de responsabilidad limitada. El socio limitadamente responsable que ha realizado su aportación no ve afectado su patrimonio por la quiebra de la sociedad. Hasta aquí resulta cierto el principio de que la quiebra no afecta al socio. Pero, no cabe olvidar que si el socio no ha realizado enteramente su aportación a la sociedad los síndicos de la misma tienen derecho a reclamarle los dividendos pasivos en la medida en que éstos sean necesarios y dentro del límite de responsabilidad marcado por el importe de la aportación prometida. Así, el artículo 925 de nuestro Código de comercio dispone que si los socios comanditarios o de compañías anónimas no hubieren entregado al tiempo de la declaración de la quiebra el total de las cantidades que se obligaron a poner en la sociedad, el administrador o administradores de la quiebra tendrán derecho para reclamarles los dividendos pasivos que sean necesarios dentro del límite de su respectiva responsabilidad (14).

El artículo 925 supone verdaderos efectos de la declaración de la quiebra sobre el patrimonio de los socios comanditarios y sociedades anónimas. Este precepto ha sido interpretado por nuestra más autorizada doctrina en el sentido de que se refiere a los dividendos pasivos no vencidos con anterioridad al momento de la declaración de la quiebra (15). Si el dividendo está vencido, entendemos, siguiendo esta interpretación, que no será necesario probar la necesidad del mismo para exigirlo. El dividendo vencido representa un crédito, integrante del patrimonio de la Sociedad, que los Administradores de la quiebra podrán exigir sin más. Pero si el dividendo no está vencido hay que aplicar ya el 925, que supone en sus consecuencias la pérdida del beneficio del plazo por parte de los socios que en el momento de declararse la quiebra de la sociedad y de conformidad con lo establecido en los estatutos sociales no están aún obligados a desembolsar la parte

---

(14) El principio de que la quiebra de la sociedad no afecta a los socios limitadamente responsables se afirma casi unánimemente en la doctrina. Creemos con URÍA: *Problemas y cuestiones...*, cit., págs. 49 y sigs., que el artículo 925 del Código de comercio supone en sus consecuencias verdaderos efectos de la declaración de la quiebra sobre el patrimonio de los socios comanditarios y de sociedades anónimas. Refiriéndose este artículo a dividendos pasivos no vencidos, hace perder el beneficio del plazo a los socios que en el momento de declararse la quiebra de la sociedad se encontraban al corriente en el pago de sus dividendos pasivos y, de conformidad con lo establecido en los Estatutos sociales no estaban aún obligados a desembolsar la parte de capital que les quedara por desembolsar.

(15) Vid. GARRIGÜES: *Curso*, cit., II, pág. 507, y URÍA: *Loc. cit.* en la nota anterior.

de capital que les quedara por aportar. Por consiguiente, en cuanto se refiere a dividendos pasivos no vencidos, este artículo establece un efecto muy curioso de la quiebra: el vencimiento anticipado de créditos del quebrado. Frente al efecto normal, establecido en el artículo 883, que dispone que en virtud de la declaración de quiebra se tendrán por vencidas a la fecha de la misma las déudas pendientes del quebrado, podemos establecer este vencimiento anticipado de créditos pendientes del quebrado.

A favor de la tesis interpretativa del art. 925 del Código de comercio, que sostiene, como acabamos de decir, que este precepto se refiere exclusivamente a dividendos pasivos no vencidos, creemos que podemos aportar una doble argumentación.

El primero de estos argumentos lo extraemos de la Exposición de Motivos del Código de comercio, en la que se da con cierta extensión la serie de razones que el Legislador tuvo en cuenta para resolver el problema que se plantea en el art. 925. Se dice, en efecto, en la Exposición de Motivos: «Otra cuestión de la mayor importancia resuelve el proyecto con motivo de la responsabilidad de los socios comanditarios y accionistas en general por los dividendos y la parte de capital que estuvieren obligados a entregar y cuyos plazos no hubieran vencido al tiempo de la declaración de quiebra de la sociedad. La opinión de los Jurisconsultos nacionales y extranjeros se halla dividida acerca de este punto, si bien la mayoría de ellos se inclina a que la quiebra no extingue aquella responsabilidad y en su consecuencia, a que los síndicos o representantes de los acreedores pueden hacerla efectiva exigiendo la entrega de los dividendos o partes de capital que consideren necesarios para satisfacer todas las obligaciones de la sociedad.»

El segundo argumento lo extraemos de la Ley de sociedades anónimas de 17 de julio de 1951. Dispone el número 5.º del artículo 160 de esta Ley que incumbe a los liquidadores «percibir los créditos y los dividendos pasivos acordados al tiempo de iniciarse la liquidación» y que «también podrán exigir el pago de otros dividendos hasta completar el importe nominal de las acciones en la cuantía necesaria para satisfacer a los acreedores». El precepto, en verdad, está dictado para el supuesto de liquidación normal de la sociedad y no para la liquidación que se abre como consecuencia de la quiebra (16). Pero ello creemos que no obsta para mantener en este punto la identidad de supuestos entre las

---

(16) URÍA, apoyándose en el artículo 170 de la L. S. A., sostiene la incompatibilidad entre el procedimiento normal de liquidación regulado en la Ley y el sistema de liquidación del patrimonio de la sociedad quebrada. Vid. GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, Madrid, 1953, pág. 714.

facultades de los liquidadores y de los síndicos en orden a la percepción de los dividendos pasivos. Variará el órgano, pero la función es en este caso la misma: la liquidación.

El artículo citado de la nueva Ley de Sociedades Anónimas distingue, en efecto, entre *dividendos pasivos acordados y otros dividendos*; es decir, entre dividendos pasivos vencidos y no vencidos al tiempo de iniciarse la liquidación. Los primeros se equiparan a los demás créditos de la Sociedad, y como tales deben ser exigidos; en cuanto a los segundos queda al prudente arbitrio de los liquidadores exigir aquellos que sean necesarios para satisfacer a los acreedores (17).

Creemos, por consiguiente, que el art. 925 del Código de comercio; como el inciso final del núm. 5.º del art. 160 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas, se refiere a la exigibilidad de los dividendos pasivos no vencidos y tiene, como éste, su límite en la cuantía que sea necesaria para satisfacer a los acreedores.

## 2. Las categorías de socios de responsabilidad limitada en el artículo 926.

Se refiere el precepto del artículo 926, como hemos dicho, a los socios comanditarios y a los de Sociedades Anónimas, en cuanto socios de responsabilidad limitada.

---

(17) ASÍ URÍA: *Comentario*, cit., I, pág. 462. Vid. también GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 588.

Podría plantearse el problema de si en el caso de que el plazo para satisfacer los dividendos pasivos haya quedado a la determinación del Consejo de Administración, por expresa atribución de los estatutos o por acuerdo de la Junta general, pueden los síndicos acordar la exigencia de esos dividendos, sin necesidad de justificar su necesidad. El artículo 11, núm. 3.º, g), de la L. S. A. dispone que en los estatutos debe figurar «la parte de capital no desembolsado y el modo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos». Los Estatutos pueden, pues, establecer los plazos en que han de desembolsarse esos dividendos o determinar los órganos de la sociedad o personas que están autorizados para reclamarlos en el tiempo y forma que establezcan. Vid. GARRIGUES: *Comentario*, cit., I, pág. 229.

PIC: *Traité theorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales*, París, 1887, pág. 114, sostenía que en este caso el síndico, en cuanto representante legal de la sociedad podía acordar y exigir los dividendos pasivos sin necesidad de la justificación de su necesidad. En contra, vid. BONELLI: *Del Fallimento, en el Comento al Codice di commercio*, Vallardi, Milano, 1923, vol. III, pág. 267, que asimila el supuesto de que la exigibilidad de los dividendos pasivos haya quedado a la determinación discrecional del Consejo de Administración al de que el plazo fijado no haya vencido, exigiendo en ambos casos la necesidad de los dividendos de que hablaba el art. 852 del Código de comercio italiano.

En el Derecho español anterior a la nueva L. S. A. se mantuvo la subrogación de los síndicos en las atribuciones del Consejo en orden a la fijación de los plazos de dividendos pasivos, por VICENTE Y GELLA: *Curso*, cit., pág. 405.

El problema creemos que ha quedado aclarado después de la L. S. A., cuyo artículo 160, núm. 5.º, distingue, para el caso de liquidación, entre dividendos acordados y no acordados, y, respecto de éstos, siempre habrá que tener en cuenta la necesidad.

Vamos, sin embargo, a estudiar separadamente también la posición de cada una de estas categorías de socios ante la quiebra de la sociedad y, concretamente, ante la problemática contenida en el supuesto del artículo que venimos comentando. Parece indicado comenzar, invirtiendo el orden de exposición del art. 926, por los socios de Anónimas.

vi) Los socios de Sociedades Anónimas. Supuesto que en el artículo 926 veíamos un fenómeno de compensación, es evidente que resulta fundamental la determinación de los créditos y deudas que se van a compensar, y, ante todo, la determinación de la frase «cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto de tales socios», como dice el final del precepto.

Esas cantidades que el socio está obligado a poner en el patrimonio de la Sociedad, en concepto de tal socio, no pueden ser otras, en principio, que las cantidades que se obligó a aportar, es decir, los dividendos pasivos.

Resulta ya curioso que en el art. 926, en un supuesto de compensación en caso de quiebra, sean precisamente dividendos pasivos de socios de Anónimas los que se admiten a compensación. Y resulta curioso porque la compensación de dividendos pasivos está en tela de juicio en nuestro derecho aún en el supuesto de encontrarse la sociedad «in bonis» y porque aún en los sistemas en los que se admite con carácter general la compensación en la quiebra se excluye, sin embargo, el caso concreto de la compensación de los dividendos pasivos (18).

Efectivamente, la posibilidad de admitir el pago de los dividendos pasivos por compensación se discute en nuestra doctrina y la posición favorable a la misma funda precisamente su tesis en la falta de un precepto legal que la prohíba (19), con lo cual es

---

(18) Nos referimos, concretamente, al sistema alemán. En el Derecho alemán, en el que se concibe la compensación como un derecho de retención, la quiebra no es obstáculo para que la compensación opere. Vid. en la Exposición de Motivos de la Konkursordnung, de 17 de mayo de 1898, las razones de equidad que llevan a admitir la compensación en la quiebra. Vid. artículos 53 a 55 de la K. O. Y, sin embargo, la compensación de los dividendos pasivos de sociedades anónimas está prohibida en todo caso. Vid. artículo 60 de la Ley alemana de Sociedades Anónimas, de 30 de enero de 1937: Keine Befreiung der Aktionäre von ihren Leistungspflichten. Vid. SCHMITZ: *Handbuch des Konkursverwalters*, Minden, 1949, págs. 345 y sigs.

(19) Así, URÍA: *Comentario*, cit., I, pág. 458. Vid. también GIRÓN, *Derecho de las Sociedades Anónimas*, cit., en nota 17, pág. 191, donde parece admitir la compensación de dividendos pasivos, siempre que no dañe a terceros. Refiriéndose al artículo 60 de la Ley alemana, dice este autor: «Solamente con mucho cuidado podría extenderse a nuestro Derecho la prohibición de compensar de aquel precepto germánico; en este punto la idea directriz es la de evitar que pueda compensarse un crédito no susceptible de ser objeto de aportación con el de aportación en dinero. Como se ve, la norma mira a garantía de terceros, que es la función que llena el capital social.»

Vid. una referencia a la posición del Código de comercio español en

evidente que se parte del supuesto de la falta de un precepto legal que la admita.

La prevención con que suele mirarse por los Legisladores y por la doctrina la compensación de dividendos pasivos está fundamentada, sin duda, en la garantía de los terceros y en la necesidad de mantener, en aras de ésta, el principio de la integridad del capital social. No se quiere en definitiva que mediante el vehículo de la compensación se rompa en equilibrio entre patrimonio y capital social y se emitan acciones que no correspondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (20).

El problema se ha planteado, como decimos, en nuestro Derecho; pero se ha planteado en ocasiones con matices diversos. Ya hemos dicho que, en línea de principio nuestra mejor doctrina admite la extinción de la deuda de dividendos por compensación. Podría levantar dudas el precepto contenido en el art. 33 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece imperativamente que la aportación patrimonial del socio sea *efectiva*. Pero, lo que el precepto persigue es que la aportación sea real, esto es, que produzca en el patrimonio social un incremento económico equivalente a su valor. Y esto puede ciertamente conseguirse a través

---

orden al problema de la compensación de los dividendos pasivos, «incluso en caso de quiebra», en BONELLI: *Del fallimento*, cit., III, pág. 269, en nota.

(20) Vid SCHMITZ: Loc. cit. en nota 18.

El problema de la compensación de los dividendos pasivos ha sido muy discutido en Italia, especialmente después de la famosa Sentencia de la Corte de Casación, de 5 de diciembre de 1938, que negó la compensación de dividendos pasivos aun estando la sociedad *in bonis*. A raíz de esta Sentencia la doctrina italiana se ocupó ampliamente del problema. Vid MOSSA: *Compensazione nel pagamento dei decimi?*, en «Riv. Dir. Comm.», 1939, II, págs. 115 y sigs., que pone el límite de la admisibilidad de la compensación en el interés de los acreedores sociales. Vid., en contra, GRECO: *La compensazione del debito dei conferimenti nelle società per azioni*, en «Riv. Dir. Comm.», I, 1939, pág. 350. Vid., también, sobre la misma sentencia, VISENTINI: *Sulla estinzione per compensazione del debito del socio per conferimento*, en «Foro Italiano», 1939, I, 742, en donde defiende la admisibilidad de la compensación inocua. El razonamiento de este autor está pensado para el supuesto de que ambas partes se encuentren *in bonis*, pero no es válido para la compensación en caso de quiebra

Vid., también, en la doctrina italiana, en contra de la admisibilidad de la compensación de dividendos pasivos, AULETTA: *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, pág. 98; BRUNETTI: *Trattato del Diritto della società*, II, Milano, 1948, pág. 428. A favor, vid. DE GREGORIO: *Delle società e delle associazioni commerciali*, t. IV del *Comentario de UTET*, Torino, 1938, pág. 517.

En el Derecho suizo aun cuando se admite en principio la compensación de dividendos pasivos, se somete a determinadas medidas en garantía de los acreedores sociales. El artículo 80 de la *Ordonance du Registre de commerce*, de 7 de junio de 1937, dispone que cuando los accionistas hayan liberado sus acciones total o parcialmente por compensación con créditos contra la sociedad, la escritura de constitución o de aumento debe indicar que la existencia de los créditos ha sido probada y cómo lo ha sido. La inscripción en el Registro indicará el montante global de la parte de capital social liberado por compensación.

del mecanismo de la compensación, por lo menos cuando esta es inocua, concretamente cuando en nuestro caso la Sociedad debía entregar con una mano el valor que con la otra iba a recibir.

Pero ya hemos dicho que el problema se plantea en otros casos con un matiz diverso. Así, por ejemplo, al tratar de la cuestión de las acciones de industria o trabajo y al plantearse el problema de si el prestador de servicios retribuidos a una sociedad puede o no concurrir a las suscripciones de acción con el crédito que ostente contra ella, por razón de los servicios prestados por cuenta de la sociedad antes de su constitución. Ante este caso afirma nuestra mejor doctrina que como a tenor del art. 7 de la Ley, la validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil quedará subordinada a este requisito y a su aceptación por la sociedad antes del plazo de tres meses, no será lícito recibir a cambio de esos servicios acciones fundacionales, porque al tiempo de constituirse la sociedad y suscribirse las acciones no puede hablarse todavía de verdaderos créditos contra ella por razón de esos servicios; pero que cuando se trate de créditos reconocidos por la sociedad, el hecho de que provengan de la prestación de trabajo o servicios no puede ser obstáculo para que en una eventual ampliación de capital puedan liberarse o pagarse acciones con cargo a ellos porque entonces ya no se aporta servicio, trabajo o industria, sino un crédito contra la Sociedad, que al ser aportado a ella se extingue por confusión, enriqueciendo en la medida de su importe, el patrimonio social (21).

Recogemos aquí esta opinión porque, cuando así se piensa, se da un enfoque nuevo al problema que venimos planteando. Según la argumentación que acabamos de transcribir el deudor de aportación que es a la vez acreedor de la sociedad, no es que compense crédito y deuda, sino que aporta un crédito, el crédito que tiene contra la sociedad, que al entrar en el patrimonio de ésta se extingue por confusión, según lo dispuesto en el art. 1.192 del Código civil.

Aun cuando a primera vista pudiera parecer que el problema se plantea exclusivamente en el terreno del dogmatismo jurídico con alcance conceptualista, puesto que en realidad el efecto práctico producido sería el mismo, tanto si se recurre al mecanismo de la compensación como si se utiliza el de la confusión. Examinándolo con mayor detenimiento puede verse que las consecuencias de aceptar uno u otro sistema son trascendentales, dentro de la tesis que hemos citado.

La teoría de la confusión está montada en su fundamento sobre la aportación de un crédito: del crédito, del socio contra la sociedad, que se concibe como una aportación no dineraria y, como tal, sólo puede hacerse en el momento fundacional de la Socie-

---

(21) Así, URÍA: *Comentario*, cit., I, pág. 356.

dad, o en un caso de aumento del capital. No podrá hacerse en cambio, en concepto de dividendo pasivo, puesto que se admite pacíficamente que las deudas por dividendos pasivos son siempre deudas de dinero, como fácilmente se deduce del art. 44 de la Ley (22). Por ésto, cuando al mantenerse la tesis de la confusión se concluye consecuentemente, se llega a afirmar que, puesto que en el momento fundacional el crédito contra la sociedad no puede aportarse, por estar sometido aún al régimen del art. 7, sólo se admite la aportación de crédito en caso de aumento de capital.

Sin embargo, si en vez de una extinción por confusión vemos en este fenómeno una compensación, no hay obstáculo para que a través de ésta se satisfagan dividendos pasivos. El pago por compensación podrá realizarse, entonces, respecto de la parte no desembolsada en el momento de suscribir la acción, y únicamente en este caso tiene sentido el problema que venimos planteando (23).

Si problemática es la admisibilidad de la extinción por compensación de las deudas de dividendos pasivos de los socios de una anónima, mucho más resulta cuando la sociedad se encuentra en una situación de desarreglo económico. Es evidente que al admitir la compensación en este caso equivale a dispensar un trato de favor al que como deudor del quebrado va a beneficiarse del mecanismo compensatorio, con ruptura del principio de la «par condicio», cobrando el cien por cien de su crédito en la cantidad concurrente afectada por la compensación, y escapando a la ley de la quiebra que le impondría el cobro en moneda de dividendo de la totalidad de su crédito (24).

Estas consideraciones previas nos sitúan ya ante el art. 926 con una intención de interpretación restrictiva, con el deseo de buscar una interpretación del precepto que elimine o disminuya los inconvenientes y peligros que acabamos de señalar. En efecto, si el deudor del quebrado se sitúa en una situación de privilegio cuando puede utilizar el mecanismo de la compensación y resulta favorecido en relación con los acreedores que van a someterse a la par condicio, mucho más inequitativas resultan las consecuencias cuando es precisamente el socio de la sociedad quebrada el que va a poder liberarse de su deuda de aportación con ventaja sobre los demás acreedores de la sociedad, en lugar de integrar realmente con esa aportación un capital que constituye la única garantía de esos terceros acreedores.

Debemos, pues, preguntarnos a la vista del art. 926 del Có-

---

(22) Cfr. URÍA: Op. cit. en nota precedente, pág. 456.

(23) Así, el mismo URÍA: Obra y volumen cit., pág. 458. GARRIGUES, en la misma obra, *Comentario*, II, pág. 227, considera excesivamente artificioso hablar de aportación de crédito y se inclina a favor de la compensación entre el crédito de la sociedad al pago de las acciones y el crédito del socio contra la sociedad.

(24) Vid. *retro*, nota 13.

digo de comercio cuáles son esas cantidades que el socio de la Anónima está obligado a poner en el concepto de tal, y cuál es en definitiva el sentido normativo del precepto en este punto; a qué deuda del socio se refiere en concreto el art. 926 del Código de comercio.

Resulta fácil afirmar que el art. 926 alude en general a una deuda de dividendos pasivos. Pero esto no basta; creemos que se debe todavía puntualizar algo más. Porque si es evidente que esas cantidades de que nos habla el art. 926 son objeto de la obligación fundamental del socio ante la sociedad, que es la obligación de aportar, resulta todavía posible preguntarse qué clase de dividendos pasivos son los que recoge en su normativa el art. 926. En otras palabras: ¿Se refiere al art. 926 a la totalidad de los dividendos pasivos debidos por el socio?; ¿se refiere sólo a los dividendos pasivos que hayan ya vencido?; ¿se refiere a los dividendos exigidos por los síndicos al amparo de la norma del artículo 925 del Código de comercio?

Parece fácil descartar que se trate del total de los dividendos pasivos, incluidos los que están por vencer, hasta el importe íntegro de la aportación prometida. Y es de descartar esta posibilidad porque si los dividendos no han vencido ni los administradores de la quiebra los han exigido ex art. 925 carecen de los requisitos necesarios para ser admitidos a compensación según el artículo 1.196 del Código civil. Concretamente falta el requisito del número 3 de ese artículo, que se refiere al vencimiento. Según el art. 926 se trata de cantidades que los socios «están obligados a poner» en concepto de tales y resulta obvio pensar que esa obligación de aportar o poner tiene que estar vencida y ser exigible en el momento de producirse la compensación. Si los dividendos no han vencido ni los administradores los han exigido al amparo de lo dispuesto en el art. 925 del Código de comercio, no pueden ser admitidos a compensación.

Queda, pues, por examinar si el art. 926 se refiere a los dividendos pasivos vencidos en el momento de producirse la quiebra y a aquellos que los administradores de la quiebra hayan exigido en las condiciones y dentro de los límites marcados por el art. 925.

La cuestión es delicada. Si nos atenemos a una interpretación literal del art. 926, no cabe duda de que tanto los dividendos pasivos no vencidos reclamados por los administradores en virtud de la facultad que les confiere el artículo anterior, como los ya vencidos, caen bajo el concepto de cantidades que los socios están obligados a poner en cuanto tal.

Pero la interpretación restrictiva nos lleva a eliminar del fenómeno compensatorio del art. 926 a los dividendos pasivos vencidos. La posibilidad de admitir a compensación los dividendos pasivos ya hemos visto que, aunque admitida en nuestra doctrina, plantea dudas incluso cuando la sociedad se encuentra «in bonis»;

pero creemos que debe ser rechazada de plano después de la declaración de la quiebra la compensación de los dividendos pasivos ya vencidos. El dividendo acordado al tiempo de la declaración de la quiebra es ya un crédito vencido de la sociedad y, aun admitiéndose que pudiera ser compensable con un eventual crédito del socio contra la sociedad, si los requisitos exigidos por el artículo 1.196 del Código civil se daban antes de la quiebra, no podrá serlo después de la declaración de esta; así, si el crédito del socio vence en virtud del art. 883 del Código de comercio.

Nos parece tan evidente esta conclusión que, de otra manera, creemos que no tendría sentido el problema. Si se discute como hemos visto la posibilidad de la extinción de la deuda de dividendos pasivos por compensación en nuestro Derecho y la posición favorable se fundamenta en la falta de un precepto legal que la prohíba, es evidente que se parte de la falta de un precepto legal que la admita. Si existiese este precepto legal, que admitiera la compensación en el caso extremo de la quiebra de la sociedad, el problema que se plantea la doctrina no tendría sentido. El art. 926, en el caso de que se refiriera a dividendos pasivos vencidos vendría a resolver la cuestión y, en términos verdaderamente alarmantes.

Las mismas razones en definitiva que plantean con matiz dubitativo en nuestra doctrina la admisibilidad de la compensación de los dividendos pasivos y que han llevado a algunos Legisladores en el Derecho comparado a prohibirla, son las que nos inducen a una interpretación restrictiva del art. 926, para excluir de su letra el supuesto de los dividendos pasivos ya vencidos. Podría admitirse ciertamente cuando la compensación de esos dividendos no va en daño de los acreedores sociales, cuando la compensación resulta, en una palabra, inocua. Pero esa compensación deja de ser inocua y se convierte en inícuca cuando su admisibilidad beneficia al socio exclusivamente, en detrimento de los intereses de los demás acreedores. El límite de la tesis favorable a la compensación de estos dividendos debe ser precisamente el interés de los acreedores. Cuando la compensación produce el efecto de disminuir el capital social, única garantía de éstos, debe ser rechazada. Es precisamente el interés de los acreedores sociales el fundamento de las teorías y de las leyes que prohíben o restringen la admisibilidad de la compensación de los dividendos pasivos.

Admitimos, dentro de nuestra legislación, de acuerdo con la tesis dominante, la compensabilidad de los dividendos pasivos cuando la sociedad se encuentre «in bonis». La compensación de esa deuda del socio con un eventual crédito que tenga éste contra la sociedad, siempre que se den los requisitos legales y que no afecte a la integridad del capital social ni perjudique de ninguna otra forma a los acreedores, resulta una compensación inocua, que produce el efecto económico ventajoso del pago abreviado o sin

empleo de numerario, y que evita que entre en la caja social un dinero para salir inmediatamente de ella.

Pero ello no puede servir de base para admitir también las consecuencias injustas que derivarían de aceptar la compensación de dividendos pasivos vencidos estando la sociedad en situación legal de quiebra. El entender que la deuda compensable a que se refiere el art. 926 es la de dividendos pasivos vencidos vendría a hacer de mejor condición al socio moroso que aquel que cumplió puntualmente con su deber de aportación. En el supuesto de que ambos se encontraran respecto de la sociedad en la situación de acreedores cuyos créditos vencieran por la declaración de la quiebra, el socio moroso cobraría el cien por cien de su crédito hasta la cantidad en que coincidieran crédito y deuda, mientras que el segundo se vería obligado, después de haber aportado cuanto le correspondía, a insinuar su crédito en la masa pasiva de la quiebra y a someterlo a la ley del dividendo. El socio moroso acreedor de la sociedad, gozaría, en cuanto socio, de un trato de favor respecto a los demás, y en cuanto acreedor se beneficiaría, en detrimento de los otros, de una excepción al principio de la «par condicio». La solución justa y equitativa en este caso es, sin duda, que el socio pague íntegramente el importe de los dividendos pasivos vencidos y figure como acreedor, en igualdad con los demás acreedores comunes, sometido a la ley del dividendo.

Para nosotros la interpretación correcta del art. 926 ha de montarse precisamente sobre la interpretación del artículo anterior. Esas «cantidades que los socios están obligados a poner en concepto de tales» a que se refiere el art. 926 deben ser los dividendos pasivos que los administradores de la quiebra pueden reclamar, según el art. 925, siempre que sean necesarios para cubrir el pasivo de la quiebra social. Y ya sabemos que el art. 925 se refiere a dividendos pasivos no vencidos. Únicamente con esta interpretación sistemática creemos que puede llegarse a soluciones justas.

Veamos cuál sería según esta interpretación el mecanismo de la exigibilidad de los dividendos pasivos en caso de quiebra de la sociedad. Analicemos ante todo la misión de los síndicos a este respecto.

Los síndicos de la quiebra de una sociedad deben, ante todo, exigir los dividendos pasivos debidos por los socios. Pero como con estos dividendos aportados por los socios no bastará, en el caso normal, para satisfacer íntegramente a los acreedores sociales, hay que poner en funcionamiento el art. 925 y, en su virtud los síndicos podrán dirigirse contra los socios para reclamarles los dividendos pasivos no vencidos que sean necesarios, dentro del límite de su respectiva responsabilidad. El precepto es excepcional. Hace exigible una deuda aún no vencida, o, en otras palabras, adelanta el vencimiento de unos créditos del quebrado. Lo excepcional como puede comprenderse, está en que en virtud

de la declaración de la quiebra vencen créditos del quebrado. Ya dijimos al comentar en su lugar del art. 925 que lo normal, en los efectos de la quiebra, es que venzan las deudas (art. 883). Pero del vencimiento adelantado de los créditos no encontramos en nuestro sistema jurídico concursal más supuestos que el del artículo 925 (25).

Pues bien, según nuestra tesis, esta norma excepcional, que dota a los acreedores sociales de una garantía extraordinaria, está atemperada por otro precepto excepcional que es el del artículo 926. La Ley quiere que si el socio que ha perdido el beneficio del plazo resulta a la vez acreedor de la sociedad, se beneficie en mayor medida que los demás acreedores de la tutela de que les dota el art. 925.

Los síndicos, al hacer uso de la facultad que les confiere el artículo 925, pueden conseguir uno de estos dos resultados:

a) Cubrir enteramente el pasivo de la quiebra sin necesidad de exigir el total de los dividendos no vencidos.

b) Cubrir sólo parcialmente ese pasivo, aún habiendo exigido la totalidad de la parte de capital no desembolsada por los socios limitadamente responsables.

El primer caso no hay más problema que uno de tipo matemático: la determinación de la cuantía en que deben de ser exigidos esos dividendos pasivos para satisfacer con ellos enteramente a los acreedores sociales. Si el resultado se logra, la compensación que se opera respecto del socio acreedor resulta inocua, puesto que no puede decirse que en este caso se haya roto la «par condicio». Los acreedores han cobrado el cien por cien de sus créditos y la compensación efectuada no les ha afectado lo más mínimo. Por otra parte, respecto de los demás socios, tampoco podrá decirse que el socio acreedor haya gozado de un trato de favor si la exacción de esos dividendos pasivos necesarios se ha hecho, como entendemos que debe hacerse, nivelando a todos en proporción a la parte de capital que les quedase por aportar. Se trata, pues, en este caso de una compensación inocua, que produce el resultado económico ventajoso del pago abreviado.

Es el segundo de los supuestos antes enumerados el que plantea el problema más delicado. Es el supuesto de que los síndicos,

---

(25) Vid., *retro*, notas 14 y 15. Acerca de los vencimientos adelantados de los créditos de la sociedad por dividendos pasivos, puede verse PIC: *Traité*, cit., pág. 117. El argumento de analogía entre vencimiento de deudas y vencimiento de créditos por dividendos pasivos, que utiliza DE SEMO: *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, pág. 436, no resulta convincente, por ser totalmente diferentes las razones que determinan los respectivos fenómenos. PROVINCIALI: *Manuale di Diritto fallimentare*, II, Milano, 1955, pág. 1039, considera que la disposición del artículo 150 de la *Legge fallimentare* italiana, que autoriza para exigir de los socios los dividendos pasivos, aun cuando todavía no estén vencidos, es una disposición excepcional, determinada por las exigencias del procedimiento de quiebra.

aun exigiendo la totalidad de los dividendos pasivos no logren con las cantidades aportadas la satisfacción de los acreedores sociales. En realidad, si el socio compensa el crédito de que es titular con la deuda de dividendos pasivos no se somete a la *par conditio*, al menos en la cuantía en que la compensación opera, esto es, en la cantidad concurrente entre crédito y deuda. Y obtiene el cien por cien de esa cantidad, aplicando exclusivamente a la satisfacción de su crédito el que la sociedad quebrada tenía contra él.

Pero aquí pensamos que pueden existir ya razones de equidad que fundamenten la admisibilidad de la compensación. Piénsese que ya en este caso parece injusto que el socio pierda el beneficio del plazo en su calidad de deudor, pague en consecuencia su deuda por entero y en buena moneda, y cobre en moneda de dividendo y en su caso con descuento el crédito que él tenía contra la sociedad.

La interpretación que acabamos de formular del artículo 926 la basamos ante todo en la regla hermeneútica que en materia contractual nos ofrece el Código civil español, cuando en su artículo 1.285 establece que «las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras...». Nosotros trasladamos esa regla del campo de lo contractual al campo legal y, como consecuencia, interpretamos los artículos sobre quiebras de sociedades «los unos por los otros». La interpretación nos parece correcta tanto más si se tiene en cuenta que esos dos artículos correlativos, el 925 y 926, son los únicos que dentro de la sección correspondiente se dedican a regular la relación entre los socios limitadamente responsables con la sociedad quebrada. En definitiva, la interpretación sistemática nos lleva a la conclusión de atribuir idéntico sentido a la frase «dividendos pasivos que sean necesarios» que utiliza el artículo 925, y a la de «cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto de tales socios», que se lee al final del texto del artículo 926.

Un argumento más en favor de esta interpretación nos lo ofrece la Exposición de Motivos del Código de comercio. Ya veíamos cómo en esa Exposición se encontraban argumentos poderosos que ponían en manifiesto con absoluta claridad la tesis de que el 925 se refiere únicamente a los dividendos pasivos no vencidos, «a los dividendos o la parte de capital que estuvieren obligados a entregar (los socios comanditarios y accionistas en general) y cuyos plazos no hubieren vencido al tiempo de la declaración de quiebra de la sociedad», como dice textualmente la Exposición de Motivos. Resulta a nuestro modo de ver extraordinariamente elocuente que a continuación de estas frases que se dedican al 925, en párrafo aparte, pero inmediato de la Exposición de Motivos, se dé una explicación del sentido del artículo 926: «como consecuencia de esta doctrina (esto es, de la expuesta sobre el 925), el proyecto admite la compensación entre *las cantidades que estuvieren obli-*

*gados a entregar estos socios para completar el capital social y las que la compañía tenga que abonarles como acreedores de la misma; de suerte que si resultare alguna diferencia a su favor, figurará ésta solamente en el haber pasivo de la quiebra».*

A la vista de estas frases creemos que no puede dudarse de que el sentido que quiso dar el legislador al artículo 926 es, en definitiva, el que en virtud de nuestra interpretación venimos manteniendo en este trabajo.

Razones de equidad y argumentos interpretativos del carácter sistemático, basados en la misma razón que llevaron a nuestra más autorizada doctrina a fijar el sentido del artículo 925, se unen, pues, a este argumento que extraemos de la Exposición de Motivos de nuestro vigente Código de comercio y abonan nuestra opinión de que el artículo 926, cuando admite a compensación las cantidades que estuvieren obligados a poner los socios de comanditarias y de anónimas, en concepto de tales, se refiere única y exclusivamente a las cantidades que a esos mismos socios pueden exigirles los síndicos de la quiebra, ex artículo 925; es decir, a los dividendos pasivos no vencidos que sean necesarios para cubrir el pasivo de la quiebra.

Un último problema debemos plantear en tema de sociedades anónimas: el de si el artículo 926, en cuanto se refiere a los socios de sociedades anónimas, ha sido o no derogado por la Ley sobre régimen jurídico de estas sociedades, de 17 de julio de 1951.

Para resolver este problema hay que tener en cuenta, en principio, dos consideraciones:

1.<sup>a</sup> Que la disposición final de la Ley de anónimas deroga cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de la misma.

2.<sup>a</sup> Que el Decreto de vigencias de 14 de diciembre de 1951, en su artículo 2.<sup>o</sup>, núm. 3, letra A, al mencionar los artículos del Código de comercio que quedan vigentes, no cita entre ellos al artículo 926.

La declaración de vigencia de los artículos del Código de comercio que se recogen en este apartado del Decreto de 1951 ha hecho creer que supone la implícita derogación de los restantes preceptos que en dicho Código se referían a la sociedad anónima, y que quedan hoy sustituidos por los preceptos de la nueva Ley (26).

La opinión expresada creemos que no debe ser tomada al pie de la letra. No ha querido decirse, evidentemente, que deben de entenderse derogados todos los artículos del Código de comercio que se refieran a la sociedad anónima y no hayan sido recogidos en el Decreto de vigencias. Al añadirse «que quedan hoy sustituidos por los preceptos de la nueva Ley» se da a entender que los artículos derogados son aquellos que regulen mate-

rias tratadas en la nueva Ley y que se opongan, como dice la disposición derogatoria, a los preceptos de ésta. Así entendemos que debe ser planteado el problema de la vigencia del artículo 926.

El artículo está dictado para resolver aspectos de una materia sobre la que la Ley de sociedades anónimas no ha dictado normas nuevas. La quiebra de la sociedad anónima queda al margen de la nueva Ley y su regulación hemos de buscarla en el Código de comercio, aplicando los preceptos de éste en tanto no se opongan a los principios de aquélla.

Queda, pues, por ver si la norma del artículo 926 del Código de comercio choca o no con los preceptos de sociedades anónimas. La Ley no se ha pronunciado sobre el problema de la compensación de los dividendos pasivos y sus comentaristas más autorizados admiten el principio de la compensabilidad, aun refiriéndose a la sociedad *in bonis* exclusivamente. Los artículos 31, 32, 33, 34, en cuanto se refieren al deber de aportación del socio, a la naturaleza de ésta y a la exigibilidad de los dividendos pasivos, no ofrecen base para negar, en principio, la compensación de los dividendos pasivos con deudas de la sociedad *in bonis*. Otra cosa sería si la nueva regulación legal de las sociedades anónimas hubiera prohibido la dicha compensación. En este caso deberíamos concluir como en el sistema alemán, que en supuesto de quiebra tanto más sería rechazar la compensación de cualquier tipo de dividendos pasivos (27).

Si la compensación de dividendos pasivos del socio contra la sociedad no se rechaza en la Ley de sociedades anónimas, y por otra parte, ésta no regula la materia relativa a las sociedades en quiebra, creemos que debe concluirse sosteniendo la actual vigencia de la norma del artículo 926 del Código de comercio en cuanto se refiere a la compensación de deudas por dividendos pasivos con créditos que los accionistas de una anónima tengan contra la sociedad, siempre dentro del alcance, que, según hemos sostenido, debe darse al precepto.

b) *Los socios comanditarios.*

Podría repetirse en lo esencial todo cuanto llevamos expuesto respecto de los socios de compañías anónimas para el caso de los socios comanditarios: puede desde luego aplicarse también a éstos la interpretación que hemos llevado a cabo del artículo 926 en relación con el 925.

En este tipo de sociedad hay, en efecto, unos socios comanditarios que aportan capital determinado al fondo común para estar a las resultas de las operaciones sociales (art. 122, núm. 2.º), capital que ha de hacerse constar en la escritura social, determinando el que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos o de las bases sobre

---

(27) Vid. la posición de URÍA y GIRÓN en nota 19.

las que haya que hacerse avalúo (arts. 145 y 125 del Código de comercio).

Sin embargo, al tratar de la sociedad comanditaria debemos hacer alguna alusión a la especialidad que se atribuye a la aportación de estos socios, distinguiendo en ella una doble función: la de integrar el capital productivo de la sociedad (contribución al capital del negocio) y la de constituir un conjunto de bienes para garantía de los acreedores (suma de garantía) (28).

Admitiendo, como se admite, que en nuestro Código de comercio coinciden totalmente aportación y suma de responsabilidad del comanditario, no hay en realidad ningún problema que plantear como especialidad al juego de estos socios en el supuesto previsto en el artículo 926. Cuando este artículo habla de cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto de tales socios comanditarios, se está refiriendo a los fondos que éstos se obligan a poner en la comandita, y que, como dice en el párrafo 3.º del artículo 148 constituyen la suma de responsabilidad de los socios comanditarios por las obligaciones y pérdidas de la compañía.

Otro problema que hay que plantear en relación con la sociedad comanditaria es el del modo de hacer efectiva la responsabilidad de los socios comanditarios, que si no ofrece cuestión en cuanto a la extensión de esa responsabilidad (art. 148, párrafo 3.º), sí la ofrece en cuanto al modo de hacer efectiva esa responsabilidad. El problema se refiere, concretamente, a quién ha de ser el titular de la acción que tiende a realizar la responsabilidad del comanditario obligándole a llevar a cabo la aportación prometida. Lo que se cuestiona, en definitiva, es si esa acción de responsabilidad puede ser llevada a cabo por la sociedad exclusivamente o si pueden ejercitarla los mismos acreedores sociales mediante el ejercicio de lo que se llama acción directa, en contraposición a la acción indirecta o subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil. Ninguna duda hay acerca de que los acreedores pueden realizar la responsabilidad del socio comanditario a través del mecanismo de subrogación del artículo 1.111 del Código civil en las condiciones y formas que allí se expresan. La cuestión se centra exclusivamente en el estudio de una posible acción directa que pudieran ejercitar los acreedores como auténticos titulares, a diferencia de lo que ocurre por la vía indirecta o subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil (29). La consecuencia práctica que este diverso régimen en el ejercicio de la acción puede llegar a producir es evidéntísima: si los acreedores ejercitan la acción de la sociedad, por vía subrogatoria, se verán expuestos

---

(28) GARRIGUES: *Curso*, cit. pág. 319.

(29) Vid. en nuestro Derecho, a favor de la responsabilidad directa del socio comanditario frente a los acreedores sociales, GARRIGUES: *Loc. cit.*, en nota anterior y *Tratado de Derecho mercantil*, I-I, Madrid, 1947, págs. 594 y sigs.; LANGLE: *Manual de Derecho mercantil, español*, I, Barcelona, 1950, pág. 483; VICENTE Y GELLA: *Curso*, cit., pág. 189.

a las mismas excepciones que el comanditario pudiera oponer a la sociedad; si los acreedores ejercitan la acción de responsabilidad, para obligar a los socios a aportar, no podrán verse oponer excepciones que el socio tuviera frente a la sociedad (30).

No puede escapar el interés que la cuestión tiene en nuestro tema, puesto que la solución que se le dé va en definitiva a resolver el problema de la excepción de compensación que el socio pudiera hacer valer contra la sociedad. Piénsese en la posibilidad de que los acreedores de la sociedad ejercitaran directamente la acción de responsabilidad para obligar al comanditario a aportar los dividendos pasivos que aún debiera a la sociedad, y en la posibilidad de que el socio fuera a la vez acreedor de la sociedad.

Los problemas que podrían plantearse en este caso no vamos, sin embargo, a examinarlos, porque estimamos que en nuestro Derecho no pueden los acreedores ejercitar una acción directa para hacer efectiva la responsabilidad de los socios comanditarios. Y es obvio que si damos ya una solución negativa a esta cuestión previa, resulta ocioso el plantearse la problemática de la solución contraria.

Reconocemos que nuestra mejor doctrina ha visto en el artículo 148 la posibilidad de fundamentar una acción directa de los acreedores contra el comanditario para obligarle a realizar la prestación de la suma de responsabilidad ofrecida o indebidamente restituida, sobre la base de la distinción que hace el Código entre pérdidas y obligaciones de la compañía. Dice, en efecto, el párrafo tercero del artículo 148 que la responsabilidad de los socios comanditarios por las obligaciones y pérdidas de la compañía quedará limitada a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en comandita. En la expresión pérdidas se ha visto una referencia al aspecto interno en que juega la aportación en sentido estricto del comanditario, y en la expresión obligaciones de la compañía se ha visto la referencia al aspecto externo, en donde lo decisivo es la suma de responsabilidad ofrecida, no a los demás socios, sino a los acreedores sociales (31).

Esta autorizada opinión ofrece un criterio interpretativo del artículo 148 auténticamente progresivo y que pone al Derecho de sociedades español al nivel del desenvolvimiento final del problema de la responsabilidad del comanditario en Derecho comparado. Sin embargo, estimamos que no es ese el criterio que está recogido en nuestro Código de comercio. Pensamos que la interpretación del artículo 148 que sirve de fundamento a la posibilidad de la acción directa de los acreedores está obtenida de la

---

(30) VIVANTE, que admite la acción directa contra el comanditario, sostiene que éste puede defenderse contra los acreedores excepcionando la compensación legal como causa de extinción de su deuda frente a la sociedad. *Tratado de Derecho mercantil*, II, trad. española de ESPEJO DE HINOJOSA, Madrid, 1932, pág. 154.

(31) GARRIGUES: *Curso*, cit., pág. 327, y *Tratado*, cit., pág. 597.

utilización por nuestro legislador de una frase poco clara e incorrecta. Efectivamente, el artículo 148 habla de la responsabilidad por las obligaciones y pérdidas de la compañía; pero parece que con esta aparente dualidad no ha querido, sin embargo, el Código de comercio fundamentar la distinción entre aportación y suma de responsabilidad, ni la diversidad entre acción de la sociedad contra el socio por la aportación y acción directa de los acreedores de la sociedad contra el comanditario por la suma de responsabilidad. Resulta evidentemente incorrecto el hablar de la responsabilidad del comanditario por las obligaciones de la sociedad, puesto que si así fuera en realidad sería evidente que esa obligación la asumiría frente a los acreedores sociales. Pero estimamos que no puede mantenerse esta opinión cuando en realidad en el artículo 148 no hay más que un error terminológico. En efecto, si el artículo 148 del Código de comercio tuviéramos que interpretarlo en relación con el artículo 1.º de nuestra Ley de Sociedades Anónimas o con el párrafo segundo del artículo 1.º de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada, evidentemente encontraríamos una diferencia que nos llevaría a mantener posiciones dispares. En el artículo 148 se habla de que los socios responden de las obligaciones de la compañía, mientras que en la técnica más depurada de nuestro moderno Derecho de Sociedades se dice que los socios de las anónimas y de las limitadas no responderán personalmente de las deudas sociales.

Pero no puede olvidarse que la interpretación sistemática del artículo 148 hay que hacerla en relación con el artículo 153 del mismo Código, que al tratar de la responsabilidad de los socios de la anónima la refería también a las «obligaciones y pérdidas de la misma» y la limitaba a los fondos que pusieron o se comprometieron a poner en la masa común. Es decir que identificaba nuestro Código de comercio la responsabilidad del socio comanditario a la del socio de la anónima, dedicándole las mismas palabras y otorgándole idéntico alcance. Pues bien, si los accionistas, tanto bajo el régimen del Código de comercio como bajo el régimen de la nueva Ley, sólo responden directamente frente a la Sociedad y nunca frente a los acreedores sociales, parece que no debe llegarse a soluciones diferentes interpretando textos idénticos. Esto es, que no debe interpretarse el artículo 148 del Código de comercio en el sentido de que cuando habla de responsabilidad de comanditarios por las obligaciones de la Sociedad establece una acción directa de los acreedores sociales frente al socio, mientras que, a la vista de idéntica redacción se mantiene que en el 153 del Código de comercio no existía una responsabilidad directa del socio frente a los acreedores sociales, sino únicamente frente a la Sociedad (32).

---

(32) Vid. GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1.ª ed., Madrid, 1936, págs. 231 y 253.

Es cierto que en la regulación que el Código de comercio hacía de la sociedad anónima se añadía, en materia de responsabilidad, un artículo 154, cuyo tenor era el siguiente: «la masa social, compuesta del fondo capital y de los beneficios acumulados, será la responsable, en las compañías anónimas, de las obligaciones contraídas en su manejo y administración por persona legítimamente autorizada y en la forma prescrita en su escritura social, estatutos o reglamentos».

En este artículo se aclara ciertamente la responsabilidad directa y exclusiva de la sociedad, con su patrimonio, por las obligaciones sociales en tema de anónimas. Es cierto, que un artículo semejante falta en materia de comanditarias, pero la razón no es que en éstas se dé una responsabilidad directa de los socios comanditarios por las obligaciones sociales, sino que el régimen de responsabilidad de las sociedades comanditarias es totalmente diverso por la existencia de los socios colectivos, quienes sí responden personalmente con todos sus bienes presentes y futuros, de las obligaciones sociales.

La identidad entre la responsabilidad del comanditario y la responsabilidad del accionista dentro del sistema del Código de comercio, se pone mucho más de manifiesto si se procede al estudio de la sociedad comanditaria por acciones. En este tipo de Sociedad los socios comanditarios son accionistas, sometidos a las prescripciones de la sociedad anónima y por ello se dice que no asumen responsabilidad personal frente a los acreedores. No resulta convincente el establecer aquí, en este punto, una diferencia entre el socio comanditario por acciones y el socio comanditario común. En orden a la responsabilidad de éstos por las obligaciones sociales no creemos que deba sostenerse una diferencia tan fundamental de régimen, que no encuentra base en una diferencia de regulación legal. En efecto, no vemos por qué, la responsabilidad del comanditario simple, sometido al régimen del párrafo tercero del artículo 148, deba ser personal y directa frente a los acreedores sociales, mientras que, la de los socios comanditarios por acción, sometidos al régimen del artículo 163 del Código de comercio, cuya norma es exacta a la del 148, debe ser una responsabilidad exclusiva frente a la sociedad, no frente a los acreedores por obligaciones sociales. No vemos por qué debe mantenerse una diferencia de régimen, basada en una diferencia de interpretación de dos artículos del mismo Código y con el mismo texto (33).

Por consiguiente, creemos que todo lo que en esencia se ha dicho de la responsabilidad de los accionistas de anónimas por las cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto

---

(33) GARRIGUES: *Curso*, cit., 1.ª ed., pág. 289, y 2.ª ed., pág. 330.

de tales socios, puede predicarse también de los socios comanditarios, comunes o por acciones (34).

c) Otro supuesto de socios de responsabilidad limitada. Creemos conveniente analizar un supuesto más de socio de responsabilidad limitada, que no está incluido en la norma del artículo 926 del Código de comercio porque su introducción legislativa en España es posterior a 1885. Nos referimos, naturalmente, a los socios de sociedades de responsabilidad limitada e intentamos analizar si existen supuestos en los que el artículo 926 pueda aplicarse a las relaciones de estos socios con la sociedad. En definitiva, el problema que cabe aquí plantear es el de si la normativa del 926, en cuanto se refiere a socios de responsabilidad limitada, puede ser extendida, por vía analógica a otros socios de esta categoría que no sean los de sociedades anónimas o comanditarias, expresamente previstos en la letra del 926 (34 bis).

El problema resulta, en principio, de muy fácil solución, en cuanto que ya hemos visto que el artículo que comentamos se refiere a un fenómeno de deuda de dividendos pasivos de socios de responsabilidad limitada, y este fenómeno no puede darse en las sociedades de responsabilidad limitada, cuya Ley de régimen jurídico, de 17 de julio de 1953, establece con su artículo 3.º que el capital social, integrado por las aportaciones de los socios, ha brá de estar totalmente desembolsado desde su origen. Ningún supuesto de dividendos pasivos puede plantearse, por consiguiente, en este tipo de sociedades. Ni el 925, ni el 926 serán de aplicación en caso de quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada, por falta del supuesto de deudas por dividendos pasivos.

Cabe, sin embargo, otro problema, propio y exclusivo de las sociedades de responsabilidad limitada. El artículo 10 de la nueva Ley que regula este tipo de sociedades ha introducido en Derecho español una institución nueva, enormemente interesante y rica en problemas jurídicos, que es la de las llamadas prestaciones accesorias. En pocas líneas ha regulado el Legislador español una institución amplia de contenido, que pensamos, a la vista ya de una corta experiencia, que va a atraer mucho más la atención de la doctrina jurídica que la de los hombres de negocios.

El artículo 10 dice que esas prestaciones accesorias son distintas de las aportaciones de capital, es decir, de las que forman el fondo común, y añade que no podrán nunca integrar el capi-

---

(34) Mossa: *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, II, Padova, 1951, pág. 831, admite que el comanditario puede liberarse de su aportación mediante la compensación con un crédito contra la sociedad, lo que constituye una excepción frente a la regla que rige en los demás tipos de sociedades. Excluye, sin embargo, la posibilidad de compensación en la quiebra de la sociedad.

(34 bis) El Proyecto de Reforma del Código de comercio, de 1927, reproducía literalmente el artículo 926, pero añadía los socios de responsabilidad limitada. Vid. artículo 76 del libro IV del Proyecto.

tal de los socios. Ninguna aclaración hace, sin embargo, el texto del artículo 10 de la Ley de sociedades anónimas limitadas acerca de cuál ha de ser el contenido de una prestación de esta clase, y a falta de una determinación legislativa en este punto la doctrina que ya se ha ocupado del artículo 10 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada ha mantenido con acierto que todo lo que puede ser objeto de una obligación, según el artículo 1.098 del Código civil, puede constituir el contenido de una prestación de esa clase (35).

Conviene también precisar que esas obligaciones que tienen por objeto de prestaciones accesorias acogidas al régimen del artículo 10 de la nueva Ley, tienen el carácter de auténticas obligaciones sociales. Esas obligaciones se asumen, efectivamente, en la escritura fundacional (o en sucesivas modificaciones, aún cuando otra cosa pudiera parecer de la lectura del precepto), se asumen por los socios y entran a formar parte de las obligaciones que constituyen el contenido pasivo de la cualidad del socio.

Siendo esto así el problema que nosotros nos planteamos es, concretamente, el de analizar si las deudas de los socios por esta clase de obligaciones pueden ser admitidas al mecanismo de la compensación regulada en el artículo 926.

Dos condiciones serían necesarias para que pudiéramos aplicar correctamente el artículo 926, al caso de deudas por prestaciones accesorias de socios de sociedades de responsabilidad limitada: 1.º Que fuera posible una interpretación extensiva del artículo 926 para abarcar a este tipo de socios, que no está incluido en la letra del precepto. 2.º Que la deuda por prestaciones accesorias pudiera entrar en el concepto de cantidades que el socio estuviere obligado a poner en el concepto de tal, a tenor con la redacción del artículo citado.

Vamos a proceder al análisis comenzando por esta segunda condición. A primera vista, según una interpretación literal, no puede surgir duda alguna acerca de que si la prestación accesoria consiste en dinero cae bajo el concepto de «cantidades que el socio estuviere obligado a poner en el concepto de tal». Se trata, en efecto, de una obligación social, que el socio asume y está obligado a realizar en cuanto tal socio. Ahora bien, creemos que esta interpretación literal no basta, puesto que de conformidad con cuanto venimos sosteniendo en este trabajo el artículo 926, en relación sistemática con el 925, se refiere exclusivamente a un fenómeno de dividendos pasivos no vencidos, fenómeno que queda excluido por definición en las sociedades de responsabilidad limitada.

---

(35) URÍA: *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española*, «Rev. Dro. Merc.», núm. 60, 1956, págs. 325 y sigs. Vid., especialmente, pág. 329.

Falta, además, la segunda de las condiciones que estimábamos precisas para una aplicación correcta del artículo 926 a los supuestos de limitadas. Creemos, a este respecto, que el artículo 926 no es susceptible de interpretación analógica en cuanto que viene a contener, como hemos sostenido, una norma excepcional. Nos oponemos, pues, a la aplicación del artículo 926 a otros supuestos diversos no contenidos específicamente en la letra del mismo, y, por consiguiente, mantenemos que ningún fenómeno relativo a relaciones entre sociedades de responsabilidad limitada y socios de éstas puede venir afectado por el precepto del artículo 926 del Código de comercio.

3. *El crédito del socio contra la sociedad en la compensación del artículo 926.*

Hasta aquí hemos tratado de determinar el sentido y alcance del artículo 926 en orden a la deuda del socio. Pero esa deuda del socio es compensable con un crédito que el socio tenga contra la sociedad. Vamos a ocuparnos ahora de la naturaleza y requisitos de ese crédito a que se refiere el artículo 926.

Ante todo, debe hacerse notar que el precepto no precisa que el crédito tenga que ser de determinada naturaleza. No se habla de créditos que le correspondieran al socio «en concepto de tal», mientras que, por el contrario, se habla de cantidades que estuviere obligado a poner «en concepto de tal». De aquí que mientras que la deuda compensable ha de ser precisamente una obligación social, una obligación de dividendos pasivos, el crédito no ha de ser forzosamente un derecho que le correspondiera al socio en cuanto tal socio; así, por ejemplo, el derecho a los dividendos que la Junta General acuerde repartir, que es el derecho de crédito típico que tiene su base en la condición de socio de su titular.

No puede referirse, por el contrario, el artículo 926 al derecho que corresponde al socio en el reparto del patrimonio resultante de la liquidación, precisamente porque este crédito no entra nunca en la masa pasiva de la quiebra social. El precepto, no se olvide, se refiere a socios que sean «acreedores de la quiebra». Si la quiebra no produce la disolución de la sociedad, no hay lugar a plantearse el problema: aun en el supuesto de que después de satisfacer a los acreedores quede un remanente no se distribuirá entre los socios. Y si, como consecuencia de la quiebra se produce la disolución de la sociedad, los socios nunca podrán figurar como acreedores en la masa pasiva por la cuota de reparto del patrimonio social resultante, puesto que este derecho del socio está por esencia condicionado al hecho de que quede un excedente a distribuir después de satisfechos íntegramente los acreedores sociales, y como tal excede del procedimiento de quiebra. En el supuesto de que se trate de una quiebra de sociedad en liquidación, si el procedimiento de quiebra termina arrojando un activo repar-

tible son los liquidadores los que reanudan sus funciones para llevar a cabo el reparto entre los socios (36).

Dentro del artículo 926 caben todos los créditos que ostente el socio contra la sociedad en el momento de producirse la quiebra. El socio, no en cuanto socio, sino como tercero, puede estipular con la sociedad compraventas, arrendamientos, préstamos, ...de los que nacen para él derechos de crédito. Y, en estos casos, el socio es, a la vez, acreedor de la sociedad (37).

Pasemos ahora a determinar cuáles son los requisitos que ha de reunir el crédito del socio para ser admitido a la compensación que prevé el artículo 926.

Se ha dicho que el problema de la compensación en la quiebra no tiene sentido cuando se trata de dos créditos opuestos nacidos de actos anteriores a la fecha a que se retrotraigan los efectos de la quiebra y respecto de los cuales se hayan cumplido antes de la quiebra los requisitos del artículo 1.196 del Código civil. En este supuesto no hay, por consiguiente, compensación en la quiebra, sino antes de ella.

Al problema que nos referimos es al de compensación después de la quiebra, es decir, posterior a la declaración de la quiebra o a la fecha a que ésta se retrotraiga.

Para que se plantee el problema de la compensación ha de tratarse, ante todo, de un crédito del socio contra el quebrado. De otra manera no se daría la reciprocidad que exige el 1.196 del Código civil. En este sentido debe interpretarse la frase «que a la vez sean acreedores de la quiebra» del artículo 926.

Ha de tratarse de un crédito procedente de un acto que no haya sido afectado de nulidad por la declaración de la quiebra ni objeto de impugnación por los acreedores del quebrado (38).

El crédito ha de estar vencido. El vencimiento ha podido ser anterior a la fecha de la declaración de la quiebra o posterior a ésta y, como consecuencia de la misma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 883. Como el crédito de la sociedad, según la interpretación que venimos sosteniendo, solamente resulta exigible después de la declaración de la quiebra, no puede darse la coexistencia de estos requisitos con anterioridad a la misma, aun cuando ya el crédito del socio estuviese vencido (39).

(36) Vid. URÍA: *Comentario*, cit., II, págs. 712 y sigs., 824 y sigs.; BONELLI: *Del Fallimento*, cit., III, pág. 212; BRUNETTI: *Trattato*, cit., II, págs. 563-577; SATTI: *Instituciones*, cit., págs. 447 y 455; PROVINCIALI: *Manuale*, cit., II, pág. 1039; DE SEMO: *Diritto Fallimentare*, cit., pág. 431.

(37) Que el socio puede ser acreedor de la sociedad y, como tal, puede incluso solicitar su declaración de quiebra, puede verse en URÍA: *Problemas y cuestiones...*, cit., pág. 28.

(38) Vid. arts. 878 a 882 del Código de comercio.

(39) DE SEMO: *Diritto Fallimentare*, cit., pág. 256, comentando el art. 56 de la *Legge Fallimentare* italiana, hace notar que el efecto soluto-

Parece el Código excluir que en este caso deba tratarse de créditos que antes de la declaración de la quiebra fuesen pecuniarios (40) y líquidos. Estos requisitos se darán como consecuencia del procedimiento de quiebra, y aun cuando no se dieran antes no vemos obstáculo para negar la admisión a compensación de tales créditos. Si admitimos que el requisito del vencimiento puede darse como consecuencia de la quiebra, lógica y consecuentemente tenemos que admitir que los requisitos de homogeneidad y liquidez pueden considerarse cumplidos como consecuencia de los efectos que sobre los créditos opera el procedimiento concursal (41).

El requisito del número 5.º del artículo 1.196 del Código civil («que sobre ninguna de las deudas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor») ha sido utilizado como argumento para negar la compensación en la quiebra de créditos y deudas del quebrado. Se ha dicho, en este sentido; que la «ratio» del artículo es que los créditos que se trata de compensar no afecten a la esfera patrimonial de terceros, y que, por tanto, están privados del requisito los créditos que deben quedar sometidos al procedimiento de quiebra (42). Sin embargo, en el artículo 926 tal interpretación parece que falla. En este caso quizá por excepcional, creemos que debe prevalecer la tesis de que el requisito 5.º del artículo 1.196 se refiere a los créditos litigiosos. En este caso se encontrarían, por ejemplo, los créditos nacidos a favor del socio de actos objeto de impugnación en virtud de lo dispuesto en el artículo 881 del Código de comercio (43).

B) *El artículo 926 en cuanto se refiere a las cuentas en participación.*

Nos queda por determinar la segunda parte del contenido normativo del artículo 926, que expresamente hemos clasificado por separado y aplazado en su estudio, porque estimamos que tiene características peculiares y perfiles específicos, que le separan de cuanto llevamos expuesto. Nos queda, esto es, el estudio del artículo 926 en cuanto se refiere a las cuentas en participación. Aquí hay cuestiones diversas, soluciones propias; y, por ello, tanto se justifica un estudio separado como se fundamenta la objeción contra el Código de comercio por haber introducido en una misma norma supuestos diferentes, colocados en aparente plano de igualdad.

---

rio de la compensación que este artículo admite sobrepasa la regla general del vencimiento adelantado «a efectos de quiebra».

(40) Ello, en virtud del requisito de la homogeneidad, supuesto que la deuda de dividendos pasivos es siempre pecuniaria.

(41) Así en Italia, PROVINCIALI: *Manuale*, cit., pág. 493; DE SEMO: *Loc. cit.*, en nota 39.

(42) Vid. el resumen de la conferencia de RUBIO, cit. en nota 2.

(43) Vid. URÍA: *Reaseguro...*, cit., pág. 401.

La letra del artículo 926 en lo concerniente a las cuentas en participación dice así: «Los socios... de cuentas en participación que a la vez sean acreedores de la quiebra, no figurarán en el pasivo de la misma más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto de tales socios.»

Varias críticas pueden, en realidad, formularse contra el precepto. Con fundamento puede decirse que cabe, ante todo, una objeción de sistemática contra el legislador que así encuadró y redactó la norma: no hay razón que explique que dentro de la sistemática del Código de comercio se coloque un precepto referido al contrato de cuentas en participación bajo la rúbrica de una Sección titulada «Disposiciones generales relativas a la quiebra de las sociedades mercantiles en general». El legislador, que se ocupa de separar las compañías mercantiles de las cuentas en participación en Títulos diversos, no es lógico ni sistemático cuando bajo una rúbrica como la de la Sección en la que está encuadrado el artículo 926 trata, en la letra de un mismo artículo, de problemas que la quiebra plantea en las sociedades y en las cuentas.

Pero no es esto sólo; no es simplemente un error de sistemática el cometido por el legislador; hay además en el texto del artículo una serie de errores terminológicos, que parecen poner de manifiesto una confusión conceptual que interesa puntualizar. Las cuentas en participación no son sociedades, no hay, por tanto, socios; las cuentas en participación no tienen personalidad jurídica, y no pueden, por tanto, quebrar. No puede, pues, hablarse de «socios de cuentas en participación que sean a la vez acreedores de la quiebra».

Ha sido este error sistemático y terminológico de nuestro legislador mercantil el que ha ofrecido más amplio blanco a las objeciones críticas y, sin duda por ello, el que más ha atraído la atención de nuestra doctrina hacia el artículo 926 (44).

El estudio completo del artículo 926 y el análisis puntual de lo que puede significar esa norma en el tema de la compensación y la quiebra exigen un tratamiento de las cuestiones que en aquel se recogen respecto de las cuentas en participación. Separadamente, puesto que bien demostrado está que los supuestos son diversos, y sin preocupación por una simetría en el estudio y en las soluciones, porque poca simetría puede haber cuando partimos del supuesto de la divergencia, vamos a estudiar el artículo 926 en cuanto se refiere a las cuentas en participación.

---

(44) GARRIGUES: *Curso cit.*, II, pág. 503; LANGLE: *Las cuentas en participación*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 1945, ed. separata, Reus, Madrid, 1946, pág. 45; URÍA: *Problemas y cuestiones...*, cit., pág. 23. No ha tenido aquí nuestro legislador ese «exquisito cuidado» en no emplear la palabra socio en tema de cuentas en participación que le atribuye LANGLE: *Op. cit.*, pág. 22, y que es cierto referido a los artículos 239 a 243.

Quede, ante todo, claro, como solución a las objeciones que acabamos de formular, que puesto que las cuentas en participación ni tienen personalidad jurídica, ni son sociedades, ni tienen socios, ni quiebran, el artículo 926 en esta materia hay que entenderlo y enjuiciarlo en su recto sentido, en el sentido que debió estar en el propósito del legislador, y que no pudo ser otro que el de establecer la posición del partícipe en la quiebra del gestor (45).

A efectos de sistemática vamos a subdividir en dos cuestiones el estudio que tenemos planteado:

1.ª El efecto de la quiebra del gestor sobre el contrato de cuentas en participación.

2.ª Las posibles situaciones del partícipe ante la quiebra del gestor.

1. El efecto de la quiebra del gestor sobre el contrato de cuentas en participación hay que encuadrarlo en el tema más general de los efectos de la quiebra sobre los contratos pendientes. La declaración de quiebra encuentra vigente un contrato del quebrado, que tiene que verse afectado por la nueva situación. Habrá que estar, ante todo, a la teoría general de los efectos de la quiebra. Pero ya es sabido que nuestro Derecho positivo no contiene disposiciones generales que regulen los efectos de la quiebra sobre los contratos pendientes de ejecución. Con estas palabras—efectos de la quiebra sobre los contratos pendientes de ejecución—suele enunciarse el tema en la doctrina; pero si bien nos fijamos, el problema no es propiamente de pendencia de ejecución, sino que bajo ese enunciado se encierran dos cuestiones diversas: la alteración que la declaración de quiebra puede producir en el equilibrio de prestaciones no ejecutadas íntegramente por ninguna de las partes y que están en relación sinalagmática, y el impacto de la quiebra sobre los contratos de tracto sucesivo en los que juega el *intuitu personae*.

Aquí es donde hay que situar el problema de los efectos de la quiebra del gestor sobre el contrato de cuentas en participación. Se dice, a este respecto, que la quiebra produce la extinción de los contratos que se basan en la confianza, puesto que esta viene a faltar en virtud de la insolvencia declarada de una de las partes. Así se habla de la extinción del contrato de sociedad, del contrato de comisión y del contrato de cuenta corriente (46). En realidad, el problema es muy complejo y parece que no cabe establecer principios generales en orden a los efectos de la quiebra sobre las relaciones que nacen de contratos en los que juegue el *intuitu personae* o de contratos de fiducia. En nuestro Derecho positivo, concretamente, faltan esos principios generales y existen, en cambio, reglas particulares aplicables a contratos determinados.

---

(45) Vid. GARRIGUES y URÍA: Loc. cit. últimamente.

(46) Vid. GARRIGUES: *Curso cit.*, II, págs. 443 y 445.

En la regulación que nuestro Código de comercio hace del contrato de cuentas en participación faltan, sin embargo, reglas de esta clase. Ni se prevé el supuesto de la quiebra, ni se trata de las causas de extinción del contrato. El artículo 243 se limita a recoger el caso de la terminación de las operaciones y de la sucesiva liquidación. La doctrina, sin embargo, ha construido en el silencio del Código un cuadro de causas de extinción de las cuentas, inspirado en el sistema de causas de disolución de las sociedades. Entre estas causas se incluye la quiebra del gestor (47).

Si en el sistema del Código de comercio en materia de sociedades buscamos la significación de la quiebra en orden a la disolución encontraremos el número 3.º del artículo 221 y el número 3.º del artículo 222. En el primero de estos preceptos se prevé como causa de disolución común a todas clases de sociedades la quiebra de la sociedad. La sociedad, en cuanto persona afectada por una declaración judicial de insolvencia sufre los efectos propios de tal declaración, queda inhabilitada para la administración de sus bienes y no puede ejercer el comercio. Ciertamente que la causa no opera *ipso iure*, cierto que los socios pueden no poner en marcha la disolución, cierto que en el convenio puede acordarse la continuación de la empresa y cierto que es posible que si la disolución no se produce pueda la sociedad, rehabilitada, volver a dedicarse a las operaciones propias de su objeto. Pero lo que aquí nos interesa subrayar no es tanto el alcance como la fundamentación de esta causa del número 3.º del artículo 221, que no es otra que la inhabilitación propia del quebrado.

Vuelve a hablarse de quiebra en tema de disolución en el número 3.º del artículo 223: la quiebra de cualquiera de los socios colectivos de la sociedad colectiva o comanditaria es causa de disolución. De cualquiera de los socios colectivos quiere decir que afecta a todos, sin distinción entre gestores y no gestores. No se contempla, pues, la incapacidad o inhabilitación de un órgano para el ejercicio del comercio, sino la solvencia, el crédito del socio. El artículo 127, cuando establece la responsabilidad de los socios colectivos la determina, por igual, para todos, sean o no gestores de la compañía. En el número 2.º del artículo 222 se habla, en cambio, concretamente, de la inhabilitación del socio gestor.

Faltando, como falta, un sistema de normas que regule los efectos de la quiebra sobre el contrato de cuentas en participación parece correcto recurrir al criterio de analogía y aplicar, de este modo, las normas de sociedades. La gran semejanza entre cuentas en participación y sociedad comanditaria es precisamente la que exige y configura la diferencia entre contrato de cuentas en participación y sociedad mercantil. Se diferencian, podríamos decir, por-

(47) GARRIGUES: *Curso cit.*, II, pág. 64.

que se parecen, porque son, como se dice en la terminología al uso, figuras afines. Esto justifica plenamente el recurso a la analogía a la hora de la aplicación de las normas y, concretamente, a la hora de determinar las causas de extinción del contrato. Con el recurso a la analogía se fundamenta cumplidamente la inclusión de la quiebra del gestor en el cuadro de las causas de extinción del contrato. No puede aquí hablarse de quiebra del ente colectivo; pero sí, de quiebra del gestor, que queda inhabilitado para la administración, para las operaciones de que habla el artículo 239 al fijar el concepto del contrato y que, más cuidadosamente, perfila el artículo 241. Siguiendo la terminología empleada en este precepto podríamos decir que en virtud de la declaración de quiebra el gestor ya no puede hacer ni dirigir en su nombre y bajo su responsabilidad las negociaciones a que se refería el contrato de cuentas. Insolvencia, inhabilitación y falta de fiducia explican aquí la naturaleza de los efectos de la quiebra sobre el contrato.

El efecto inmediato que la quiebra produce como causa de resolución del contrato de cuentas en participación es la liquidación. En este caso habrá que considerar cada una de las operaciones emprendidas por el gestor y el efecto que en cada una de ellas haya surtido la quiebra. El problema, pues, se complica, en cuanto no sólo se produce la resolución del contrato de cuentas, sino que la misma causa que ha afectado al vínculo contractual entre gestor y partícipe ha afectado también a las relaciones patrimoniales del quebrado que le vinculaban con terceros. En definitiva, los créditos y las deudas nacidas de esas operaciones y las relaciones jurídicas pendientes van a quedar también afectadas por la quiebra del gestor. La liquidación no consiste, en suma, más que en determinar los resultados prósperos o adversos de las operaciones, la medida de la participación en ellos del asociado, y, en definitiva, en la fijación de un saldo líquido resultante del complejo de partidas de la cuenta. La liquidación, en otras palabras, es el resultado de una cuenta, de una operación, contable, matemática, y por ello la liquidación tiene que ir justificada en lo que se llama «rendición de cuentas». El artículo 243 parece elocuente en este sentido: «La liquidación se hará por el gestor, el cual, terminadas que sean las operaciones, rendirá cuenta justificada de sus resultados».

2. Pasemos ahora a examinar las posibles situaciones del partícipe ante la quiebra del gestor.

Puede suceder, en primer lugar, que el partícipe haya aportado totalmente en el momento de producirse la quiebra la parte de capital acordada con el gestor. En este caso pueden aún darse tres situaciones: que su aportación haya sido absorbida por las pérdidas totalmente; que haya sido absorbida por las pérdidas sólo en parte; que haya habido ganancias. En ninguno de los supuestos hay, en realidad, problema. Si la aportación fué absorbida total-

mente, el partícipe no tiene ya ningún derecho (48). En los otros dos casos, el partícipe se insinuará como acreedor en la quiebra, por la parte de la aportación no absorbida o por la aportación y las ganancias, en su caso (49).

La dificultad y el interés residen en los casos en que el partícipe no aportó todo, o no aportó aún. A este supuesto tiene forzosamente que referirse el 926 cuando habla de cuentas en participación, ya que éstas son las cantidades que el partícipe se obligó a poner en concepto de tal (50).

Pero las cantidades que el partícipe está obligado a aportar son, en este caso, partidas de una cuenta. Entre las partes de ese contrato corre un cúmulo de créditos y deudas que se llevan a una cuenta, cuenta que hay que liquidar para fijar un saldo. No puede ocultarse que aquí estamos en presencia de una situación especial, a la que ha dado vida el contrato de cuentas en participación. En la liquidación y fijación de saldo se da, efectivamente, un efecto compensatorio similar al especial efecto que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido en el supuesto de la cuenta corriente. Aquí, en la cuenta en participación, hay una compensación, pero una compensación derivada de la mecánica de una situación contractual típica. Las partidas del debe y del haber de la cuenta se compensan. No olvidemos que la teoría «de la cuenta» fue precisamente una de las que se enunciaron en la doctrina para fundamentar en casos concretos el juego de la compensación (51). Y no olvidemos tampoco, para buscar el contraste con la situación del socio ante la sociedad, que el partícipe por la suma que le corresponde en la liquidación de la cuenta entra a cobrar en plano de igualdad con los demás acreedores, a diferencia del socio, que por la cuota del patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad está subordinado a la extinción de las deudas y obligaciones de la compañía (art. 235 del Código de comercio y art. 162, 1.º de la L. S. A.). (52).

(48) Partimos, desde luego, del supuesto de la limitación de responsabilidad del partícipe; el límite de responsabilidad viene marcado precisamente por la cuantía del capital convenido. Vid. GARRIGUES: *Curso cit.*, II, pág. 62; LANGLE: *Las cuentas en participación*, cit. en nota 44, páginas 35 a 38 y 40; LANGLE: *Problemas jurídicos de las asociaciones en participación*, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el 27 de marzo de 1944, «Anales», págs. 209 y 210 y edición separata, págs. 15 y 16.

(49) En cuanto a la retirada de la aportación, íntegra o reducida por las pérdidas, vid. LANGLE: *Op. cit.* últimamente, ed. separata, págs. 26 y 27.

(50) Que el precepto se refiere a las partes o porciones de aportación no entregadas por el partícipe en el momento de declararse la quiebra del gestor lo sostiene URÍA: *Problemas y cuestiones...*, cit., pág. 25.

(51) Puede verse la formulación y crítica de esta teoría en VASSEUR, cit., págs. 240 y sigs.

(52) Vid. LANGLE: *Problemas jurídicos...*, cit., ed. separata, pág. 26.

## V. CONCLUSIONES.

El análisis de la normativa del artículo 926 del Código de comercio, tanto en lo que se refiere a la quiebra de las sociedades como en lo que atañe a la quiebra de los gestores de cuentas en participación, debe llevar finalmente a la valoración de los fenómenos compensatorios que allí se recogen, dentro del tema general de la compensación en caso de quiebra.

Determinar el sentido de esa norma es, en definitiva, determinar el alcance que puede dársele en la fundamentación de principios generales en orden a la compensación en caso de quiebra. Valorar los argumentos dados en favor de la interpretación que hemos sostenido del artículo 926, equivale, en suma, a configurar la posible solución del problema abstracto de la compensación en la quiebra.

Partiendo, pues, del convencimiento de que el artículo 926 contiene un caso de compensación en quiebra, conviene que precisemos el sentido del precepto en el tema general. Tengamos en cuenta:

a) Que nuestro Derecho positivo, civil y mercantil, carece de principios expuestos formulados en tema de compensación en procedimientos concursales.

b) Que el artículo 926 del Código de comercio es el único artículo de nuestro ordenamiento positivo privado en el que se recoge un caso de compensación en un procedimiento concursal.

c) Que la tarea del jurista, ante ese precepto, es la de tratar de utilizarlo en el razonamiento inductivo tendente a la construcción de esos principios generales que no han sido consagrados expresamente en nuestro Derecho.

Ante el artículo 926 puede razonarse de una de estas dos formas:

a) La compensación en la quiebra se admite en nuestro Derecho con carácter general, como lo prueba el artículo 926, en el que se admite la compensación incluso en el caso extremo de que la deuda compensable sea una deuda de divididos pasivos.

b) La compensación en la quiebra no se admite en nuestro Derecho. La norma del artículo 926 es una excepción a este principio general. Si se admitiera con carácter general en nuestro Derecho la compensación en la quiebra no hubiera habido necesidad de dedicar un precepto expreso a un supuesto concreto de compensación.

Para nosotros, el segundo razonamiento es el que debe prevalecer. Nos basamos, precisamente, en una interpretación sistemática del precepto en cuestión. Fijémonos, ante todo, en el lugar del Código de comercio en que está situado el artículo 926: en la Sección 7.ª que el Libro IV dedica a «las disposiciones generales relativas a la quiebra de las sociedades mercantiles en ge-

neral». Estos preceptos que recogen los artículos 923 a 929 son, como muy certeramente se ha dicho (53), «preceptos propios de la quiebra de las sociedades mercantiles», «normas de carácter especial», dictadas para regir ciertos aspectos de la quiebra de las sociedades, por encima de las reglas de carácter general o común. Si esto es así, no cabe duda de que el artículo 926, al admitir un caso de compensación en la quiebra, establece una norma especial en materia de sociedades, que constituye excepción frente al principio general de la no admisibilidad.

¿Qué razón tendría el dedicar un artículo a un supuesto concreto de compensación si en nuestro ordenamiento se admitiese ésta en caso de quiebra con carácter general? Podría pensarse que el legislador quiso únicamente, al dictar el artículo 926, aclarar el problema de la compensabilidad de los dividendos pasivos, y que, en este caso, la función que cumple el artículo 926 no es de norma excepcional, sino meramente aclaratoria al disponer que también en este caso se da el fenómeno compensatorio en la quiebra. Pero el argumento parece extraño. Resulta ciertamente extraño que el legislador se ocupara de aclarar un supuesto concreto discutido y no de aclarar el principio general, más discutido aún (54).

No parece ofrecer dudas que el legislador español de 1885 no pudo en manera alguna dar por supuesto el principio de la compensación en la quiebra, rechazado en nuestra anterior doctrina y en la de los países que habían seguido el modelo del Código de Napoleón, al menos para los créditos no conexos (55). Ni puede

(53) URÍA: *Problemas y cuestiones...*, cit., pág. 8.

(54) El Código de comercio de 1829 no disponía nada en orden a la compensación en la quiebra. En la doctrina, GONZÁLEZ HUEBRA: *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pág. 28, en nota, negaba la compensación en caso de quiebra, al menos en los supuestos en que los créditos respectivos procedían de negocios distintos. Según URÍA: *Reaseguro...*, cit., pág. 400, en nota, GONZÁLEZ HUEBRA parece admitir la compensación cuando el crédito y la deuda recíprocos provengan de un mismo negocio. Lo cual no tiene nada de extraño si se considera que desde SALGADO DE SOMOZA: *Labyrinthus*, loc. cit., se rechazaba la compensación en caso de quiebra por ser perjudicial para los demás acreedores, si los créditos procedían de distinta causa, *ex alia causa diversa et separata*. En nuestro SALGADO DE SOMOZA puede encontrarse, pues, la formulación de lo que más tarde se denominó *teoría «francesa»* de las deudas conexas.

(55) En Francia, la doctrina clásica concibe la compensación como un *doble pago* abreviado y ficticio y le atribuye efectos «*ipso iure*». Como consecuencia, la compensación en caso de quiebra se rechaza respecto de aquellos créditos recíprocos que no hayan reunido hasta entonces los caracteres de liquidez, exigibilidad y fungibilidad. Pero como derogación a esta regla general, y para evitar resultados que se creen inicuos, se mantiene por la jurisprudencia y la doctrina la compensación después de la quiebra de las «deudas conexas», entendiéndose por tales las que tienen una comunidad de origen, que puede ser un contrato, un cuasi contrato, o la ley. Vid. ALAUZET: *Comentaire du Code de commerce*, VI, París, 1871, pág. 150 y ss., especialmente pág. 152. BEDARRIDE: *Traité des faillites et banqueroutes*, 4 ed.,

tampoco ofrecer dudas que el artículo 926 de nuestro Código no se refiere a un supuesto de compensación de créditos conexos. Allí se habla de socios que sean acreedores, sin más. El mayor grado de conexión con la deuda de dividendos pasivos la podría tener el crédito de dividendos activos. Pero ni a éstos se refiere concretamente el artículo ni aun refiriéndose podría explicarse la compen-

---

I, París-Aix, 1862, págs. 120 y ss. con especial referencia al socio comantitario. ROYER: *Traité des sociétés anonymes*, II, París, sin fecha, pág. 474. PERCEROU: *Des faillites et banqueroutes*, II, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1937, págs. 191 y sigs.; LEH: *La faillite dans le Droit européen continental*, París, 1932, págs. 207 y sigs.; VASSEUR: *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, París, 1949, págs. 238 y sigs.; ESCARRA: *Cours de Droit Commercial*, 9.<sup>a</sup> edición, París, 1952, pág. 1078.

Sobre la doctrina francesa de la compensación, vid. en nuestra doctrina, URÍA: *Reaseguro...*, cit., págs. 395 y sigs.

En Italia, bajo el Código de comercio de 1882 y a falta de un precepto expreso que regulase esta materia, se sigue la teoría francesa del doble pago y se rechaza la admisibilidad de la compensación en la quiebra, apoyándose en la indisponibilidad del patrimonio del quebrado. Vid. BONELLI: *Del fallimento*, cit., I, pág. 543; SACERDOTI: *La compensazione legale nel fallimento*, «Rivista de Diritto Commerciale», 1905, II, 222 y sig.; NAVARRINI: *La quiebra*, traducción de Hernández Borondo, Madrid, 1943, página 139. Vid., sobre todo, las razones contra la admisibilidad de la compensación en la quiebra que da SACERDOTI en la pág. 223 del artículo citado. Se mantiene también en la doctrina italiana, como en Francia, la excepción de los créditos recíprocos *ex eadem causam*. Así, BONELLI: *Loc. cit.*

La tesis germánica comienza a influir en Italia en la segunda década del siglo. Cfr. PARRELLA: *La compensazione nel fallimento*, en «Diritto Fallimentare», 1925, pág. 811, y FRAGALI: *La condizione giuridica dei controcrediti nel fallimento*, en «Diritto Fallimentare», 1929, pág. 936, y 1930, pág. 30. Influye, asimismo, la concepción germánica en los Proyectos de Código de comercio de VIVANTE (art. 446) y D'AMELIO (art. 757). La vigente Legge Fallimentare de 1942 consagra, en su artículo 56, el derecho de los acreedores a compensar sus deudas con los créditos que tengan contra el quebrado, aunque no hayan vencido antes de la declaración de la quiebra, salvo los créditos que se excluyen en su párrafo segundo. Vid., en la doctrina posterior a 1942, a favor de la compensación en caso de quiebra regulada por el artículo 56 de la Legge Fallimentare, MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, parte 2.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> edición, Milano, 1952, págs. 385-386; SATTA: *Op. cit.*, págs. 215 y sigs.; AZZOLINA: *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1953, pág. 943. En contra, vid. PROVINCIALI: *Manuale*, cit., I, págs. 491 y sigs.; DE SEMO: *Diritto Fallimentare*, cit., págs. 256; LORDI: *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Napoli, 1946, págs. 35 y sigs., cree que la compensación después de la declaración de la quiebra sólo debe admitirse respecto de los créditos no vencidos cuando las deudas sean conexas.

Vid. el estudio documentado de la compensación en Derecho italiano, con especial referencia a los procedimientos concursales, que se ofrece en la reciente monografía de GIULIANO: *La compensazione* cit. Para un estudio de la evolución de la compensación en el moderno Derecho italiano, vid. REDENTI: *La compensazione dei debiti nei nuovi Codici*, en «Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.», 1947, pág. 10. Por lo que se refiere a la compensación en la quiebra, vid. especialmente pág. 28.

sación con el mecanismo de los créditos conexos, pensando para obligaciones recíprocas.

En definitiva, al recogerse en el artículo 926 un caso de compensación dentro de la quiebra, se consagra una excepción, lo que supone, naturalmente, la existencia de una regla general. El precepto puede utilizarse, pues, desde nuestro punto de vista, como argumento en favor del principio de la no admisibilidad de la compensación dentro de procedimientos concursales en el Derecho español. El carácter excepcional de la norma justifica, por otra parte, la no aplicación extensiva, quedando restringido el alcance a los supuestos concretos que, según la interpretación que hemos sostenido, contempla el artículo.

## Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

### I. GENERALIDADES

El derecho de superficie, regulado por vez primera con extensión en nuestro Derecho por los artículos 157 a 161 de la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, plantea problemas registrales de importancia. En efecto, si para la constitución de los demás derechos reales es siempre conveniente el crédito territorial, para la edificación, objeto necesario del derecho de superficie, según el artículo 159 de la Ley, es indispensable.

Aumenta la importancia que el crédito territorial presenta para el derecho de superficie la consideración que éste, en nuestro ordenamiento jurídico, es esencialmente temporal, no pudiendo exceder su duración de cincuenta años cuando es concedido por el Estado y demás personas públicas (art. 161, pf.º 1).

Difícilmente podrá, por tanto, el derecho de superficie cumplir sus fines urbanísticos si no se le asignan modalidades especiales de crédito territorial, en especial, de préstamos hipotecarios amortizables a largo plazo, que coincidiría con el de duración del derecho. Conseguidos dichos créditos, el superficiario podrá edificar rápidamente y obtener los consiguientes rendimientos del edificio que le permitirán abonar el canon superficiario, y amortizar el crédito hipotecario mediante el pago de las correspondientes anualidades.

Por otra parte, cuando el derecho de superficie se concede con el fin de la construcción de viviendas, entendemos perfectamente posible armonizar las figuras de la propiedad dividida por planos horizontales y del derecho de superficie. Cada uno de los titulares de un plano horizontal del edificio superficiario será, de una parte, comunero de una cuota del derecho de superficie indiviso, y propietario pro diviso de un plano horizontal del edificio. Cuando el derecho de superficie esté hipotecado, urge distribuir la hipoteca global que pesa sobre el derecho de superficie y, consiguientemente, sobre el edificio construido, en tantas partes como

cuotas del derecho de superficie existan, de suerte que el titular de cada plano horizontal de la propiedad superficiaria deba responder de una fracción del crédito y no de la totalidad del mismo, ya que esto último supondría la desaparición práctica de la propiedad superficiaria dividida por planos horizontales.

Seguidamente estudiaremos los principales problemas que, en orden al Registro de la Propiedad, plantea el citado derecho.

## II. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

No ofrece dudas en nuestro Derecho su inscribibilidad. Con anterioridad a la ley 12 de mayo de 1956 y limitando nuestro estudio a la Ley Hipotecaria de 1946 (1) estaba plenamente reconocida por el artículo 2, párrafo 2.º de la misma, al establecer la inscribibilidad de los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres, y *otros cualesquiera reales* (entre los cuales había que contar el derecho de superficie, real, según la unanimidad de los autores); el artículo 107, 5, al declararlo hipotecable y el 7 del Reglamento Hipotecario al admitir la inscribibilidad de cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

En la actualidad, el artículo 158, 2 de la Ley de 12 de mayo de 1956 dispone que el derecho de superficie se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Demostrada la inscribibilidad del derecho, ¿de qué manera tendrá acceso en el Registro?

El problema está íntimamente relacionado con la naturaleza jurídica que se asigne al derecho de superficie. En efecto, la doctrina romanista configuró el derecho de superficie como un supuesto de dominio dividido, en que el dominio directo del edificio pertenece al concedente y el útil al superficiario (2). Dicha configuración jurídica del instituto pasó a nuestro Derecho, conforme se deduce de la doctrina de los autores, en especial Sánchez Román (3). El Código civil, por otra parte, lo consagra, al hablar en el artículo 1.611, párrafo 3, que en los foros, subforos

(1) El artículo 107, 5, de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, señalaba que «podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan... los derechos de superficie..., siempre que quede a salvo el derecho de los demás partícipes de la propiedad». Este último inciso, basado en la doctrina de la división de dominios, ha sido suprimido acertadamente de la ley actual.

(2) Sobre este punto, con mayor extensión, vid. nuestra monografía *El derecho de superficie*, «Anales Univ. Valencia, curso 1954-55, volumen XXVIII, pág. 60.

(3) *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., t. III, pág. 699.

y derechos de superficie el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial.

Admitiendo dicha configuración jurídica, cabría la inscripción de cualquiera de los dominios, que tendría fuerza inmatriculadora, abriéndose, por tanto, al mismo folio registral y practicándose en el mismo folio las inscripciones correspondientes al otro dominio y a los demás actos referentes al dominio directo y al útil. Así resulta claramente respecto del censo enfiteúutico en el artículo 377 del Reglamento Hipotecario, así también respecto del foro y demás derechos análogos, según la interpretación que los autores (4) dan a los artículos 73 a 77 del mismo.

No obstante, si dicha configuración jurídica resulta obligatoria para los derechos de superficie constituidos antes de la vigencia del Código civil, no lo es en modo alguno para los posteriores al mismo y, en especial, para los que se constituyan en el futuro al amparo de la ley del Suelo. En efecto, el artículo 157, 1 de la Ley señala que el dominio de las edificaciones construídas por el superficiario corresponderá a éste. En consecuencia, rechaza totalmente la doctrina del dominio dividido y sigue más bien la moderna que lo considera como un derecho mixto; derecho real del disfrute del suelo ajeno y derecho de propiedad de la superficie (5). Por ello, creemos inaplicable la doctrina del artículo 377 del Reglamento Hipotecario a la inscripción del derecho de superficie.

Parece, por tanto, que se constatará registralmente su existencia mediante una inscripción practicada en el folio registral abierto a la finca del concedente, esto es, al suelo (6).

No obstante, cabe oponer gravísimos reparos a dicha opinión. En efecto, mientras los restantes derechos reales otorgan una titularidad sobre algunas de las facultades inherentes al dominio, permaneciendo éste invariado en su esencia, el derecho de superficie tiene una naturaleza peculiar. Del lado del concedente, y en cuanto al solar, es indudablemente un gravamen, un derecho real limitado al *ius aedificandi*, que otorga la facultad de edificar y de mantener lo edificado en suelo ajeno. Pero una vez construído el edificio, éste, como antes vimos, pasa a ser propiedad del superficiario. Por consiguiente, el derecho de superficie se

(4) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1954, t. II, pág. 748; COSSIO: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 75.

(5) ASÍ DE BUEN: *Derecho civil común*, pág. 303; WOLFF: *Derecho de cosas*, Bosch, Barcelona, 1936, págs. 2 y 3; MADRIDEJOS SARASOLA: *La ley española sobre Régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956* («B. O.» 14) desde el punto de vista del Derecho privado, «Revista de Derecho Español y Americano», noviembre-diciembre de 1957, pág. 39; vid. también nuestra obra, págs. 88 y ss.

(6) ASÍ MEZQUITA DEL CACHO: *El Derecho real de superficie en la ley de 12 de mayo de 1956*, «RDP», julio-agosto, 1957, págs. 757-8; PÉREZ Y ALGUER: «Notas a Wolff», *Derecho de cosas*, II, pág. 144; LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, fascículo 1.º pág. 105.

descompone así: facultad de edificar y mantener en suelo de otro lo edificado —propiedad plena del edificio.

Ningún derecho real otorga a su titular la propiedad plena sobre una parte integrante de su objeto, como es el edificio. Salta a la vista que el derecho de superficie así entendido cobra tal sustantividad, que creemos debe ser configurado como finca independiente e inscrito en el Registro de la Propiedad bajo número propio (7).

Este es el criterio de las legislaciones germánicas. Así el Código Suizo de 1907 establece en su artículo 779: «El propietario puede establecer a favor de un tercero una servidumbre, confiéndole el derecho de tener o hacer construcciones sobre o bajo el suelo gravado. Si esta servidumbre tiene el carácter de un derecho distinto y permanente, puede ser inmatriculada como inmueble en el Registro fundiario».

Igualmente, la ley austríaca de 26 de abril de 1912 exige que el derecho de superficie se inscriba en el Registro, adquiriendo con tal inscripción carácter de derecho real. Si no se inscribiere como finca separada, no podrá ser enajenado, hipotecado o transmitido.

El Código alemán, en su párrafo 1.017, declara aplicable al derecho de superficie los preceptos relativos a las fincas. Dicho precepto ha sido desarrollado por la Ordenanza de 15 de enero de 1919, que preceptúa que se ha de abrir siempre de oficio una hoja del Registro para los derechos de superficie que se constituyan en el futuro (8).

Existe una razón práctica aparte del argumento doctrinal aducido. De no configurarse este derecho como finca independiente e inscribirse en folio propio, se quebrantaría el principio hipotecario de especialidad. En efecto, si, como hemos apuntado, el de-

(7) En este sentido, J. GONZÁLEZ: *El derecho real de superficie*, páginas 102 y 103: «Precisamente por esta gran densidad jurídica del derecho de superficie, las leyes tienden a sustantivarlo y colocarlo en la categoría de finca hipotecaria. El *Erbbaurecht* se desenvuelve en dos esferas, vive en dos mundos: el mundo de las cargas inmobiliarias y el mundo de las fincas (KELM)... Frente al predio, el *Erbbaurecht* es gravamen, y en los demás debe ser tratado como finca hipotecaria independiente».

En nuestra obra ya citada, pág. 89, decíamos: «El derecho de superficie debe ser tratado, a efectos registrales, como una finca anormal, pero finca al fin. ¿Qué razón hay para que se inscriban en folio aparte el agua (art. 71, R. H.) o los pisos de una casa (art. 8.º, L. Hip.) y no el derecho de superficie, que tiende normalmente a la propiedad de lo edificado?»

Podemos añadir a esta enumeración que las concesiones administrativas, en cuanto se refieran a bienes inmuebles o derechos reales tienen acceso al Registro (art. 31, R. H.) y se inscribirán bajo un solo número, considerándose como una sola finca (art. 44, O. R. H.). Pues bien, la titularidad que sobre los bienes objeto de la concesión confiere ésta, es mucho menos enérgica y más mediatizada por la Administración que el derecho de superficie.

(8) Sobre dichos preceptos, vid. la exposición que hacemos en nuestra obra, págs. 70, 72 y 82.

recho de superficie se objetiviza, se convierte en objeto de derecho, del mismo modo que lo es una cosa corporal respecto del derecho de propiedad, y es susceptible de ser gravado con los mismos derechos reales que la propiedad (9), salta a la vista que inducirá a confusión el que en un mismo folio del Registro figuren el dominio del suelo, el derecho de superficie—que entraña la propiedad de lo edificado—y los gravámenes, en muchas ocasiones análogos, del suelo y de la superficie.

Además, como luego demostraremos con más detenimiento, entendemos que el derecho de superficie es susceptible de ser dividido por planos horizontales, que constituyen nuevas fincas, inscribibles bajo folio separado.

Si pretendemos que el derecho sea una realidad, es preciso que cada uno de dichos planos pueda ser hipotecado separadamente de los demás, igual que para la propiedad de planos horizontales previene el artículo 107, párrafo 11 de la Ley Hipotecaria. Y ello es imposible de no figurar en el Registro como finca independiente, tanto el derecho de superficie como cada uno de sus planos horizontales.

Ciertamente que nuestra legislación hipotecaria regula un número taxativo de fincas anormales. Pero el fenómeno de la sustantivación del derecho de superficie, que lo equipara en el tráfico jurídico a la finca urbana; la imperiosa necesidad de la división del derecho por planos horizontales; los argumentos análogos inducidos del estudio de los preceptos reglamentarios; la analogía con la división de la propiedad por planos horizontales, cada uno de los cuales puede ser configurado como finca *a se*; la absoluta necesidad de fomentar el crédito superficiario..., nos llevan a admitir que no sería ilegal la apertura de un folio dedicado exclusivamente al derecho de superficie, sin perjuicio de que en el correspondiente al suelo se hiciera constar el gravamen superficiario.

Aun el supuesto que juzgáramos insuficientes las razones expuestas, creemos absolutamente justificada la reforma de nuestra legislación hipotecaria en este punto. Propugnamos, por tanto, se agregue un párrafo 4 al artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, en que se consagre la inscribibilidad separada, tanto del derecho de superficie como de cada uno de los planos horizontales en que se divida.

### III. OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN

Pero, ¿qué se inscribe realmente? ¿La propiedad superficiaria o el *ius aedificandi*?

Creemos planteado erróneamente el problema. Lo que se ins-

---

(9) Incluso por el censo enfiteútico, pese a la prohibición del artículo 1.654 del Código civil, las servidumbres prediales, pese a recaer sobre un predio por definición, art. 530 del Código civil.

cribe no es el edificio en sí, que forma parte integrante del derecho y, por tanto, es incapaz de una relación jurídica autónoma; ni siquiera el *ius aedificandi*, entendido como facultad abstracta de edificar, sino el derecho de superficie en sí, objetivado, como *res incorporalis*, del mismo modo que en el caso de las fincas ordinarias se inscribe la *res corporalis* que constituye la materialidad del terreno y las partes integrantes separables e inseparables.

Entender inscribible tan sólo la propiedad superficiaria, aparte de obedecer al error de identificar el derecho con la propiedad del edificio, separada del suelo (10), llevaría al absurdo de negar el carácter de derecho real y, consiguientemente, la inscribibilidad, del derecho de superficie con anterioridad a la construcción del edificio.

#### IV. CIRCUNSTANCIAS DE LA INSCRIPCIÓN

En la primera inscripción del derecho deberá hacerse constar: el canon solarío que establezca el concedente, o la reversión gratuita de lo edificado al *dominus soli* al extinguirse el derecho o el precio de la concesión, según se hubiese estipulado; la determinación neta y precisa del derecho de edificar en suelo ajeno y de la adquisición de la propiedad de lo edificado por el superficiario; el plazo de duración del derecho; las modalidades que revistan, en su caso, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que previene el artículo 160 de la Ley de 14 de mayo de 1956; y las particularidades de la indemnización del valor de la construcción debida al superficiario al tiempo de extinguirse el derecho.

No obstante, determinadas circunstancias plantean problemas de importancia. En particular, el plazo y modo de la construcción (art. 159, 1, Ley), la obligación de conservar el edificio y la prohibición de deteriorarlo, de asegurarlo contra todo riesgo y demás pactos semejantes, en principio, siendo como son pactos o cláusulas puramente personales, no tienen acceso al Registro. Así lo establece inequívocamente el artículo 51, 6, último inciso del Reglamento Hipotecario.

Esto plantea un grave problema, pues siendo como es normalmente el concedente económicamente más poderoso que el superficiario, al no lograr por vía directa la garantía registral de estas obligaciones frente a ulteriores superficiarios, empleará un medio mucho más perjudicial para ellos: la configuración de la infracción de dichas obligaciones como condición resolutoria de derecho, perfectamente inscribible, a tenor de los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 51, 6, de su Reglamento. Pero esta cláusula contractual puede frustrar el crédito superficiario, ya que el acree-

(10) Incurrir en este error MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, pág. 755. En contra, J. GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 98 y 99.

dor hipotecario, en cada caso, quedaría a merced de la negligencia del superficiario.

Creemos, por ello, que convendría configurar dichas obligaciones puramente personales como titularidades *ob rem* que gravasen a los sucesivos adquirentes del derecho de superficie y, por tanto, fuesen inscribibles en el Registro. Consciente del problema que arriba apuntábamos, la Ordenanza alemana de 1919 permite que dichos pactos, que forman parte del contenido del derecho de superficie, tengan acceso al Registro.

Ciertamente que la solución que propugnamos parece inconciliable con nuestro sistema hipotecario, en el que los derechos personales no tienen acceso al Registro. No obstante, igual consideración cabe aducir en el Derecho alemán y, sin embargo, éste, repristinando la vieja doctrina del Derecho prusiano, a cuyo tenor los derechos personales recayentes sobre una cosa podían convertirse en reales mediante su inscripción, da acceso a pactos estrictamente personales en el Registro (11).

Por último, la prohibición de enajenar que el artículo 159, 3, de la Ley impone al superficiario sin consentimiento del propietario del suelo en tanto no hubiese edificado en la mitad por lo menos de lo convenido, creemos que no es preciso que conste en el Registro, ya que, al estar directamente establecida por la Ley, queda incluida en el párrafo 1 del artículo 26 de la Ley Hipotecaria, y, por tanto, no necesita inscripción especial y separada, surtiendo sus efectos como limitación legal de dominio.

Para poder disponer libremente del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del dueño del suelo, será preciso que se haga constar en el Registro la construcción de la mitad de lo estipulado. Entendemos, siguiendo a Mezquita del Caño (12), que será medio para ello la declaración de obra nueva, con inserción o adjunción de la certificación facultativa del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal de haberse concluido la mitad de la obra, siendo inexcusable la citada certificación facultativa y no bastando, a estos efectos, la simple declaración del superficiario.

## V. CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Cabe plantearse el problema de si la inscripción del derecho de superficie es obligatoria o simplemente voluntaria; igualmente, si en caso de ser voluntaria, es declarativa o, por el contrario, constitutiva del derecho real.

Respecto del primer punto, observaremos que la inscripción en nuestro ordenamiento jurídico es voluntaria de ordinario. No

(11) Sobre este punto, vid. a JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, t. I, pág. 303.

(12) *Ob. cit.*, pág. 757.

obsta a ello el que, naturalmente, existan preceptos excepcionales que impongan la inscripción como obligación ineludible (13).

Cabría aducir en pro de la obligatoriedad de la inscripción, que la Ley del Suelo, al implicar una radical reorganización de la propiedad urbanística afectada, impone se refleje de un modo coactivo su reglamentación en el Registro.

Pero, no obstante, podemos argumentar en contra de tal afirmación que la esencia del régimen urbanístico está constituida por limitaciones legales de la propiedad afectada, que según la doctrina y la legislación hipotecaria (en especial el art. 26, 1 de la Ley Hipotecaria) afectan a terceros sin necesidad de inscripción especial.

En el caso concreto del derecho de superficie, de ninguno de los preceptos que lo regulan surge la obligación legal de inscribirlo en el Registro. Ello, además, es consecuente con el carácter privado del citado derecho, conjunto de facultades atribuido al superficiario para tutelar sus intereses privados—propiedad y libre goce y disposición del edificio—sin perjuicio de los intereses correlativos del dueño del suelo, y dentro del marco del ordenamiento jurídico. Siendo un derecho privado del superficiario, es lógico que su inscripción sea voluntaria.

Dentro del ámbito de las inscripciones voluntarias, los autores distinguen a su vez las inscripciones declarativas y las constitutivas (14).

Por las primeras se publica una situación jurídica inmobiliaria que precisamente ha sido creada fuera del Registro. Mediante el título y la tradición se constituyen en nuestro ordenamiento los derechos reales, según se deduce de los artículos 609 y 1.095 del Código civil. La inscripción en estos casos, sin perjuicio de dotar de trascendentales garantías al derecho inscrito, no es requisito constitutivo del mismo. La inscripción no sólo no coadyuva al nacimiento del derecho, sino que presupone necesariamente ese nacimiento: un contrato no consumado por la tradición no es inscribible, ya que no constituye un derecho real, sino es simple fuente de obligaciones.

Por el contrario, la inscripción constitutiva supone que el derecho real precisa para su nacimiento, aparte de factores extraregistrales varios (acuerdo real abstracto o convenio causal, según

(13) Así el artículo 199 de la Ley de Régimen local, de 24 de junio de 1955, al preceptuar que los Municipios *deberán inscribir* en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales; el 55 de la Ley de Concentración Parcelaria de 10 de agosto de 1955, al señalar que las fincas y situaciones jurídicas resultantes de la nueva ordenación de la propiedad *serán inexcusablemente inscritas en el Registro...*; el 11, párrafos 1 y 3 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 que establece que todo monte, incluido en el Catálogo y deslindado o pendiente de deslinde, *se inscribirá obligatoriamente* a favor de la entidad propietaria.

(14) Sobre esta distinción, vid. Roca, *ob. cit.*, t. 1, págs. 167 y ss.

los sistemas) la intervención del Registro, el hecho de la efectiva inscripción. Antes de ésta existirá una simple obligación o a lo sumo una vocación al derecho real, pero nunca éste último. La inscripción es el coronamiento del contrato para la creación de la relación jurídico-real.

Precisa, por tanto, determinar si la inscripción es constitutiva o simplemente declarativa del derecho de superficie.

A favor de esta última solución podemos aducir la consideración de que la inscripción en nuestro sistema hipotecario es normalmente declarativa. Los derechos reales acuden al Registro ya formados, limitándose éste a publicarlos cuales son. Por tanto, la inscripción no tiene carácter constitutivo, sino simplemente declarativo.

Son excepciones a este principio, y en ellas la inscripción es requisito constitutivo, el derecho de hipoteca (arts. 1875 del Código civil y 145 y 159 de la Ley Hipotecaria), la anotación preventiva de embargo (art. 43, 2, de la Ley Hipotecaria), y modernamente, los patrimonios familiares (art. 4.º de la Ley de 15 de julio de 1952) (15).

Pero frente a estas consideraciones de tipo general, existe un precepto concreto en la Ley de 12 de mayo de 1956. Establece, en efecto, su artículo 158, 2, que «la concesión del derecho de superficie deberá ser formalizada en todo caso en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad».

Con referencia al artículo 173, 2 del Proyecto de Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, inserto en el Boletín de las Cortes de 23 de mayo de 1955, de idéntica redacción que el precepto citado, reconocimos (16) que «el contrato superficiario es, pues, formal y su inscripción en el Registro, constitutiva, si bien la redacción legal es ambigua».

Mezquita del Cacho (17) entiende que la inscripción es constitutiva, si bien corrige el texto legal señalando que en realidad quiere decir requisito constitutivo de su existencia como derecho real, existiendo, entre tanto, sólo una mera relación obligacional.

También Madrideojos Sarasola, ob. cit., p. 39, parece seguir esta opinión.

Aceptamos íntegramente esta doctrina. Mientras no se inscriba la constitución en el Registro, no existirá el derecho de superficie como tal derecho real, no produciéndose la característica

---

(15) Respecto de los patrimonios familiares, en este sentido, LACRUZ BERDEJO: ob. cit., pág. 153; ROCA SASTRE: ob. cit., t. II, pág. 260, nota; GONZÁLEZ PÉREZ: *La constitución del patrimonio familiar*, R. C. D. I., octubre, 1953, pág. 712; SAPENA: *En torno a la ley de Patrimonio familiar*, R. D. P., septiembre 1953, pág. 710. Criterio éste confirmado por la regla 8.ª de la Orden de 27 de mayo de 1953, complementaria de la ley citada.

(16) Ob. cit., pág. 91.

(17) Ob. cit., pág. 757.

derogación del principio de la accesión respecto de la edificación que se construya en suelo ajeno. No obstante, el superficiario podrá, en relación con el concedente, edificar, en virtud de lo convenido, sin que el *dominus soli* pueda oponerse a esta intromisión en su fundo; y puede reclamar la inscripción en cualquier momento, en cuyo caso adquirirá la propiedad de lo edificado con efectos que se retrotraerán a la formalización del contrato. Pero dichas facultades no podrán perjudicar a terceros que adquieran del *dominus soli* amparándose en la fe pública registral, ni significan en modo alguno que el superficiario tenga las facultades que le atribuye el derecho real perfecto.

#### VI. LA INSCRIPCIÓN, ¿SUPLE LA TRADICIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE?

Ciertos autores (18) entienden que la inscripción en el Registro suple a la tradición en el proceso de constitución de los derechos reales, y concretamente en nuestro caso, para la del derecho de superficie.

Se fundan los autores, esencialmente, en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que señala que «una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». También en el artículo 1.473, 2 del Código civil que estatuye que si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores y fuere inmueble, «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro». Ambos textos legislativos parecen prescindir totalmente de la tradición, conformándose con que la inscripción haya tenido lugar.

Pero otros autores, como Roca Sastre (19) y Sanz (20) entienden, por el contrario, que los citados textos presuponen que la inscripción que se realiza es de una adquisición ya operada en virtud del título y de la tradición. El artículo 1473 habla de que la propiedad se transfiere, no al comprador que primero inscribe, sino al adquirente que primero lo hace, y esta adquisición presupone título y tradición. Luego la inscripción no suple la tradición.

Pero es que, además, en el caso del derecho de superficie exis-

(18) LA RICA: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, R. C. D. I., 1950, pág. 642; HERMIDA: *El Derecho inmobiliario español*, R. C. D. I., 1951, pág. 726; VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de terceros*, R. C. D. I., 1949, pág. 298.

(19) *Ob. cit.*, t. I, pág. 168.

(20) *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, pág. 258.

te una razón que refuerza la necesidad de la tradición. El artículo 158, 2, establece que la concesión del derecho de superficie deberá ser formalizada, en todo caso, en escritura pública. Esta es, pues, requisito *ad solemnitatem* del contrato superficiario (21). Antes de su otorgamiento habrá tratos, negociaciones, precontratos, pero nunca una verdadera concesión del derecho de superficie: Siendo un contrato solemne, su formalización en documento privado o es irrelevante jurídicamente o—aplicando la doctrina de la conversión del negocio jurídico—es un precontrato de superficie.

Pues bien, siendo indispensable que el contrato superficiario conste en escritura pública (22), con arreglo al artículo 1462, 2, del Código civil, que establece que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujese claramente lo contrario», claro es que la perfección del contrato superficiario lleva consigo la cuasi tradición instrumental de la posesión del derecho constituido.

A la misma conclusión nos llevaría la consideración de que siendo la inscripción constitutiva del derecho de superficie, y precisándose para que un título se inscriba en el Registro que éste conste en escritura pública, conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, el otorgamiento de la escritura representa la cuasi tradición instrumental del derecho de superficie.

Por consiguiente, en la constitución de la relación superficialia coadyuvan dos factores. De un lado, la escritura pública que verifica la cuasi tradición del derecho y que por definición hace innecesarias cualesquiera formas de tradición real. En este sentido, el derecho de superficie no se diferencia de los demás derechos reales, que se constituyen mediante el título y la tradición (artículos 609 y 1025 del Cód. civil), sino en la irrelevancia de la tradición real para la constitución del derecho, y, desde el punto de vista del contrato superficiario, en la exigencia de una forma pública, *ad solemnitatem* para la perfección del mismo.

Por otra parte, la nueva regulación del instituto estatuye inequívocamente la inscripción como factor constitutivo del derecho. En este sentido, se aleja del sistema, clásico en nuestro Derecho inmobiliario, de la inscripción declarativa. La inscripción no suple a la tradición en la constitución del derecho de superficie, sino, por el contrario, se superpone a ella, constituyendo

---

(21) MEZQUITA DEL CACHO: *ob. cit.*, pág. 757, dice así: «... la perfección de la relación jurídico-real de la superficie, exige, ... un requisito formal o solemne».

(22) Creemos que en las concesiones superficiales establecidas en testamento, forma admitida por MEZQUITA, *ob. cit.*, pág. 757, cabe perfectamente la posibilidad de que éste sea ológrafo. No obstante, se precisará la protocolización del mismo e inscripción en el Registro para que el derecho de superficie nazca.

un factor más en la compleja génesis del derecho. Se asemeja, por tanto, al derecho real de hipoteca que precisa para su constitución el requisito de la inscripción en el Registro, pero—y esto es una diferencia de consideración—se distingue de él en que la hipoteca es un derecho formal y de garantía que no implica posesión del inmueble gravado, y, por tanto, cae fuera del ámbito de la teoría del título y el modo, mientras que el derecho de superficie, como derecho que implica posesión, precisa ambos requisitos para su constitución.

Salta, pues, a la vista, la originalidad del legislador en cuanto a la constitución del derecho de superficie, ya que sigue la doctrina clásica del título y el modo, si bien exigiendo la cuasi tradición instrumental de la posesión como *conditio sine qua non* de la existencia del derecho, y, además, exige la inscripción en el Registro como requisito constitutivo del derecho real, separándose del sistema comúnmente seguido por nuestro legislador in mobiliario.

Las razones que han movido al legislador a adoptar tales principios creemos residen en la alta finalidad social del derecho de superficie, instrumento legislativo para la resolución de los problemas urbanísticos y de la vivienda, que exige, de un lado, una disciplina de las formas de su constitución, excluyendo por definición el documento privado, y de otro, el fiel reflejo de la relación superficiaria en el Registro de la Propiedad. Sólo mediante la adopción de tales presupuestos se puede conseguir que el derecho de superficie sea un ágil instrumento de la política urbanística general, y de la política de la vivienda en nuestras grandes ciudades.

Lo dicho no significa que el principio de la inscripción constitutiva se haya adoptado en todo su rigor para las restantes modificaciones jurídico-inmobiliarias del derecho de superficie. El reconocimiento, modificación, cesión, y extinción del derecho deberían, para la perfecta sincronización del derecho de superficie en la realidad jurídica y en el Registro, constar necesariamente en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, ningún precepto de la Ley establece el principio de la inscripción constitutiva, fuera del supuesto previsto en el artículo 158, 2. Por tanto, dichas modificaciones no precisarán constar en el Registro para su existencia como tales.

Creemos que el criterio del legislador es inconsecuente. La trascendencia que cualquier mutación jurídico-inmobiliaria del derecho de superficie entraña, exige su constancia en el Registro de la Propiedad. De lo contrario, los fines que el legislador persigue al exigir forma pública e inscripción en el Registro de la Propiedad para la constitución del derecho quedarán frustrados al admitirse que existan actos de trascendencia real sobre el derecho de superficie no consignados en el Registro.

## VII. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE DIVIDIDO POR PLANOS HORIZONTALES

Entendemos que el superficiario, una vez construido el edificio, y aun estando éste pendiente de terminación, puede dividirlo, a los efectos jurídicos, en varios planos o pisos, para enajenarlos separadamente. También los comuneros del derecho de superficie, en el mismo caso, pueden modificar la comunidad superficiaria entre ellos existente, adjudicándose la propiedad de planos separados del edificio, si bien subsistirá la comunidad, no sólo en los elementos comunes a que hace referencia el artículo 356, 1, del Código civil, sino en el *ius aedificandi* o facultad de tener en suelo ajeno un edificio propio.

La posibilidad de tal división por planos horizontales del derecho estriba en un doble razonamiento: teórico y práctico. Teóricamente, el derecho de superficie, comporta la propiedad de lo edificado (art. 157, 1, de la Ley), y la propiedad es el derecho de gozar y *disponer* de una cosa (art. 348 del Código civil). Por tanto, no hay obstáculo para que el propietario divida para el futuro el derecho de superficie por planos horizontales o que los comuneros modifiquen la comunidad superficiaria—que entraña una pluralidad de cuotas proindiviso del derecho—atribuyéndose la propiedad separada de los planos del edificio.

Prácticamente, la figura del derecho de superficie, dada su sustantividad, pretende asimilarse en todo a la propiedad ordinaria de los edificios. Sólo que subsiste el fenómeno superficiario, la dualidad de propietarios del suelo y del edificio. Pero esta trascendental diferencia no llega a borrar el hecho de que la *ratio* característica de la propiedad de planos horizontales—facilitar el acceso a la propiedad de los titulares de los pisos, necesaria, dado el elevadísimo coste del edificio en su conjunto—se da también en la propiedad superficiaria. De otro modo, el derecho de superficie tendría una finalidad urbanística, sería un mero instrumento urbanizador, pero no resolvería el problema de la vivienda (23).

---

(23) Desgraciadamente, el legislador español regula el derecho en una ley urbanística—la de 12 de mayo de 1956—y no hace ni la más leve alusión al mismo en la legislación de viviendas de renta limitada (Ley de 15 de julio de 1954 y Reglamento de 24 de junio de 1955). Esta omisión puede hacer prácticamente inoperante el derecho de superficie en nuestra Patria. Creemos que deberían armonizarse ambas disposiciones legales, estableciéndose, que pudiera solicitar los beneficios de dichas disposiciones sociales el que sólo pudiese acreditar el carácter de superficiario, no de propietario, del suelo preciso para la edificación protegida; facultando al promotor de la construcción de viviendas para optar por la expropiación de la propiedad del terreno o del derecho de superficie del mismo; y, por último, estableciendo que el uso de las viviendas pudiera ser cedido, no sólo a título de arrendamiento y por venta, sino también en concepto de derecho de superficie.

Creemos, por tanto, posible la división del derecho de superficie por planos horizontales, a la manera que se admite la división de la propiedad urbana normal.

No obstante, entre la propiedad por planos horizontales ordinaria y la que estudiamos existen innegables diferencias. Mientras, conforme al artículo 396 del Código civil, la propiedad por planos horizontales supone la atribución a cada propietario de un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso, y de un derecho conjunto de copropiedad, forzoso e indivisible sobre los otros elementos del edificio necesarios para su uso, entre ellos el suelo, no es posible separar la propiedad de un plano horizontal del derecho de superficie en sí, pues, por esencia, la propiedad superficiaria es un anejo, una parte integrante inseparable del derecho de superficie.

Si se admitiera la separación absoluta de un plano de la propiedad superficiaria, ello supondría un gravamen para los propietarios de planos inferiores, que se verían obligados a soportar el plano superior. Ello sólo podría llevarse a cabo de dos formas:

a) Entendiendo, pura y simplemente, separado el plano de los inferiores, o sea, creando una propiedad separada del piso, independiente del dominio del suelo y del derecho del superficiario, a la manera de la propiedad *pro diviso* que reconocen algunas sentencias del Tribunal Supremo.

Pero esta tesis es inadmisibile, conforme entiende J. González (24): «La existencia de un dominio pleno sobre la construcción, separado e independiente del dominio del suelo, es un imposible jurídico cuando la incorporación es íntima... Para salvar la dificultad, sin admitir la posibilidad de distintas propiedades sobre las partes esenciales de una casa, cabe sostener que la casa es propiedad absoluta del superficiario y que éste la disfruta, con la ayuda de un derecho de goce, limitativo del dominio del suelo».

b) También cabe considerar que el titular de cada piso tiene la cualidad de propietario del mismo superficiario de primer grado, respecto del plano inmediatamente inferior, ya que puede apoyar su plano en él, limitando y gravando su derecho, superficiario de segundo grado, en cuanto al siguiente hacia abajo, y así sucesivamente.

La complejidad jurídica de tales subderechos sería grande y daría lugar a que los titulares de los planos inferiores pudieran exigir un canon solarío de los de los planos superiores, incluso por medio de una acción directa, ya que cualquiera de los dueños de un plano de la propiedad superficiaria estaría obligado directamente, no sólo con el dueño del inmediatamente inferior, sino con los dueños de todos los inferiores.

La solución expuesta, aparte de ser tachada de confusa e in-

(24) *El derecho...*, pág. 98.

elegante, está en contradicción con el espíritu del artículo 1.654 del Código civil, que prohíbe la constitución de subenfiteusis. En materia de derechos reales, la autonomía de la voluntad contractual no juega, y existe, por el contrario, una tendencia irresistible al *numerus clausus*».

Descartadas estas dos posibles soluciones, sólo cabe una tercera, que sustentamos: estimar dividido el derecho de superficie por cuotas intelectuales, constituir una comunidad especial en cuanto al *ius aedificandi* y atribuir a cada comunero la propiedad de un piso o parte de piso equivalente a su cuota. En definitiva, esta construcción no es más que una adaptación de la doctrina del artículo 396 del Código civil al caso presente.

La división del derecho de superficie por plazos horizontales daría lugar al siguiente régimen jurídico:

a) Primordialmente, la constitución de una comunidad especial sobre el *ius aedificandi*. Comunidad ésta forzosa e indivisible, ya que cada una de sus cuotas es el sustentáculo jurídico de la propiedad del plano horizontal correspondiente, sin la que no cabría la propiedad superficiaria dividida por planos.

Cabría, eso sí, enajenar la cuota o renunciar a ella y, por tanto, enajenar o renunciar a la propiedad del piso correspondiente, pero constituida dicha comunidad superficiaria, no cabe ulterior división de la misma.

b) Como consecuencia de la división por cuotas, la única posible del derecho de superficie, se atribuye a cada comunero un derecho exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de él. Derecho de propiedad que es anejo, parte integrante inseparable de su cuota, que sigue rigurosamente su régimen jurídico. Es imposible, en buena técnica jurídica, configurar un derecho sobre el piso con separación del que recae sobre la cuota.

Los derechos se imponen sobre el derecho de superficie considerado como un todo, esto es, comprendida la cuota intelectual en el *ius aedificandi* y la propiedad del plano que le corresponde.

Sin la cuota en el *ius aedificandi*, regiría el principio de accesión, y el piso correspondería al dueño del suelo.

c) Por último, y como consecuencia de las relaciones estructurales, materiales entre los diversos planos de la propiedad superficiaria horizontal, cada uno de los comuneros tiene una cuota de copropiedad en los elementos comunes del edificio necesarios para su disfrute.

También este derecho es parte integrante inseparable de la cuota del derecho de superficie y sigue su régimen jurídico.

Los citados elementos comunes serán los señalados en el artículo 396 del Código civil, con las necesarias adaptaciones. Así, el suelo pertenece, por definición, al concedente; de otro modo, no existiría el derecho de superficie.

Una facultad que tácitamente vendrá atribuida a los superfi-

ciarios, aunque no se hubiese concedido expresamente, es el derecho de acceso de los comuneros a su piso a través del terreno en que se enclava el edificio. Así se deduce, analógicamente, del artículo 542 del Código civil.

Estudiada la configuración jurídica del derecho de superficie dividido por planos horizontales, pasamos a su constatación hipotecaria.

Entendemos que cada una de las cuotas en que se divide el derecho de superficie puede ser inscrito separadamente en el Registro de la Propiedad como finca independiente, guardando el caso cierta analogía con la posibilidad de inscribir los pisos o partes de pisos de un edificio que pertenezcan a diversos dueños, conforme al artículo 8, 3 de la Ley Hipotecaria.

Las razones que abonan nuestra opinión son muy similares a las expuestas para defender la inscribibilidad del derecho de superficie como finca independiente. Siendo cada cuota del derecho de superficie enajenable y gravable separadamente, y pudiendo tener la propiedad superficiaria numerosos pisos y, por tanto, gran cantidad de cuotas, se crearía una gran confusión registral si se mantuviera unida en un solo folio la historia jurídica de todas las cuotas. Por lo tanto, sin perjuicio de que la división del derecho se haga constar en el folio abierto al mismo, se abrirán tantos folios independientes cuantas sean las cuotas en que se divida el derecho, haciéndose la oportuna referencia en ambos folios de la relación que entre ellos media (25).

Pero existe, además, otra razón arriba apuntada. Si queremos que el derecho de superficie sea verdaderamente efectivo y favorezca la resolución del problema de la vivienda, hemos de procurarle acceso al crédito territorial. Al dividirlo por planos

(25) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, t. II, págs. 71 y 72, nota, dice así: «En todas las situaciones inscritas de comunidad por cuotas se puede producir la congestión de asientos en la hoja registral, debido a la sucesiva acumulación de inscripciones que las particulares vicisitudes jurídicas de cada cuota, pues, en rigor, como cada una de las participaciones es objeto de transmisión, gravamen, etc., como si fuera una finca separada, resulta que el número de asientos aumenta con rapidez. Pero esto dependerá del tiempo que dure la comunidad. Cuando ésta sea efímera, no hay problema; pero cuando por la naturaleza propia del objeto sobre que recae pueda durar largo tiempo, entonces el folio registral queda tan recargado de asientos, y son tan frecuentes los pases a diferente tomo, que la averiguación del verdadero estado registral resulta complicadísima, pues los asientos son numerosos y mezclados entre sí. Por esto, tratándose de comunidades de aguas, de montes, etc., con muchos condueños y destinados a subsistir indefinidamente [la comunidad superficiaria que examinamos tiene estos caracteres], es imprescindible arbitrar la fórmula que examinamos, o sea, la de que la cosa común, en sí [el derecho de superficie, como complejo formado por la facultad de edificar y mantener lo edificado en suelo ajeno, y la propiedad de lo edificado] figure en una hoja principal o matriz y las diferentes cuotas o participaciones indivisar, en hojas separadas filiales, dándoles en cierto modo el tratamiento de fincas independientes.»

horizontales, lógicamente facilitaremos el acceso a la propiedad de multitud de pequeños propietarios. Pues bien, sería imposible hipotecar cada cuota del derecho de superficie, y, por tanto, el piso anejo, si previamente no la inscribimos bajo folio independiente, conforme se deduce del artículo 107, II de la Ley Hipotecaria, que entendemos aplicable al caso presente.

Aun cuando en abstracto podría hablarse de la hipotecabilidad de cada una de las cuotas por separado y sin necesidad de apertura de folio especial, a tenor del artículo 399 del Código civil, creemos que dicho precepto sólo contempla las comunidades transitorias, pendientes de liquidación, y no a la comunidad superficiaria resultante de la división por planos horizontales del derecho de superficie.

De seguir la doctrina que propugnamos, no nos apartaríamos de ciertos precedentes existentes en nuestra legislación, en que se admite en los artículos 73 a 77 del Reglamento Hipotecario la inscripción, bajo folio separado, de las diversas participaciones del dominio directo del foro (26). Estas consideraciones se refuerzan por la remisión que el artículo 157, 3 de la Ley hace, en defecto de reglas especiales sobre el derecho de superficie, a las normas del Derecho privado. Como los artículos 1.611, 3 y 1.655 del Código civil engloban el derecho de superficie con las figuras de los foros, subforos y demás gravámenes análogos, creemos que, sin violentar los textos legales, es admisible la solución que propugnamos.

La primera inscripción de cada cuota del derecho de superficie hará constar necesariamente las circunstancias siguientes: valor de su cuota privativa en relación con el de la totalidad del derecho de superficie; piso o parte de él que le corresponde en propiedad como parte integrante de su cuota, participación en los elementos comunes del edificio y, por último, los pactos lícitos de trascendencia real que modifiquen el contenido normal de derechos que a cada superficiario corresponde.

---

(26) Cossío: *Ob. cit.*, pág. 75, señala, respecto a la inscripción del foro, «se inscribirá la constitución del foro como finca fundamental en hoja registral propia, pero pudiéndose abrir otras hojas separadas, si bien relacionadas, para cada una de las diferentes parcelas del dominio útil o de las distintas participaciones del dominio directo».



# INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI,  
Rafael IZQUIERDO, José Luis LLORENTE  
y Antonio PEREZ VEGA.

## DERECHO CIVIL

### I. Parte general.

1. CÓDIGO CIVIL: *Se da nueva redacción a 67 artículos (1), para armonizar el Código con las reformas introducidas.*

CAPACIDAD DE OBRAR: EL SEXO: *Se suprimen determinadas incapacidades de la mujer.*

EMANCIPACIÓN: *Se introduce un nuevo tipo de emancipación originado por ulteriores nupcias del titular de la patria potestad.*

MATRIMONIO: *Se adapta el Código al Concordato.*

SOCIEDAD DE GANANCIALES: *Se modifica el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales, limitando las facultades del marido y ampliando la intervención de la mujer.*

NULIDAD Y SEPARACIÓN: *Se alteran las causas de separación del matrimonio civil; se regulan de nuevo las medidas cautelares de los procesos matrimoniales, autorizando a la mujer para solicitar determinadas medidas previas a la interposición de la demanda; asimismo se da nueva regulación a los efectos de las sentencias (civiles y canónicas) de nulidad y separación, sobre la base de ampliar el arbitrio judicial.*

ADOPCIÓN: *Se modifica totalmente su régimen, distinguiendo (por sus requisitos y efectos) la adopción plena de la menos plena.*

LEGÍTIMA DEL VIUDO: *Se aumenta la cuota viudal. (Ley 24 abril 1958; «Boletín Oficial» 25.)*

### A. EXPOSICIÓN.

#### I. RÉGIMEN JURÍDICO.

Eficacia derogatoria.—«Queda derogada la Ley de 17 de octubre de 1941 sobre adopción de los acogidos en Casas de Expósitos y otros Establecimientos de Beneficencia, salvo lo establecido en su artículo séptimo» (art. 5.º) (2).

---

(1) También se redactan en forma distinta cuatro Secciones del Título IV del libro I y se estructura en tres Secciones el Capítulo V, del Título VII del libro I.

(2) Por lo demás, la ley de 1958 no contiene normas especiales en cuanto a entrada en vigor, eficacia derogatoria y derecho transitorio. Por tanto: 1.º La reforma empezará a regir a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 1.º C. c.), o sea el día 15 de mayo de 1958. 2.º Son aplicables las normas contenidas en los artículos 5.º (sobre eficacia derogatoria) y 3.º, así como las 13 disposiciones transitorias.

## II. CAPACIDAD DE OBRAR: EL SEXO.

### a) Cargos tutelares.

#### a') Tutor y protutor.

##### 1) Disposiciones generales.

1') «No pueden ser tutores ni protutores: ... 7.º Las mujeres casadas que no hubieren obtenido licencia de su marido» (art. 237, 7.º) (3).

2') «Pueden excusarse de la tutela y protutela: ... 7.º Las mujeres, en todo caso» (art. 244, 7.º) (4).

3') «Tanto el padre como la madre pueden nombrar tutor y protutor para sus hijos...» (art. 206, párr. 1.º) (5).

##### 2) Aplicaciones concretas.

1') «La tutela legítima de los menores no emancipados corresponde únicamente: ... 4.º A las hermanas por el mismo orden» (art. 211, 4.º).

2') «La tutela de los locos y sordomudos corresponde: ... 4.º A las personas señaladas en el artículo 211» (art. 220, 4.º)

#### b') Vocal del Consejo de Familia (6).

«El Consejo de Familia se compondrá de las personas que el padre o la madre, en su caso, hubiesen designado en su testamento, y en su defecto, de los ascendientes y descendientes y de los hermanos del menor o incapacitado, cualquiera que sea su número y sexo. Si no llegaren a cinco, se completará con los parientes más próximos; ...» (art. 294, párr. 1.º).

«Para el Consejo de Familia será preferible el grado más próximo al más remoto; en igualdad de grado el varón a la mujer y en igualdad de grado y sexo la persona de más edad» (art. 295) (7).

b) Representación del ausente.—«Salvo motivo grave apreciado por el Juez, corresponde... 4.º A los hermanos de doble vínculo, varones mayores de edad, por orden de preferencia del mayor sobre el menor y, en su defec-

(3) De manera que, *a sensu contrario*, son capaces para ser tutores y protutores (y vocales del Consejo de Familia): 1.º, Las mujeres solteras, en todo caso, y 2.º, Las mujeres casadas, si obtuviesen licencia de su marido. En consecuencia, la inhabilidad de la mujer no depende del sexo, sino que está subordinada tan sólo al principio de unidad de dirección del matrimonio, que, en principio, corresponde al marido. El problema que se plantea ahora es el de si cabe o no la autorización judicial supletoria. La redacción de precepto parece que no la admite.

(4) Se sigue así la orientación de los Códigos alemán (§ 1.786) y brasileño (art. 414) (tomado de CASTÁN: *Derecho Civil Español Común y Foral*, 3.ª ed., 1931, t. I, vol. 1.º, pág. 309).

(5) Se iguala la posición del padre y de la madre, armonizando el precepto con la nueva redacción del art. 168, en que se suprime la norma que privaba de la patria potestad a la madre que contraía ulteriores nupcias.

(6) Se trata de otra aplicación de la supresión de la inhabilidad de la mujer para cargos tutelares, contenida en el art. 237, 7.º (*a sensu contrario*) y extendida al cargo de vocal por el artículo 293, el cual, por contener una norma de remisión, ha cobrado nuevo sentido al variarse la norma a que se remite, sin necesidad de alterar su propia redacción.

(7) Este artículo ha quedado notablemente perfeccionado, pues recoge breve e inequívocamente: 1.º, el nuevo sistema de habilidad general de la mujer para cargos tutelares, y 2.º, el criterio, antes confuso, de preferir la proximidad de grado al equilibrio del número de vocales pertenecientes a cada línea (sigue, así, el criterio jurisprudencial: S. 17 junio 1893).

to, a las hermanas de doble vínculo, también mayores y en igualdad de preferencia en razón de la edad» (art. 184, 4.º) (8).

c) Dote obligatoria.—«En todo caso, queda prohibida la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote, y los Tribunales, en acto de jurisdicción voluntaria, harán la regulación sin más investigación que las declaraciones de los mismos padres dotantes y la de los dos parientes más próximos de la hija, mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna...» (art. 1.341, párr. 2.º):

d) Testigos testamentarios.—Se suprime el número 1.º del artículo 681, que incapacitaba para serlo a las mujeres, salvo en el testamento en caso de epidemia. (Vid. arts. 681 y 701, según la nueva redacción).

### III. EMANCIPACIÓN.

«Las ulteriores nupcias del padre o de la madre no afectarán a la patria potestad, pero el Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciocho años, si lo pidieren, previa audiencia del padre o de la madre.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es también aplicable en el caso de hijos naturales reconocidos cuando el padre o la madre contraigan nupcias» (art. 168).

### IV. MATRIMONIO.

a) *Clases* (9).—«La Ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil» (art. 42, párr. 1.º).

b) *Sistema* (matrimonio civil subsidiario).—«El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica» (art. 42, párrs. 2.º y 3.º).

«El matrimonio canónico en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia Católica» (art. 75) (10).

c) *Prohibiciones*.—«Está prohibido el matrimonio: 1.º Al menor de edad no emancipado por anteriores nupcias que no haya obtenido la licencia de las personas a quienes corresponde otorgarla. ... 3.º Al tutor con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, cesado en su cargo, se aprue-

(8) Se suprime la limitación de que las hermanas no estén casadas. Pero al admitirse la representación por hermanas casadas quizá debió supeditarse a la licencia del marido, armonizando así con la nueva norma implantada en el número 7.º del art. 237.

(9) Conforme al art. 2.º de la ley de Reforma del Código civil, se da nueva redacción a las Secciones 1.ª y 2.ª del Cap. 1.º, del Tít. 4.º, del libro I, sustituyendo da expresión «formas de matrimonio», por la que se juzga más técnica de «clases de matrimonio». Así se evita el riesgo que aquella terminología pudiera ofrecer; la equiparación del matrimonio civil con el canónico, que, por la naturaleza sacramental de éste, sería inexacta» (de la Exposición de Motivos).

(10) «... Se reconoce a este tenor la competencia legislativa de la Iglesia.» (de la Exp. de Motivos).

ben las cuentas del mismo; salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública (art. 45, 1.º y 3.º) (11).

d) *Requisitos (previos).*

a') Comunes a las dos clases de matrimonio: licencia o autorización (art. 46, 49).—«Antes de la celebración del matrimonio los contrayentes habrán de acreditar que obtuvieron la licencia» (art. 48, párr. 1.º). «No obstante, si la licencia fuera negada, el matrimonio podrá celebrarse si se autoriza por el Ordinario del lugar o por el Presidente de la Audiencia Territorial, según fuere canónico o civil. A todos los efectos, la autorización equivaldrá a la licencia» (art. 49, párr. 2.º) (12).

1) La licencia.

1') Quién la concede.

«Corresponde otorgar la licencia para el matrimonio de los hijos legítimos al padre; faltando éste o hallándose impedido, en orden sucesivo, a la madre, al abuelo paterno, al materno, a las abuelas paterna o materna y, en su defecto, al Consejo de Familia» (art. 46).

«Si se tratare de hijos adoptivos, se pedirá la licencia al adoptante. En su defecto, si la adopción es plena, se solicitará al Consejo de Familia; si es menos plena, antes que a éste se pedirá a las personas de la familia natural a quienes corresponda» (art. 47, párr. 2.º) (13).

2') Forma.—«En ambas clases de matrimonios bastará para ello (para acreditar que se ha obtenido la licencia) documento que haya autorizado un Notario o el encargado del Registro Civil, del domicilio del solicitante. Cuando se trate de matrimonio canónico podrá ser también autorizado el documento por el párroco o por un Notario eclesiástico» (art. 48, párrs. 2.º y 3.º).

«Ninguno de los llamados a otorgar la licencia está obligado a manifestar las razones en que se funda para concederla o negarla» (art. 49, párr. 1.º).

2) Autorización (procedimiento).—«El Presidente de la Audiencia oído el Ministerio Fiscal, adoptará su resolución en expediente que se instituirá por el Juez encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante, en el que

(11) El número 2.º del artículo 45 ha conservado su anterior redacción; el número 3.º ha suprimido la prohibición respecto a los descendientes del tutor (Vid. DE CASTRO: *El matrimonio de los hijos*, A. D. C., t. VII, f. 1.º, pág. 57, núm. 75). En cuanto a las sanciones, contenidas en el artículo 50, se ha suprimido acertadamente la regla 2.ª, así como la disposición común a las reglas 1.ª y 2.ª (si bien la norma que esta última disposición expresaba continúa aplicándose a través del artículo 85). También se observa una modificación interesante en el último inciso del actual número 2.º (antes 3.º), que dice: «Entre tanto, sólo tendrá, sobre dichos bienes, derecho a alimentos», lo que permite incluso la enajenación de tales bienes si su renta líquida no es suficiente para proporcionarlos.

(12) La nueva redacción dada a los arts. 1.333, 3.º, y 1.340 es sólo para concordarlos con el nuevo sistema de la licencia, de la autorización supletoria y de la supresión del consejo.

(13) En cuanto a los hijos naturales reconocidos, legitimados por concesión real, demás ilegítimos y educados en las Casas de Expósitos, se conserva el Derecho anterior.

se oirá a los padres y a las personas que juzgue conveniente» (art. 49, párr. 3.º).

b') Especial del matrimonio civil.—«Los que... pretendan contraer matrimonio en forma civil... presentarán la prueba de no profesar la religión católica» (art. 86, párr. último) (14).

e) *Inscripción del matrimonio canónico* (15).

1') Valor.—«Para que éstos (los efectos civiles del matrimonio canónico) sean reconocidos bastará la inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro Civil» (art. 76, párr. 2.º).

2') Tiempo y título.—«... la inscripción del matrimonio canónico... podrá hacerse en cualquier momento, aun fallecidos los contrayentes, a petición de cualquier interesado y mediante copia auténtica del acta sacramental o de certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio» (art. 77, párr. 3.º, i. f.).

«Cuando la inscripción se solicite una vez transcurridos cinco días desde la celebración, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas» (art. 76, párr. 3.º).

3') «La inscripción en el Registro deberá ser comunicada al párroco» (art. 77, párr. 4.º).

f) *Matrimonios canónicos de excepción.*

a') «In articulo mortis.»—Se suprime el apartado último del artículo 78 (16).

b') Secreto de conciencia.—«El matrimonio secreto de conciencia celebrado ante la Iglesia no está sometido a lo dispuesto en el artículo 77.

Para los efectos civiles, basta su inscripción en el Registro especial que se lleva en la Dirección General de los Registros, pero no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas, sino desde su publicación en el Registro Civil correspondiente, la cual se practicará a petición de los cónyuges, de común acuerdo, del sobreviviente si el otro hubiere fallecido o del Ordinario en los casos en que cesa para él la obligación canónica del secreto» (art. 79).

#### V. SOCIEDAD DE GANANCIAS.

«El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá

(14) En lo demás, el artículo 86 mantiene su redacción primitiva, con ligerísimas alteraciones.

(15) La norma contenida en el artículo 76 se conserva, aunque con formulación más rotunda. En cuanto al artículo 77, se ha suprimido la disposición que prohibía la celebración sin presentar previamente al párroco el recibo del aviso dado al juez. También desaparece la norma contenida al final del mismo artículo, que negaba efectos civiles al matrimonio canónico antes de su inscripción si, por culpa de los contrayentes, no se diera el aviso.

Para esta materia, vid. Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (arts. 69 al 80 principalmente). Pueden verse nuestra Exposición y observaciones a esta ley en A. D. C., t. X, f. 4.º, págs. 1.185 y sigs.

(16) Se ocupaba este párrafo de las sanciones. Es acertada la supresión. Para las sanciones, véase el artículo 14 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.

enajenar y obligar a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

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

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados» (art. 1.413).

#### VI. NULIDAD Y SEPARACIÓN (17).

a) *Causas de separación del matrimonio civil.*—«...1.º El adulterio de cualquiera de los cónyuges. 2.º Los malos tratamientos de obra, las injurias graves o el abandono del hogar. 3.º La violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarle a cambiar de religión... 6.º La condena del cónyuge a reclusión mayor» (art. 105) (18).

#### b) *Medidas cautelares en función de los procesos matrimoniales* (19).

a') Mujer que se proponga demandar la separación o nulidad.—«...podrá pedir que se la separe provisionalmente de su marido y que se le confíen con igual carácter, los hijos menores de siete años, se le señale un domicilio y, si es menor de edad, la persona bajo cuya custodia haya de quedar, así como los auxilios económicos necesarios a cargo de su cónyuge, (estas) medidas... quedarán sin efecto si en los treinta días siguientes no se acreditará la interposición de la demanda o en cuanto se justifique la inadmisión de ésta» (art. 67).

b') «Admitidas las demandas de nulidad o de separación, el Juez adoptará, durante la sustanciación del proceso, las medidas siguientes».

1) Personales.—1.º «Separar a los cónyuges en todo caso» y 3.º, fijar discrecionalmente en poder de cuál de (ellos)... han de quedar todos o alguno de los hijos y quién de aquellos ejercerá la patria potestad. En casos excepcionales se podrán encomendar los hijos a otra persona o institución adecuada, que asumirá las funciones tutelares, correspondiendo las del Protutor y Consejo de Familia a la autoridad judicial. El Juez determinará el

---

(17) «En el texto del Código, la expresión «separación personal» sustituye en la forma conveniente el término «divorcio» y sus derivados» (art. 4.º de la ley de Reforma del Código civil). En consecuencia, el artículo 2.º de la propia ley da nueva redacción a las Secciones 5.ª del Cap. 1.º y 4.ª del Cap. 3.º, del Tít. 4.º del libro I; asimismo, a ello obedece la reforma de los artículos 104, 106 y 107 del Código civil.

(18) Los otros números permanecen inalterados.

(19) Véase la ley de 24 de abril de 1958, que reforma el Tít. IV del libro III (Primera Parte) de la ley de Enjuiciamiento civil.

tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos» (art. 68, 1.ª y 3.ª).

2) Prestaciones.—2.ª «Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquélla». 5.ª «Señalar alimentos a la mujer, y en su caso al marido, así como a los hijos que no queden en poder del obligado a dar alimentos, sin que éste pueda optar por prestarlos en la propia casa». 6.ª «Acordar, si procede, el abono de litis expensas, determinando la cuantía y la persona obligada al pago» (art. 68, 2.ª, 5.ª y 6.ª).

3) Régimen económico matrimonial (art. 68, 4.ª).—«...se seguirán las siguientes reglas:

1) Régimen de gananciales.

1ª) Bienes del marido.—Conservará éste la administración y disposición de sus bienes.

2ª) Bienes de la mujer: 1.º Parafernales entregados al marido: Se transferirá a la mujer la administración, pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria; 2.º Dotales: Se mantendrá el régimen anterior, salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

3ª) Bienes comunes. El Juez, atendidas las circunstancias del caso podrá excepcionalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

Cualquiera que sea el cónyuge que administre los gananciales (o alguno de ellos) necesitará licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración.

2ª) «Se procederá con criterio análogo al señalado (anteriormente)... cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales».

c) *Nulidad del matrimonio (canónico y civil). Sus efectos.*

1) Personales (hijos).

1ª) «... si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese por motivos especiales proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse, en todo caso, a lo decretado por él».

«Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional según las particularidades del caso». (Art. 70, párrs. 5.º y 6.º)

2ª) Reglas legales a falta de pronunciamiento especial del Juez.

1ª) «Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre» (art. 70, párr. 4.º).

2ª) Buena fe (vid. art. 71, que conserva su redacción primitiva en este aspecto).

«Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos» (art. 70, párrs. 1.º y 2.º).

3º) Mala fe.—Vid. art. 70, par. 3.º que no ha sido modificado,

2) Patrimoniales.—Vid. art. 72; que sustancialmente continúa inalterado,

d) *Separación del matrimonio (canónico y civil). Sus efectos* (20).

1) Efectos personales hijos.—«...si al juzgarse sobre la separación se hubiera, por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado.

Por análogos motivos, en lo que no se haya proveído, el Juez encargado de la ejecución podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso» (art. 73, 2.º, párrs. 4.º y 5.º).

2) Efectos patrimoniales.

1º) «La separación de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno el dominio y administración de los que le correspondan» (art. 73, 4.º).

2º) «La conservación por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho a los alimentos» (art. 73, 5.º).

3º) «El cónyuge inocente, el tutor de los hijos o el Ministerio Fiscal podrán pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable, retención de sueldos y salarios, depósito de valores y cuantas medidas cautelares sean necesarias para que pueda cumplirse lo estatuido en el párrafo 2.º del artículo 1.434» (art. 73, 6.º).

## VII. ADOPCIÓN (21).

a) *Caracteres.*

1) «La adopción produce parentesco entre el adoptante de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos de otra; pero no respecto de la familia del adoptante con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales» (art. 174, párr. 7.º).

2) La adopción es irrevocable (art. 175, párr. 1.º).

b) *Clases.*—«La adopción, por sus requisitos y efectos, puede ser plena o menos plena» (art. 172).

c) *Requisitos personales.*

1) Adoptante.

1º) Capacidad.—«Pueden adoptar quienes se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de treinta y cinco años. El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado» (artículo 173, párr. 1.º).

2º) Prohibiciones.—«Se prohíbe la adopción... a los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos» (art. 173, párrafo 2.º núm. 2.º) (22).

(20) En cuanto a la reconciliación, el artículo 74 conserva esencialmente el régimen anterior.

(21) Conforme al artículo 3.º de la ley de Reforma del Código civil, «el Capítulo 5.º del Título 7.º del libro I se divide en tres Secciones: Sección 1.ª: Disposiciones generales, que comprende desde el artículo 173 al 177, ambos inclusive. Sección 2.ª: De la adopción plena, y está integrada por los artículos 178 y 179. Sección 3.ª: De la adopción menos plena, que sólo contiene el art. 180».

(22) De manera que la única modificación consiste en añadir al número 4.º del artículo 173 la frase «hijos naturales reconocidos».

3°) Especialidad en la adopción plena.—«Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio. También podrán hacerlo las personas en estado de viudez» (art. 178, párr. 1.°).

2°) Adoptado: especialidad de la adopción plena.—«Únicamente podrán ser adaptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años, fueren prohijados antes de esta edad por los adoptantes» (art. 178, párr. 2.°).

d) *Requisitos formales* (23).

1°) Expediente.—«La adopción se autorizará previo expediente, en el que necesariamente manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad, si fuere menor o incapaz el de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge.

Si el adoptado estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan» (art. 176, párr. 1.° y 2.°).

2°) Sanción.—«Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos» (art. 176, párr. 3.°).

e) *Efectos*.

1) Comunes a las dos clases de adopción.

1°) Patria potestad.—«La adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad» (art. 174, párr. 1.°).

2°) Tutela y representación y defensa del ausente.—«En (este) orden... adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo, pero los hijos legítimos y los hijos naturales reconocidos, si existiesen, serán preferidos a los adoptivos» (art. 174, párr. 6.°).

3°) Alimentos.—«Adoptante y adoptado se deben recíprocamente alimentos, sin perjuicio de preferente derecho de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos» (art. 174, párr. 2.°).

4°) Derechos sucesorios.

1°) «Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en la indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción.

El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legítimos reservados por la Ley a favor de otras personas» (art. 174, párrs. 3.° y 4.°),

«En el testamento del adoptante, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos» (art. 77, párr. 3.°).

(23) Se recogen en el artículo 176, párrafo 2.°, las directrices de la ley de 17 de octubre de 1941, que queda derogada, salvo en su artículo 7.° («Ninguno de los funcionarios que intervengan en estos procedimientos percibirá derecho ni retribución alguna por su intervención, extendiéndose todas las diligencias y escritura en papel de sello de oficio»).

2") «El adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza» (art. 174, párr. 5.º).

2) Especialidades de la adopción plena.

1") Apellidos.—«El adoptado podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante si se expresa en la escritura de adopción en la que en tal caso se establezca el orden en que haya de usarlos» (art. 180, párr. 3.º).

2") Patria potestad.

1") «En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza» (art. 180, párr. 2.º).

2") «Cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo o legitimado o natural reconocido del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el artículo 154» (art. 180, párr. 1.º).

3") «Los padres que... adoptaren en forma menos plena no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos... adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran con fianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deban concurrir a la adopción» (art. 166).

3') Derechos sucesorios.—«El adoptado como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante» (art. 180, párr. 4.º).

3) Efectos especiales de la adopción plena.

1') Apellidos.

1") «El adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes» (art. 178, párr. 3.º).

2") «El Registro Civil publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen. No obstante, el Juez de Primera Instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción del nacimiento del adoptado, a solicitud de quien justifique interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad» (art. 178, párr. 4.º).

2') Derechos sucesorios.—«Por ministerio de la Ley, el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél los que la Ley concede al padre natural» (art. 179, párrafo 1.º).

3') Relación entre el adoptado y sus parientes por naturaleza.

1") «El adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios; y también los alimentos cuando no los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria» (art. 179, párr. 3.º).

2") «Los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho, salvo los que asistan a los padres por razón de la deuda alimenticia cuando se dieren las circunstancias expresadas en el art. 175 para extinguir la adopción» (art. 179, párr. 3.º).

f) *Extinción.*

1) El reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afectará a la adopción» (art. 175, párr. últ.).

2) *Impugnación.*

1) *Acción.*—«Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado:

1.º El padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiere sido abandonado o expósito y ellos acreditaren suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste. Y el Ministerio Fiscal cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado.

El Juez ponderará los motivos alegados y muy especialmente la moralidad de los padres y el tiempo transcurrido desde la adopción, oyendo, al adoptado si su estado de razón lo aconseja y resolviendo lo que estime más conveniente para éste.

2.º El mismo adoptado dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad haya desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes» (art. 175, párr. 2.º).

2º) *Efectos.*—«En los casos en que se declare extinguida la adopción quedará sin otros efectos que los ya consumados» (art. 175, párr. 3.º).

VIII. LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO (24).

a) «Son herederos forzosos... el viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre o madre de éstos en la forma y medida que establecen los artículos 834 a 842 y 846» (art. 807, 3.º) (25). «En el caso de existir hermanos o hijos de hermanos, la legítima que en todo caso corresponde al viudo en la sucesión intestada...» (art. 953).

b) *Cuantía.*

1) *Concurso con descendientes.*

1º) «...Si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a la mejora» (art. 834).

2º) «En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición» (art. 836, párr. 1.º).

(24) Las modificaciones sufridas en las legítimas de los demás herederos forzosos (descendientes legítimos y naturales y ascendientes), recogidas en los artículos 809, 834 y 841, párrafo 2.º, no son sino la repercusión obligada en sus respectivas cuotas legitimarias del aumento experimentado por la cuota usufructuaria reservada al viudo.

(25) El artículo 807 no ha sido alterado más que en la referencia al articulado contenida en su número 3.º. Se sigue así con toda fidelidad la técnica utilizada ya por el Código al regular esta materia, consistente en asimilar los demás supuestos de legitimarios (hijos legitimados por concepción real o por subsiguiente matrimonio) a los recogidos en el artículo 807 (v. arts. 122 y 844). En efecto, la nueva categoría de legitimarios, reconocida en el párrafo 1.º del artículo 179 a los padres adoptantes y a los hijos adoptivos en la adopción plena, es asimilada al supuesto de padres e hijos naturales, respectivamente.

3) «En tal supuesto, si hubiere hijos naturales, se adjudicará a éstos su legítima en nuda propiedad y si, mientras dure el usufructo, estuvieren en el caso de necesitar alimentos tendrán derecho a exigirlos de todos los legitimarios en proporción a su haber hereditario» (art. 836, párr. 2.º).

2) Concurso con ascendientes.—«No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia» (art. 837).

3) Concurso con ascendientes y descendientes.—«Cuando el testador no dejare hijos o descendientes, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la cuarta parte de la herencia. Esto es entiendo sin perjuicio de la legítima del viudo, que, concurriendo con los hijos naturales reconocidos, será un tercio de la herencia en usufructo y se adjudicará a éstos sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo lo que les falte para completar su legítima» (art. 841).

4) «No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia» (art. 838).

## IX. OTRAS REFORMAS.

### a) Tutela.

1) Tutor testamentario.—«Si por diferentes personas se hubiere nombrado tutor para un mismo menor se discernirá el cargo: 1.º, Al designado por aquél de los padres que hubiere ejercido últimamente la patria potestad...» (art. 209, 1.º).

2) Pupilo.—«En todo caso será preciso que la persona a quien se nombre el tutor o protutor no se halle sometida a la potestad de otra» (art. 206, párr. 2.º).

3) Incapacidades.—«Pueden excusarse de la tutela y protutela... 2.º El Presidente de las Cortes, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Justicia Militar, del Tribunal de Cuentas del Reino y del Consejo de Economía Nacional... 3.º Los eclesiásticos... 8.º Los que tuvieren bajo su potestad cinco o más hijos legítimos. 10. Los que... por su deficiente instrucción, no pudieren cumplir bien los deberes del cargo» (artículo 244).

### b) Sucesiones.

#### 1) Testigos testamentarios.

«No podrán ser testigos en los testamentos:... 2.º Los no domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos, o en los casos exceptuados por la Ley... 7.º Los oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados, cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante» (art. 681, 2.º y 7.º).

«En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges... (art. 682, párr. 1.º).

2) Institución de heredero.—«El testador designará al heredero por su nombre y apellidos...» (art. 772, párr. 1.º).

3) Desheredación.—Se suprime la frase «...sea que vivan al tiempo de

otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador...», incluida en el párrafo 1.º del artículo 814.

c) *Observaciones.*

1. «La presente modificación del Código civil, la más extensa de las introducidas hasta ahora, afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el 27 de agosto de 1953, introduce algunas novedades en materia de adopción..., aborda el problema de la capacidad jurídica de la mujer..., y modifica la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente...» (párrafo 1.º de la Exposición de Motivos).

«Tales reformas... se han planteado conjuntamente con el propósito de obtener en una Ley única resultados más sistemáticos..., y de evitar la disgregación de las normas... Se han cuidado las repercusiones de la reforma... y así aparecen en el texto de esta Ley, como modificados, muchos artículos en los que no hay más variación que la impuesta por la necesidad de su armonización con las novedades que se introducen». (de la Exp. de Motivos).

Es de advertir que el legislador ha aprovechado la oportunidad que se le brindaba para mejorar la redacción de algunos artículos en extremos ajenos a las materias objeto de reforma. Merecen destacarse, por su acierto, las introducidas en el párrafo 1.º del artículo 772, que preceptúa la consignación de los dos apellidos (en lugar del primero) como modo normal de designación del heredero; en el párrafo 2.º del artículo 206, que, mediante la intercalación del artículo «el», deshace la duda anteriormente existente; y en el párrafo 1.º del artículo 814, que, mediante la supresión de una frase imperfecta, deja correctamente delimitado el ámbito de la preterición.

También es acertada la refundición que se hace de algunos preceptos extravagantes al código, como el artículo 2.º, inciso 2.º la Ley de 1.º de abril de 1939 (sobre testigos testamentarios) y la de 17 de octubre de 1941, sobre adopción de acogidos en Casas de Expósitos.

2. «Por lo que se refiere a la capacidad jurídica de la mujer en general, la presente Ley se inspira en el principio de que, tanto en un orden natural como en el orden social, el sexo por sí solo no puede determinar en el campo del Derecho civil una diferencia de trato que se traduzca, en algún modo, en la limitación de la capacidad de la mujer...a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas» (de la Exp. de Motivos) (26).

La reforma ha suprimido aquellas «disposiciones, restos de antiguas reglas, en las que se exceptúa a las mujeres de ciertas funciones por considerarlas de carácter público». (27).

En definitiva, la ordenación jurídica de la mujer en las materias reformadas se ha realizado con acierto sobre la base de 3 principios: 1.º El sexo no es por sí solo origen de incapacidad de obrar. 2.º El matrimonio, basado en el principio de unidad de dirección atribuida normalmente al marido, implica normalmente limitaciones de la capacidad de la casada, y 3.º En deter-

(26) Sobre el significado del sexo y sus diversas repercusiones, véase F. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, t. II, Parte. 1.ª, págs. 75 y 240 y sigs.

(27) Vid. F. DE CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 241.

minadas instituciones es preferido el varón a la mujer. Así, por ejemplo, en materia de tutela. 1.º Se suprime la incapacidad de la mujer para ser tutor. 2.ª Se condiciona, a la licencia del marido, la aceptación de cargos tutelares por la casada, y 3.º Se prefiere el varón a la mujer en las listas concretas que para cada supuesto regula el Código (véanse los arts. 211, 220 y 184).

Es de observar que el orden para la tutela legítima de los pródigos no ha sufrido alteración, a pesar de que estaba redactado sobre la base de la incapacidad de la mujer para cargos tutelares, hoy desaparecida.

3. La reforma sustancial introducida en el artículo 168 es evidentemente acertada. Tanto en su aspecto negativo, en cuanto suprime una norma que había sido criticada unánimemente por la doctrina (28), como en su aspecto positivo, en cuanto crea un nuevo tipo de emancipación que permitirá atender debidamente a las circunstancias de cada caso concreto.

En cambio, pueden surgir dudas tanto en lo relativo a requisitos y efectos de este tipo de emancipación, como en materia de Derecho transitorio. En cuanto a los efectos parece evidente la aplicación del artículo 317, de carácter general. El problema transitorio debería haber sido resuelto expresamente. No siendo así habrá que acudir a las disposiciones transitorias del código.

4. «En el artículo 42 y en el 86..., queda claramente establecido el carácter supletorio del matrimonio civil» (de la Exp. de Motivos) (29).

Se ha mantenido el criterio de la profesión de la religión católica con lo cual no se realiza una adaptación total al Código de Derecho Canónico, si bien hay que reconocer las inevitables dificultades a que daría lugar otra fórmula más rigurosa.

En cuanto al matrimonio de los hijos de la familia, la reforma se ha inspirado en la dirección preconizada por la más autorizada doctrina y seguida por el Derecho comparado (30).

No obstante, la preocupación elogiada que demuestra el legislador para lograr la armonía de cuantos artículos del Código puedan resultar afectados por las reformas introducidas, se le ha escapado alguna, como la referencia del artículo 315 a la regla 3.ª del artículo 50, que al pasar a ser la regla 2.ª (por supresión de la regla 2.ª del propio artículo según su redacción anterior), determina una falta de coordinación entre ambos preceptos, que conviene resaltar.

También se ha olvidado corregir el artículo 1.435 que aparece en contradicción con el artículo 73, 4.º, según la nueva redacción de éste.

La inscripción del matrimonio canónico se regula de acuerdo con el Concordato y en forma congruente a la Ley del Registro civil. El Reglamento de esta Ley, que próximamente será promulgado, vendrá a completar el régimen jurídico de esta materia.

(28) Ver por todos CASTÁN: Ob. cit., pág. 219.

(29) Con motivo de la publicación del Concordato, aparecieron en el A. D. C., t. VII, f. 1.º, una serie de trabajos en torno a su repercusión en el régimen matrimonial, en los que, *de lege ferenda*, se proponían nuevas fórmulas para la redacción del artículo 42. Ver págs. 17 y 18 (G. BARBERENA) y 147 (GARCÍA CANTERO). Ver, también, el estudio de MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, págs. 149 y sigs., especialmente pág. 164.

(30) Vid. F. DE CASTRO: *El matrimonio de los hijos*, A. D. C., t. VII, f. 1.º págs. 35 y sigs.

5. La nueva redacción del artículo 1.413 se orienta en el sentido de arbitrar la mayor protección de la mujer casada en el ámbito patrimonial. Las amplias facultades de disposición de que venía disfrutando el marido se limitan en dos frentes: respecto a inmuebles y establecimientos mercantiles, exigiendo siempre consentimiento de la mujer o autorización supletoria del Juez; en cuanto a los demás bienes gananciales, permitiendo eventualmente la adopción de medidas judiciales de aseguramiento.

6. Respecto a los procesos matrimoniales se han modificado tanto los efectos de las demandas interpuestas o que vayan a interponerse como los de las sentencias firmes.

Merecen destacarse: 1.º El establecimiento de medidas previas a la interposición de la demanda y el robustecimiento de las medidas provisionales durante la sustanciación del proceso, ambas orientadas en el sentido de asegurar seriamente los derechos y los legítimos intereses de los cónyuges, singularmente los de la mujer, de ordinario más expuestos a sucumbir» (de la Exp. de Motivos). 2.º La consagración de un amplísimo arbitrio judicial que habrá de ilustrarse con una ordenación concreta legal supletoria para caso de faltar pronunciamiento del Juez. 3.º Se eleva a siete años la edad de tres años que determinaba la atribución a la madre de los hijos menores de dicha edad, y 4.º Las innovaciones introducidas en materia de prestaciones y régimen económico matrimonial durante la sustanciación del proceso.

7. La adopción es otra de las instituciones profundamente afectadas por la reforma: «caída en desuso en la época codificadora ha llegado a adquirir una pujante vitalidad...» (de la Exp. de Motivos). En consecuencia se pretende subsanar la «insuficiencia de la hasta ahora vigente ordenación legal».

La regulación uniforme queda rota al introducirse dos modalidades diferentes. En realidad, lo que se ha hecho ha sido conservar la antigua adopción, dándole el nombre de «menos plena», e introducir, a su lado, una nueva figura (la «adopción plena») que se asemeja considerablemente a la relación existente entre padres e hijos naturales.

En el aspecto técnico es de destacar la regulación acertada del pacto sucesorio entre adoptante y adoptado, como excepción al principio prohibitivo contenido en el párrafo 2.º del artículo 1.271.

La estabilidad de la adopción y los intereses contrapuestos entre los parientes naturales del adoptado y su nueva familia adoptiva, son resueltos en forma equilibrada.

8. En punto a la legítima del viudo se ha tratado de establecer «un régimen más simple a la vez que aumentar la participación viudal» (de la Exp. de Motivos).

Es cierto que esto último se logra en todos los casos y que en algún punto se ha simplificado, como en los supuestos de concurrencia del cónyuge viudo con descendientes del premuerto (sean o no comunes). Igualmente es acertada la nueva redacción que se da al artículo 953 y que resuelve toda duda acerca del problema planteado sobre legítima del viudo en la sucesión intestada.

En cambio, se observa un manifiesto desliz en la redacción del párrafo 2.º del artículo 841, que regula una hipótesis imposible, ya que con la reducción

de la cuota legitimaria de los ascendientes, al tercio de la herencia y siendo otro tercio la cuota del viudo (en usufructo), queda otro tercio aún, del cual puede extraerse con holgura, en plena propiedad, la cuarta parte del caudal relicto, que es lo que el párrafo 1.º del mismo artículo reserva a los hijos naturales. (J. A.)

2. COSAS INDIVISIBLES: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: *Se fija su extensión, por grupos de términos municipales, dentro de cada provincia.* (Orden de Agricultura de 27 de mayo de 1958: B. O. del 13 de junio)

#### A. EXPOSICIÓN.

En el artículo 1.º se fijan las unidades mínimas de cultivo en las 50 provincias españolas, dividiendo cada una de éstas en grupos de términos municipales. Dentro de cada grupo se separa, a su vez, la extensión mínima de cultivo para terrenos de secano y para tierras de regadío. Por lo que se refiere a los primeros, la unidad mínima de mayor extensión es de 3,50 Ha., la menor de 0,20 Ha. y las cifras más frecuentes de 1,50 a 2 Ha. En cuanto a los terrenos de regadío, las unidades mínimas oscilan entre 0,50 Ha. y 0,10 Ha. (esta última cifra sólo en las dos provincias de Canarias) siendo las extensiones más frecuentes las de 0,20 y 0,25 Ha.

El artículo 2.º de la presente Orden declara que las unidades mínimas establecidas en la misma no serán aplicables a las zonas en las que haya sido declarada o se declare la concentración parcelaria, donde se fijará en cada caso por el Ministerio de Agricultura, conforme a los preceptos de la Ley de 10 de agosto de 1955 (1).

B. OBSERVACIONES: Mediante la presente Orden el Ministerio de Agricultura hace uso de las autorizaciones que le fueron conferidas por el Decreto de 25 de marzo de 1955 (2), para fijar la extensión de la unidad mínima de cultivo para cada comarca dentro de los límites máximos y mínimos que aquella disposición establecía, y por el Decreto de 22 septiembre de 1955 (3) que le facultaba para reducir los límites mínimos fijados en el Decreto anterior, cuando se tratase de terrenos que por estar dedicados a cultivos especiales, hayan adquirido un valor excepcionalmente elevado en relación con su superficie. Esta circunstancia se ha apreciado —y por tanto ha venido a determinar la reducción autorizada— en casi todas las provincias del Norte de España y en las Islas Baleares y Canarias. (J. L. LL.)

3. EL TIEMPO: DÍAS FESTIVOS: *Se declaran días inhábiles a efectos judiciales y para protestos notariales de letras de cambio los días Jueves y Viernes Santos.* (Presidencia. Orden 29 de marzo de 1958: B. O. del 2 de abril.)

Se dicta en uso de la facultad concedida por el artículo 9.º del Decreto de 23 de diciembre de 1957, por el que se establece el Calendario Oficial de fiestas (4).

(1) Sobre esta Ley pueden verse exposición y observaciones en A. D. C., VIII, 4, págs. 1302-1303.

(2) Vid. exposición de este Decreto en A. D. C., VIII, 2, pág. 538.

(3) Vid. A. D. C., VIII, 4, págs. 1297-1298.

(4) Vid. nuestra exposición y observaciones a este Decreto en A. D. C., t. XI, f. 1.º, págs. 260 y 261.

Esta Orden regirá a partir del día de su publicación en el *Boletín Oficial* (5), (J. A.)

## II. Derecho de la persona.

**REGISTRO CIVIL: HECHOS INSCRIBIBLES:** *La obtención del certificado de Estudios Primarios se anotará al margen del acta de nacimiento del interesado en el Registro Civil.* (Educación Nacional. Decreto de 21 de marzo de 1958: B. O. del 4 de abril.)

## III. Derecho de obligaciones.

1. **MORATORIA EN TENERIFE:** *Se conceden los beneficios de la moratoria fiscal, civil y mercantil a la isla de Tenerife a consecuencia de los perjuicios causados por el huracán de febrero de 1958.* (Decreto-ley de 7 de marzo de 1958: B. O. del 10 de abril.)

2. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: DESAHUCIO POR NECESIDAD SOCIAL: PROVINCIA DE GRANADA:** *Se ordena la aplicación en Granada y su provincia de las medidas que establece el apartado b) de la Disp. Adic. 2.ª de la L. A. U. de 1956.* (Decreto de 28 de marzo de 1958: B. O. del 6 de mayo).

Se ha dictado la presente disposición, según indica el preámbulo de la misma, a causa de las circunstancias que atraviesa la ciudad de Granada y su provincia, de carestía de viviendas agravadas por el seísmo de abril de 1956. La Disp. Adic. 2.ª, en su apartado b), determina el desahucio por causa de necesidad social en los casos y por el procedimiento que establece para «aquellas viviendas ocupadas que sin mediar justa causa se hallaren habitualmente deshabitadas, o el de los que no sirvan de casa-habitación, oficinas o local de negocio del arrendador, o si se hallaren alquilados, de su inquilino o arrendatario».

El artículo 2.º del Decreto anotado establece que acordado el desahucio se procederá al arrendamiento de la vivienda en la forma prevista en dicha disposición adicional (de lo cual, a estos efectos, el apartado b) remite al a) y en el Decreto de 3 de octubre de 1947, dictado para la aplicación de la Disposición Transitoria 23 de la L. A. U. de 1946, apartado a), y que se declaró vigente en la 2.ª Disp. final de la L. A. U. de 1956.

3. **CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO:** *Se dictan normas regulando los convenios colectivos de trabajo como medios de completar y mejorar las situaciones laborales obtenidas al amparo de otras normas y contratos.* (Ley de 24 de abril de 1950: B. O. de 25 de abril.)

A. **EXPOSICIÓN. Finalidad.**—Fomentar el espíritu de justicia social y el sentido de unidad de producción y comunidad de trabajo, así como la mejora del nivel de vida de los labradores y la elevación de la productividad (art. 1.º). Mediante estos convenios se pueden mejorar y completar las situaciones laborales de los trabajadores fijadas por las leyes, decretos, órdenes

---

(5) Téngase en cuenta la oportunidad del Decreto, pues los días 3 y 4 de abril, inmediatamente siguientes a su publicación, fueron Jueves y Viernes Santos.

ministeriales y demás disposiciones oficiales o más beneficiosas. Las condiciones de trabajo que se estipulen en estos convenios tendrán la consideración de mínimas.

*Elementos personales.*—El artículo 4.º dispone que los convenios colectivos pueden afectar:

- a) A la totalidad de empresas afectadas por una misma reglamentación laboral, en el ámbito local, comarcal, provincial o interprovincial.
- b) A un grupo de empresas definidas por sus especiales características en el ámbito local, comarcal o provincial.
- c) A una sola empresa.
- d) A un grupo o sección de los trabajadores de una empresa.

Están legitimados para otorgar los convenios en nombre de los empresarios y trabajadores sus representantes profesionales en el seno de la organización sindical, según el ámbito del convenio. Si éste afectase a una sola empresa tendrán personalidad bastante para otorgar el convenio, de un lado, la representación legal de la empresa, y de otra, los vocales de los jurados de empresa o los enlaces sindicales que representan los intereses sociales de las personas afectadas por el convenio (art. 6.º).

*Objeto.*—Los extremos sobre los cuales pueden convenir las partes son los señalados por el artículo 11, que se refieren a las condiciones económicas y sociales de la Empresa, rendimiento colectivo, acción asistencial a favor del trabajador y de la Empresa, así como modificación y compensación de condiciones más beneficiosas adquiridas, etc.

No se podrá estipular la disminución de la libertad individual y de los derechos sociales que correspondan al trabajador ni de las facultades de dirección y disciplina que son propias de la Empresa o que causen graves perjuicios a la economía del país (art. 2.º). Tampoco podrán disminuir ni limitar las situaciones obtenidas por los trabajadores individual o colectivamente (art. 3.º).

*Elementos formales.*—El convenio deberá señalar necesariamente:

La determinación completa del ámbito de aplicación.

Estipulaciones que se establezcan para cumplir los fines que los motivan.

Fecha de entrada en vigor.

Plazo de vigencia si se acordase. En otro caso su duración será de dos años, prorrogable tácitamente de año en año, salvo que fuese denunciado el convenio con una antelación de tres meses.

Causas que determinen la rescisión o revisión del convenio, siendo también necesaria la denuncia con una anticipación de tres meses.

Si el convenio determinara un alza de precios las partes anexionarán al mismo un informe en el que se hará constar sus pareceres sobre este punto (art. 12).

*Tramitación.*—Se ajustará a las prescripciones establecidas por la organización sindical correspondiente, respetando el fuero y las atribuciones del Estado en esta materia. La organización sindical velará especialmente para que se logre la paridad de representaciones, así como la independencia y formación sindical y técnica de los representantes que se designen para presidirles y asesorarles (art. 7).

Los trámites para el convenio pueden iniciarse por cualquiera de los le-

gitimados para su otorgamiento. Tanto esta iniciativa como los puntos fundamentales del convenio deberán ser aprobados por la Organización sindical, que los pondrá en conocimiento de la Delegación de Trabajo o de la Dirección General, según que el ámbito de aplicación fuera inferior o superior a la provincia. Aprobados por la Organización sindical será obligatoria la asistencia a las deliberaciones para los representantes económicos y sociales, sindicales o de la empresa. Si una de las partes no concurriera la Delegación sindical competente elevará a la Delegación provincial de Trabajo o a la Dirección General, en su caso, las propuestas formuladas acompañadas de un informe del Sindicato correspondiente a fin de que sirvan de base a las disposiciones especiales que el Ministerio de Trabajo dicte para aquellos a quienes hubiese afectado el convenio si se hubiera celebrado (artículo 8.º).

Si las partes no se pusieran de acuerdo en las deliberaciones su Presidente lo pondrá en conocimiento del Delegado sindical, sin perjuicio de las informaciones que los vocales hagan por su parte. La Organización sindical puede pedir al Ministerio de Trabajo que designe un representante que presida las deliberaciones a fin de que pueda llegarse a un acuerdo. Si tampoco se consigue el acuerdo de este modo, se pasarán todos los antecedentes a la autoridad laboral por si la misma, oída la Organización sindical, estimase procedente dictar una reglamentación específica sobre las cuestiones debatidas (art. 10).

Puestas las partes de acuerdo sobre el convenio se remitirá, según el ámbito de aplicación, al Delegado sindical provincial o al nacional, quien con la mayor urgencia y acompañado del debido informe, lo remitirá para su aprobación a la Delegación provincial de Trabajo o la Dirección General. Una u otra deberán aprobar el convenio, declarar su nulidad por defecto esencial no subsanable o devolverlo sin aprobación en un plazo máximo de quince días, a contar de su recepción.

En el caso de devolverlo sin aprobación deberá expresarse las razones de tal decisión reponiendo el convenio a trámite de deliberación. Cualquiera de las partes podrá, sin embargo, recurrir en alzada contra tal decisión, de acuerdo con las normas reglamentarias. Si el convenio no fuera devuelto en un plazo de quince días significa que ha sido aprobado por la autoridad competente (art. 13).

Si en el convenio se hubiese estipulado que alguna de las cláusulas podría determinar un alza de precios será necesaria la conformidad de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, que se solicitará a través de la Delegación Nacional de Sindicatos y que se entenderá concedida si no manifestase su disconformidad en el plazo de dos meses, a contar desde que la solicitud haya entrado en la oficina competente.

En este caso la Organización sindical acompañará un informe del Consejo Económico Sindical competente, además de los informes emitidos por las partes (art. 14).

Aprobado el convenio colectivo, expresa o tácitamente, por la autoridad laboral será publicado en el *Boletín Oficial del Estado* o en la provincia respectiva según el ámbito de su aplicación (art. 16).

*Efectos.*—El convenio colectivo obligará exclusivamente a las partes que lo establecieron, pero podrá extenderse total o parcialmente a otras comunidades de empresarios y trabajadores cuando éstos manifiesten su adhesión al convenio en forma reglamentaria ante sus organismos competentes (artículo 5.º).

Si las obligaciones impuestas en el convenio no fueran cumplidas podrá reclamarse su cumplimiento ante la Magistratura de Trabajo. Aparte de ello, si la parte que incumpliera el convenio fuera la empresa podrá ser sancionada en la forma y cuantía prevista por la legislación laboral a propuesta de la Inspección de Trabajo. Si fueran los trabajadores los que incumplieran el convenio podrán ser sancionados por la empresa en la forma prevista en sus propias normas disciplinarias de trabajo (art. 17).

*Nulidad.* Serán nulos y no surtirán efecto alguno entre las partes los pactos y cláusulas que impliquen condiciones menos favorables para el trabajador (art. 3).

El Delegado sindical o, en su caso, el de Trabajo o el Director General podrán suspender la tramitación del convenio y anular lo actuado si una de las partes cometiera fraude, dolo o coacción a fin de lograr el consentimiento de la otra parte. Si el que cometiera el dolo, fraude o coacción fuera el que solicitó el convenio no podrá solicitarlo de nuevo hasta seis meses después de haber desaparecido aquellos vicios. Si éstos procedieron de la otra parte puede seguirse el procedimiento señalado en el artículo 8.º, párrafo 2.º de la presente ley (art. 9.º).

Si la autoridad laboral competente declarase la nulidad de alguna cláusula del convenio decretará la nulidad del mismo si estimase esencial dicha cláusula.

**B. OBSERVACIONES:** La presente ley admite en nuestro Derecho positivo laboral los convenios colectivos de trabajo, que son una de las principales manifestaciones de los pactos normativos, estimados por muchos autores modernos como fuente del Derecho objetivo.

En la ley del contrato de Trabajo de 1944 se suprimió toda referencia a estos convenios (que habían sido admitidos por la de 21 noviembre 1931), siendo fundamentalmente estatal la regulación del trabajo, aunque algún autor, como Pérez Botija (1), había admitido la posibilidad de tales convenios dentro de los límites fijados en las Reglamentaciones de trabajo y acerca de aquellos puntos no previstos en éstos. (A. P. V.)

## DERECHO PROCESAL

**JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: PERSONAL JUDICIAL:** *Se dan normas sobre concursos y oposiciones para la provisión de plazas de Magistrados de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales.* (Justicia. Orden de 26 de abril de 1958: B. O. del 30.)

Se hace uso de la autorización concedida en la Disposición Adicional 4.ª, párrafo 2.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956.

Con esta Orden se pretende lograr el propósito de la citada Ley de que los Magistrados de lo Contencioso-Administrativo tengan una efectiva especialización en Derecho administrativo y fiscal.

(1) *El contrato de trabajo*, Madrid, 1945, pág. 70.

**OTRAS DISPOSICIONES**

1. VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA: *Se fijan las rentas mensuales máximas de las construídas con posterioridad a 1 de enero de 1958.* (Decreto-ley de 28 de marzo de 1958: B. O. del 25 de abril.)

2. PLAN DE URGENCIA SOCIAL DE BARCELONA: *Se declara aplicable a Barcelona la Ley de 13 de noviembre de 1957 sobre el Plan de Urgencia Social de Madrid.* (Vivienda. Decreto de 21 de marzo de 1958: B. O. del 1 de abril.)

Se promulga este Decreto haciendo uso de la autorización que al Ministerio de la Vivienda confiere la Disposición final 2.ª de la Ley de 13 de noviembre de 1957.

3. IMPUESTOS DE DERECHOS REALES Y SOBRE TRANSMISIÓN DE BIENES: *Se aprueban los textos refundidos de la Ley y Tarifa de los mismos.* (Ministerio de Hacienda. Decreto de 21 de marzo de 1958: B. O. del 29 de abril.)

El presente texto refundido se dicta con el objeto de introducir en la legislación anterior las modificaciones autorizadas por la Ley de Presupuestos y Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957 (arts. 82 a 96) (1). Prescindiendo de los puntos de la reforma que afectan a la Tarifa y de aquéllos de carácter adjetivo (normas sobre investigación e inspección, etcétera) son de destacar, en este lugar; las siguientes modificaciones sustanciales a la Ley:

a) Con relación a lo actos sujetos: Se agregan los siguientes:

1. Las actas complementarias de un documento público necesarias para la inscripción registral de éste e inmatriculación de las fincas en el mismo comprendidas a que se refiere el apartado B) del artículo 198 de la LH, cualquiera que sea el título de adquisición que en las mismas se alegue, salvo cuando se acredite haber satisfecho el impuesto por la transmisión cuyo título se suplre con ellas... (art. 2.º, V).
2. Las declaraciones de obra nueva de inmuebles (art. 2.º, VI) y de buques (art. 2.º, XIV), salvo cuando se acredite que se ha satisfecho el impuesto por el contrato de construcción.
3. Los contratos de suministro, *cualquiera que sea el adquirente* (artículo 2.º, VIII).
4. Los contratos de préstamos personales, los de reconocimiento de deuda, cuentas de crédito sin otra garantía que la personal del prestatario y depósito retribuído (2), *aunque consten en documento privado* (art. 2.º, IX).
5. La hipoteca mobiliaria (que se asimila a la inmobiliaria (3): cf. artículo 2.º, XV).

(1) Sobre el alcance de esta reforma puede verse el artículo de F. BAS Y RIVAS: *La nueva Ley de Reforma tributaria y el impuesto de Derechos reales*, en «Rev. Der. Financiero», vol. VIII, núm. 29, págs. 193-229.

(2) Es de observar que la Ley de Reforma tributaria, de 26 de diciembre de 1957 no autorizaba expresamente a sujetar al tributo los depósitos retribuídos consignados en documento privado; Cfr. art. 83 de dicha Ley.

(3) Incluso la Tarifa (núm. 40) señala un tipo de gravamen común para las dos clases de hipoteca (1,20 por 100), pese a haber dispuesto la

6. Las concesiones administrativas de televisión y líneas de transporte de energía eléctrica. (art. 2.º, XVII).
  7. Las concesiones, subrogaciones y prórrogas de contratos de prestación de servicios personales (art. 2.º, XVII).
  8. La emisión, transformación, amortización o cancelación de obligaciones aseguradas con prenda de efectos públicos, prenda sin desplazamiento o garantía del Estado o de las Corporaciones Locales (art. 2.º, XIX).
- b) Con relación a las personas obligadas al pago:

Se confirman una serie de normas ya incluidas en el Reglamento de 7 de noviembre de 1947 (comp., art. 7.º, casos *a*), *b*), *g*) y *j*) de esta Ley, en relación con art. 59, casos 1.º, 2.º, 6.º y 9.º, respectivamente, del Reglamento citado). Además se establece con carácter de novedad:

1. En las declaraciones de obra nueva el impuesto se satisfará por la persona que resulte obligada a su pago a tenor de las normas contenidas en este artículo, según la naturaleza del contrato liquidable, pero será solidariamente responsable de aquél la persona a cuyo favor se hace la declaración (art. 7.º, caso *c*).
2. En toda convención en que sea parte persona o entidad que disfrute como tal de exención o bonificación, la obligación del pago del impuesto recaerá sobre la otra parte contratante en los mismos supuestos en que corresponde a quien contrata con el Estado (art. 7.º, *in fine*).

c) Con relación a la base liquidable.

1. Se considerará como tal en las transmisiones realizadas mediante subasta pública el mayor valor resultante entre el declarado por los interesados, o el de la adjudicación, sin perjuicio del derecho de la Administración a practicar la oportuna comprobación de los bienes o derechos transmitidos, sirviendo de base el valor resultante de ésta, si fuera mayor que aquéllos, y reservándose el contribuyente en caso de disconformidad, el derecho a solicitar la tasación pericial en la forma que regula el Reglamento (art. 8.º, regla 2.º).
2. Tratándose de valores que no hayan cotizado en el trimestre precedente a su transmisión o que no estén admitidos a cotización en Bolsa, así como aquellos cuya libre disposición esté en algún modo limitada o condicionada por los Estatutos de la Sociedad emisora, la base liquidable se establecerá por los medios de valoración que la Administración tenga señalados a los efectos de cualquier otro impuesto que grave los títulos o que deba satisfacer la Sociedad que los emitió (art. 8.º, regla 3.º, párrafo 2.º).
3. La distribución de la hipoteca entre las diversas partes, pisos o locales en que se divida el inmueble gravado, tributará como mo-

---

Ley de Reforma que la hipoteca mobiliaria se asimilaría a la inmobiliaria, «salvo en el tipo de gravamen que deberá estar diferenciado» (cfr. art. 83, párr. 1.º Ley Ref. trib.).

dificación de derecho de hipoteca, sirviendo de base el capital objeto de distribución (art. 8.º, regla 4.ª, párrafo 2.º).

4. En los préstamos sin otra garantía que la personal del prestatario, en los asegurados con fianza o prenda y en los contratos de reconocimiento de deuda servirá de base liquidable el capital de la obligación (art. 8.º, regla 4.ª, párrafo 5.º).
5. Se considerarán como parte del caudal hereditario a los efectos de la liquidación y pago del impuesto: a) Los bienes que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta un período máximo de dos meses anterior a su fallecimiento, salvo prueba fehaciente de que tales bienes fueron transmitidos por aquél y se hallasen en poder de otra persona distinta de un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualesquiera de ellos o del causante o cuando se trate de bienes transmitidos por el causante a título de permuta y en el inventario de los relictos figuren los recibidos con valor equivalente al de los entregados; b) Los bienes que en el período de tres años anterior al fallecimiento hubiesen sido adquiridos a título oneroso en usufructo por el causante y en nuda propiedad por alguna de las personas indicadas en el apartado anterior; c) Los bienes que hubiesen sido transmitidos por el causante durante el plazo de los cinco años anteriores a su fallecimiento, reservándose el usufructo de los mismos o de otros del adquirente o cualquier otro derecho vitalicio, salvo cuando se trate de seguros de renta vitalicia contratados con entidades dedicadas legalmente a este género de operaciones. El adquirente será considerado como legatario si fuera persona distinta del heredero (art. 9.º, párr. 1.º a 4.º).

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**BADENES GASSET, Ramón:** «La preferencia adquisitiva en el Derecho español» (Tanteo, Retracto, Opción), Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958. Un volumen de 233 págs.

Se trata de una completísima y bien elaborada monografía dedicada a la institución de la *preemptio*, materia que con anterioridad no había sido objeto en España de una construcción sistemática ni desde un punto de vista doctrinal ni tomando por base las normas contenidas en nuestro derecho positivo. Todos los aspectos son considerados y estudiados por el autor, que ha logrado ordenar cuantos problemas teóricos y disposiciones legales se relacionan con el tema tratado, delimitando su contenido y ofreciéndonos, así, una obra altamente estimable.

En seis capítulos se divide ésta. En el capítulo I, tras las necesarias consideraciones preliminares, y referencias históricas de que no puede prescindirse cuando se contempla una institución en la totalidad de sus aspectos, concluye con el estudio de la naturaleza jurídica de los derechos de tanteo y retracto. En esta discutida materia, fija su postura claramente, advirtiendo que la preferencia adquisitiva es un derecho subjetivamente real, observando que en ocasiones la titularidad de los derechos de que se trata se origina como consecuencia de derechos de carácter personal, y destacarlo como nota característica que su ejercicio lo extingue: conseguida su finalidad el derecho se transforma.

El capítulo II se dedica al retracto convencional. Cierta es —afirma el autor— que el llamado por nuestro Código civil retracto convencional debe estudiarse como uno de los derechos reales de adquisición, pero ello no justifica considerarlo como un derecho de adquisición *preferente*, concepto ajeno a esta figura jurídica, y de este modo, resalta las diferencias entre estas dos especies que reconoce el derecho positivo español, razonando acertadamente la inoportunidad de construir una doctrina genérica.

Seguidamente y teniendo en cuenta que la preferencia adquisitiva se puede establecer por voluntad de los particulares y por disposición de la ley, se ocupa en el capítulo III del tanteo convencional (el retracto convencional ya ha quedado fuera de ámbito del tema), y en el capítulo IV del tanteo y del retracto legales, materia que por su extensión e importancia constituye el capítulo básico y central del trabajo que recensamos. En cuanto al tanteo legal logra ofrecernos una relación comprensiva de todos aquellos casos en que nuestra legislación regula este derecho sin aludir al retracto, dedicando entre éstos especial atención al tanteo establecido a propósito de la propiedad de casas por pisos.

En cuanto a los retractos legales son tratados desde el doble punto de vista general y particular. En primer lugar estudia el retracto legal en su aspecto institucional adentrándose en su esencia a través de una serie de aspectos (requisitos de la transmisión para originar el derecho, problema de si el ejercicio produce la resolución de la compraventa, diferencias con la expropiación forzosa, cosas sobre que puede recaer, procedencia en caso de aplazamiento de pago del precio, etc.) en los que no podemos detenernos, pero cuya ordenación y sistematización supone construir toda una *teoría general del retracto legal*, de la que hasta ahora carecíamos en nuestro derecho, puesto que las publicaciones sobre la materia se limitaban a desarrollar aspectos parciales o cuestiones concretas del tema. En segundo lugar se aborda el estudio particular de cada uno de los retractos legales que tan inconexamente se encuentran establecidos no sólo en el Código civil, sino en otras disposiciones, sin olvidar las especialidades forales. Basta advertir que son estudiados hasta veintiséis casos de retractos legales (muchos de ellos tanteo y retracto), para justificar que no podemos en esta nota hacer otra consideración como no sea la de afirmar que en este libro se ha reunido no sólo las figuras más estudiadas por la doctrina civilista (comuneros, colindantes, etc., sin prescindir de los arrendaticios), sino también los llamados administrativos, que entiende el autor no pueden ser considerados como de naturaleza autónoma y propia sustantividad.

El capítulo V se dedica al aspecto registral de los derechos de tanteo y retracto, y el capítulo VI y último al derecho de opción, sobre el que ya existe en España abundante literatura que se recoge cuidadosamente en este trabajo.

Por tanto, esta monografía no sólo tiene valor en el aspecto doctrinal y de rigor científico, sino también práctico por ordenarse escrupulosamente todo nuestro derecho positivo y abundante y moderna jurisprudencia, con lo que el libro constituye un acierto por el tema, el título, el contenido y su gran claridad.

En resumen, se puede decir que el Profesor Badenes nos ofrece algo digno de toda alabanza que merece la pena de haber sido escrito y de ser leído, y que es una prueba fehaciente de sus dotes de jurista.

Por todo ello se hace acreedor de nuestro más sincero elogio.

MANUEL ALBALADEJO

**CHAMPION, Jean:** «Les contrats de mariage». París, 1958. Editorial Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de 215 págs.

Esta obra, que carece de todo valor desde el punto de vista doctrinal y dogmático, al enfocar de una manera muy parcial la institución matrimonial, y considerar tan sólo la faceta contractual de la misma desde el punto de vista jurisprudencial, tiene, sin embargo, cierto interés para el jurista español por el examen de problemas y cuestiones tan poco tratados en nuestro ámbito legal y jurisprudencial.

Entre las cuestiones de interés que se abordan en la obra hay que mencionar las que se refieren a la hipoteca legal de la mujer casada, el que atañe al matrimonio de comerciantes y el régimen jurídico establecido por sus contrayentes, y, el alcance de la devaluación monetaria en los contratos matrimoniales.

Entre nosotros, a excepción de Vallet de Goytisolo, al abordar los problemas del latifundio, y de Marín Monroy, a propósito de la colación, nadie ha tratado de examinar fundamentalmente los riesgos e injusticias que crea la devaluación monetaria en el ámbito jurídico español de los regímenes matrimoniales y del derecho de sucesiones.

El riguroso sentido nominalista aceptado por nuestra doctrina y por la jurisprudencia, así como la falta de un perfecto deslinde doctrinal entre las deudas pecuniarias y las deudas de valor, respecto de ciertas figuras en las que interviene el dinero, han sido, en parte, la causa de este olvido o de la creencia de un innecesario planteamiento. Ahora bien, si se considera el pago de la legítima en dinero, si se toman en cuenta los legados pecuniarios, si se atiende a la liquidación dineraria de los gananciales, etc., ¿estaremos ante una deuda propiamente pecuniaria o una deuda de valor? Este primer paso en la calificación jurídica para determinar si se trata de créditos pecuniarios o de verdaderas deudas de valor patrimonial, donde la aplicación del principio nominalista ha de rechazarse, es de suma importancia. Si el dinero entra *in obligatione* o, simplemente, *in solutione*, en el caso, por ejemplo, de la legítima, variará su carácter como deuda estrictamente pecuniaria o como deuda de valor. Cuando el causante concreta en dinero la porción legitimaria ¿se trata de una deuda pecuniaria o bien estamos ante una deuda de valor? ¿Es lo mismo cuando el testador concreta en dinero las legítimas que cuando otorga un legado pecuniario? ¿Y si se diese por el testador una opción alternativa al heredero para elegir una suma de dinero o la porción de determinados bienes?

Estos y otros muchos problemas necesitan un estudio y una solución. Por su parte, la doctrina francesa ha elaborado una importante doctrina y la jurisprudencia ha secundado sus resultados. La obra de Champión no es más que un aspecto jurisprudencial de esos resultados.

J. BONET CORREA

**DORAT DES MONTS, Rogers: «La cause inmoral» (Etude de jurisprudence)». Preface de M. Henri Mazeaud. París, 1956; 173 págs.**

La dificultad que entraña la doctrina de la causa sube de punto si se trata de estudiar la causa inmoral, pues se implican entonces las cuestiones delicadas que se contienen en las relaciones entre Moral y Derecho. Por otra parte la presente obra es un estudio jurisprudencial —desde 1804 a nuestros días—. lo cual quiere decir que, en principio sólo interesa

al país a que pertenecen los Tribunales que la dictan. Pero en este caso, la valiosa obra de Dorat des Monts es una excepción, pues representa además un utilísimo apoyo o punto de referencia para un estudio de la causa inmoral en el Derecho español, ya que, como se ha escrito, en la cuestión de la causa nuestro Código «ha conservado con leves modificaciones la teoría francesa tradicional» (Castán, «Derecho Civil español, común y foral», 7.<sup>a</sup> ed. I, pág. 697).

Los legisladores napoleónicos quisieron prescindir de toda norma religiosa y por ello son muy escasas las referencias del Código civil francés a la Moral. Dispone el artículo 1.131 que «l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucune effet», y el 1.133 que «la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux «bonnes moeurs» ou à l'ordre public».

El contenido de la obra revela todas las características de una tesis doctoral: documentación abrumadora a base de citas textuales, lo cual es garantía de solidez en sus conclusiones.

En el capítulo I se ocupa de la noción de «bonnes moeurs», partiendo de las nociones doctrinales de Laurent, Huc, Demogue, Julliot de la Morandiere y Jossierand, para abordar la noción elaborada por la jurisprudencia; debe destacarse el muy completo análisis de la jurisprudencia recaída en la materia del concubinato y de la mediación («courtage») matrimonial. Opina el autor que, en último término, las buenas costumbres deben ser apreciadas según el ideal de la moral cristiana.

El capítulo II estudia la noción jurisprudencial de causa en las convenciones anuladas por inmorales; se observa, tanto en los actos a título gratuito como en los a título oneroso, que se ha abandonado la noción abstracta de causa, y se ha profundizado en los motivos que han impulsado a obrar a las partes; pero en lugar de hablar de motivos impulsivos y determinantes se prefiere decir que la causa es inmoral siempre que no se puede explicar un contrato o donación sin que aparezcan los motivos inmorales de sus autores.

En lo referente a la prueba —materia del capítulo III— la jurisprudencia se ha orientado en el sentido de ser admisibles todos los medios establecidos por el Derecho; pero durante mucho tiempo ha prevalecido —sin base legal alguna y con el único objeto de evitar procesos escandalosos— el criterio de la «preuve intrinseque» por el que se tasaban los medios de prueba.

En el capítulo IV debe señalarse la atención prestada por el autor a la regla «nemo audiatur propriam turpitudinem allegans» (en algún aspecto recogida por nuestro artículo 1.305 del Código civil) que restringe los efectos de la nulidad producida por la causa inmoral.

La presente obra nos muestra un ejemplo de la labor creadora de la jurisprudencia, y de cómo un estudio jurisprudencial de alcance limitado puede poseer un subido mérito.

**FLATTET, Guy:** «*La propriété par étages*» («*Actes de la Société Suisse des juristes*»). Helbing et Lichtenhahn, Basel 1956; 146 págs.

Pese a la admiración que nuestros civilistas profesan al Código civil suizo, es muy pequeña la atención que se ha prestado a sus instituciones (constituye una excepción la monografía de Serrano sobre el Registro de la Propiedad) y su influjo en nuestra doctrina. Pero en lo referente a la propiedad de casas por pisos o departamentos. Suiza se encuentra en un momento singular, pues se anuncia como inminente la admisión legislativa de esta figura, y España está estudiando la reforma del artículo 396 cuya regulación se considera francamente insuficiente. De aquí el interés de la presente obra del profesor de la Facultad de Derecho de Lausanne, que constituye el «Rapport» presentado por su autor a la Sociedad suiza de juristas.

No anduvo muy acerado ni previsor Huber cuando consideró a esta figura como «un heritage importun du passé». Sin embargo, lo cierto es que la propiedad de casas por pisos, conocida en Suiza desde el siglo XII, fué prohibida por el artículo 675 del Código federal, conservándose únicamente las propiedades ya existentes. Pero hoy día, a más de cuarenta años de la prohibición, se ha podido comprobar, no sólo que subsisten propiedades creadas con anterioridad a 1912, sino que se han creado otras, sea en directa contravención a la ley, sea en forma original, pero legal. El fenómeno ha hecho reflexionar a los juristas, y ha determinado una corriente de opinión favorable a la derogación de la prohibición.

El autor se ocupa de los aspectos histórico, económico y social en páginas amenas e interesantes, con consideraciones que pueden aplicarse a cualquier país y que demuestran la universalidad de las situaciones de hecho que dan lugar a esta figura jurídica.

El máximo interés de la obra se concentra en la parte que se refiere a las formas jurídicas que puede adoptar en Suiza la propiedad de casas por pisos. Dentro del ámbito de los derechos reales concluye Flattet que sólo son posibles dos: la de la propiedad exclusiva de cada piso, combinada con la copropiedad de los elementos comunes y con un derecho de preferencia en las enajenaciones a favor de los demás miembros de la comunidad al objeto de evitar el ingreso en ella de personas indeseables (solución adoptada por nuestro artículo 396); y la de la copropiedad de todos sobre toda la casa, combinada con un uso exclusivo sobre cada piso o departamento en virtud de un derecho real restringido como el de usufructo o de habitación.

Junto a las formas jurídicas tomadas a los derechos reales el autor coloca las del Derecho de Obligaciones, nacidas por la constitución de una sociedad anónima, de responsabilidad limitada o de una cooperativa. Las combinaciones son múltiples, pero en Suiza, han prosperado especialmente tres: la de los socios-propietarios, la de los socios-arrendatarios y la de los socios arrendatarios-presamistas. Después de siete años de funcionamiento de este tipo de sociedades, el resultado ha sido favorable: la ventaja que ofrecen es la de no ser necesaria ninguna reforma legislativa. Se ha objetado que el socio-arrendatario no disfruta de las ventajas de la propiedad: el autor se esfuerza por demostrar que, económicamente, las dos situaciones

son equivalentes. Pensamos, sin embargo, que este punto es susceptible de mucha discusión. Por otra parte, está claro que estas sociedades no son instrumentos de especulación, no perturban el orden social ni obligan a dictar medidas a favor de los arrendamientos, pues su posición es muy estable.

Flattet demuestra estar bien informado de la legislación española y de la extranjera en general.

En suma, una obra que puede orientar a los encargados de reformar nuestro artículo 396 ofreciendo, puntos de contraste de sumo interés.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**GATTI, Hugo E.:** «Albaceas». Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Sección III-XC. Montevideo, 1956; 380 págs.

El profesor Gatti considera a los albaceas «figura típica de la sucesión testamentaria» (pág. 9). Al tratar de ellos, se mantiene, pues, dentro del campo del Derecho sucesorio, en el que ya es autor, con anterioridad, de diversos trabajos (1). Consta el presente libro de seis capítulos precedidos de una introducción: estudiando en ésta, las cuestiones previas de utilidad, denominación, fundamento y definición del albaceazgo, y, en el primero de los capítulos, la formación histórica de la institución, exponiendo las distintas teorías ideadas por la doctrina acerca del origen del ejecutor testamentario y su desenvolvimiento; manifestando su preferencia por la opinión intermedia que ve en el albacea una figura debida a la influencia de varios Derechos (págs. 23, 34-5). Dentro también de este primer capítulo, dedica un epígrafe a la legislación comparada, haciendo referencia especial a aquellos sistemas que —como el inglés y el mejicano— regulan esta materia siguiendo principios que difieren notablemente de los que adoptan la generalidad de los ordenamientos jurídicos. Extensamente examina después, en el capítulo segundo, el problema de la naturaleza jurídica del albaceazgo; problema que —reconoce en las primeras páginas de su obra—, «es quizá el que más polémicas ha suscitado» (pág. 9). En este punto, su postura es clara: decididamente estima que el albacea es un mandatario post mortem (páginas 89 y ss.). En los capítulos sucesivos estudia el cargo de albacea —normas reguladoras, constitución, caracteres— y las clases de albaceazgo. Entra seguidamente a analizar el aspecto dinámico o funcionamiento —término con el que sustituye al más frecuente de derechos y deberes—, para referirse, por último, a la extinción del cargo de albacea y a aquellas manifestaciones que, como la rendición de cuentas, se relacionan con la terminación del mismo.

La obra del profesor uruguayo, minuciosa y con afán sistemático, está llevada a cabo de forma realista, sin tratar de darnos una construcción

(1) "De las mandas o legados", Montevideo, 1947; "La indisposición para suceder por causa de muerte", en Estudios de Derecho sucesorio, Montevideo, 1950 y en Rev. de la Facultad de Derecho, t. I, núm. 2, "Moralidad de la voluntad testamentaria" Montevideo, 1954.

o elaboración general de la institución. La órbita y base de su trabajo está constituida por el Derecho patrio del autor, al cual se remite éste constantemente para interpretar sus disposiciones, apoyar sus propios razonamientos —con frecuencia originales—, e incluso, en ocasiones, criticar las soluciones adoptadas en aquéi. No se circunscribe, sin embargo, al Derecho uruguayo, sino que está, como ya se ha indicado, abierta al Derecho comparado. Gatti demuestra, con las numerosas citas y referencias del texto y de las notas, conocimiento de la doctrina, legislación y, a veces, jurisprudencia, extranjeras. A este respecto, deben destacarse las frecuentes remisiones de Gatti al Derecho —vigente e histórico— y a la doctrina españolas. Sentido hispánico observable ya en el comienzo de su obra, cuando considera que el hombre más adecuado para la institución de la que va a tratar es el de albacea, aparte de otras razones técnico-jurídicas, «porque enraiza con la tradición histórica de nuestro Derecho» (pág. 13). En ocasiones, la cita a nuestro Derecho va acompañada de su aceptación. Así, estima más lógico y adecuado el sistema que adopta el Código civil español de preponderancia de la voluntad del testador, en lo referente a la fijación de las facultades del albacea, frente a las restricciones que a dicha voluntad opone el Código uruguayo (pág. 213). Se inclina Gatti, en consecuencia, por la necesidad de dotar al ejecutor testamentario del máximo número de atribuciones cuando no existan herederos reservatarios (pág. 214), robusteciendo así la institución del albaceazgo; si bien, es cierto que esta consideración la vemos en Gatti basada propiamente en el respeto debido a la voluntad del testador y no en atención a la figura, en sí, del albacea.

Cierra la obra un índice alfabético de la bibliografía consultada: abundante, aunque no exhaustiva.

JUSTO JOSÉ GÓMEZ

**JORDANO BAREA, Juan B.: «La categoría de los contratos reales». Bosch, Barcelona, 1958; 160 págs.**

JORDANO BAREA, bien conocido entre los privatistas españoles por un decenio de destacada labor profesional y doctrinal, adopta en esta nueva obra una actitud modernizadora, casi diríamos revolucionaria, en un tema de máximo interés: la naturaleza jurídica —la categoría, dice el autor— de los llamados *contratos reales*.

La actitud no es rigurosamente nueva, pues las dudas acerca de la *realidad* —frente al consensualismo— del mutuo, como dato, depósito y prenda se remontan nada menos que a HEINECCIO y han sido mantenidas también por autores franceses, italianos y alemanes, principalmente, cuyos nombres cita el autor (págs. 35-36 y 41, en las notas).

Pero el planteamiento, lleno de rigor y sistema, la argumentación crítica, los análisis interpretativos de los correspondientes artículos de nuestro Código civil y la resolución —de frente a nuestro derecho positivo— si que están llenos de sugerente novedad.

Podrá incluso discreparse de las conclusiones a que llega el autor u ofrecer a su crítica la resistencia dialéctica que se quiera —con base en la

dición de nuestros textos legales—, pues hay puntos no del todo claros, susceptibles de mucha polémica. Lo que no puede negarse es que el profesor JORDANO BAREA ha construido una monografía ejemplar.

Tras una introducción en que hace las necesarias precisiones terminológicas y conceptuales en torno a la *datio*, para distinguir bien entre la que es *contrahendi causa* y la sólo representa *solvendi causa*, plantea con gran extensión y en forma absolutamente suficiente los antecedentes romano e intermedio y de derecho moderno, demostrando que la construcción de los llamados *contratos reales* procede solamente de JUSTINIANO, desconociéndose antes con la significación o categoría que desde él ha perdurado.

De manera muy destacada señala la influencia de POTHIER y DOMAT en la consagración del principio de *realidad* en la moderna codificación europea y americana (págs. 30-35). Pero observa que este influjo se ha quebrado ya en dos Códigos recientes: el suizo de las obligaciones y el mejicano, pues ambos han resuelto la cuestión por vez primera en el sentido consensualista, según demuestra aduciendo el texto literal de los artículos 312 y 412 del Código suizo y los artículos 2.384, 2.479 y 2.516 del mejicano.

Igualmente, observa que hubo un intento de consensualismo en el proyecto de *Nuovo Codice civile*, que fué rechazado por los legisladores italianos, que prefirieron mantenerse en la tesis tradicional.

Estudia, seguidamente, el problema del contrato real en el Derecho español, pero no se limita a los cuatro contratos considerados tradicionalmente como reales, sino que, además, afronta la pretendida *realidad* de otras figuras (arrendamientos de cosas, transporte, pago y dación en pago, en las páginas 79-85).

Entra a continuación en la debate de las doctrinas, criticando las diversas soluciones dadas dentro de la tesis tradicional (ADLER, FORCHIELLI, BERTI, MESSINEO, CARRERI, MOSCO, etc.) y la intermedia de BERLIRI; para terminar mostrándose partidario decidido del *consensualismo* (págs. 117-125).

Congruentemente con esta posición acaba su obra manteniendo la necesidad de una *revisión* actualizadora de los artículos 1.740 1.758 y 1.863 de nuestro Código civil, pues cree que puede romperse la normal u ordinaria unidad cronológica de la conclusión del contrato y de la entrega de la cosa (páginas 137-138) desapareciendo así la *datio* como esencia o elemento constitutivo del contrato hasta ahora considerado como real.

La obra está prologada por el catedrático de Derecho civil de la Universidad de Barcelona —y colaborador asiduo del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, como lo es el propio autor— doctor LACRUZ BERDEJO, que presenta con este volumen la primera de las publicaciones del Seminario de su Cátedra, feliz iniciativa —acogida por el editor señor Bosch— que de multiplicarse nos pondría en posesión de numerosos estudios monográficos que ahora quedan lamentablemente reducidos al pequeño ambiente de los Seminarios didácticos, cuando tan fecundos frutos podrían dar mediante su publicación.

DR. JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL

Abogado. Catedrático de Derecho Mercantil  
de la Escuela de Comercio de Ciudad Real.

**LANGLE RUBIO, Emilio:** «El contrato de compraventa mercantil». Bosch. Barcelona, 1958; 227 págs.

La importante bibliografía mercantilista del profesor Langle Rubio, que llega a cerca del medio centenar de títulos y que siempre se ha caracterizado por su claridad expositiva, se acrecienta ahora con este estudio monográfico que sin duda ha de merecer un lugar muy destacado en las bibliotecas de todos los juristas.

Tiene razón al exponer en el prólogo de su obra que la compraventa es la figura típica de la actividad comercial, pero igualmente al señalar que, sin embargo, está regida de modo muy fragmentario. Ambas observaciones nos permiten valorar inicialmente el libro que comentamos, puesto que al desarrollar el tema con una gran perfección sistemática viene a salvar, tanto en el estudio teórico como en las aplicaciones prácticas en el Foro, las dificultades del carácter fragmentario de nuestra legislación.

La obra se divide en dos partes, la primera dedicada a la compraventa mercantil ordinaria y la segunda a las compraventas especiales. Las dos se exponen en un estilo muy preciso, concretando mucho las cuestiones y sin hacer digresiones hacia partes del Derecho privado general o común que forman el substrato de la institución mercantil que se estudia, más que en aquellas cuestiones que es imprescindible. Tiene, pues, el mérito de la brevedad, que el experimentado magisterio del autor hace perfectamente comparable con un tratamiento prácticamente exhaustivo. La obra se avala además con una muy detallada bibliografía, dividida igualmente en dos partes. El interés de la materia tratada nos impele a dedicarle una atención en cierto modo pormenorizada, ya que Langle Rubio, al marginar de la doctrina nacional y extranjera, que aduce siempre que es necesario en materias controvertidas, toma sus posiciones personales que es importante conocer.

Comienza por destacar, comentando el artículo 325 del C. de c. que a pesar de su dicción literal la cualidad de «cosa mueble» no debe ser condición *sine qua non* porque el principio de analogía sirve para romper la estrechez literal de ese artículo (pág. 21). Señala también la deficiencia del mismo precepto en cuanto a que no permite interpretar que las cosas puedan adquirirse para adquirir las, como ocurre en Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, Italia y algunos hispano-americanos (pág. 24). En definitiva, opina que el artículo 325 es incompleto y el 326, ambos del C. de c., es confuso e injustificado y se estatuyan en él normas cerradas y absolutas que probablemente no eran las que pretendía el legislador, a juzgar por lo manifestado en la Exposición de Motivos (pág. 39).

Esta actitud crítica —de crítica constructiva y documentada— parece que predomina en cuantas ocasiones el texto legal español da lugar a ello, por lo que la obra que comentamos no es una simple exposición magistral, sino que además abre ventanas hacia horizontes más acordes con el progreso jurídico y con el Derecho comparado. Ejemplos de la misma pueden citarse en lo referente al problema del título traslativo de dominio, defendiendo la tesis progresiva que ya tuvo antecedente en la Sentencia del T. S. de 26 junio 1924 (pág. 42-49), que pone en comparación con el sistema italo-francés; en los casos de «autocentrada del comi-

sionista», cuya licitud estudio en las páginas 53-54; en el estudio de los vicios de calidad diversa y defectuosa, sobre los que pide la reforma de los artículos 336 y 342 del C. de c. (pág. 75), haciendo, además, un estudio muy interesante, en discrepancia con las tesis mantenidas por Roca Sastre, Garrigues y Cossío, en torno al problema de la «prestación del riesgo», considerando también la especialidad mercantil de la rescisión por lesión (pág. 105).

Muy original, porque no es punto tratado por ningún mercantilista hasta ahora, es la parte que dedica al «retracto» en materia mercantil de compraventa. Se ocupa concretamente de si cabe según nuestras leyes y llega a la conclusión de que el convencional es muy difícil, pero no imposible (pág. 108) y que el legal entre consocios sería posible al amparo del artículo 1.708 del C. c., aplicándolo como supletorio —en vista del silencio de la legislación, especial. Sin embargo, después del estudio técnico reconoce que generalmente no se ejercitaría ni aun en las sociedades personalistas, porque sería un rodeo innecesario.

La segunda parte del libro se dedica a las «compraventas especiales». Deliberadamente, en su ánimo de concreción, que parece presidir toda la obra, dando un magnífico ejemplo de lo que deben ser los estudios monográficos, sin digresiones farragosas e innecesarias, prescinde de algunas, pero estudia las que mayor interés teórico y práctico pueden presentar, como son: la venta sobre muestras; la venta de cosa futura o de esperanza, en la que insiste en su carácter aleatorio y su rareza (pág. 143); la venta de cosa ajena, en que después de hacer referencia a los diversos sistemas legislativos extranjeros y al silencio del Derecho español, la estima válida en Derecho mercantil (pág. 145); la compraventa de empresa mercantil o industrial, donde nuevamente el Profesor Langley, tras hacer un esquema expositivo de la actitud que toman otras legislaciones, pone de relieve la deficiencia de nuestra legislación, abogando por la incorporación de ciertas soluciones extranjeras, como las previstas en Francia para la defensa del vendedor y de los acreedores. Dice el autor, llegado a este punto, que en España hacen falta reglas especiales y que lo inadmisibles es cruzarse de brazos, como hace nuestro C. de c. al respecto (pág. 162).

Se detiene en los problemas que presenta la «venta con reserva de dominio» y adscribiéndose a la tesis del Profesor Garrigues, se opone a su condicionalidad. Con base en las legislaciones alemana, austriaca e italiana, pide urgentemente se complete nuestra legislación, para evitar verdaderas injusticias.

Termina la obra con algunas referencias al contrato de suministro, sólo en su aspecto mercantil; al de suscripción y al llamado en Italia «contrato estimatorio», diferenciándolo muy exactamente del contrato de depósito y del de comisión, y perfilándolo más bien como una compraventa condicional de índole mercantil (pág. 205).

El libro termina con una selecta bibliografía, adaptada a cada una de las dos partes en que se divide.

El apretado esquema de su contenido que precede, creemos que constituye el mejor elogio que puede hacerse de una obra, no excesiva por el nú-

mero de sus páginas, pero que demuestra la madurez del magisterio de su autor. Un libro, en definitiva, que está llamado a satisfacer por igual al jurista teórico y al abogado que vive el Derecho en el Foro.

DR. JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL  
*Catedrático de Derecho Mercantil en la  
 Escuela de Comercio de Ciudad Real.*

**VIDAL: «Essai d'une théorie générale de la fraude en Droit français». París, 1957. Editorial Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de 484 págs.**

El tema del fraude es uno de aquellos que la doctrina francesa ha cuidado con esmero y ha presentado al mundo jurídico, una gran secuela de deducciones de las que se puede sacar un cuerpo de doctrina con personalidad y con un carácter muy definido. Tal sucede con la contribución del doctor Vidal para la búsqueda de una noción profunda y completa del fraude; para ello, parte de un concepto unitario del fraude, intentando construir una categoría jurídica precisa.

La nueva postura del autor, que con su rigurosa concepción da un carácter amplificativo a la regla «*fraus omnia corrumpit*», puede ser criticada y discutida en cuanto al modo de su construcción, pero la fuerza y desarrollo de sus argumentos están bien patentes en esta obra. Su técnica jurídica conceptualista, aplicada dentro del sistema de la teoría del fraude, es rigurosa y revela un perfecto manejo y conocimiento del tema, así como una insistente aspiración por el logro de un estricto espíritu de justicia.

Hay que destacar en esta obra la preocupación del autor, a través de la riqueza documental que maneja, tanto desde el aspecto doctrinal como jurisprudencial, por el logro de una eficacia en la aplicación de su concepto unitario del fraude. Para ello, las normas que tienden a las aplicaciones concretas, supondrán una garantía no sólo contra las violaciones directas, sino también contra aquellas otras que enmascaradas o hábilmente entrelazadas a medios o fórmulas técnicas tratan de evadir el fin de justicia distributiva de la norma. Bajo este intento práctico de aplicación, el autor pretende reforzar su ampliación teórica del concepto de fraude, con el respeto debido al imperativo jurídico o fundamento mismo de la regla «*fraus omnia corrumpit*».

La contribución del autor a la teoría del fraude es muy estimable, tanto por la riqueza de materiales que aporta, como por el rigor científico de su trabajo, así como por las cualidades de penetración y de madurez jurídica que en su obra revela.

**VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA (Disposiciones hasta febrero 1957).**  
Publicación del Instituto Nacional de la Vivienda. Editorial Afrodisio  
Aguado, S. A. Madrid, 1957. Un volumen de 567 págs.

Ha sido un acierto la recopilación de disposiciones dadas en torno a esta nueva figura de las «viviendas de renta limitada» que surge en el ámbito nacional de las relaciones arrendaticias urbanas. Y decimos es un acierto, tal como lo ha hecho el Instituto Nacional de la Vivienda, porque tales normas ya constituyen un enmarañado laberinto de disposiciones especiales respecto de las constantes y nuevas figuras que se crean. Ello obedece al fin de remediar el vital problema del alojamiento, para lo cual no sólo se conceden ayudas económicas y desgravaciones fiscales, sino que se estatuye un régimen jurídico privilegiado y diferente del ya extravagante del Código civil.

Tal régimen jurídico parte, fundamentalmente, de la Ley de 15 de julio de 1954, dictada para la protección de viviendas de renta limitada, la cual, sin perjuicio del régimen transitorio establecido en las disposiciones anteriores, deroga cuantos preceptos legales reglamentarios se opongan a lo dispuesto en esta Ley, especialmente las Leyes de 19 de abril de 1939 y 25 de noviembre de 1944, y los Decretos-leyes de 19 de noviembre de 1948 y 27 de noviembre de 1953.

Esta ley, declara en su preámbulo, que instaura el régimen legal de «viviendas protegidas», con el ánimo de corregir las deficiencias observadas en la antigua legislación de casas baratas, pone al servicio de este propósito un sistema de protección para que las entidades que por su índole pudieran aportar mayores esfuerzos a la solución del problema de la vivienda obtuvieran un apoyo económico que les permitiera acometer en gran escala aquella clase de construcciones.

Con esta finalidad se creó el Instituto Nacional de la Vivienda, cuya misión ha sido la de dictar normas de construcción, seleccionar tipos de viviendas y materiales, ordenar y orientar las iniciativas de los constructores y contribuir, otorgando determinados beneficios, a las edificaciones de las casas de renta reducida. Otras disposiciones dictadas con finalidad semejante llevaron después a una protección paralela a nuevos sectores sociales, económicamente más fuertes que los anteriores, pero sin que en ellas se recogiere con intensidad suficiente el apoyo a la iniciativa de los particulares, que por sí mismos habían podido abordar la construcción de sus viviendas, de haber contado con este apoyo, dentro de un discreto y bien planteado sistema de garantías.

Esta Ley ordena, ante todo, la elaboración de un plan general de protección a la vivienda de renta reducida; simplifica los trámites para la concesión de beneficios económicos; concede una mayor amplitud y alcance a los beneficios de orden fiscal otorgados a los constructores de vivienda de renta limitada; aumenta los plazos para la devolución al Estado de los anticipos concedidos con este propósito; refunde en un solo texto las numerosas disposiciones que hasta ahora han regulado esta materia, haciendo más fácil su conocimiento para los interesados y su aplicación por los dife-

rentes organismos a quienes afecta, y remite a la jurisdicción ordinaria la competencia para entender en los desahucios, manteniendo únicamente el régimen excepcional de la Ley de 23 de septiembre de 1939 para las viviendas económicas o de renta limitada construidas por organismos oficiales.

En esta obra se recogen sesenta y ocho disposiciones más (Decretos, Ordenes y Reglamentos), así como doce Circulares. Un índice cronológico legislativo y un completo índice alfabético de materias complementan la obra, haciéndola útil y práctica para la búsqueda del precepto o materia que se desee consultar.

J. BONET CORREA

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de Jesé María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

## I: DERECHO CIVIL

### 1. Parte general.

BECHER GARCÍA SALAS, Herbert: *El moderno Derecho jurisprudencial alemán.*—RDEA, año II, núm. 6, marzo-abril 1957; págs. 57-61; mayo-junio 1957, págs. 47-52; julio-agosto 1957, págs. 41-45; septiembre-octubre 1957, páginas 63-74.

Indicación de moderna jurisprudencia alemana en distintos ámbitos del Derecho. Breves resúmenes de las sentencias.

BURILLO LOSHUERTOS, Jesús: *Estudio y enseñanza del Derecho romano.*—T. I, 1957; págs. 199-204.

Indicación de los aspectos principales de la encuesta realizada por la revista «Labeo. Rassegna di Diritto Romano», entre historiadores y juristas, sobre el método y utilidad del estudio del Derecho romano.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo.*—RGLJ, año CV, tomo 203, núm. 3, septiembre 1957; páginas 237-285.

Primera Parte del Discurso de apertura de los tribunales pronunciado en septiembre de 1957. En el presente núm. de RGLJ se trata de estas cuestiones, después de aceptar la denominación de «Derecho Comparado»: orígenes y desarrollo del mismo, direcciones seguidas en su estudio, concepto y elementos del Derecho Comparado, clasificaciones. Considera el autor el Derecho Comparado a través de su objeto: la confrontación de los sistemas jurídicos de diversos países, en su estructura general o con relación especial a instituciones concretas, para determinar, con distintas finalidades teóricas o prácticas, pero siempre sistemática y metódicamente y en conexión con los fines sociales y los ideales perseguidos por tales sistemas, lo que de común y diferencial existe en ellos.

LA REVISTA: *Quod vero pro communâ utilitate est introductum. A me vel ab alio, resignare non potest.*—RDEA, año II, núm 9, septiembre-octubre 1957; págs. 57-62.

Distinguendo la cuestión de la renuncia a las leyes y la de la renuncia a los derechos se precisa el principio según el cual «lo que verdaderamente ha sido introducido en utilidad común, ni por mí ni por otro puede ser renunciado».

RÖTELMANN, Wilhelm: *Das Landwirtschaftsrecht im letzten Jahre.*—MDR, año XII, cuad. 2, febrero 1958; págs. 74-75.

Aspectos diversos del Derecho agrario alemán en los últimos años, examinado a través de la jurisprudencia más significativa, federal y territorial.

SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO, Carlos: *Análisis del lenguaje y Derecho romano.*—T, I, 1957; págs. 13-37.

Notas de ensayo a ciertos tratamientos analíticos del Derecho a través del lenguaje, considerando que toda proposición jurídica de cualquier tipo y época, adopta siempre la forma de un mensaje informativo enunciado mediante conjuntos lingüísticos. El esquema del trabajo es éste: Ciencia jurídica y análisis lingüístico, ciencia jurídica y lenguaje romano, análisis científico del lenguaje, ciencia del lenguaje y Derecho romano.

SANCHO IZQUIERDO, Miguel: *Notas sobre el bien común (Ensayo de síntesis).* T, I, 1957; págs. 129-140.

Análisis del concepto «bien común» procurando distinguir y separar conceptos a veces hipostasiados, con el fin de concretar, por su trascendencia práctica, estas dos cuestiones: a) Qué es el bien común en cuanto bien propio de la comunidad; b) Relación entre ese bien de la comunidad y el bien de los particulares que la integran.

SCHIEP, Günther: *Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.*—MDR, año XII, cuad. 1, enero 1958; págs. 15-17.

Aspectos recientes de la jurisprudencia del Tribunal Federal de trabajo en cuestiones diversas: pago de días festivos, protección al arrendatario y competencia de los tribunales de trabajo, resoluciones interlocutorias y su procedimiento, huelgas, etc.

SCHÜRLE, Wilhelm A.: *Beiträge zum Problem der Trennung von Tat und Rechtsfrage.*—ACP, tomo 157, 1958, cuad. 1; págs. 1-35.

En la aplicación de la norma es uno de los problemas fundamentales el de la separación entre los «hechos» y la «valoración jurídica» de los mismos. En otros términos, la delimitación entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de Derecho. Al lado de la doctrina de la *no separación* (DOHNA), y de la doctrina de la *separación condicionada* (ENGISCH), el autor expone la teoría de la *separación*. Después de referirse al problema de la separación en la doctrina y a los fundamentos lógicos del mismo, trata de solventar sus complicaciones, basando su teoría en el análisis de algunos casos prácticos.

SIEVEKING, F.: *Der 42. Deutsche Juristentag*.—MDR, año XI, cuad. 11, noviembre 1957; págs. 656-657.

Del 11 al 14 de septiembre de 1957 se ha celebrado en Düsseldorf el 42 Deutsche Juristentag. Indicación de las ponencias discutidas.

## 2. Derecho de la persona.

BATISTA, J.: *La nueva Ley del Registro Civil*.—RGLJ, año CV, tomo 203, número 3, septiembre 1957; págs. 286-303.

Examen, en sí misma y en sus novedades, de la nueva ley del Registro civil, que no se ha limitado, a juicio del autor, a ser un texto refundido, sino que puede calificarse de «novatoria» respecto a la antigua.

GUARINO, Antonio: *Il silenzio del medico*.—DG, año LXXII, núms. 8-9, agosto-septiembre 1957; págs. 419-422.

Consideraciones jurídico-morales del autor en torno al grave problema de hasta qué punto el médico puede no revelar al enfermo, amenazado inexorablemente de muerte, su estado desesperado. Posición del facultativo, ante el deber del sacerdote de informar el verdadero estado.

VOLTES BOU, Pedro: *El mecanismo de rehabilitación de títulos nobiliarios y sus peculiaridades respecto del ordenamiento procesal*.—RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 6, noviembre-diciembre 1957; págs. 516-522.

Estudio del procedimiento de rehabilitación de títulos nobiliarios, con especial referencia a la cláusula «sin perjuicio de tercero de mejor derecho». Fases de la legislación española. Sienta el autor estas consideraciones: a) Las sentencias no son de ejecución necesaria por la Administración; b) Ciertas singularidades contradicen el ordenamiento procesal común; c) La pretensión a un título del Reino está libre de los plazos normales de prescripción y de los plazos y términos de actuación ante los tribunales; d) Peculiaridades en la actuación del ministerio fiscal.

## 3. Derecho de cosas.

PETRACCONI, Giovanni: *Le invenzioni del prestatore d'opera e il loro trattamento giuridico*.—DG, año LXXII, núms. 8-9, agosto-septiembre 1957; páginas 409-417.

Consideraciones sobre la real y posible disciplina jurídica, en el Derecho italiano, del problema de los inventos de los trabajadores durante el transcurso de la relación de trabajo. Fases de la legislación, cuyo centro es el Decreto de 13 de septiembre de 1934; pertenencia del invento, derecho de solicitar la patente, equitativa remuneración en el caso de pertenecer al empresario.

VÁZQUEZ PRESEDO, Antonio: *Disposiciones de la Ley de Montes que repercuten más directamente sobre la propiedad privada.*—RDEA, año II, número 9, septiembre-octubre 1957; págs. 49-55.

Breves consideraciones sobre aquellas disposiciones de la nueva Ley de Montes de 8 de junio de 1957, que de una forma más directa afectan a la propiedad privada: concepto de «monte» y ámbito de la ley; catálogo de montes; repercusiones en la titularidad y disfrute del dominio y de los derechos reales.

VOLTES BÒU, Pedro. *Consideraciones sobre los laudemios en Cataluña, y especialmente en la ciudad de Barcelona.*—RGD, año XIII, núm. 158, noviembre 1957; págs. 883-902.

Concepto, fundamento, evolución, mecanismo, extinción y significación del laudemio en la región catalana. Consideración de la doctrina de los autores y referencia a la jurisprudencia en las cuestiones indicadas.

WEIMAR, Wilhelm: *Stellt die Gewährung abstossender Anblicke eine Einwirkung im Sinne des § 906 BGB dar?*—MDR, año XII, cuad. 1, enero 1958; págs. 20-21.

El § 906 del BGB establece que el propietario no puede prohibir las inmisiones procedentes de otra finca en tanto que no entorpezcan el aprovechamiento de la suya de una manera esencial, o en tanto que dichas inmisiones sean consecuencia del aprovechamiento de la otra finca que sea «habitual» según las circunstancias del lugar. La antigua jurisprudencia del Reichsgericht no consideraba inmisiones en el sentido de la norma indicada los «espectáculos desagradables» con sólo un aspecto ético (el vecino toma el sol desnudo en su balcón, o se ducha sin cerrar la ventana de su cuarto de baño, por ejemplo). El autor entiende se debe rectificar esta postura que supone un olvido a la protección que merecen los bienes no materiales del hombre. La inviolabilidad de su dignidad (art. 1 Ley Fundamental) así lo impone. Caben, pues, las «inmisiones ideales».

#### 4. Obligaciones y contratos.

BAUMANN, Jürgen: *Die Rechtswidrigkeit der jahrlässigen Handlung.*—MDR, año XI, cuad. 11, noviembre 1957; págs. 646-648.

Una decisión plenaria del BGH, de 4 de marzo de 1957, en base a una hipótesis subsumible en el § 831 del BGB (responsabilidad por los ayudantes en la ejecución de un asunto), se ha enfrentado con la cuestión de si, en los actos culposos, la sola causación del resultado dañoso funda ya la antijuridicidad o si, por el contrario, se requiere una actuación contraria a las normas del tráfico. En este punto es necesaria la unificación de los puntos de vista «penales» y «civiles» sobre la base de la doctrina de la adecuación social y de la conceptualización del acto culposo que de ella se

deriva. Crítica de la sentencia mencionada, que ha resuelto el problema sin aspiraciones de generalidad.

BÖHMER, Emil: *Zur Frage des Mitverschuldens eines auf einer dienstlichen Kraftfahrt verletzten Beamten.*—MRD, año XI, cuad. 11, noviembre 1957; págs. 657-658.

El funcionario que utilizando un coche que le corresponde por su cargo sufre daños por colisión con otro vehículo, debe dejarse imputar el tanto de culpa que a él le corresponda en el accidente. Es improcedente la negativa a ello. Fundamentación de la tesis indicada en la legislación alemana.

BÖHMER, Emil: *Allgemeine und erhöhte Betriebsgefahr.*—MDR, año XII, cuaderno 1, enero 1958; págs. 19-20.

En los accidentes derivados de colisiones entre vehículos a consecuencia del incremento del tráfico, han de ponderarse las circunstancias en que cada parte ha influido en la causación del daño, a fin de una distribución de culpabilidad entre ellas. Al respecto más que a una «peligrosidad teórica» debe atenderse a la «participación fáctica» de cada parte en la causación del daño. Se comenta el supuesto de colisión entre automóvil y ferrocarril.

BÖHMER, Emil: *Mitfahren auf eigene Gefahr.*—MDR, año XII, cuad. 2, febrero 1958; págs. 77-78.

El autor examina, en base a la jurisprudencia, la doctrina según la cual el que hace uso de un «viaje de complacencia» viaja a propio riesgo y no puede exigir indemnización en el caso de sufrir daños durante el viaje; distintas fundamentaciones de la improcedencia de la pretensión de indemnización. Consideración del deber general de fidelidad y buena fe.

BRIGUGLIO, Marcello: *Stato di necessità e responsabilità indiretta.*—RDIC, año III, número 4, julio-agosto 1957; págs. 445-452.

Comentario a una sentencia del Tribunal de Varese (28 de febrero de 1955) que sienta esta doctrina: en la hipótesis de daño determinado en estado de necesidad en el sentido del artículo 2.045 del Código civil (en el supuesto concreto, choque de automóvil sin culpa del conductor), el propietario del mismo no está obligado a tomar sobre sí la «equitativa indemnización» mencionada en la norma.

BUFE, Peter: § *Satz 2 BGB.*—ACP, tomo CLVII, 1958; cuad. 2, 215-258.

El § 817 del BGB, después de haber establecido en su inciso primero que está obligado a la restitución aquel que al aceptar una prestación atenta contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres, añade en su inciso segundo que semejante repetición está excluida si el que realizó la prestación cometió igual atentado al efectuarla. He aquí una de las

normas más discutidas del BGB; doctrinal y jurisprudencialmente ha sido objeto de contradictorias valoraciones.

Se pretende un estudio ordenador del precepto sobre la base de la jurisprudencia y doctrina más significada. Comienza el autor examinando las sentencias del antiguo Reichsgericht (supuestos de mancebía, usura, etc.), siguiendo con las aportaciones de la doctrina (especial consideración a HECK). Analizadas las raíces romanas de la norma y rechazadas las teorías que encuentran su fundamento en su fin penal, en la compensación de culpas o en la negativa de protección jurídica, el autor encuentra su base en el principio fundamental del enriquecimiento injusto.

ESSER, Josef: *Gedanken zur Dogmatik der faktischen Schulloverhältnisse.*—ACP, tomo CLVII, 1958, cuad. 1; págs. 86-99.

En el congreso de profesores de Derecho civil celebrado en Bad Mergentheim (octubre 1958), ha merecido especial atención la ponencia de LEHMANN sobre las «relaciones obligatorias fácticas» o «relaciones obligatorias de hecho». En torno a ellas predomina la tendencia de entender que semejante concepto conduce a una solución unitaria de hipótesis diversas, del todo contraproducente, y a una práctica anticientífica. Asimismo, se propugna la supresión de la expresión y la inconveniencia de una teoría unitaria ante el nuevo fenómeno de las «relaciones obligatorias de hecho». El autor valora la indicada tendencia distinguiendo las siguientes hipótesis:

a) Supuestos de «contacto social», en los que se reconocen relaciones semejantes al contrato; b) Supuestos de «relaciones individuales de prestación», que han surgido sin declaración negociada de voluntad y que se cumplen, al menos, por una de las partes; c) Supuestos de relaciones de ordenación y organización, dignas de ser protegidas, y que al margen de sus vicios de conclusión (desde el punto de vista del Derecho civil) funcionan y se desenvuelven *de hecho* como relaciones obligatorias válidas; d) Supuestos de la moderna contratación en masa y por adhesión.

FERRER MARTÍN, Daniel: *Obras de ampliación de edificios para ampliar el número de viviendas.*—RGD, año XIII, núm. 159, noviembre 1957; páginas 994-1007.

Estudio exegético de la causa segunda de excepción a la prórroga del arrendamiento urbano por propósito de demolición para nueva edificación con más viviendas. (Art. 92 de la nueva ley de 1955); considera el autor se trata de una suspensión del contrato. Estudia su naturaleza, requisitos y efectos en relación con aquél.

FRIEMEL, Otto: *Sind die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Grundstücksmieta auch auf Räume in nicht wesentlichen Grundstücksbestanteilen anzuwenden (§ 580 BGB)?*—MDR, año XI, cuad. 12, diciembre 1957; págs. 715-717.

Según el § 580 del BGB, las disposiciones sobre el arrendamiento de fincas valen también para los arrendamientos de locales-habitación y de

otros locales. La ley no dice lo que ha de entenderse por «locales-habitación» y por «otros locales», y ha surgido discusión en torno a tales conceptos. El problema fundamental es el de determinar si los «locales» han de ser o no partes integrantes de una finca, o si pueden ser, por ejemplo, cosas muebles, como el «coche-habitación». El autor opta por la afirmativa, después de examinar las distintas posiciones doctrinales.

GIUSIANA, Enrico: *Appunti sulla prescrizione*.—RDDC, año III, núm. 4, julio-agosto 1957; págs. 424-452.

Sintetiza el autor sus puntos de vista en torno a la prescripción en estas tres afirmaciones: a) la hipótesis de hecho de la prescripción es un acto de voluntad de contenido negativo; b) La prescripción es un acto jurídico, consistiendo el efecto jurídico del acto de voluntad indicado en la extinción del poder de acción; c) Prescripción y usucapción son fenómenos jurídicos distintos, a los que corresponden dos hipótesis de hecho distintas.

LA REVISTA: *In delegatione non semper novatio existit*.—RDEA, año II, número 6, marzo-abril 1957; págs. 53-56.

El viejo principio de que la delegación suponía siempre novación, en el Derecho moderno se va paulatinamente transformando en su contrario: la delegación no siempre entraña novación. Breves consideraciones en torno a esta transformación del principio, como muestra y consecuencia de un proceso histórico.

LA REVISTA: *Volenti non fit injuria*.—RDEA, año II, núm. 7, mayo-junio 1957; págs. 39-45.

Indicado el valor general de la figura del consentimiento, se señalan los requisitos para que pueda tener actualidad el principio según el cual «el consentimiento excluye el acto ilícito»: capacidad, manifestación de voluntad válida, causa lícita y ámbito de perfecta permisibilidad.

LA REVISTA: *In universalibus pretium succedit loco rei, et res loco pretii*.—RDEA, año II, núm. 8, julio-agosto 1957; págs. 35-41.

Después de unas consideraciones generales en torno a las modificaciones de los derechos y a los diversos tipos de supuestos de subrogación real, se indica cómo ha de conceptuarse, a la luz de la moderna doctrina, el principio de que en las universalidades el precio subroga a la cosa, y la cosa al precio: La universalidad no es ya el único soporte de la subrogación; ésta debe admitirse normalmente siempre que se trate de conservar para su destino el valor de un bien sometido a una afectación especial; cabe la analogía; producción de pleno derecho; subrogación legal o voluntaria en otros supuestos.

LARENZ, Karl: *La conducta social típica como fuente de relaciones obligatorias*.—RDEA, año II, núm. 6 marzo-abril 1957; págs. 49-51.

Se trata del mismo trabajo publicado por el autor en la NJW (1956, páginas 1.897-1.900) y ya reseñado en este Anuario (tomo X, fasc. 2, página 561). Entiende Larenz que pueden surgir relaciones obligatorias de «conductas sociales típicas», consideradas éstas como fuente de obligaciones de una manera directa y objetiva, y sin tener que ver en ellas una manifestación de voluntad del sujeto actuante.

MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, LUIS: *Del concepto legal de arrendamiento rústico al pago de la renta en especie*.—T, I, 1957; págs. 57-89.

Panorama del Derecho agrario español a través del arrendamiento rústico. El contrato no es apto por sí solo para resolver las relaciones jurídicas entre propietario y cultivador. La intervención estatal puede perturbar la normal convivencia de quienes, en el Derecho agrario, precisan y exigen seguridad jurídica, la cual ha de orientarse hacia la permanencia del cultivador en la tierra. Se propugnan formas de aparcería como medio de mejorar la relación cultivador-propietario, cláusulas de estabilización y pagos en especie libremente pactados.

MARTÍN LOSTAU, Salvador: *Sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos. La disposición transitoria 15 y el caso 5.º del artículo 62*.—RGLJ, año CV, tomo 202, núm. 4, abril 1957; págs. 506-512.

El principio de irretroactividad de las leyes resulta fundamentalmente derogado en la nueva Ley de Arrendamiento Urbanos (disposición transitoria primera). El criterio de retroactividad, que tiene importantes excepciones en la disposición transitoria 15, plantea la cuestión de si esta norma se ha de aplicar según sus propios términos sin otro alcance que el explícito y restringido de toda buena interpretación, o si ha de ampliarse su alcance a otros capítulos que no sean el once, al que expresamente se refiere. El autor entiende que no cabe la aplicación más que al capítulo once y de una manera directa: no se aplica, pues, al caso quinto del artículo 62 del capítulo ocho, a través de la causa once del artículo 114 del capítulo once.

ROQUETTE, Hermann: *Analoge Anwendung des § 571 BGB*.—MDR, año XI, cuaderno 12, diciembre 1957; págs. 712-715.

El § 571 del BGB consagra en la legislación alemana el principio «Kauf bricht nicht Miet» (venta no quita venta): el adquirente de finca arrendada se subroga en la posición del arrendador enajenante. Entiende el autor se trata de una norma de carácter excepcional que no puede ser objeto de aplicación analógica a hipótesis de hecho semejantes a la contemplada por el legislador.

WEIMAR, Wilhelm: *Das Verhältnis der Miteinziminderung zu dem Schadens- und Aufwendungsersatzanspruchs des Mieters* (§§ 537, 538 BGB).—MDR, año XII, cuaderno 2, febrero 1958; págs. 78-79.

El § 537 del BGB libera al arrendatario del pago del alquiler o reduce la cuantía del mismo cuando la cosa está afectada de un vicio que la hace inadecuada al uso pactado, o aminora su aptitud para el mismo. El § 538 determina a su vez que, existiendo una falta o vicio de los indicados, el arrendatario, en lugar de los derechos señalados en el § 537, puede exigir indemnización por incumplimiento. Relación recíproca entre ambas normas.

WEIMAR, W.: *Ist die Finder eines zugelaufenen Tieres Tierhalters?*—DMR, año XI, cuaderno 11, noviembre 1957; págs. 658.

Consideraciones sobre cuándo debe conceptuarse al hallador de un animal huído como «tenedor del mismo», a efectos de imposición de responsabilidad por los daños que el animal cause en personas o cosas. Los conceptos de «hallador» y «tenedor» no son coincidentes. Aquél es presupuesto de éste, pero nada más. El problema es brevemente comentado en base a las disposiciones del BGB.

##### 5. Derecho de familia.

ALBALATE GIMÉNEZ, Germán: *El pasivo de las masas patrimoniales en la comunidad conyugal legal aragonesa*.—T, 1, 1957, págs. 165-178.

Resumen de la tesis doctoral del autor con este contenido: deudas de los cónyuges anteriores al matrimonio, deudas contraídas durante el matrimonio por el marido o por la esposa, deudas conjuntas de ambos cónyuges, pasivo de atribuciones a los cónyuges, cargas usufructuarias y del matrimonio.

ATTARD ALONSO, Emilio: *Cuestiones en torno a la constitución y funcionamiento del Consejo de Familia*.—RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 5, septiembre-octubre 1957; págs. 408-424.

En cuanto a la constitución del Consejo de Familia, se estudia el problema de si están llamados al mismo los parientes afines, posibilidad de revocar su acuerdo el pariente «excusado», legitimación activa y pasiva y procedimiento de constitución. En cuanto al funcionamiento, defiende el autor la necesidad de existencia personal de los miembros, y no por medio de apoderados.

BARMANN, Johannes: *Das neue Ehegüterrecht*.—ACP, tomo CLVII, 1958, cuaderno 2; págs. 145-214.

Amplio estudio del nuevo régimen matrimonial de bienes, introducido en Alemania por la Ley de equiparación de sexos de 18 de junio de 1957. Análisis separado del régimen legal (separación con nivelación de la ga-

nancia: «comunidad de ganancia» o «Zugewinnngemeinschaft») y del régimen convencional (comunidad y separación).

BEITZKE, Günter: *Betrachtungen zum neunten Kindschaftsrecht.*—EF, año V, cuaderno 1, enero 1958; págs. 7-12.

La Ley de equiparación de 1957 introduce en la reglamentación de las relaciones paterno-filiales una reforma parcial en aras de la igualdad jurídica de los padres y de los hijos de distinto sexo, así como en función del párrafo II del artículo 6 de la Ley fundamental. Examen de los principales aspectos de la reforma.

BERGENROTH: *Grundloses Aufgeben des Arbeitsplatzes schliesst die Unterhaltsberechtigung aus.*—MDR, año XI, cuaderno 12, diciembre 1957; páginas 726-727.

Comentario crítico a una sentencia del Tribunal territorial de Kassel, según la cual el abandonar sin motivo la plaza de trabajo no excluye el derecho de exigir alimentos de quien proceda. Semejante fallo no puede admitirse: «quien no trabaja no come».

BOHEMER, Gustav: *Ist die vertragliche Übernahme einer Entschädigungspflicht des Ehestören zulässig?*—MDR, año XII, cuaderno 1, enero 1958; páginas 4-6.

La jurisprudencia del BGH viene estableciendo reiteradamente que no caben pretensiones indemnizatorias del cónyuge ofendido, ni contra el cónyuge culpable de divorcio, ni contra el «tercero perturbador del matrimonio» (adúltero), en la medida que dichas pretensiones excedan de lo establecido en el § 59 de la Ley de matrimonio de 1946 (sentencias de 21 de marzo de 1956, 30 de enero de 1957 y 6 de febrero de 1957). Una decisión de 15 de mayo de 1957 va aún más lejos en el sentido indicado, puesto que no sólo rechaza las pretensiones *legales* de indemnización, sino también los deberes indemnizatorios asumidos *contractualmente* por el cónyuge culpable o por el tercero. Comentario crítico a esta postura.

BOSCH, F. W.: *Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht.*—EF, año V, cuaderno 3, marzo 1958; págs. 81-88.

Consideración de conjunto, y con indicación de hipótesis concretas, de las normas de Derecho necesario y de las que dejan margen a la libertad individual en el nuevo Derecho de Familia alemán. Comparación de las normas derogadas con las nuevas. El trabajo reproduce en lo esencial una disertación del autor, en diciembre de 1957, en la Universidad de Bonn, formando parte de la serie de lecciones sobre el tema general «libertad y poder del Estado en la moderna evolución jurídica».

DE VECIANA DE LA QUADRA, Ramón: *El llamado parentesco por afinidad natural en el Código civil español y su relación con la doctrina canónica.*—RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 6, noviembre-diciembre 1957; páginas 499-515.

Históricamente la afinidad comenzó derivando sólo del matrimonio, para después, tanto en el ámbito civil como canónico, derivar también de cópula ilícita, y volver luego al punto de partida. El llamado impedimento civil de *afinidad natural*, a semejanza de la disciplina canónica, no es la prohibición de contraer matrimonio, que recae sobre el cónyuge viudo y los consanguíneos estrictamente naturales de la otra parte, sino que afecta en un sentido lato a todos los consanguíneos ilegítimos del otro cónyuge (adulterinos, incestuosos o sacrílegos).

DONAU, Hellmut: *Das neue Kindschaftsrecht.*—MDR, año XI, cuad. 12, diciembre 1957; págs. 709-712.

Consideración de las novedades y reformas que en materia de relaciones paterno-filiales introduce en el Derecho alemán la Ley de equiparación de sexos de 1957. Generalidades, normas de transición, aspectos patrimoniales (alimentos, supresión del ajuar, patrimonio del hijo), patria potestad (en general, supuestos de diversidad de opinión entre los padres).

DONAU, Hellmut: *Das neue Kindschaftsrecht.*—MDR, año XII, cuad. 1, enero 1958; págs. 6-10.

Continuación del trabajo anterior sobre las reformas que la Ley de equiparación introduce en materia de relaciones paterno-filiales. En el presente número de MDR se contempla la representación del hijo, la patria potestad en los supuestos de divorcio y separación, la privación de la misma, la designación de consejero y los aspectos procesales. Se termina con referencias a la posición del Tribunal de Tutelas, a la adopción, al domicilio y al nombre del hijo.

GIANNINI, Amedeo: *La convenzione internazionale sul recupero degli alimenti all'estero.*—RDDC, año III, núm. 4, julio-agosto 1957; págs. 463-468.

Las normas generales emanadas del Derecho internacional privado son insuficientes y de escasa eficacia práctica para hacer cumplir los deberes de alimentos cuando el deudor está en país extranjero. Este mal ha tendido a ser evitado por la Convención internacional sobre la materia, celebrado en Nueva York en 1956. Indicación de sus aspectos principales.

HAEGELE, Karl: *Ersatzforderungen zwischen Ehegatten und Gleichberechtigung.*—EF, año V, cuad. 2, febrero 1958; págs. 43-45.

Pretensiones indemnizatorias de un cónyuge contra el otro como consecuencia de haberse comprado como indivisa una finca, pero haberse pagado con dinero del marido o de la mujer exclusivamente. Consideración del supuesto de que los cónyuges viviesen bajo el régimen legal de bienes en sus distintas fases como efecto de la equiparación: régimen de admi-

nistración y aprovechamiento (hasta 31 marzo 1953), separación de bienes (desde 1 abril 1953), comunidad de ganancia (Ley de equiparación).

MIKAZUKI, Akira: *Das japanische Familiengericht*.—EF, año 5, cuad. 2, febrero 1958; págs. 53-57.

Antecedentes del moderno Tribunal de Familia japonés y características esenciales de su mecanismo y finalidad, con puntos de contacto con los Tribunales semejantes existentes en los Estados Unidos. Los dos cometidos fundamentales del Tribunal de Familia en el Japón consisten en la solución de las cuestiones «domésticas» litigiosas y en el ejercicio de una jurisdicción juvenil. Posición del juez, competencia, procedimiento, etcétera. El Tribunal, en su versión moderna, existe desde 1949.

ODERSKI: *Können religiöse Bedenken des gesetzlichen Vertreters seine Verweigerung der Einwilligung zur Eheschließung eines Minderjährigen rechtfertigen?*—MDR, año XII, cuad. 3, marzo 1958; págs. 132-134.

El § 3 de la Ley alemana de matrimonio de 1946 determina que el menor necesita para contraer matrimonio el consentimiento de su representante legal. Este consentimiento puede negarse por «motivo fundado». Lo que ha de entenderse por tal no lo dice la ley. Comentario a una sentencia de 25-IX-1956 en torno a la posibilidad o no de considerar como «motivo fundado» las creencias religiosas del padre y representante legal de una menor.

OSWALD: *Betriebliche oder berufliche Tätigkeit der Ehefrau-steuerliche Fernwirkung, namentlich auf § 33 EstG*.—EF, año 5, cuad. 2, febrero 1958; páginas 47-49.

La mujer que ejerce una profesión ve incrementados lógicamente sus gastos domésticos como consecuencia de la necesidad de encomendar a otra persona las atenciones que ella, por su actividad fuera del hogar, no puede desempeñar. Estos gastos deben tomarse en cuenta al determinar las imposiciones fiscales que pesan sobre la «mujer profesional». Hipótesis y presupuestos.

PAULICK, HEINZ: *Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäss den Bestimmungen den Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18 Juni 1957*.—EF, año V, cuad. 1, enero 1958; págs. 1-7.

Esbozo general de la nueva reglamentación de las relaciones paterno-filiales en Alemania, tal como han quedado configuradas por la Ley de equiparación de sexos de 18 de junio de 1957. El trabajo tiene estos apartados: generalidades, relación paterno-filial en general (nombre, ajuar, equipo), patria potestad (en sus diversos aspectos personales y patrimoniales).

PIEGLER, Josef: *Kindergeld in Österreich*.—EF, año V, cuad. 2, febrero 1958; páginas 50-53.

Indicación de las vicisitudes legislativas y estado actual de las prestaciones de ayuda familiar en Austria, con punto de arranque en la Constitución de 1920. Crítica y posibles mejoras en el sistema, propugnando una cierta descentralización.

SALINAS QUILJADA, FRANCISCO: *La dote en el Derecho Foral navarro*.—RJC año LVI, vol. LXXIV, núm. 5, septiembre-octubre 1957; págs. 387-407.

Estudio de la institución de la dote en el Derecho navarro, considerada por el autor «como lo que se da o promete al marido por la mujer o en consideración a ésta por cualquiera otra persona por razón de matrimonio y lo que la mujer adquiere por donación, herencia o legado con carácter dotal al objeto de levantar con ello las cargas del matrimonio». Se señalan sus elementos personales (incluyendo en ellos la obligatoriedad de la dote), reales y formales y se termina aludiendo al tiempo de constitución.

SCARDACCIONE, Aurelio: *Brevi considerazione sull'estinzione per prescrizione del diritto del coniuge di chiedere la separazione personale*.—RDDC, año III, núm. 4, julio-agosto 1957, págs. 443-445.

Comentario breve a una decisión del Tribunal de Brindisi (19-II-1955), según la cual la violación del deber de fidelidad atribuye al cónyuge no culpable un derecho potestativo que se actúa con el ejercicio de la acción de separación personal. Tal derecho, renunciable y disponible, está sujeto a la regla general de la prescripción.

SCHORN: *Gefährdete Ehen*.—EF, año V, cuad. 3, marzo 1958; págs. 94-95.

Indicaciones estadísticas sobre 100 matrimonios en los que está entablada la acción de divorcio por uno de los cónyuges: tiempo de matrimonio, motivo, profesión de los cónyuges, etc.

SCHWIMANN, Michael: *Zur Auslegung des § 19 Ehegesetzes (Namensehe)*.—EF, año V, cuad. 2, febrero 1958; págs. 45-47.

El § 19 de la Ley alemana de matrimonio de 1946 sanciona con nulidad aquellos matrimonios que se contraen con el fin de que la mujer lleve el nombre del marido, pero sin constituir entre los cónyuges una comunidad matrimonial de vida («matrimonios de nombre»). Dificultades de prueba del elemento intencional de los contrayentes. Supuestos varios.

SCHWOERER, J.: *Der Einfluss von Störungen in der elterlichen Gewalt des einen Elternteils auf die elterliche Gewalt des anderen Elternteils nach altem Recht, Zwischenrecht und neuem Recht.*—EF, año V, cuad. 2, febrero 1958; págs. 41-43 y cuad. 3, marzo 1958; págs. 88-93.

Examen enunciativo de los distintos supuestos de hecho que entorpecen la patria potestad de uno de los padres y su posible influencia en la patria potestad del otro: muerte, declaración de fallecimiento, privación del ejercicio de la función, pérdida de la misma, suspensión, entorpecimiento de hecho, entorpecimiento jurídico. Los diversos casos son examinados en tres fases: redacción inicial del BGB, período intermedio (desde el 1 de abril de 1953) y nueva redacción del BGB por la Ley de equiparación.

WIGGERT, K. H.: *Zum Anspruch auf dem Unterhaltsbeitrag für das unehe-liche Kind eines verstorbenen männlichen Beamten oder Ruhestandsbeamten* (§ 126 III, BFG).—EF, año V, cuad. 2, febrero 1958; páginas 49-50.

Cuestión puramente práctica surgida en Alemania en el mecanismo de las pretensiones de sustento de los hijos ilegítimos menores de un funcionario fallecido. Conforme a la Ley alemana de funcionarios surge la duda de si la prestación debe realizarse hasta los dieciséis o los dieciocho años del titular.

## 6. Derecho de Sucesiones.

BAS y RIVAS, Federico: *Las disposiciones benéficas y religiosas a través del impuesto de derechos reales.*—RDEA, año II, núm. 7, mayo-junio 1957; páginas 25-37.

Después de ofrecer unas consideraciones generales sobre las herencias en favor del alma, se analiza el aspecto fiscal de las mismas, distinguiendo: a) Disposiciones testamentarias con finalidad exclusivamente benéfica, sin invocación del alma. b) Disposiciones testamentarias con finalidad puramente religiosa, sin invocación del alma. c) Herencias y legados en favor del alma.

COVIELLO, Leonardo: *Il termine «ex voluntate testatoris» per l'accettazione dell'eredità.*—RDDC, año III, núm. 4, julio-agosto 1957; pág. 333-338.

El artículo 480 del Código civil italiano determina que el llamado tiene el plazo de diez años para la aceptación de la herencia, a contar desde la apertura de la sucesión. El autor, después de resolver la cuestión de si se trata de un plazo de prescripción o de decadencia (en el primer sentido, prescripción), se pregunta si el testador puede señalar un plazo menor, con el efecto de que su inobservancia suponga la pérdida del derecho a la herencia. Entiende que cabe esta posibilidad, sin necesidad de ver en tal hipótesis una institución condicional o modal, sino una conversión del

plazo en plazo de caducidad, cuya inobservancia supone la de la delación. El trabajo irá en los Estudios en honor de Vasalli.

DONAU, Helmut: *Nochmals: Verjährung des gegen den Nacherben gerichteten Pflichtteilsanspruchs.*—MDR, año XII, cuad. 3, marzo 1958; páginas 134-135.

Apostillas a un escrito de Ottow en torno al momento en que debe comenzar la prescripción trienal de la pretensión de legítima dirigida contra el heredero sucesivo (heredero fideicomisario). El autor no cree deba fijarse el comienzo del plazo cuando el legitimario obtenga conocimiento de la «sucesión sucesiva». Crítica de esta posición y de sus consecuencias.

QUINTAVALLA, Floria: *Nulità formali del testamento olografo.*—RDDC, año III, núm. 4 julio-agosto 1957; págs. 416-442.

Aspectos diversos del problema de la nulidad formal del testamento ológrafo a través de la jurisprudencia italiana: premisas, requisitos (puño y letra, fecha), firma, reconstrucción del testamento perdido o destruido, testamento *per relationem*.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Sobre la naturaleza y encuadre sistématico de la indignidad para suceder.*—T, I, 1957; págs. 153-155.

Indicadas las diferencias entre la incapacidad y la indignidad para suceder se propugna el aislamiento de la indignidad de la cuestión relativa a la capacidad y, en general, del aspecto subjetivo de la delación, estudiando incluso antes, como presupuesto objetivo de la sucesión, la dignidad o el perdón de la causa de indignidad.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La colación propiamente dicha en el Código Civil español.*—RDEA, año II, núm. 7, mayo-junio 1957; páginas 3-24.

Diferenciando, por una parte, la computación, imputación y reducción de donaciones y, por otra, la colación propiamente dicha, manifiesta el autor que las normas que regulan la colación no son de Derecho necesario, sino que actúan supliendo la voluntad inexpresada por el causante. Lo contrario ocurre con las normas que reglamentan la computación para cálculo de legítimas. Estudio de la colación en su fin, elementos y naturaleza.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### I. Parte general

BALLARIN MARCIAL, Alberto: *La agricultura y el Derecho mercantil.*—RDM, volumen XXIV, núm. 66, octubre-diciembre 1957; págs. 279-306.

Conferencia del autor, en mayo de 1957, en el Cursillo de Derecho Agrario, organizado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Des-

linda el autor los campos respectivos del Derecho agrario y del derecho mercantil, haciendo frente a la afirmación de que también la agricultura está sufriendo los efectos de ese fenómeno general económico que todo lo mercantiliza. Comienza distinguiendo la actividad agraria de la mercantil en su aspecto histórico y actual, relacionando después el problema con la problemática de la empresa para terminar refiriéndose a las actividades específicamente agrarias y mercantiles. El Derecho agrario es indiferente al problema de la unificación del Derecho de obligaciones.

BOLLAIN ROZALEM, José: *El nuevo Reglamento del Registro mercantil.*—RDM, vol. XXIV, núm. 65, julio-septiembre 1957; págs. 113-132.

Continuación del estudio exegético del nuevo Reglamento del Registro mercantil. En el presente número de RDM se examina el título primero (arts. 10-43).

BORRAJO DACRUZ, Efrén: *Problemas comunes al Derecho mercantil y al Derecho del Trabajo.*—RDM, vol. XXIV, núm. 66, octubre-diciembre 1957; páginas 363-391.

Después de delimitar los conceptos «derecho especial» y «derecho nuevo» y las fases y modo de surgir éste, entiende que ambos, históricamente, se identifican materialmente en un momento dado: en un momento histórico dado, el derecho especial suele hacerse valer como expresión típica de un «nuevo individuo histórico-jurídico», y de ahí su aparente identificación. La Historia demostrará la hipótesis del Derecho del trabajo como un derecho especial, en el que se realiza un derecho nuevo que habiendo existido implicado en el Derecho común tradicional como Derecho excepcional ha alcanzado en un determinado momento histórico las fases de «derecho de la sociedad»; luego se ha desarrollado y consolidado como «derecho especial», pudiendo dar origen a un nuevo ordenamiento jurídico común.

GARCÍA PERROTE, José María: *Reseña de Legislación Mercantil.*—RDM, volumen XXIV, núm. 66, octubre-diciembre 1957; págs. 429-436.

Indicación de la legislación mercantil española en el período enero-junio 1957 en materia de Banca y operaciones bancarias, Derecho aéreo, marítimo, capitalización y ahorro, seguros y transportes.

HERRERO NIETO, Bernardino: *Vieja y nueva problemática en torno a la empresa en el Derecho del trabajo.*—RDM, vol. XXIV, núm. 65, julio-septiembre 1957; págs. 55-79.

Se comienza delimitando el concepto de empresa, manifestando su presencia en el Derecho mercantil y en el Derecho laboral. Este contempla en la empresa aspectos jurídicos muy distintos que corresponden a los diversos elementos que predominan en cada fase de la vida laboral de aquélla: el aspecto subjetivo (el empresario), el objetivo (sede de la empresa), el técnico (patrimonio), el cuantitativo (empleados), sindical, etc.

ROWEDDER, Heinz: *Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.*—MDR, año XII, cuad. 1, enero 1957; págs. 1-4.

La Ley alemana contra las limitaciones a la libre competencia ha entrado en vigor el 1 de enero de 1958. Indicación de los aspectos fundamentales de la Ley, que adopta el sistema de prohibición general de la competencia, atenuado con ciertas excepciones. Designada con impropiedad como «Ley sobre los Cártells» regula no sólo la admisibilidad o inadmisibilidad de éstos, sino también fundamentales cuestiones prácticas derivadas de la limitación en la competencia, política de precios, concentración de poderío económico, etc.

ROWEDDER, Heinz: *Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.*—MDR, año XII, cuad. 3, marzo 1958; págs. 129-132.

Continuación del trabajo anterior sobre la Ley alemana contra las limitaciones a la libre competencia, de 27 de julio de 1957. Consideración de la sección segunda de la Ley.

VERDERA TUELLS, Evelio: *La lucha contra los monopolios en Italia.*—RDM, volumen XXIV, núm. 65, julio-septiembre 1957; págs. 7-26.

Se señala la evolución de las tendencias monopolísticas y la posición y desarrollo del legislador ante ellas, para centrarse después en los términos en que la cuestión se configura en Italia a través de su conceptualización privada del problema. Indicación de las Leyes especiales anteriores al Código de 1942 que regula el contrato de consorcio, y de los Proyectos recientes destinados a evitar los daños emanados de las limitaciones en la concurrencia.

## 2. Comerciantes y Sociedades.

BOLLAIN LIRON, Adolfo: *La transferencia de las participaciones sociales en una sociedad de responsabilidad limitada.*—RDEA, año II, núm. 8, julio-agosto 1957; págs. 29-34.

Comentario a una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 1957, que denegó la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada en el Registro mercantil por contener en sus Estatutos pactos que no se avenían con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley sobre estas sociedades, en la relativo a la transmisión *inter vivos* de participaciones sociales.

CRESPI, Alberto: *Deliberazione di nomina degli amministratori di società e mancato adempimento degli obblighi pubblicitari.*—RDDC, año, II, número 4, julio-agosto 1957; págs. 453-462.

El artículo 2.626 del Código civil italiano sanciona a los administradores, síndicos y liquidadores de sociedades que no hagan constar ante el

registro de empresas la denuncia, comunicación o depósito a que están obligados por la ley, o a los que lo hagan de forma incompleta. Relación de esta norma con el problema del nombramiento de dichos cargos y su aceptación expresa o tácita.

GASCÓN HERNÁNDEZ, Juan: *Las cooperativas desde el punto de vista del Derecho mercantil*.—RDM, vol. XXIV, núm. 65, julio-septiembre 1957; páginas 97-102.

Delimitado en concepto de cooperativa frente al de sociedad, el autor entiende que aquélla es más bien una asociación o institución y que su campo no radica, por tanto, ni en el Derecho administrativo, ni en el sindical, ni menos en el mercantil ni en el civil. Son materia del Derecho económico-social.

LANZA, Amilcare: *Fini e limiti dell'amministrazione giudiziara di una società de capitali ex art. 2.409 C. c.*—RDDC, año III, núm. 4, julio-agosto 1957; páginas 453-460.

Amplia consideración jurisprudencial de la administración judicial de una sociedad de capital en base al artículo 2.409 del Código civil italiano, a través de la sentencia de la Corte de Apelación de Milán de 13 de agosto de 1956. La administración judicial, en cuanto extraordinaria, es necesariamente temporal; cesada por transcurso del término no puede ordenarse de nuevo. Actos que no la justifican.

MARTÍN REFORTEILLO, Cirilo: *Las exacciones municipales y las compañías mercantiles*.—RDM, vol. XXIV, núm. 65, julio-septiembre 1957; páginas 27-54.

Crítica a la postura adoptada por las corporaciones municipales en su afán desmesurado de exigir exacciones fiscales a las compañías mercantiles, cuya capacidad económica real no siempre es igual que la aparente. Posición de la jurisprudencia. Excesiva rigidez de las Ordenanzas fiscales; examen de la Legislación.

PERIS, Bernabé: *Las formas de fusión de sociedades y la Orden de 17 de julio de 1956*.—RDM, vol. XXIV, núm. 65, julio-septiembre 1957; páginas 87-96.

Examen y exégesis de la Orden de 17 de julio de 1956, aclaratoria de la de 17 de marzo de 1953, en relación con las normas mercantiles reguladoras de las formas de la fusión de sociedades desde un punto de vista técnico-jurídico, tomando en cuenta el fenómeno de la desvalorización monetaria.

SIMONETTO, Ernesto: *Aspetti dell' intuitus personae nelle cooperative edilizie*.—RDDC, año III, núm. 4, julio-agosto 1957; págs. 461-470.

El Tribunal de Padua ha establecido que en una cooperativa edilicia de responsabilidad limitada, constituida entre empleados de un mismo ente, el socio que dimite de su función por razones de salud puede ser excusado de la cooperativa, cesando el efecto del *intuitus personae* (17-XII-1955). Comentario a esta doctrina, con breves anotaciones bibliográficas.

TIEDAU, Erwin: *Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht*.—MDR, año XI, cuaderno 11, noviembre 1957; págs. 641-646.

Ultimamente la doctrina alemana se ha ocupado del problema de la sucesión en su posición de socio, del que lo es una sociedad colectiva y que responde, por tanto, personalmente por las deudas del ente social. La Sala de lo civil del BGH se ha enfrentado con la cuestión en sentencia de 22-XI-1956. Para la solución de las diversas hipótesis es precisa la minuciosa consideración del caso concreto, pero tratando siempre de armonizar las exigencias del Derecho sucesorio con las derivadas del Derecho de sociedades. Orientaciones generales del autor: construcción jurídica de la sucesión; pretensiones del heredero del socio en base a las normas sucesorias y al contrato de sociedad; cláusulas posibles.

#### 4. Obligaciones y Contratos.

BUONCUORE, Vincenzo: *Il contratto di spedizione*.—DG, año LXXII, número 12, diciembre 1957; págs. 609-624.

Reseña de doctrina y de jurisprudencia italianas con referencia al contrato de expedición. Período 1943-1957.

GARRIGUES, Joaquín: *La operación bancaria y el contrato bancario*.—RDM, vol. XXIV, núm. 66, octubre-diciembre 1957; págs. 249-278.

En un primer apartado, destinado a la operación bancaria, se delimitan los aspectos jurídicos, técnico y económico de la misma. Centrado el trabajo en el primer campo, se adopta la clasificación del Código italiano. Se estudia después el contrato bancario considerando como objeto de él el crédito, el cual sirve de base para la clasificación de los contratos bancarios. Estos se caracterizan desde una cuádruple vertiente: consentimiento, adhesión, comprobación de las prestaciones, buena fe. Termina el autor con una referencia al secreto bancario.

PÉREZ ESCOLAR, Rafael: *Carta Real de Tánger*.—RDM, vol. XXIV, número 66, octubre-diciembre 1957; págs. 391-396.

Breve comentario a la Carta Real de Tánger de 26 de agosto de 1957 sobre régimen de cambios y comercio de exportación e importación en la zona. Régimen de libertad, modificaciones en el sistema fiscal.

ROCA GUILLÉN, Jaime: *El agente de seguros*.—RDM, vol. XXIV, número 66, octubre-diciembre 1957; págs. 397-426.

Estudio del agente de seguros: naturaleza (comisión mercantil), reglamentación española en sus diversas etapas, problemas actuales, propuestas de reforma y Derecho extranjero.

SÁNCHEZ FONTÁNS, José: *Pago por depósito bancario*.—RDEA, año II, número 9, septiembre-octubre 1957; págs. 35-47.

Estudio de Derecho uruguayo. El depósito efectuado por el deudor en la cuenta corriente del acreedor no tiene eficacia liberatoria, ya que el Banco no está legitimado para recibirlo, a menos que exista orden del acreedor. La operación efectuada debe calificarse como depósito irregular, con indicación de un tercero para recibirlo, operándose, por la anotación del Banco en la cuenta corriente de su cliente, una delegación imperfecta de deuda.

##### 5. Derecho Marítimo y Aeronáutico.

BASAS FERNÁNDEZ, Manuel: *Contribución al estudio del seguro marítimo en el siglo XVI*.—RDM, vol. XXIV, núm. 66, octubre-diciembre 1957; páginas 307-346.

Estudio del seguro marítimo en el siglo XVI a través de la reglamentación que de él ofrecía el «Consulado de Burgos» en sus registros de seguros marítimos, en sus usos y costumbres y en sus ordenanzas. Evolución histórica, referencia a las Ordenanzas de 1538 y 1572, y régimen jurídico del seguro.

ECHEVARRIA, Luis: *Notas sobre asistencia, salvamentos, hallazgos y remolques marítimos*. RDM, vol. XXIV, núm. 66, octubre-diciembre 1957; páginas 423-427.

Reseña de la legislación vigente, nacional e internacional, acompañada de ligeros comentarios, sobre las cuestiones indicadas en el epígrafe, después de delimitar los respectivos conceptos en sí mismos y en su relación recíproca.

ECHEVARRIA, Luis: *Crédito naval*.—RDM, vol. XXIV, núm. 65, julio-septiembre 1957; págs. 103-109.

Resumen y ordenación de la legislación vigente, con breves comentarios sobre los préstamos y primas a la construcción de buques, primas a la navegación, hipoteca naval. Breve referencia a la legislación internacional.

PELLISÉ PRATS, B.: *III Curso de divulgación sobre Derecho marítimo...*—RDM, vol. XXIV, núm. 65, julio-septiembre 1957; págs. 111-112.

Indicación de las materias a que estuvo dedicado el III Cursillo de Divulgación del Derecho Marítimo, celebrado en Barcelona (marzo-abril 1957) y organizado por el Comité de Derecho marítimo de aquella ciudad. Dedicado el curso a los daños y accidentes del comercio marítimo.

RUSO, Raffaele: *Panorama de Derecho Italiano de Navegación.*—RDM, vol. XXIV, núm. 66, octubre-diciembre 1957; págs. 349-362.

Indicación de la legislación, doctrina y jurisprudencia italianas sobre el Derecho de la navegación y referente al año 1956.

URIA, R.: *Consideraciones en torno a la responsabilidad del naviero.*—RDM, vol. XXIV, núm. 65, julio-septiembre 1957; págs. 83-85,

Resumen de la conferencia del autor sobre la materia, dada en Vigo en septiembre de 1957. Contra la lógica, siendo el naviero un comerciante, ha existido siempre una tendencia a exonerarse de responsabilidad. El abandono del buque tiene en nuestro Derecho una especial configuración. Panorama extranjero y unificador. España se adhiere en 1949 al Convenio de Bruselas, lo cual supone un rudo golpe a las clausuras exoneratorias de la responsabilidad. La conferencia esta resumida por el profesor Verdura.

## 6. Derecho de quiebra.

ARJONA, Miguel: *El principio de unidad y de universalidad en la quiebra.*—RDEA, año II, núm. 6, marzo-abril 1957; págs. 3-19.

Aun reconociendo los inconvenientes que pueden surgir en el terreno práctico, el autor entiende que en un terreno de pura doctrina ha de llegarse forzosamente a la conclusión de que el principio de la unidad y de la universalidad de la quiebra es el que corresponde mejor al objeto y fin de la institución: un solo procedimiento de quiebra, no obstante la existencia de bienes del quebrado en distintos países.

TORRES DE CRUELLS, Joaquín: *Límites legales de la ocupación en la quiebra.*—RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 6, noviembre-diciembre 1957; páginas 483-493.

Estudio de la ocupación de los bienes del quebrado en nuestro Derecho y partiendo de la base de una reciente sentencia de la Audiencia de Barcelona. Consideración de la jurisprudencia y crítica de la legislación.

## IV. DERECHO PROCESAL

## 1.2. Introducción. Parte general.

FUENTES LOJO, Juan V.: *La suspensión de juicios civiles por causas criminales.*—RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 5, septiembre-octubre 1957; páginas 425-427.

Estudio práctico de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la de Enjuiciamiento criminal que se ocupan de la suspensión del procedimiento civil por causa criminal: 362, 514 Ley Enjuiciamiento civil y 114 Ley Enjuiciamiento criminal. Sólo es clara la primera de estas normas. Requisitos de aplicación de las otras dos.

RUIZ TOMÁS, Pedro: *La cuestión prejudicial civil en el proceso penal.*—RGD, año XIII, núm. 159, diciembre 1957; págs. 1008-1015.

Visión de conjunto de la prejudicialidad netamente civil, sobre todo de la de efectos devolutivos o provisoriamente declinatorios, en el campo penal.

SACCO, Rodolfo: *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova.*—RDDC, año, III, núm. 4, julio-agosto 1957; págs. 399-423.

Consideraciones en torno a la carga de la prueba y su naturaleza en relación con el fenómeno de la presunción y a la naturaleza constitutiva o impeditiva del hecho a probar. La necesidad de prueba es un antecedente lógico de la calificación del hecho. Unidad de ésta y del fenómeno de la presunción. El estudio se publicará en los Escritos jurídicos en honor de Messineo.

SCHUMANN, Alfred: *Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung. Zweifelsfragen.*—MDR, año XII, cuaderno 1, enero 1958; págs. 10-12.

Breve comentario práctico sobre algunas cuestiones dudosas surgidas de la Ley alemana complementaria y modificadora de las costas procesales, de 26-VII-1957.

TSCHISCHGALE, MAX: *Neue Rechtszüge auf Grund des Kostenänderungsgesetzes.*—MDR, año XI, cuaderno 11, noviembre 1957; págs. 648-650.

Consideraciones sobre los nuevos principios a que responde la reforma de las costas en Alemania por la Ley de 26-VII-1957.

ZUNFT: *Zulässigkeit der Verweisung von Rechtsstreitigkeiten zwischen allen Gerichtsbarkheiten mit bindender Wirkung.*—MDR, año XII, cuaderno 2 febrero 1958; págs. 68-70.

Consideraciones en torno a la posibilidad de invocar la analogía para que los tribunales pudieran remitir con eficacia a otra jurisdicción los litigios ante ella planteados, evitando así las cuestiones de competencia negativas.

### 3. Procesos especiales.

AGUILAR CANOSA, Santiago: *Notas sobre la consignación de rentas para apelar en los arrendamientos.*—RGD, Año XIII, núm. 159, diciembre 1957; páginas 1016-1018.

Consideraciones sobre la obligación de consignar las rentas como presupuesto de la apelación en los casos de lanzamiento del arrendatario en relación a las siguientes hipótesis: a) Inexistencia de vínculo arrendaticio. b) Negativa y prueba por el demandado de su carácter de cesionario.

FERRER MARTÍN, Daniel: *Naturaleza de los procedimientos de declaración de incapacidad de los locos y sordomudos.*—RGD, año XIII, núm. 158, noviembre 1957; págs. 907-915.

Entiende al autor que los expedientes para la declaración de incapacidad de los locos y sordomudos son de jurisdicción voluntaria. Formulada oposición se tramitará por el procedimiento de los incidentes, practicándose los diligencias señaladas en el artículo 216 del Código civil como pruebas o como diligencias para mejor proveer, según los casos.

CARGOLLO COTON, Alfonso: *La nueva Ley de lo contencioso-administrativo.*—RDEA, año II, núm. 9, septiembre-octubre 1957; págs. 3-33.

Estudio de conjunto de la nueva ley reguladora del procedimiento contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956.

HERCE QUEMADA, Vicente: *Naturaleza jurídica del proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.*—T, 1, 1957; págs. 39.

Examinadas minuciosamente las distintas teorías sustentadas en torno a la naturaleza del proceso regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, el autor entiende se trata de un proceso *declarativo* (en contraposición al de ejecución), *especial* (en contraposición al ordinario) y *sumario* (por la limitación del conocimiento del juez, por la tasación de las causas de oposición y por el carácter provisional de la resolución). Se trata, en definitiva, de una variante del *proceso monitorio documental*.

LÓPEZ RÍOCEREZO, José María: *Las más graves irregularidades jurídicas en el proceso contra Jesucristo.*—RDEA, año II, núm. 6, marzo-abril 1957; páginas 21-41.

Al margen de nuestros sentimientos de cristianos, el proceso de Cristo, objetivamente considerado en función de Derecho vigente en la época de la Pasión, está lleno de irregularidades en sus diversas fases. Análisis de las mismas y fundamentación.

NEUHAUSS, H.: *Die internationale Zuständigkeit in Ehesachen nach dem Gleichberechtigungsgesetz*.—EF, año V, cuaderno 1, enero 1958; páginas 13-14.

El antiguo § 606 de la ZPO ha sido sustituido por los nuevos §§ 606, 606 a y 606 b en la redacción que les da la Ley de equiparación de 1957. Los párrafos en cuestión reglamentan de nuevo la competencia de los Tribunales en asuntos matrimoniales desde el punto de vista del Derecho internacional privado: competencia general, reconocimiento de sentencias extranjeras, cónyuges no alemanes.

QUARDT, Heinz: *Zinsen für Kosten des Mahnverfahrens?*—MDR, año XII, cuaderno 1, enero 1958; págs. 21-22.

La reforma de la regulación de las costas en Alemania ha añadido al § 104 de la ZPO un párrafo en que se determina que aquéllas produzcan en ciertos casos el 4 por 100 de intereses. Consideraciones sobre el carácter más o menos general de la disposición, con especial alusión al procedimiento monitorio.

REYES MONTERREAL, José María: *El proceso sobre reintegración de la capacidad*.—RGLJ, año CV, tomo 202, núm. 1, enero 1957; págs. 36-80.

Tras unas precisiones generales en torno al concepto y delimitación de la capacidad y su distinción en capacidad jurídica y capacidad de obrar, se fija en los supuestos de demencia o imbecilidad para, una vez desaparecidos estos estados, concretar el procedimiento de restablecimiento del sujeto en la plena capacidad, tomando como punto de partida el proceso de incapacitación. Entiende el autor debe hacerse por la vía de un expediente de jurisdicción voluntaria (razones históricas), precedido de un anfejuicio que puede desembocar en la vía contenciosa. Se destacan a continuación los elementos del procedimiento de reintegración.

#### CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux  
 AFD = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.  
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).  
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.  
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

- BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela
- CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona)
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York)
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (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-Berlin).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
- OZOR = Österreichische 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).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra)
- RDLR = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).

- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Caracas).  
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
 RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
 RFL = Revista del Foro (Lima).  
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).  
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).  
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).  
 RH = Revue Historique de Droit français et étranger (Paris).  
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit.  
 (Bruselas, La Haya).  
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).  
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).  
 RIDCP = 'Revue Internationale de Droit Comparé (Paris).  
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).  
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).  
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).  
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.  
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.  
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).  
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.  
 RL = Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bolonía).  
 RLj = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).  
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
 RS = Rivista delle Società (Milán).  
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).  
 RTDC = Ruve Trimestrielle de Droit Civil (Paris).  
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).  
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Publico (Milán).  
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.  
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).  
 SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).  
 T = Temis. Revista de Ciencias y Técnica Jurídicas (Zaragoza).  
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).  
 ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS

A cargo de Carlos FERNANDEZ RODRIGUEZ, Gabriel GARCIA CANTERO, José Luis MORO, José María PEÑA, Antonio PEREZ VEGA, José Antonio PRIETO y Enrique SECO, bajo la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA.

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general.

1. **NORMAS JURÍDICAS: DEROGACIÓN:** *La modificación o derogación ha de ser hecha por una norma que no tenga rango inferior al de la derogada, según se desprende de los artículos 23 y 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.*

**EFICACIA TEMPORAL DE LA LEY:** *La eficacia de la Ley en el tiempo sólo está subordinada al hecho de que no sea emitida una nueva Ley que expresamente o tácitamente declare que la vieja Ley ya no tiene vigor en todo o en parte, salvo el caso de Leyes temporales que tienen fijado un término de manera explícita o implícita.*

**COMISARÍA DE ABASTECIMIENTOS Y TRANSPORTES: RANGO DE SUS CIRCULARES:** *Creada la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes como Organismo encargado de declarar la libertad o intervención en la contratación, circulación y consumo de las subsistencias, sus circulares en esta materia no son de rango inferior a las Ordenes reguladoras del precio de las subsistencias. (S. 14 de enero de 1958.)*

2. **COSTUMBRE: PRUEBA: LA COSTUMBRE HA DE ALEGARSE Y PROBARSE: COSTUMBRE GENERAL:** *Es inoperante la alegación de una costumbre general en pugna con el artículo 6.º, II del Código civil que se refiere a la costumbre del lugar que podrá coincidir o no con la general. (S. 21 de febrero de 1957; no ha lugar.)*

*Sigue esta sentencia la posición mantenida fundamentalmente por el profesor Castro (1). La opinión dominante (Burón, De Buen. Pérez y Alguer, De Diego) entendía que las costumbres generales podrán ser invocadas como locales en todos y cada uno de los lugares del territorio nacional; pero, según Castro, el artículo 6.º, al invocar la costumbre del lugar ha querido que se trate de costumbre «hic et nunc». Es preciso, por tanto,*

(1) *Derecho civil. Parte General. 3.ª edición. pág. 447.*

la prueba de que, en el lugar donde se dé la relación jurídica cuestionada, la costumbre tiene, efectivamente, vigor. (S. 21 de febrero de 1957; no ha lugar.)

**COSTAS:** Los Tribunales de instancia son soberanos en lo relativo a la imposición de costas y apreciación de las circunstancias para imponerlas, cuando no existe precepto legal concreto relativo a la condena de las mismas. (S. de 21 de febrero de 1957; no ha lugar.)

Dice esta sentencia en su considerando primero que «para la aplicación del párrafo II del artículo 6.º del Código civil se requiere como condición fundamental una laguna de ley; es decir, la contemplación de una cuestión, hecho o situación que carezca de regulación en la Ley, que en ella no se halle contenido; cosa que no ocurre en el caso que plantea el recurso.» (cuantía de indemnización por muerte de una persona por una cox dada por una yegua) (art. 1.905) (J. M. P.).

**3 VECINDAD FORAL: CAMBIO:** El plazo de permanencia ha de transcurrir sin interrupción, como para la usucapción -Ss. de 27 de octubre de 1900 y 23 de diciembre de 1904-, considerándose como interrupción el traslado de domicilio a región distinta durante un año y un día como dice la Sentencia de 29 de mayo de 1992.

**VECINDAD: PRUEBA:** Como dice la Sentencia de 30 de noviembre de 1920 sólo deben merecer la calificación de principios de prueba las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes del término municipal, así como la cédula personal.

**MEJORA EN BIEN TRONCAL DURANTE EL MATRIMONIO: VIZCAYA:** Si el matrimonio se disuelve sin descendencia procede la liquidación conforme al Derecho Común, dividiéndose los gananciales por mitad; pero hechos mejoramientos en bienes troncales propios de uno de los cónyuges, estos bienes, en virtud del principio de troncalidad no pasan a otra rama, sino que únicamente se paga el justo valor de su mitad, a diferencia del artículo 1.404, II del Código civil.

**MANIFESTACIONES SOBRE PROCEDENCIA DEL DINERO CON EL QUE SE EDIFICA DURANTE EL MATRIMONIO:** La manifestación del marido, inscrita en el Registro de la Propiedad, de que los edificios se construyeron a sus expensas, no demuestra que así fuera, según reiterada jurisprudencia, pues es preciso probarlo. (S. 21 de enero de 1958; no ha lugar.)

**4. ABUSO DEL DERECHO: ARRENDAMIENTOS URBANOS SOMETIDOS A LEY DE 1947:** Aun en el supuesto de que pudiera aplicarse el principio del abuso del derecho en la Ley de 1947, no concurren los elementos que le caracterizan, pues al ejercitar su derecho el demandante no traspasó los límites impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, ni actuó con daño para terceros ni contra ningún interés social. (S. de 27 de febrero de 1958; no ha lugar.)

5. DOMICILIO ELECTIVO: LEY HIPOTECARIA: *El artículo 40 del C. c. es una norma general que no impide que, a veces, por prescripción de la Ley o por convenio de los interesados, se establezca, a efectos limitados, un domicilio especial, así en la constitución de hipotecas ordenan los artículos 130 y 131 de la L. H. el señalamiento de un domicilio para la práctica de los requerimientos, y de las notificaciones.*

PROCEDIMIENTO ESPECIAL DEL BANCO HIPOTECARIO: FALLECIMIENTO DEL DEMANDADO: CITACIÓN: *La citación debió hacerse personalmente y no por edictos a la viuda del demandado que vivía en el domicilio señalado en la escritura, en cumplimiento de los artículos 34 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, 11 del D-L de 4 de agosto de 1928 en relación con la estipulación undécima de la escritura de constitución de hipoteca; y los artículos 268 y 269 de la L. e. c... (S. de 30 de noviembre de 1957; no ha lugar.)*

6. SIMULACIÓN: *Existe cuando falta la realidad del contrato, otorgado con la sola finalidad de buscar una apariencia que pusiera a determinados bienes a cubierto de posibles responsabilidades, cuando no se quieren buscar los efectos que conforme a su naturaleza debía producir, pues faltando la causa, ya que sólo, aparentemente, se entrega la cosa y simultáneamente su precio, se produce la simulación o inexistencia real del contrato, que es nulo y sin valor alguno.*

ERROR DE HECHO: *Debe ser demostrado por documentos o actos auténticos que lo pongan de manifiesto, y sólo se aducen los mismos documentos objeto del pleito, que, según reiterada doctrina de esta Sala, no son aptos para este objeto, y, además, puede probarse la inexactitud y falsedad del documento auténtico, ya que la fe notarial no cubre la verdad o seriedad de lo que digan las partes.*

TERCERO ADQUIRENTE DE MALA FE: *Acreditado que el tercero contrató con conocimiento de la simulación, cooperando en ella no puede quedar amparado por la legislación hipotecaria según el artículo 34, ni se convalida la inscripción a tenor del artículo 33.*

FALLO CONTRADICTORIO: *Se alega que la sentencia recurrida contiene pronunciamientos contradictorios al declarar nulo, por simulación, el contrato, por estimar que son incompatibles nulidad y simulación, no advirtiendo que por mucho que se pretenda diferenciar y alambicar los conceptos nunca dejará de ser la simulación un caso de nulidad, de carencia de valor y efectos del acto jurídico. (S. de 14 de marzo de 1958; no ha lugar.)*

7. NULIDAD DE ACTOS CONTRA LO DISPUESTO EN LA LEY: *El precepto del párrafo 1.º del artículo 4.º debe interpretarse con criterio flexible, sin que quepa pensar que toda disconformidad, o toda omisión de formas legales, aunque sean accidentales con relación al acto de que se trate, haya de llevar aparejada la nulidad, sobre todo, cuando existe una legislación especial—la notarial—que regula la materia.*

**DOCUMENTO NOTARIAL: TESTIMONIOS: COPIAS:** *El artículo 27, número 3.º de la Ley del Notariado no es aplicable a los testimonios notariales de documentos privados; ni tampoco lo es el 241 del Reglamento Notarial, como se ve poniéndoles en relación con los artículos 238 y 244 del propio Reglamento, y por eso no es preciso decir en los testimonios de documentos privados la persona a cuya instancia se libran.*

**TESTIMONIOS: COPIAS: PARTE LEGÍTIMA:** *Al decir el notario que los libra a instancia legítima, acredita que conocía a la persona que hacía la petición y su interés; y si no se consigna el nombre de la persona que interesa la copia, ello podría constituir, a lo sumo, una infracción reglamentaria, pero no dar lugar a la nulidad del documento.*

**COPIAS: INTERÉS LEGÍTIMO:** *El interés lo califica el notario a su prudente arbitrio. (S. de 28 de enero de 1958; no ha lugar.)*

8. **DOCUMENTO: TESTIGOS:** *El que la declaración de testigos conste en un documento unido a los autos no basta para convertir en documental esa prueba testifical. (S. 13 de marzo de 1958; no ha lugar.)*

9. **PRUEBA DE TESTIGOS: ARTÍCULO 1.248 DEL C. c.:** *Este artículo no es preceptivo, sino admonitivo, y no puede dar lugar a casación, ya que es de la libre facultad del juzgador la apreciación de la prueba testifical; las reglas de la sana crítica no están especificadas en la ley, y, por tanto, mal pueden citarse como infringidas.*

**PRESUNCIONES: CASACIÓN:** *El artículo 1.253 del C. c. no puede invocarse en casación como infringido, más que a través del número 1.º del 1.692 de la L. e. c. (S. 25 marzo de 1958; no ha lugar.)*

11. **ERROR DE DERECHO:** *Para estimar el error de derecho alegado con relación a las pruebas documental y de testigos es obligado citar el precepto legal valorativo de las mismas que haya sido infringido en la sentencia.*

**RECURSO DE CASACIÓN: PRESUNCIONES:** *La infracción del artículo 1.253 C. c. en cuanto se refiere a la operación lógica de la deducción, sólo puede alegarse por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley adjetiva, con expresión del concepto de la infracción conforme ordena el artículo 1.120 de dicha Ley. (S. 21 de enero de 1958.)*

12. **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: INTERRUPCIÓN: ACCIONA COMO TERCERO:** *A los efectos de la interrupción sólo son eficaces los actos del titular de la acción, actuando como tal titular; pero no si actúa en concepto distinto.*

**CONDICIÓN:** *Si la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación es nula según el artículo 1.114 del C. c.*

**PRESCRIPCIÓN: LEY DE 1 DE ABRIL DE 1939: REQUISITOS:** *La interrupción de la prescripción que señala esta ley se limita a los casos en que por situación de las personas, de los bienes o de los medios necesarios o adecuados no haya sido posible desde entonces (17 de julio de 1936) el ejercicio de los derechos o acciones; o sea que no basta con demostrar que la guerra les afectó. (S. de 7 de enero de 1958; no ha lugar.)*

13. PRESCRIPCIÓN: USATGE «OMNES CAUSAE»: *En Cataluña todo se adquiere y todo se pierde por la prescripción de treinta años, salvo la que requiera mayor plazo o la exija menor.* (S. 16 de noviembre de 1957; no ha lugar.)

## II. Derechos reales.

1. PROPIEDAD PRIVADA: LIMITACIONES: *Los artículos 348, 515, 528, 781, 785, párrafos 2.º y 3.º, y 787 del C. c., receptores y consagradores del principio inspirador de las leyes desvinculadoras, cuya derogación no exige la función social de la propiedad, establecen el régimen de libertad de esta.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» EN EL ARRENDAMIENTO: *Según tiene declarado la jurisprudencia, el derecho de advenir arrendatario que el artículo 73 de la LAU de 1946 regula, lo otorga sólo a los primeros sucesores, sin extenderlo a los sucesivos herederos de éstos hasta el infinito, cual si se tratara de una vinculación indefinida del uso de cosa ajena con posible limitación perpetua de la facultad de uso del propietario.* (S. 25 de noviembre de 1957; no ha lugar.)

*Los advenidos arrendatarios o arrendatarios derivados sustituyen al originario, en cuanto parte creadora de la concorde voluntad privada generadora de la relación arrendaticia, en todos los derechos y obligaciones que de ésta emanan, y entre ellos no se halla el de disposición por actos mortis causa del expresado vínculo, cuya prórroga tampoco concede la Ley al heredero de todo el que al tiempo de fallecer ocupa el puesto de arrendatario, sino al de quien lo ocupa por haber sido parte en el contrato, cuyos efectos, extinguido éste, sólo se mantienen por imperativo legal, al cual no se le puede dar mayor alcance, en contra del derecho de dominio, que el que estrictamente le confiere la disposición legislativa que excepcionalmente lo limita.* (S. de 25 de noviembre de 1957; no ha lugar.)

2. PLANTACIÓN EN SUELO AJENO (TERRENO VECINAL) DE BUENA FE: DERECHO DE RETENCIÓN: *De la remisión que hace el artículo 361 del C. c. al 453 y 454, se desprende el derecho de retención que asiste al que plantó mientras no se le indemnice del valor correspondiente según sentencia de 21 de mayo de 1928.*

PLANTACIÓN EN SUELO AJENO: ADQUISICIÓN DEL DOMINIO DE LOS ÁRBOLES POR EL DUEÑO DEL SUELO: *Hasta que no se haga efectiva la indemnización, el dueño del suelo no adquiere el dominio, según sentencia de 2 de enero de 1928.*

PLANTACIÓN EN SUELO AJENO: REIVINDICACIÓN DE ÁRBOLES: *Si bien, como dice la S. de 23 de marzo de 1943, mientras existe la opción que al dueño del terreno concede el artículo 361 del C. c., ni éste ni el de lo plantado sobre él gozan de la situación de plenitud jurídica que permite el ejercicio de la acción reivindicatoria, a «sensu contrario», cuando el dueño del terreno no indemniza y realiza la corta de los árboles, se coloca en situación que*

*hace procedente la acción reivindicatoria.* (S. de 17 de diciembre de 1957; no ha lugar.)

3. **USUCAPIÓN: JUSTO TÍTULO:** *Por justo título debe entenderse el que sin la tara de la anulabilidad sería idóneo para transmitir directamente el dominio.*

**VENTA POR HEREDERO APARENTE: BUENA FE:** *La buena fe está demostrada, pues los bienes se adquirieron de personas que en el momento de enajenarlos ostentaba títulos de propiedad sobre ellos, como heredero aparente, desconociéndose la apariencia por el comprador y posiblemente por el vendedor.*

**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA; USUCAPIÓN:** *La acción reivindicatoria prescribe a los treinta años, contados desde que puede ser ejercitada, según el artículo 1.963 párrafo 1.º del C. c. y el 1.969 del mismo; pero este plazo queda supeditado a que el poseedor haya adquirido el dominio con anterioridad por usucapación ordinaria, según el párrafo 2.º del 1963 del C. c.*

**INEXISTENCIA: NULIDAD: ANULABILIDAD:** *Lo inexistente representa el no ser, lo nulo, lo pactado contra la ley preceptiva, y lo anulable, lo no comprendido en los dos términos anteriores, si bien viciado en los elementos del negocio que el instituto de la usucapación puede purgar y lo mismo la «ratihabito» de las partes.* (Sentencia 12 de marzo de 1958: no ha lugar.)

4. **USUCAPIÓN CONTRA EL REGISTRO:** *A la usucapación extraordinaria no es aplicable el artículo 1.949 del Código civil, que sólo lo es a la ordinaria.*

**EFICACIA DE LA USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA CONTRA TERCERO HIPOTECARIO: LEY DE 1909:** *El conocimiento de la realidad extrarregistral, o sea, que la finca estaba poseída a título de dueño por persona distinta del transmitente desde tiempo inmemorial, priva al adquirente del carácter de tercero, protegido por la inscripción, siendo eficaz contra él la prescripción.*

**EFICACIA DE LA USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA CONTRA TERCERO HIPOTECARIO: LEY VIGENTE:** *Aunque fuera aplicable la ley vigente, en la actualidad el resultado sería el mismo en cuanto establece en el artículo 36 a) la eficacia de la prescripción consumada, frente a tercero del 34, cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.*

**PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN:** *Dado el carácter inmemorial de la posesión, los actos interruptivos no fueron realizados en tiempo hábil, pues ya estaba consumada la prescripción.*

**PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN:** *El desahucio por precario al ser desestimado, no puede interrumpir la prescripción, de acuerdo con el número 3.º del artículo 1.946 del Código civil.*

**PRUEBA: TESTIGOS:** Aunque afecte a los testigos alguna tacha no quedarían sus declaraciones excluidas de la libre apreciación por el juzgador de instancia.

**PRUEBA: ARTÍCULOS 659 DE LA L. E. C. Y 1.248 DEL CÓDIGO CIVIL:** Ninguno de los dos artículos entraña una regla de obligatoria observancia que motive la casación, dado su carácter admonitivo y la ausencia de norma legal de las reglas de la sana crítica.

**PRUEBA: APRECIACIÓN:** No pueden desintegrarse los elementos de prueba apreciados en su conjunto por el juez de instancia para así obtener resultados contrarios a los de la sentencia recurrida. (Sentencia de 13 de diciembre de 1957: no ha lugar.)

**5. COMUNIDAD DE BIENES: IRRENUNCIABILIDAD E IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DIVISORIA:** La facultad de pedir la división es irrenunciable por estimarse de orden público y, además, por ser mera facultad, imprescindible (1.965 del C. c.)

**COMUNIDAD DE BIENES: ARTÍCULOS 401 Y 404 DEL CÓDIGO CIVIL:** Se da entre estos artículos una simple incongruencia de redacción, pues lo mismo cuando la división material sea simplemente perjudicial que cuando sea imposible, existe el derecho a pedir la disolución de la comunidad mediante la adjudicación o venta.

**COMUNIDAD DE BIENES: INDIVISIBILIDAD DE LA COSA:** Es cuestión de hecho el determinar si una cosa es o no indivisible a los efectos de los artículos 401 y 404 del Código civil. (Sentencia de 28 de noviembre de 1957: no ha lugar.)

**6. AGUAS: APROVECHAMIENTO: FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN:** No ejercitándose acción de dominio sobre las aguas públicas, sino solamente la que interesa que se reconozca un derecho al aprovechamiento de dichas aguas para regar fincas propias no puede entenderse que exista conflicto alguno entre la Administración y los particulares demandantes, por lo que limitándose el litigio a discusión entre particulares la relación jurídica procesal no tiene defectos de constitución.

**INCONGRUENCIA:** Se concede más de lo pedido cuando solicitándose la declaración de un hecho (que determinadas fincas solamente se han regado en una ocasión) se resuelve sobre el derecho a regar aquellas fincas con el caudal de aguas base del litigio. (Sentencia de 21 de marzo de 1958: ha lugar.)

**7. PACTO ANTICRÉTICO: ARRENDAMIENTO: CONTRATO ATÍPICO:** El pacto hecho en documento privado en el que se estipula que el acreedor gozará de un piso de la casa hipotecada durante los tres años que dure el préstamo, compensándose los intereses de éste con el goce del piso, no constituye anticrética, ni por el fin perseguido, ni por el fondo, ni por la forma, y aunque guarda analogías con el arrendamiento, tampoco constituye éste contrato, sino que es un contrato atípico, regido por lo convenido y por los preceptos generales del Código civil sobre obligaciones y contratos.

**PRECONTRATO DE ARRENDAMIENTO: REQUISITOS:** *Para que haya precontrato de arrendamiento es preciso que haya acuerdo sobre la cosa, plazo y precio del arriendo o que se señale un tercero para la fijación del mismo en cumplimiento del artículo 1.261 y 1.543 del Código civil.*

**PREARIO:** *Transcurrido el plazo de tres años durante los que disfrutó el piso en virtud de un contrato innominado, quedó privado de título legal de posesión y convertido en simple precarista. (Sentencia de 27 de mayo de 1958; ha lugar.)*

**NOTA.**—Se trata de un préstamo garantizado con hipoteca. En el mismo despacho del notario se redacta un documento privado en el que se conviene que se compensen los intereses con el goce de unos de los pisos de la finca hipotecada. El Tribunal Supremo dice que no hay ni anticresis, pues la finalidad de ésta —la garantía— ya está cumplida con la hipoteca; ni arrendamiento, pues en la escritura —que hay que poner en relación con el documento privado, por estar redactado inmediatamente antes— se dice expresamente «sin pago de alquiler ni arriendo alguno», con lo que las partes repudian el arrendamiento. Entiende el Tribunal Supremo que estamos ante un contrato atípico. El origen de la anticresis es el pacto que contemplamos, que se añadía a la prenda o a la hipoteca, y que sólo posteriormente se configura como derecho de garantía independiente. (J. M. P.)

**8. TITULAR REGISTRAL: PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA:** *Inscrito el dominio a nombre de una persona tiene como titular registral la posesión real, precisa para promover la demanda de desahucio por precario, de conformidad con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.*

**COMODATO: PREARIO:** *La concesión gratuita de una cosa, sin determinación de uso ni de tiempo, no entraña actualmente precario, sino comodato.*

### III. Derecho de obligaciones.

**1. DAÑOS Y PERJUICIOS: REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN:** *Se requiere en nuestro Derecho, salvo contadas desviaciones específicas, no sólo el concurso de la causalidad física en el acto dañoso indemnizable, sino con éste el elemento culposo de imprevisión o falta de la diligencia que impongan las circunstancias del caso.*

**ABUSO DEL DERECHO:** *La doctrina sobre el abuso del derecho, ya se centre en la intención única e indudable de dañar, ya en actuar contra los fines económico-sociales del derecho del mismo, ora en otras circunstancias, no puede ser aplicada a los demandados que al invocar sus propios títulos de crédito lo hicieron en cumplimiento de deberes sindicales y ante el órgano estatuido en la vía sindical. (Sentencia de 17 de febrero de 1958; no ha lugar.)*

**2. DAÑO POR ARTÍCULO INJURIOSO:** *El artículo publicado contiene una crítica severa al aludir a los defectos observados en la luminotecnica que estuvo a cargo del recurrente; mas de su contenido total no resulta comprobado el ánimo de injuriar ni de difamar, sino el de cumplir un deber de información al público, no mencionándose el nombre del contratante ni*

*apareciendo demostrado que se hayan ocasionado daños y perjuicios.* (Sentencia de 28 de febrero de 1958: ha lugar.)

3. OBLIGACIONES: NOVACIÓN: *No implica alteración de condiciones esenciales del contrato, sino sólo de las accidentales, y por tanto, sin eficacia novatoria las modificaciones relacionadas con el modo de cumplimiento de las obligaciones, alteraciones de plazo y adición de garantías.* (Sentencia de 18 de marzo de 1958.)

CONTRATOS: INCUMPLIMIENTO: *En los contratos de vigencia limitada, pasada la fecha límite, no puede exigirse su cumplimiento ni su resolución haciendo revivir las obligaciones nacidas del contrato, puesto que éstos se extinguen por el transcurso del plazo de su vigencia.*

CLÁUSULA PENAL: *La incompatibilidad de la pena con la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses se refiere a los intereses debidos por falta de cumplimiento del contrato, pero no a los que se deriven del incumplimiento de la pena.* (Sentencia de 17 de marzo de 1958: no ha lugar.)

5. CONTRATOS: PRINCIPIO «REBUS SIC STANTIBUS»: REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN: *La jurisprudencia no autoriza aplicar el principio «rebus sic stantibus» si el cambio de circunstancias sólo es debido a la actuación de una de las partes.*

ARRENDAMIENTO URBANO: INALTERABILIDAD DE LA RENTA: *Una vez establecidas unas rentas no pueden ser alteradas por la sola voluntad o descuido del arrendador.* (Sentencia de 28 de noviembre de 1957: no ha lugar.)

La propietaria de un inmueble urbano arrendó los diferentes pisos del mismo a varios inquilinos por determinado precio. Las rentas fueron calculadas sobre la base de que la propietaria iba a gozar de diversas exenciones fiscales derivadas de la Ley del Paro de 1935, y en varios de los contratos de arrendamiento se estipuló que la arrendadora podría cobrar de los inquilinos los impuestos que legalmente pesaran sobre ella si la exención de los mismos por efecto de la Ley del Paro no la fuera concedida. El litigio versó sobre el derecho de la propietaria a percibir de los inquilinos el importe de las contribuciones que había de pagar a la Hacienda (o ya satisfechas a ésta), por no haber llegado a gozar de las exenciones de contribución antes aludidas. La necesidad del pago a la Hacienda fué debida a no haber actuado la propietaria en la gestión del inmueble de manera tal que dicha señora llegase a reunir los requisitos para gozar de las exenciones tributarias. En primera y en segunda instancia se negó a la arrendadora el derecho de cobrar otras rentas que las expresamente pactadas para el caso de no proceder la repercusión del importe de las contribuciones sobre los inquilinos. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación sobre el fundamento, entre otros, del siguiente

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que los arrendamientos de autos eran de libre contratación por ser posteriores a 1 de enero de 1942 y que en virtud de esto se pactaron libremente sus mercedes arrendaticias, unas infe-

riores y otras superiores a 250 pesetas mensuales, esto no implica que una vez establecidas esas rentas pudieran ser alteradas para los arrendatarios contratantes, como propugnan los motivos cuarto, sexto y noveno del recurso, por la sola voluntad o descuido de la arrendadora, pues a esto equivale la cláusula inserta en seis de esos contratos, de que si no se consiguiesen los beneficios de la Ley del Paro se pagaría entre todos los inquilinos la contribución territorial que se impusiera a la finca, porque ese pago no era la repercusión que autoriza la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que no es aplicable sino un aumento sobre lo pactado, consecuencia sólo de la actitud de la propietaria, ya que debido exclusivamente a que ésta pactó precios superiores a los permitidos por la Legislación mencionada del Paro Obrero no fueron concedidos los beneficios de ella, y no puede determinar esa elevación de la merced arrendataria la sola voluntad de una de las partes contratantes, no siendo de aplicación a este caso el principio jurídico *rebus sic stantibus* que invoca el motivo sexto, porque la jurisprudencia no lo autoriza en casos en que, como queda sentado, el cambio de circunstancias sólo es debido a la actuación de una de las partes.

6. NULIDAD DE LOS CONTRATOS: PERSONAS QUE PUEDEN EJERCITAR LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 1.300 DEL CÓDIGO CIVIL: *Pueden promover la acción de nulidad aquellos a quienes perjudique la obligación.*

VENTA DE COSA AJENA: NULIDAD EN CASO DE ENRIQUECIMIENTO ILEGAL: *Es nula la escritura de venta, ya que de no ser así daría lugar al enriquecimiento de una de las partes en perjuicio de las demás, y en particular de las que no figuran en la escritura, las que resultan desposeídas de su derecho por un acto en el que no tuvieron intervención.*

VENTA DE COSA AJENA: INVOCACIÓN DE LA NULIDAD POR EL CAUSANTE DEL ERROR COMETIDO: *Puede ejercitar la acción de nulidad el causante del error cometido, pues si es cierto que dió origen a las escrituras otorgadas es igualmente exacto que la parte compradora cooperó de modo personal a la nulidad declarada.* (Sentencia de 14 de febrero de 1957: no ha lugar.)

Los hechos son los siguientes: Según una escritura pública de venta, don Cristóbal, dueño de una casa, la vendió a doña Dolores. Dicha compradora, a su vez, vendió la casa a su padre, también mediante documento público. Sin embargo, ambas ventas (y la consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad) fueron declaradas nulas por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Territorial, sobre la base de que la casa no pertenecía exclusivamente a don Cristóbal, en virtud del título alegado en la primera escritura de venta y de que, por el contrario, don Cristóbal era tan sólo uno de los coherederos a los que la casa correspondía. Interpuso recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestimó por los fundamentos expuestos.

7. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: REGLAS GENERALES: *Es principio general del Derecho, establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la interpretación de los negocios jurídicos, contenidos en los contratos, es materia de libre apreciación y de la soberanía de la Sala sentenciadora,*

con la excepción de la posibilidad del recurso al amparo del número 7.º del artículo 1.962 LEC o del número 1.º de dicho artículo.

*Al resolver, explicar o aclarar el sentido de las cláusulas oscuras ha de tenerse en cuenta el principio de la buena fe, en unión con los principios básicos cardinales (artículos 1.281 a 1.283 C. c.) y subsidiarios (artículos 1.284 a 1.287 C. c.).*

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO «DE ARRENDAMIENTO Y ARRANQUE DE CARBÓN»: ACTOS ANTERIORES AL CONTRATO: *Al interpretar una cláusula han de apreciarse las circunstancias que precedieron al concierto sobre el arriendo, a las que ha de atenderse por disposición expresa de la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 26 de marzo de 1923 y de 8 de abril de 1931), según la cual el artículo 1.285 del Código civil no excluye los actos anteriores al contrato. (Sentencia, de 16 de octubre de 1957: ha lugar uno de los dos recursos.)*

8. COMPRAVENTA: ARTÍCULO 1.502: *No puede aplicarse este artículo cuando el comprador, con conocimiento del ejercicio de la acción reivindicatoria, por demanda anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad y aceptando sus consecuencias jurídicas, compra la cosa y se aviene a pagar el precio al hacerse cargo de la misma. (Sentencia de 15 de febrero de 1958: no ha lugar.)*

9. COMPRAVENTA: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *Habiendo dejado de pagar dentro del plazo debido, es indudable la aplicación del artículo 1.504 del Código civil, sin que pueda hablarse de mero retraso por parte del comprador, porque éste es precisamente el supuesto del referido precepto sustantivo. (Sentencia de 3 de marzo de 1958: no ha lugar.)*

10. COMPRAVENTA: ARRAS: ARTÍCULO 1.454 DEL CÓDIGO CIVIL: *Este artículo tiene carácter dispositivo, pudiendo darse a las arras otro carácter que el de arras penitenciales; el citado artículo contiene una calificación supletoria de la voluntad de las partes. (Sentencia 1 de abril de 1958; no ha lugar.)*

11. RETRACTO GENTILICIO EN NAVARRA: BIENES DEL CONQUISTA: PERSONAS A QUIENES CORRESPONDE: *En caso de venta de bienes de conquista corresponde el ejercicio del retracto a los hijos y nietos del vendedor.*

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *Toda restricción de la libre disposición de bienes ha de ser interpretada con criterio restrictivo, sin poderla extender a casos no comprendidos taxativamente en ella. Debe advertirse además que en esta materia no cabe laguna, ya que la Ley pudo otorgar el retracto a quien lo creyera conveniente y lo limitó a personas determinadas, con lo que no puede producirse aquélla en el sentido técnico que se infiere del artículo 6.º del Código civil. (Sentencia de 6 de mayo de 1958: ha lugar.)*

I. Los bienes conquistados adquiridos por el matrimonio fueron divididos entre los hijos y los herederos del «conquistante» y uno de éstos vendió el inmueble comprendido en ellos a un extraño, suscitando el retracto gentilicio uno de los hermanos del vendedor, hijo del conquistante.

II. El Tribunal Supremo revoca la Sentencia de la Audiencia y distin-

que entre: a), bienes de abolorio y patrimonio, que son los verdaderamente familiares en el sentido del Fuero, respecto de los cuales el capítulo V, título XII, libro 3.º del Fuero General de Navarra reconoce el derecho de retracto a los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado del vendedor, y b), los bienes de Conquista, en los cuales sólo los hijos o nietos del vendedor pueden hacerlo, conforme a la Ley 2.ª, título 3.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra. Queda, pues, centrado, en esta clase de bienes, que la persona del vendedor es la determinante de quienes tienen derecho a él.

12. DONACIÓN INOFICIOSA EN NAVARRA: *Es difícil que una donación sea inoficiosa en Navarra dado el escaso contenido económico de la legítima, cinco sueldos y sendas robadas en los montes comunes.* (Sentencia de 21 de marzo de 1958: no ha lugar.)

13. PRÉSTAMO: CONGRUENCIA: *Aunque su punto de vista jurídico sobre unos hechos pueda ser distinto [en la fundamentación legal dada por el juzgador a la sentencia] al señalado por las partes, es indudable que se ha de guardar todo respeto a las pretensiones o causa de pedir que alegan los litigantes, y en consecuencia, se da la incongruencia denunciada cuando la sentencia de la Sala establece una razón de pedir o causa petendi, como fundamento de la petición, que no fué solicitada ante el órgano jurisdiccional al que se acudió, produciéndose un cambio o rectificación de la pretensión aducida en el debate.* (Sentencia de 28 de febrero de 1958: ha lugar.)

14. PRÉSTAMO USUARIO: *Si bien la compraventa con pacto de retro sola que versa el litigio constituye un contrato simulado de préstamo con interés, no puede calificarse de usurario, puesto que no cabe considerar situación angustiosa el encontrarse pura y simplemente en necesidad de numerario.* (S. 6 de mayo de 1958; no ha lugar.)

15. ARRENDAMIENTO DE SERVICIO: CONGRUENCIA: *Se incide en el defecto de incongruencia denunciado por el impugnante, porque la Audiencia no puede convertir la oposición de la demandada (que no reconvinó) en una nueva acción no suplicada por el actor y negada por él de un modo insistente, y porque otorga como suplemento de merced arrendaticia lo que se pidió por servicios profesionales prestados; pues no está vedado que los pronunciamientos tengan fundamentación jurídica diversa de la alegada por las partes, ni es obligado que coincidan literalmente con las pretensiones, a condición de que ello no implique una alteración de la causa de pedir y que se dé la identidad del fallo con aquéllas.* (S. de 23 de abril de 1958; ha lugar al recurso.)

16. CONTRATO DE SOCIEDAD: *No existe un contrato de sociedad cuando los contratantes no constituyen una entidad con personalidad distinta de la de ellos ni transfieren a ella la propiedad de un terreno y unas herramientas, sino que se limitan a hacer esa aportación para su uso y a operar a nombre de uno de los contratantes.*

ERROR DE HECHO: *El error de hecho en la apreciación de la prueba se da cuando el juzgador no estima la realidad de unos hechos determinados*

o da por acreditados los que no aparecen de la prueba, pero no se produce cuando de ciertos hechos admitidos no deduce como acreditada una situación jurídica. (S. de 12 de noviembre de 1957.)

17. GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS: *Es incompatible con la idea de cuasi-contrato, la existencia de un convenio expreso o tácito por el que se determinó el precio de determinados servicios.* (S. 13 de marzo de 1958; no ha lugar.)

18. DAÑOS Y PERJUICIOS: MUERTE DE UNA NIÑA POR INCUMPLIMIENTO DEL SEGURO MÉDICO: NEGLIGENCIA: NO HABER SERVICIO DE URGENCIA Y DE GUARDIA: CAUSALIDAD: *Probada la infracción contractual, el daño y una relación de causa a efecto entre aquella y éste nace la obligación de indemnizar.* (S. 6 de febrero de 1958; no ha lugar.)

HECHOS: Se condena en esta sentencia a indemnizar a los padres por la muerte de su hija, que no fué operada rápidamente de apendicitis, a pesar de la urgencia del caso. No tenía la Sociedad demandada establecido el servicio de urgencia y tardó varias horas en llegar el cirujano.

19. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS: *En caso de concurrencia de culpas se puede repartir la responsabilidad entre el agente y el perjudicado.*

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS: ARTÍCULO 1.103 DEL CÓDIGO CIVIL: *La facultad que el 1.103 del C. c. concede a los Tribunales de moderar la responsabilidad procedente de culpa, según los casos, se puede aplicar también a las obligaciones nacidas de culpa extracontractual consiguiendo así repartir la responsabilidad con el perjudicado.*

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN: *Lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios y determinación de su cuantía dentro de lo pedido, cómo cuestiones de hecho una y otra, son de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador.*

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS NO PATRIMONIALES: PÉRDIDA DE LA VIDA: *Corresponde fijar su cuantía al juzgador prudencialmente según las circunstancias de cada caso y conforme a la equidad.* (S. de 14 de octubre de 1957; no ha lugar.)

En cuanto a la concurrencia de culpa dice esta Sentencia en sus considerandos que «se plantea el problema de si desaparece el deber de indemnizar o cabe que los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, puedan sopesar, comparándolas, las culpas de ambas partes, para imputar las consecuencias del hecho dañoso de manera exclusiva a una de ellas o para repartirlas equitativamente entre las dos». Los principios del nexo causal al reconocer como causa aquella condición que se halla en conexión adecuada con el resultado dañoso, no excluye la posibilidad de la concurrencia de dos condiciones que impliquen esa conexión adecuada al daño, como sucede cuando concurren la culpa del agente y la del perjudicado, pudiendo los Tribunales moderar la responsabilidad del

agente y reducir en proporción su deber de indemnización repartiendo el daño con el perjudicado». «La influencia de la culpa del perjudicado, se ha reconocido reiteradamente por la Jurisprudencia, como una derivación de la necesidad del nexo causal entre el acto que obliga a indemnizar y el daño (Ss. de 7 de marzo de 1902, 16 de junio y 22 y 23 de diciembre de 1905, 13 de junio de 1923, 5 de mayo de 1925, 22 y 27 de diciembre de 1928 y 26 de octubre de 1930), y si bien la Sentencia de 21 de diciembre de 1910 concurriendo culpa apreciada en ambas partes, imputa los daños al agente, pese a la realidad de una cierta imprudencia del lesionado, las sentencias de 18 de enero de 1936 y 10 de julio de 1943, reconocen la posibilidad de que la concurrencia de culpa pueda ser compensada o compartida entre el agente y el perjudicado». (J. M. P.)

20. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS CAUSADOS POR LOS ANIMALES: *Es responsable la heredad de caza de los daños causados por ésta en las fincas vecinas, aunque el aprovechamiento de la caza esté arrendado a terceros, pues esta locación implica que no se hizo lo necesario para impedir su multiplicación y que se dificultó la persecución de la caza por los dueños de las fincas dañadas.* (S. 8 de abril de 1958; no ha lugar.)

21. CULPA EXTRACONTRACTUAL: REQUISITOS: *Para la existencia de la obligación que encierra el artículo 1.902 del C. c. es necesario la concurrencia de estos requisitos: Primero, agente que por acción y omisión ilícita incurra en culpa; segundo, daño real ocasionado, y tercero, nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño.* (S. de 6 de febrero de 1958; no ha lugar.)

22. DAÑOS Y PERJUICIOS: NEGLIGENCIA DE LOS ÓRGANOS RECTORES DE UNA COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD: *Es responsable la empresa, por negligencia de sus órganos rectores, al no adoptar las precauciones necesarias para tener la línea en condiciones de seguridad exigidas por el artículo 37 del Reglamento de instalaciones eléctricas de 27 de marzo de 1919 y por falta también de actuación inmediata del mecanismo de interrupción automática de la corriente.* (S. de 10 de enero de 1958; no ha lugar.)

#### IV. Arrendamiento de cosas.

1. ARRENDAMIENTO DE MINA: DESAHUCIO: FALTA DE PAGO: RENTAS VENCIDAS: *Solicitando por la parte recurrida en el acto de la vista que sea declarada la inadmisión del recurso sin entrar a conocer los motivos que en él se contienen al no figurar acreditado en forma debida que se tienen pagadas o consignadas las rentas vencidas, dicho pedimento no es viable, ya que se solicita el desahucio fundado en la falta de pago de las cantidades adeudadas en concepto de renta y siendo ésta en parte incierta, variable e indeterminada, su fijación depende de la liquidación que en su día se ha de practicar.*

NOVACIÓN: *Requiere como condición fundamental que de modo expreso se declare terminantemente la extinción de la obligación anterior, o que de*

*sus términos aparezca que una y otra son de todo punto incompatibles, lo que no acontece en el caso presente al no alterar la esencia de la obligación. (S. de 13 de marzo de 1958; no ha lugar.)*

**2. ARRENDAMIENTO URBANO: SOLAR:** *Para determinar la naturaleza del objeto arrendado hay que remontarse al momento mismo de la formalización del contrato, y tener en cuenta que el arrendador sólo pudo ceder lo que entonces poseía, con independencia de su ulterior destino y de los fines que el arrendatario se proponga. (S. 20 de marzo de 1958; ha lugar.)*

**3. ARRENDAMIENTO URBANO: SOLAR:** *No es la voluntad de las partes la que puede decidir si el espacio arrendado tiene el carácter de solar. No priva, por otra parte, del carácter de solar la edificación cuando por su desproporción con la superficie arrendada resulten ser elementos accesorios sin relevancia alguna. (S. 21 de febrero de 1958; ha lugar.)*

**4. ARRENDAMIENTO DE SOLAR: DESAHUCIO POR INFRACCIÓN DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO:** *Procede el desahucio del arrendatario si éste, contraviniendo a lo pactado, realizó obras en el solar arrendado, aunque estas obras fueron efectuadas cumpliendo órdenes del Ayuntamiento, anteriores en un año al contrato de arrendamiento, según el cual incumbían al arrendador las obras precisas para el disfrute del local. (S. de 27 de diciembre de 1957; ha lugar.)*

**5. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CONCEPTO:** *Si lo que se cede en uso y disfrute al arrendatario es todo o parte de un edificio dotado de los elementos precisos y debidamente organizados para la obtención de un producto económico y susceptibles de explotación inmediata o pendiente de meras formalidades administrativas, se estará en presencia de la unidad patrimonial con vida propia, creada por el arrendador y constitutiva del concepto de industria a que se refiere el artículo 4.º de la LAU (texto articulado de 21 de diciembre de 1947.)*

**ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CONTRATO ÚNICO:** *No existe arrendamiento doble si la unidad del vínculo contractual se infiere, evidentemente, por interpretación sistemática y gramatical del pacto sobre el edificio y enseres que constituyen el objeto de lo convenido, del precio global señalado al conjunto y de la propia finalidad perseguida por los contratantes al estipular que ambos elementos habrían de ser utilizados para la explotación del café y fonda que estaban en funcionamiento.*

**ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: ELEVACIÓN DEL ALQUILER: SIGNIFICACIÓN JURÍDICA:** *El incremento del alquiler por mera conformidad de los interesados implica modificación solamente del precio del arriendo, dejando subsistente en lo demás la relación arrendaticia inicialmente concertada, por lo que no se ha producido novación extintiva.*

**ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CONCEPTO:** *Si lo cedido es el edificio desnudo, o con elementos desarticulados no aptos por sí solos para una finalidad industrial, aunque utilizables en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza para un negocio que él va a crear, la relación ju-*

*ridica establecida será la de un arrendamiento de local de negocio, comprendido en el artículo 5.º de la LAU (texto articulado de 1947). (S. de 3 de diciembre de 1957; no ha lugar.)*

6. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: REQUISITOS: *Es intrascendente, a efectos de la calificación jurídica del arrendamiento de industria, que no fuera el arrendador quien venía explotando el negocio hotelero, pues lo que importa es que dicho arrendador sea titular de una unidad de patrimonio con vida propia.*

7. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *Si en el contrato se dice que se cede en arrendamiento la tienda, en pleno y normal funcionamiento con los efectos y enseres que se detallan, se está en presencia de un arrendamiento de negocio o industria regido por el artículo 4.º de LAU 1946.*

PRESUNCIONES: *Comprobándose la existencia de elementos base para el negocio a que se destina el local, que no son del arrendatario, con buena lógica deduce la sentencia recurrida que pertenecen al arrendador.*

REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: *El artículo 133 LAU. 1946 sólo funciona cuando el contrato afecta al local, que es lo que grava la contribución territorial, pero no cuando tiene por objeto una industria o negocio. (S. 18 de marzo de 1958; no ha lugar.)*

3. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: LOCALES DESTINADOS A CASINO: *El arrendamiento de unos locales para la instalación de un Círculo o Casino es un arrendamiento de local de negocio, según tiene declarado esta sentencia de 22 de octubre de 1949, con referencia a una sociedad de recreo.*

ARRENDAMIENTO DE LOCALES DESTINADOS A CASINO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: REQUISITOS: *Tratándose de un local arrendado para Casino o Círculo, es decir, de un local de negocio, procede el cumplimiento íntegro de todos los requisitos formales que exige el artículo 90 de la Ley especial para que pueda prosperar la negativa a la prórroga arrendaticia por causa de necesidad. (S. de 26 de noviembre de 1957; no ha lugar.)*

9. ARRENDAMIENTO URBANO: ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Lo constituye el arrendamiento de un local con los instrumentos suficientes para la explotación del negocio de cinematógrafo, aunque no se verifique directamente por el arrendatario, con tal que dichos instrumentos sean propiedad del arrendador. (S. 21 de marzo de 1958; no ha lugar.)*

10. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (1946): ANALOGÍA: *La aplicación de la Ley por analogía sólo es viable para llenar una laguna de la misma ley, aplicando extensivamente los principios de ésta a un caso no provisto por ella, aunque referido a las materias que ella regula.*

**TRASPASO ILEGAL DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN:** *El plazo de prescripción de la acción impugnadora de los traspasos hechos a espaldas del arrendador, es el general regulado en el C. c., no siendo aplicable analógicamente el precepto del artículo 36 de la LAU. (Sentencia de 28 de septiembre de 1957; no ha lugar.)*

**OBSERVACIONES:** *Acerca de la utilización de la regla de analogía del artículo 13 y la LAU de 1946, puede verse la sentencia de 21 de noviembre de 1950 (Anuario, VI-I, 1951, p. 363 y sigs.).*

11. **ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU DE 1946: SOBREPRECIO POR SUBARRIENDO: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª:** *Para que sea exigible el sobreprecio autorizado por la Disp. trans. 2.ª LAU. 1946, es preciso que la vivienda o local de negocio se hallare total o parcialmente subarrendado en 1.º de octubre de 1946 por plazo no inferior a seis meses anteriores a esta fecha.*

**IRRETROACTIVIDAD DE LA ELEVACIÓN DE RENTA:** *La elevación de renta no tiene carácter retroactivo, no siendo obstáculo a ello la Disp. trans. 2.ª LAU 1946. (Sentencia 28 febrero de 1958: no ha lugar.)*

12. **ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU DE 1946: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: INEFICACIA DE LA DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA:** *La extemporánea declaración a Hacienda por parte del arrendador no impide el ejercicio de la acción novatoria del art. 133 LAU.*

**MORATORIA FISCAL DEL DECRETO LEY DE 23-XII-1954:** *No es aplicable la moratoria fiscal del Decreto-ley de 23-XII-54 cuando el inquilino ejerció su facultad de novar la renta con anterioridad a la formulación de la declaración.*

**PLAZO DE CADUCIDAD:** *El plazo de caducidad del artículo 130 no es aplicable a la acción novatoria del artículo 133. (S. 8 abril de 1958; ha lugar.)*

Esta sentencia sienta en el Considerando 2.º los fundamentos últimos del artículo 133; se trata de asegurar «la justicia fiscal o justa distribución entre todos de la totalidad de las cargas de la comunidad»; el efecto civil se formula así: «el arrendador, pasado el plazo que al efecto marcan las leyes tributarias, no puede lícitamente cobrar en ningún caso mayor renta que la que utiliza la Hacienda como base impositiva», «el arrendatario no está obligado a pagar nada que exceda de la renta fiscal lícita». Formulación, sin embargo, no totalmente aplicables a la LAU. vigente. Los aumentos de renta cuya declaración no se hace en tiempo oportuno a la Hacienda, corresponden a varios porcentajes semestrales establecidos por el D. 17-V-1952. La presentación de la demanda tiene lugar el 29 de julio de 1954 y la declaración fuera de plazo a Hacienda, el 31 del mismo mes. La aplicación del artículo 1.º, párrafo 2.º del Decreto-ley cit., es correcta (cfr. GARCÍA CANTERO, comentario legislativo del mismo en ADC, VIII-2.º, p. 511). (G. C. C.)

13. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU DE 1946; DESAHUCIO POR CAMBIO DE DESTINO: *No procede si el Tribunal de Instancia, apreciando en conjunto la prueba, declara que el local litigioso se destinó siempre a la venta de cereales.*

PRUEBA: ACTA NOTARIAL: *Las actas notariales de presencia, conforme al artículo 199 del Reglamento Notarial, prueban la realidad del hecho que origina su autorización; pero la levantada en el caso de autos no es hábil para acreditar que se hubiese transformado en almacén el local de negocio arrendado.* (S. 23 mayo de 1958; no ha lugar.)

14. ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDO A LAU 1946: REVISIÓN DE RENTAS: LEGITIMACIÓN PASIVA DEL COMUNERO: *El copropietario que actuó como arrendador está legitimado pasivamente en un proceso de revisión de rentas, no siendo necesario demandar a los demás copropietarios que no fueron parte en el contrato.* (S. 30 de octubre de 1957: no ha lugar.)

15. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU 1946: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: LOCAL EXENTO DE CONTRIBUCIÓN: *Si el local arrendado está exento de contribución territorial, se carece de uno de los términos de la comparación precisa para la aplicación del precepto.* (S. 14 de marzo de 1958; no ha lugar.)

16. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: CASA CON UN SOLO INQUILINO QUE HA SUBARRENDADO PARCIALMENTE: *No puede ejercitar el retracto el inquilino único, que haciendo uso de la facultad de subarrendar concedida, subarrienda varias habitaciones dando lugar a la formación de varias viviendas y colocándose por ello fuera de la hipótesis legal.*

SENTIDO FINALISTA DE LA LEY: *Esta tiende a amparar al inquilino sobre la base de que ocupe el local arrendado, pero no cuando mediante el subarriendo lo haga objeto de especulación utilizándolo con fines ajenos a la esencia propia del contrato de arrendamiento.* (S. 21 de enero de 1958; no ha lugar.)

17. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: AMPLIACIÓN DE PLAZO: *El artículo 17 de la Ley de 15 de julio de 1952 en relación con el Decreto de 28 de noviembre del mismo año, ampliam el plazo para ejercitar el retracto en cuatro meses, aunque no se ejercitara el derecho de tanteo.* (S. 19 febrero 1958; ha lugar.)

18. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO EN CASO DE PERMUTA: *Permutadas dos fincas urbanas, no cabe que el arrendatario de una de ellas ejercite el retracto.*

NATURALEZA DE LOS CONTRATOS: *Los contratos son en el orden legal lo que corresponde conforme a la naturaleza del derecho material y obligaciones que de él dimanen, careciendo las partes de libertad para definirlo o acomodarlo según su voluntad o capricho.*

**CALIFICACIÓN DE PERMUTA:** *El artículo 1.445 del C. c. asigna al principal valor a fin de calificar el contrato, a la intención de las partes y no constando ésta o expresada de forma ambigua o confusa se atenderá al valor de la cosa dada en parte del precio.* (S. 24 de enero de 1958; no ha lugar.)

19. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO; CADUCIDAD:** *El plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto no puede computarse sino a partir de la notificación al locatario por conducto notarial de la venta. La fecha de inscripción en el Registro es intrascendente si no va precedida de dicha intimación.*

**AGRUPACIÓN DE PISOS:** *Tiene lugar el retracto cuando el propietario agrupa varios pisos y los enajena conjuntamente por un precio global siempre que la facultad de retraer se limite a la adquisición del objeto del arriendo mediante el abono del precio proporcional fijado pericialmente.* (S. 29 marzo 1958; ha lugar.)

I. Véase art. 48 Ley vigente. Concuerdan las Sentencias de 24 de junio de 1954 y 14 de marzo de 1956.

II. Concuerdan las Sentencias 8 julio 1952 y 4 noviembre 1955.

20. **ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: NEGATIVA DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO:** *La necesidad invocada por una mujer casada, debido a la notoria insuficiencia de la vivienda que ocupa en precario, no desaparece por el hecho de que su marido trabaje en localidad distinta de donde radica la finca.*

**COSA JUZGADA:** *No hay identidad de objeto entre un proceso en que se ejercita la negativa de la prórroga por necesitar el local arrendado para instalar el hogar, y otro en que se deniega la prórroga para instalar la propia industria.* (S. de 24 de mayo de 1958; no ha lugar.)

21. **ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDO A LAU: NEGATIVA DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO:** *Para apreciar la necesidad de ocupación de una vivienda ha de atenderse al fin que se trata de conseguir con la ocupación y a la naturaleza de medio que se reconozca a la vivienda cuya ocupación se pretende.* (Sentencia de 27 de mayo de 1958; no ha lugar.)

En el considerando 3.º se dice que el hecho de contraer matrimonio y tratar de establecerse un médico para ejercer su profesión en el pueblo en que vive con sus padres es un fin lícito, razonable y muy atendible, pese a las posibilidades de hacerlo en otro lugar.

22. **ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO:** *El propósito firme de contraer matrimonio un hijo del propietario constituye necesidad próxima en grado de certidumbre bastante para eliminar el fraude, lo que es tan atendible como la necesidad actual, y sólo así no dejará de cubrirse la necesidad real durante un período que podría, en otro caso, prolongarse indefinidamente.* (Sentencia de 15 de febrero de 1958; no ha lugar.)

23. ARRENDAMIENTO URBANO: DERRIBO PARA REEDIFICAR: *No implica privación ilícita del derecho de retorno que tienen los arrendatarios de locales de negocio cuando se derriban los edificios con propósito de reedificar, siempre que se trate de un negocio de estabulación de ganado bovino, cuya instalación está prohibida por razones de salubridad e higiene pública.* (Sentencia de 19 de febrero de 1958: no ha lugar.)

24. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARTÍCULO 10: *El plazo de prescripción de la acción de derribo derivada de la autorización gubernativa es el de quince años que señala el artículo 1.964 del Código civil para las acciones personales que no tienen señalado plazo especial.* (Sentencia de 1 de julio de 1957: no ha lugar.)

25. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: LEY DE 1947: SUBARRIENDO PARCIAL INCONSENTIDO: *Una reiterada y uniforme jurisprudencia tiene declarado que la ocupación, aunque sea parcial, de un local de negocio, por un no arrendatario, sea individual o plural, con consentimiento del arrendatario, es causa de resolución, salvo que el arrendatario pruebe el subarriendo consentido o el traspaso en forma legal.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ARRENDATARIO: *Es un derecho personal.* (Sentencia de 25 de marzo de 1958: no ha lugar.)

26. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: FECHA: *Para la determinación del momento en que se ha llevado a cabo el subarriendo es lícito servirse de la prueba indirecta de presunciones, con eficacia bastante en estos negocios celebrados clandestinamente.* (Sentencia de 19 de febrero de 1958: no ha lugar.)

27. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESUNCIONES: *Probada la ocupación del local arrendado o de parte de éste por persona extraña al arrendatario, basta para deducir la existencia del subarriendo.* (Sentencia de 5 de octubre de 1957: ha lugar.)

28. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO: *El subarriendo se integra por la sustitución del arrendatario por una tercera persona en el goce o uso de la cosa arrendada, lo que no sucede por el hecho de que una S. A., dentro de sus peculiares actividades, ostente la Delegación de Aviaco en una provincia, como mandataria de ésta y con personal propio de aquélla, atendiendo al público en el despacho de billetes, facturación de equipajes, etc., actividades que entran dentro del marco del mandato mercantil o gestión de negocios por cuenta ajena.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIOS: SUBARRIENDO: CARGA DE LA PRUEBA: *Incumbe la prueba, conforme al artículo 1.214 del Código civil, al que afirma la existencia del subarriendo, si bien puede éste probarse por presunciones.* (Sentencia de 11 de octubre de 1957: no ha lugar.)

29. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: PRESUNCIONES: *En el recurso de injusticia notoria puede impugnarse la prueba de presunciones en dos puntos: uno, existencia real del hecho base, y otro, la precisión y rigor lógico del enlace de ese hecho con el que se trata de demostrar.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRESUNCIONES: *Del hecho de que en el local arrendado se recojan prendas para plancharlas o trabajos de bordado y de que esa persona ponga en la tarjeta de visita el domicilio del arrendatario, no se puede deducir la existencia de un subarriendo. (Sentencia de 2 de noviembre de 1957: ha lugar.)*

30. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: INTRODUCCIÓN EN EL LOCAL DE SUJETO DISTINTO DEL ARRENDATARIO: USO COMPARTIDO: *El subarriendo inconsciente constituye siempre causa de resolución, ya sea total o parcial del local, cuando se conlleva la posesión con el arrendatario, pues en este caso de uso compartido se ha incurrido también en la transgresión legal que la ley sanciona.*

ARRENDAMIENTOS DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESUNCIONES: *El medio eficaz de combatir en el recurso de injusticia notoria la prueba de presunciones es desvirtuando la veracidad de los hechos base. (Sentencia de 10 de diciembre de 1957; no ha lugar.)*

31. ARRENDAMIENTO URBANO: LEY DE 1947: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: SUBARRIENDO ANTERIOR CONSENTIDO: *Del hecho de que se consintiera un subarriendo anterior no se puede deducir que se autorice el actual, y al no ser consentido es causa de resolución.*

NOVACIÓN: HA DE SER EXPRESA: *No es dable deducir la novación con presunciones, sino que la voluntad de novar ha de ser clara. (Sentencia de 15 de marzo de 1958: no ha lugar.)*

32. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIOS: LEY DE 1947: SUSTITUCIÓN DE LA PERSONA DEL ARRENDATARIO: *La introducción en el uso del local arrendado de un tercero sin el consentimiento de la propiedad, sea por cesión, traspaso o subarriendo, es causa de resolución.*

CONSENTIMIENTO TÁCITO: *Para entender que hay consentimiento tácito es preciso que los actos sean concluyentes y revelen por sí mismos, de una manera clara e inequívoca, la voluntad del arrendador, condición que no tiene el mero silencio del mismo ante determinados actos contrarios a su derecho.*

COMUNIDAD DE BIENES: ADMINISTRACIÓN: *Siendo cuatro los condueños, por partes iguales, no obligan a los otros los actos verificados por uno sin consentimiento de los demás, pues no representan la mayor cantidad de intereses. (Sentencia de 30 de abril de 1958: no ha lugar.)*

33. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO INCONSENTIDO: PRESUNCIONES: *El estar al frente de un negocio persona distinta del arrenda-*

tario, sin que entre ellos haya vínculo laboral y sin que el arrendatario esté dado de alta en la contribución industrial, es suficiente para estimar la existencia de subarriendo o traspaso, y siendo inconsciente da lugar a la resolución. (Sentencia de 24 de octubre de 1957: no ha lugar.)

34. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: LEY DE 1947: TRANSMISIÓN DEL USO: PRESUNCIÓN: *El que una persona que no es el arrendatario ocupe pacíficamente parte del local arrendado es base suficiente para estimar la presunción «iuris tantum» de la existencia de una transmisión de uso.* (Sentencia de 30 de enero de 1958: no ha lugar.)

35. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *Es doctrina reiterada que la introducción en el local arrendado de una tercera persona individual o jurídica en convivencia con el arrendatario es suficiente para la resolución del contrato.*

PRUEBA: *La celebración de la Junta General, según anuncia en el «Boletín Oficial del Estado», y la recepción durante varios años de la correspondencia dirigida a una sociedad en el domicilio de otra implican la ocupación del local arrendado por persona extraña al contrato de arrendamiento; ocupación que, al no estar legitimada por título alguno, da lugar a la resolución del contrato.* (Sentencia de 29 de marzo de 1958: ha lugar.)

36. ARRENDAMIENTO DEL LOCAL DE NEGOCIO: LEY DE 1947: SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: *Demostrado el goce o uso de la cosa arrendada por persona distinta del subarrendatario se entiende que hay un segundo subarriendo y, que no fué consentido, ha lugar a la resolución.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: LEY DE 1947: SUBARRIENDO: SUCESIÓN HEREDITARIA: *A diferencia de en el arrendamiento, en el subarriendo los herederos del subarrendatario no adquieren el derecho a continuar en el goce de la cosa subarrendada, y el hecho de continuar en el goce de la misma con el consentimiento del arrendatario y percibiendo la renta implica la existencia de un subarriendo nuevo, que al no estar legitimado mediante la autorización expresa y escrita del arrendador es causa de resolución del contrato de arrendamiento.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: LEY DE 1947: EXTINCIÓN DEL SUBARRIENDO: *Extinguido por cualquier causa el arrendamiento quedan extinguidos también los subarriendos.* (Sentencia de 9 de abril de 1958: ha lugar.)

NOTA: Se trata de un caso en que los herederos del subarrendatario continúan en el subarriendo con el consentimiento del arrendatario. El Tribunal Supremo entiende que como no se concede en el subarriendo el derecho de suceder (art. 74 de la L. A. U.) es preciso el consentimiento de la propiedad para que el subarriendo continúe con los herederos del subarrendatario, y si falta, se puede resolver el arrendamiento.

37. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO ILEGAL: *La ocupación y uso del local arrendado por persona distinta del locatario implica una transmisión*

de facultades arrendaticias, operación ilegítima si no va acompañada de las formalidades exigidas por la ley, que tienen el carácter de formas «ad solemnitatem».

TRASPASO SIMULADO: *Constituye un traspaso simulado la pretendida donación del arrendamiento de un local de negocio, donación que no puede ser eficaz por incapacidad del arrendatario donante y por insusceptibilidad del uso para ser donado.* (Sentencia de 2 de marzo de 1958: no ha lugar.)

38. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1947: LOCAL DE NEGOCIO: CESIÓN NO CONSENTIDA: *La introducción en la vivienda o local de negocio arrendado de una tercera persona, individual o jurídica, es suficiente para la resolución del contrato de arrendamiento.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1947: RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA CONTRA PRESUNCIONES: *Únicamente se puede ir contra las presunciones o impugnando la realidad del hecho base al amparo del número 4 del artículo 173 L. A. U., o cuando se demuestra, al amparo de la causa 3.ª del mismo artículo, que la deducción no se ajusta a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil.* (Sentencia de 5 de febrero de 1958: no ha lugar.)

39. SUBARRIENDO O TRASPASO NO CONSENTIDO: VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS FISCALES: *Los documentos fiscales no acreditan por sí solos la titularidad de negocio sujeto al gravamen, sino únicamente la persona que satisface dicho gravamen.*

*El impuesto real sobre el negocio objetivamente considerado y su pago no atribuye titularidad dominical y únicamente será dato indiciario, pero no con valor de prueba plena.* (Sentencia de 20 de enero de 1958: no ha lugar.)

40. PRESUNCIÓN DE TRASPASO: *No es contrario a la razón ni a los más elementales principios lógicos pensar en el cambio apreciado cuando con consentimiento del arrendatario interesado tercera persona produce alta industrial para el ejercicio de un negocio y además opera por cuenta de éste.* (Sentencia de 25 de noviembre de 1957: no ha lugar.)

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1947: PRESUNCIÓN DE CESIÓN: *Si bien normalmente el figurar el contrato de suministro de luz, abono al teléfono y el pago de la contribución a nombre de un tercero pueden considerarse como elementos presuntivos de una cesión, no así cuando ese tercero es el marido de la titular arrendataria, que obra como administrador de sus bienes.*

ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO: CATALUÑA: ARTÍCULO 59 DEL CÓDIGO CIVIL: *Este artículo es aplicable a Cataluña.*

ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES PARAFORENALES: ARTÍCULO 1.384 DEL CÓDIGO CIVIL: *Como dicen las sentencias de 14 de marzo de 1930 y 9 de junio de 1933 hay casos en que las necesidades y realidades de la vida crean una si-*

*tuación intermedia en que sin entregar la administración al marido bajo fe de notario, consiente la mujer en que los administre constituyéndose aquél en mandatario de su esposa, con todos los derechos y obligaciones inherentes a tal condición. (Sentencia de 10 de febrero de 1958: no ha lugar.)*

42. ARRENTAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1947: RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *La afirmación del tribunal de instancia de que se han llevado a cabo obras que afectan a la configuración sin haber obtenido permiso del dueño sólo puede impugnarse a través del número 4 del artículo 173.*

ARRENTAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1947: CAMBIO DE TITULAR: *Establecida la relación arrendaticia en favor de dos titulares arrendatarios, la cesación de uno y continuación de otro es causa de resolución si se hace sin consentimiento de la propiedad. (Sentencia de 26 de marzo de 1958: no ha lugar.)*

43. ARRENTAMIENTOS URBANOS: DERECHO TRANSITORIO: *Si las obras que modifican la configuración son anteriores a la vigencia de la L. A. U. de 1946 no hay lugar a resolución, pues la disposición transitoria trece niega efecto retroactivo a las disposiciones del capítulo once de tal ley, donde tal causa de resolución está incluida.*

ARRENTAMIENTOS URBANOS: ARTÍCULO 149, 6.º, LETRA e): *La disposición transitoria trece no es aplicable a esta causa si los hechos determinantes de la misma persisten después de la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946. (Sentencia de 9 de octubre de 1957: no ha lugar.)*

44. ARRENTAMIENTOS URBANOS: EL CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: *La apreciación de si unas obras modifican o no la configuración del local arrendado es tarea del juzgador y extraña a la técnica de la edificación. (Sentencia de 30 de enero de 1957: no ha lugar.)*

A diferencia de en otras sentencias (v. gr.: Sentencia de 16 de octubre de 1956, Sentencia de 10 de octubre de 1956, ANUARIO X (págs. 302-303), en ésta el Tribunal Supremo sienta la doctrina de una manera correcta y clara. Dicha apreciación es cuestión de derecho y, por tanto, labor del juzgador.

45. ARRENTAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1947: EL CONCEPTO CONFIGURACIÓN: *La configuración, aunque presupuesto fáctico, no es un puro hecho material que peritos ni juristas puedan determinar, sino un concepto compuesto, material y jurídico, expresivo de la relación de una parte con el todo, que incumbe fijar a los tribunales en cada caso.*

ARRENTAMIENTOS URBANOS: DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Si se denuncia error en la apreciación de la prueba ha de hacerse en base al número 4.º del artículo 173 de la L. A. U. de 1947 y no en base del número 3.º del mismo artículo.*

REPRESENTACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *Los artículos 48 y 78 de la L. de Ss. As. de 17 de julio de 1951 no prohíben que las sociedades anónimas manifiesten por hechos y no por palabras su voluntad. (Sentencia de 14 de febrero de 1958: no ha lugar.)*

Dice esta Sentencia en uno de sus considerandos que aunque la voluntad deba constar por escrito para obligar a los socios, la falta de conformidad de ella en la manifestación, emitida necesariamente por una persona física (la que actúa como órgano de la sociedad) no afecta a los terceros extraños que con ella contraten, a quienes los actos del representante los vincula con la sociedad, única que, como mandante, puede exigir a su mandatario las responsabilidades consiguientes a la deslealtad en el cumplimiento del contrato de mandato que sólo liga a los dos que en él son partes.

46. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EL CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: *No es un concepto abstracto con valor de principio general, sino que es algo contingente y circunstancial a examinar en cada caso concreto.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PACTO DE ADAPTACIÓN DEL LOCAL: *Si se pacta que puede destinarse el local arrendado "a lo que creyera necesario y conveniente" pudiendo «hacer arreglos que no perjudiquen», se entiende que estaba autorizado para realizar la obra (levantar dos tabiques de ladrillo de pandere, instalar mostrador y anaquelarias). (Sentencia de 28 de septiembre de 1957: ha lugar.)*

47. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La alteración de la incrustación de obras en la fábrica de la fachada, cualquiera que sea su profundidad, el derribo de un tabique, cambio de vigas y transformación en una sola nave del espacio que antes se hallaba distribuido en dos dependencias. (S. de 9 de noviembre de 1957; no ha lugar.)*

48. ARRENDAMIENTOS URBANOS O LEY DE 1946: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La altera el hecho de desplazar un tabique divisorio de dos habitaciones, alterando con ello sus respectivas dimensiones.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRUEBA DOCUMENTAL: *No tiene el carácter de prueba documental a los efectos del n.º 4 del artículo 173 de la LAU de 1947, la diligencia de reconocimiento judicial. (S. 11 marzo de 1958; no ha lugar.)*

49. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La altera la construcción de una habitación en el sótano del local arrendado, aunque dicha habitación existiera antes del arrendamiento.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS CONSENTIDAS: *Si se declara acreditado el consentimiento para las obras, y no se impugna esta aseveración en forma en el recurso, éste no puede prosperar. (S. 11 de diciembre de 1957; no ha lugar.)*

50. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La construcción de un despacho en el recinto del almacén, y la división en dos del mismo por un tabique, altera la configuración.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: EL CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: *La apreciación de si unas obras modifican o no la configuración es un concepto, más que de hecho, de carácter jurídico, al que se tiene que re-*

gar a través del examen y valoración de las pruebas aportadas en cada caso. (S. de 24 de octubre de 1957; no há lugar.)

51. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONFIGURACIÓN: *Altera la configuración la construcción de una amplia chimenea de campana, ya que para que se estime alterada la configuración basta que sea cambiada la forma o estructura de la cosa arrendada, o su aspecto peculiar o, en general, que las obras produzcan en ella un cambio esencial y sensible y no meramente accidental.* (S. de 4 de diciembre de 1957; há lugar.)

52. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1947: OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *Del conocimiento no puede deducirse el consentimiento para las obras.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La altera el dividir en dos una galería por medio de un tabique con puerta vidriera.* (S. de 29 de marzo de 1958; há lugar.)

53. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS MODIFICATIVAS DE LA CONFIGURACIÓN: *Alteran la configuración el conjunto de las obras siguientes: colocación de un mostrador de fábrica y de una cocina de gas; sustitución de una mampara de madera por un tabique de fábrica y división en dos de una habitación mediante un tabique de ladrillo que no llega al techo.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Para que tal alteración se produzca basta con que las obras varíen la forma o estructura de la cosa, la distribución de sus distintas partes, el aspecto peculiar de la misma o, en general, produzcan un cambio no meramente accidental y de detalle, sino esencial y sensible.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: INCONGRUENCIA: *La congruencia hay que buscarla entre las peticiones de las partes y el fallo, pero no entre la apreciación de la prueba hecha por la sala sentenciadora y las alegaciones de las partes en sus respectivos escritos.* (Sentencia de 1 del febrero de 1958: no há lugar.)

54. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: *El principio de rogación supone moderación en el uso de la diligencia para mejor proveer, impidiendo que por la diligencia del juez se suplante la diligencia de la parte.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: INTERPRETACIÓN: OBRAS NO CONSENTIDAS: *El permiso para instalar fogones en el patio no puede extenderse a la instalación de dos calderas. El que implícitamente se autorice para realizar mejoras no autoriza a la construcción de una dependencia para combustible, un depósito de agua y un porche, por no poderse entender estas obras como mejoras de una finca destinada a vivienda.*

*Las obras dichas alteran la configuración, dando lugar a la resolución.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PLAZO PARA LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA: *Cuando la resolución es por causa distinta de la falta de pago de la renta, el plazo para la ejecución es de seis meses en aplicación del artículo 162*

de la L. A. U. de 1946. (Sentencia de 15 de junio de 1957: no ha lugar, salvo en cuanto al plazo de ejecución.)

55. ARRENDAMIENTOS URBANOS: AUTORIZACIÓN PARA OBRAS: PRUEBA: *El acta notarial a requerimiento del propietario significa la disconformidad con las obras en el momento de la intervención notarial, pero puede haber autorización para tales obras prestado con anterioridad.* (Sentencia de 21 de febrero de 1958: no ha lugar.)

56. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *El que se consigne en el recibo de cobro de alquileres un aumento de alquileres «voluntario» por sí solo no es concluyente de que sea la compensación a la autorización para las obras.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *Sólo pueden ser tenidos por actos propios aquellos que como expresión del consentimiento se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, pero no simples manifestaciones o apreciaciones carentes de tal fin.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1957: no ha lugar.)

57. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *El consentimiento para la realización de obras que modifiquen la configuración, puede darse tácitamente, pues la ley no exige que sea expreso.* (Sentencia de 21 de noviembre de 1957: no ha lugar.)

58. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: CONSENTIMIENTO DEL DUEÑO ANTERIOR EN DOCUMENTOS PRIVADOS: PRUEBA DE LA FECHA: ARTÍCULO 1.227 DEL C. C.: TERCEROS: *El nuevo propietario tiene, respecto a la autorización concedida por el anterior en documento privado, el carácter de tercero, y si la fecha desde que tiene eficacia contra él (por entregarse a un Notario) es posterior al momento de posesionarse del inmueble, no le obliga el consentimiento prestado por el propietario anterior* (S. 5 de octubre de 1957; ha lugar.)

59. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *El que el arrendador conozca las obras que se llevan a cabo no implica consentimiento tácito.* (Sentencia de 21 de enero de 1957: no ha lugar.)

60. ARRENDAMIENTOS DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS NO CONSENTIDAS: *El conocimiento de las obras y el haber presenciado su realización no son hechos concluyentes que obliguen a inferir un consentimiento tácito.*

ARRENDAMIENTOS DE LOCAL DE NEGOCIO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La altera la construcción de un tabique de ladrillo, de suelo a techo, en el lugar donde había una mampara de madera, que no llegaba al techo.* (Sentencia de 5 de octubre de 1957: no ha lugar.)

61. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN POR OBRAS NECESARIAS ORDENADAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE: *No debe darse igual tratamiento cuando las obras tienen carácter necesario y las realiza el*

*arrendatario ante la negativa a hacerlas del propietario, pues en este caso el consentimiento del propietario lo suple la ley, y aunque afecten a la configuración, si lo es de una manera accidental y no esencial y son hechas de buena fe y sin propósito abusivo, no es causa de resolución, cualquiera que sea la acción del propietario para pedir daños y perjuicios o el restablecimiento de las cosas a su estado primitivo. (Sentencia de 22 de noviembre de 1957: no ha lugar.)*

62. ARRENDAMIENTO URBANO: INMORALIDAD: *El ejercicio clandestino del tráfico sexual en un local arrendado para hospedería o pensión es causa de resolución del contrato de arrendamiento por el número 7 del artículo 149 de la L. A. U. de 1946. (Sentencia de 7 de febrero de 1957: no ha lugar.)*

63. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN: INDUSTRIA PELIGROSA: *No constituye una industria peligrosa el dedicarse el local arrendado a almacén y suministro de petróleo en pequeñas cantidades.*

CAMBIO DE USO: *No es causa de resolución el dedicar un local arrendado para carbonería a la venta de petróleo al por menor para fines domésticos. (Sentencia de 8 de marzo de 1958; no ha lugar.)*

64. ARRENDAMIENTO URBANO: DECLARACIÓN DE RUINA INMINENTE: *El derecho a la reanudación del contrato en el caso de ejecución de obras necesarias que han motivado el desalojo temporal del edificio no tiene aplicación posible en el supuesto de ruina inminente declarada de modo firme en expediente contradictorio por autoridad gubernativa, que produce "ex lege" la resolución del contrato, y ello aunque el arrendador se haya limitado a verificar obras de consolidación sin derruir el inmueble, ya que de la dejación de tales deberes por dicha autoridad no puede derivarse el derecho a reanudar la relación arrendaticia a favor de los arrendatarios. (Sentencia de 10 de marzo de 1958: ha lugar.)*

65. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PÉRDIDA DE LA COSA ARRENDADA: *Se entiende pérdida la cosa cuando las obras necesarias para ser repuesta la cosa a su normal utilización exceda del 50 por 100 del valor fiscal de la finca. Se refiere a las obras relativas a toda la finca y no exclusivamente a las realizadas en el local arrendado.*

*El valor fiscal a que se refiere el artículo 155 de la L. A. U. de 31 de diciembre de 1946 es el valor que tenga asignada la finca en el Catastro Urbano. (Sentencia de 3 de julio de 1957: no ha lugar.)*

66. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITOS: EXPLOTACIÓN DEL LOCAL POR EL ADQUIRENTE: ALCANCE: *El artículo 45, b) de la L. A. U. de 1946 exige que, verificado el traspaso, haya el adquirente de comenzar a desarrollar en el local su actividad mercantil o industrial, pero no inmediatamente, sin solución de continuidad, si hay justas causas que impiden dicha continuidad.*

SUBARRIENDO O TRASPASO ILEGAL: APRECIACIÓN DE SU INEXISTENCIA: IMPUGNACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO: *La declaración de la sentencia recurrida de que no existe un subarriendo o traspaso ilegal solamente puede ser im-*

*pugnada demostrando al amparo de la causa 4.ª del artículo 173 de la L. A. U. de 1946 el manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditado por la documental o pericial obrante en los autos.* (Sentencia de 28 de enero de 1958: no ha lugar.)

67. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: PRÓRROGA: PERSONALIDAD: *Siendo dos los arrendadores con personalidad y derecho independiente, no puede uno de ellos, a espaldas del otro, prorrogar la vida de un contrato que a ambos afecta por igual.* (Sentencia de 15 de abril de 1958, Sala 5.ª.)

68. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: INCUMPLIMIENTO PARCIAL GRAVE: CAUCE PROCESAL: *La apreciación de la gravedad de un incumplimiento contractual es una cuestión de hecho contra la cual debe recurrirse, amparándose en las normas procesales establecidas al efecto y no al amparo de la Causa 3.ª, Norma 7.ª; apartado A) de la Disposición transitoria de la ley de 28 de junio de 1940, que es el cauce procesal adecuado para recurrir en caso de infracción de precepto legal.* (Sentencia de 27 de enero de 1958, Sala 5.ª.)

69. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: SUBARRIENDO: DESAHUCIO: *Es causa de desahucio la cesión por el arrendatario en subarriendo o en cualquiera otra forma de todo o parte del aprovechamiento principal del fundo arrendado.*

NOVACIÓN: *Las cuestiones relativas a la existencia de la novación de los contratos son de puro hecho y han de ser combatidos por la causa cuarta, norma séptima, Disposición transitoria tercera A) de la ley de 28 de junio de 1940.*

*Para que pueda hablarse de novación subjetiva por cambio de la persona del arrendatario se exige el consentimiento del arrendador.* (Sentencia de 21 de abril de 1958, Sala 5.ª.)

70. APARCERÍA RÚSTICA: DESAHUCIO: *La deslealtad y fraude en la valoración o en la entrega de los frutos y productos de la finca que, conforme al contrato, corresponda al propietario es causa de desahucio del aparcerero.* (Sentencia de 30 de febrero de 1957, Sala 5.ª.)

## V. Derecho de familia.

1. NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL: JUEZ MUNICIPAL COMPETENTE: *Es nulo el matrimonio que se celebre ante juez municipal incompetente en aplicación del número 4.ª del artículo 101 del Código civil.*

NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL: HIJOS AL CUIDADO DE LA MADRE: *Como el marido tiene mala fe, pues se niega a contraer matrimonio canónico, los hijos quedan en poder y al cuidado de la madre, sin perjuicio del derecho del padre a comunicar con ellos en los términos que se fijen en la ejecución de la sentencia.* (Sentencia de 26 de noviembre de 1957: no ha lugar.)

2. DONACIONES «PROPTER NUPCIAS» EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES: NAVARRA: IRREVOCABILIDAD: *Las donaciones «propter nupcias» de Navarra, hechas en capitulaciones matrimoniales, son esencialmente irrevocables, según la ley 7.ª, título 7.ª, libro III de la Novísima Recopilación, especialmente*

cuando contienen llamamiento de los hijos que nazcan del matrimonio donatario, sin que a esto se oponga el que el llamamiento de los hijos fuera hecho por los donatarios, puesto que lo fué con la conformidad de los donantes.

NAVARRA: IRREVOCABILIDAD DE LAS DONACIONES «PROPTER NUPCIAS»: *La irrevocabilidad se refiere no sólo a los actos unilaterales de los donantes, sino también a los que procedan de los donatarios, como la renuncia, que fue objeto de la Sentencia de 27 de junio de 1922, y a los de origen común, como el muto disenso.*

NAVARRA: LLAMAMIENTO A LOS «NASCITUR» DEL MATRIMONIO A QUIENES SE HACE LA DONACIÓN «PROPTER NUPCIAS»: *Los «nascitur» adquieren, para su tiempo, un derecho irrevocable a los bienes donados, como si se hallaren presentes a los capítulos y expresamente aceptasen la donación; pero limitado ese derecho por la libre disposición de los bienes donados por actos «inter vivos» (no «mortis causa», que no pueden) de los padres donatarios, en cuyo caso el derecho de los hijos recaerá sobre los bienes relictos a la muerte de sus padres, según la ley 6.ª, título 7.º, libro III de la Novísima Recopilación de Navarra. (Sentencia de 22 de marzo de 1958: ha lugar.)*

3. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *En la interpretación de contrato debe prevalecer, salvo evidente equivocación, el criterio del juzgador de instancia.*

MEJORA EN CAPITULACIONES: *La mejora hecha en capitulaciones matrimoniales es irrevocable.*

MEJORA CONDICIONAL: *Se purifica la mejora si se hace imposible el cumplimiento de la condición por culpa del mejorante.*

DONACIÓN CON CARGO A TERCIO DE MEJORA: *Es nula la donación hecha con cargo al tercio de mejora si ya se ha mejorado a un hijo en ese tercio por capitulaciones matrimoniales, pues esta mejora es irrevocable. (Sentencia de 19 de noviembre de 1957: no ha lugar.)*

4. EMBARGO DE LOS GANANCIALES POR MULTA AL MARIDO: TERCERÍA DE LA MUJER: *El ejercicio de una acción reivindicatoria, en lo que, en definitiva, consiste la tercería de dominio, presupone la existencia de un título legítimo, que exige en la sociedad de gananciales no sólo su liquidación, sino la adjudicación de bienes concretos y determinados. (Sentencia de 23 de enero de 1958: no ha lugar.)*

5. DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES: CATALUÑA: *Están prohibidas, según la ley 51, título I, libro XXIV del Digesto.*

CATALUÑA: PRESUNCIÓN MUCIANA: *La establece la ley 51, título I, libro XXIV del Digesto al decir que no justificándose la procedencia de los bienes con que la mujer adquirió alguna cosa se supone que proceden del marido o de quien bajo la potestad de él estuviera, para evitar, respecto de la mujer, una torpe ganancia. (Sentencia de 13 de febrero de 1958; no ha lugar.)*

## VI. Derecho de sucesiones.

1. RESERVA DEL ARTÍCULO 811: CONFUSIÓN DE LOS BIENES RESERVABLES (DE VALOR ÍNFIMO) CON LOS PROPIOS: *No infringe los artículos 811, 659 y 661 del Código civil el contador partidor que incluye en el inventario los bienes reservables cuando éstos están confundidos con los propios, sin ser posible su diferenciación dada su escasa importancia.*

ACCIÓN RESCISORIA DE LA PARTICIÓN: CÓMPUTO DEL PLAZO: *Los cuatro años han de contarse desde que se protocolizó el cuaderno y no desde el día en que se nombró defensor judicial de los menores.*

PARTICIÓN: DEFENSOR JUDICIAL: OPOSICIÓN DE INTERESES: *Hay oposición de intereses entre los hijos menores y el padre deudor de la fallecida, de la que los hijos son herederos.*

PARTICIÓN POR COMISARIO: ARTÍCULO 1.061: *El comisario ha de hacer los lotes asignando a los coherederos cosas de la misma naturaleza, cualidad o especie.*

PARTICIÓN POR COMISARIO HABIENDO MENORES QUE TIENEN OPOSICIÓN DE INTERESES CON SU PADRE: *En este supuesto la diligencia de inventario que previene el párrafo 2.º del artículo 1.057 de Código civil debe entenderse con el defensor judicial. (Sentencia de 14 de diciembre de 1957: ha lugar en parte.)*

2. RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN HECHA EN TESTAMENTO: *No es posible la rescisión por lesión de legítima, porque se reconoce en el testamento que quedan bienes sin partir y se designa un comisario partidor para que complete, aclare o rehaga, en todo o en parte, si fuere necesario, la división.*

BIENES COMUNALES: *La división y adjudicación de los bienes comunales de un municipio no puede llevarse a cabo libremente por los vecinos y, por tanto, la división era a efectos de aprovechamiento y no pudo servir para conferir la posesión en concepto de dueño y, por tanto, prescribirlos. (Sentencia de 14 de diciembre de 1957: no ha lugar.)*

3. INSTITUCIÓN CONDICIONAL: ANTENOMIA 759-799 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 759 se refiere a la institución condicional y el 799 a la institución a término incierto («certus an, incertus quando»). (Sentencia de 6 de diciembre de 1957: no ha lugar.)*

COMENTARIO: A. Hechos.—Don José mejora a su hijo Balbino y a su nieto Antonio a partes iguales en el tercio de la herencia destinado por la ley a este objeto, estableciendo que «si Balbino falleciese sin descendientes legítimos» pasará la parte que le asigna de la mejora a su hijo Antonio. Fallecen sucesivamente y por este orden: don José, Antonio y Balbino—sin hijos—. El problema es determinar si los herederos de Antonio tienen derecho a la parte de mejora de Balbino, que murió sin hijos (aplicación del 799) o no (aplicación del 759).

B. 1. El artículo 759 dice que «el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, y el 799, que «la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento». Ante tal antinomia la doctrina adopta diversas posiciones:

a) Reconociendo la antinomia y como texto contradictorios se neutralizan, es necesario acudir a los principios generales, y la mayoría de la Doctrina entiende que por la Historia (así, Derecho romano) y por el Código civil hay que entender que el llamado bajo condición suspensiva que muera antes de que ésta se cumpla, aunque sobreviva al testador, queda eliminado del llamamiento y, por tanto, no transmite derecho alguno a sus herederos. Algunos autores, por el contrario, se deciden, ante la antinomia, por la transmisibilidad.

b) Castro y Roca Sastre tratan de conciliar ambos preceptos. Castro (Parte General, tomo I, 1955, pág. 685) (1).

Roca Sastre (Estudios de Derecho privado, Sucesiones, 1948, pág. 84) dice que la regla general es la del 759 y una especie de excepción la contenida en el 799, que se aplicará cuando haya base para interpretar que la voluntad del testador al establecer la condición suspensiva fué la de suspender no la adquisición del derecho, sino la ejecución o efectividad del llamamiento, o sea, la entrada en la propiedad efectiva de los bienes.

2. a) La Jurisprudencia se inclina por la intransmisibilidad (artículo 759), principalmente en sentencias referentes a sustituciones fideicomisarias, estableciendo que el artículo 784 no es aplicable en las sustituciones fideicomisarias condicionales (Sentencias de 29 de octubre de 1904, 1 de febrero y 9 de julio de 1910, 29 de diciembre de 1917, 9 de abril de 1923, 24 de marzo de 1930 y 13 de marzo de 1942).

b) La Sentencia que comentamos aclara el problema. Dice en su considerando primero que no ofrece duda la validez de la condición suspensiva que hace depender la adquisición del derecho a la herencia o legado de su cumplimiento, por lo que *pendente conditione* no se adquiere el derecho y, por tanto, si el heredero condicional muere antes de que se cumpla la condición, aunque sobreviva al testador, nada transmite a sus herederos (art. 759). Y la contradicción de ese artículo con el 799 se explica por ser este último una traducción descuidada de los artículos 1.041 francés, 854 del italiano, de 1865, y 1.810 portugués, relativos a la institución a término incierto (*certus an, incertus cuando*), en la cual el día ha de llegar forzosamente, aunque se ignore cuándo.

Este criterio de considerar que el 759 se refiere a condición y el 799 a plazo es seguido por las Sentencias de 17 de mayo de 1934, 4 de marzo de 1952 y 20 de octubre de 1954.

---

(1) Dice que la heredabilidad de la titularidad del heredero instituido bajo condición suspensiva dispense de la naturaleza que haya dado el testador o la condición; si la establece como condicionante de la cualidad de heredero (capacidad), habrá de darse antes de su muerte, y no será, por tanto heredable; si simplemente ha de depender de ella la apropiación de los derechos, será posible la herencia de la titularidad condicionada.

4. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *La interpretación de las palabras del testamento ha de hacerse no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en que se hallaba el agente, sino en el propio y peculiar de éste al referirse concretamente a sus bienes y derechos en la vida de relación.* (Sentencia de 6 de febrero de 1958: no ha lugar.)

#### DERECHO MERCANTIL

1. REPRESENTACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO. (V. Sentencia de 14 de febrero de 1958, D. c., IV, 45.)

2. SOCIEDADES ANÓNIMAS: REVOCACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL: *Al resultar imposible el cumplimiento de un acuerdo de la Junta General se hace necesario que el Consejo convoque la Junta General y ésta cancele su anterior acuerdo y establezca nuevas bases con el fin de regular el problema planteado. Al proceder así no se infringe el principio jurídico de no ser lícito ir contra los propios actos.*

DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE: *El criterio que debe presidir la distribución de nuevas acciones sobre las que se ha concedido un derecho de suscripción preferente es el de la igualdad y proporcionalidad. Este equitativo criterio es el que ha inspirado los artículos 39 y 92 de la L. S. A.* (Sentencia de 27 de noviembre de 1957.)

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: BALANCE Y CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS: *La presentación de los balances a la Hacienda, a efectos fiscales y en virtud de las disposiciones legales, no supone el cumplimiento de la obligación que incumbía estatutariamente a los Gerentes de presentar a la Junta General para su aprobación el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias.*

SIMULACIÓN: CAUSA FALSA: *No se infringe el artículo 1.276 del Código civil cuando la causa falsa alegada no es acreditada por el demandante y, antes al contrario, se justifica la existencia de la causa real y efectiva.* (Sentencia de 7 de noviembre de 1957.)

4. CUALIDAD DE COMERCIANTE: FUERZA PROBATORIA DE LOS LIBROS DE COMERCIO: *La confesión, realizada con los requisitos legales, de haber mantenido relaciones económicas de carácter mercantil-vinicola con la entidad emisora implica un claro reconocimiento de haber intervenido en operaciones mercantiles y la consiguiente aplicación del artículo 48, regla 3.ª del Código de comercio, que dispone que si uno de los comerciantes no presentase sus libros harán fe contra él los de su adversario, llevados con todas las formalidades legales, salvo prueba en contrario.*

COMISIÓN: *En presencia de un contrato de comisión mercantil, el comisionista está obligado, de acuerdo con el artículo 263 del Código de comercio, a reintegrar al comitente el sobrante que resulte a favor de éste como consecuencia del vínculo jurídico creado por el negocio de la comisión.* (Sentencia de 7 de febrero de 1958.)

5. CHEQUES: TALONES: A los cheques se hallan sustancialmente equiparados las órdenes de pago en cuenta corriente de los Bancos y Sociedades mercantiles, conocidas bajo nombre de talones.

CHEQUE: LIBRADOR EN SUSPENSIÓN DE PAGOS: Si el día en que se presenta al cobro el talón el librador se halla en suspensión de pagos, el librado no puede pagarle sin el consentimiento de los interventores, según la regla 2.ª del artículo 6.º de la Ley de 26 de julio de 1926.

CHEQUE: DIFERENCIAS CON LA LETRA DE CAMBIO: Entre otras, que su regular tenedor carece de acción directa contra el librado para exigir el pago, pues éste no asumió la obligación mediante la aceptación, que, a diferencia de la letra de cambio, no existe en el cheque, sin perjuicio de que el librador pueda proceder contra el librado conforme al derecho común para obtener la indemnización de daños y perjuicios al dejar inatendido el efecto a pesar de la suficiente provisión de fondos.

PAGO POR MEDIO DE CHEQUE: No tiene el cheque fuerza liberatoria hasta que se convierte en efectivo, o cuando por culpa del acreedor se hubiere perjudicado. (Sentencia de 28 de enero de 1958: ha lugar en parte.)

### III. Contratos mercantiles.

6. COMPRAVENTA MERCANTIL: PUESTA A DISPOSICIÓN: A tenor del artículo 339 del Código de comercio, la venta se consuma cuando las mercancías se ponen a disposición del comprador, y a partir de ese momento nace la obligación de pago y se opera la transmisión del riesgo (art. 333).

SEÑALAMIENTO DEL PRECIO: No se infringe el artículo 1.449 del Código civil cuando un tercero determina, en presencia de los empleados del comprador, la fijación del precio.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: La aplicación de este principio exige, según conocida jurisprudencia, que el enriquecimiento no se produzca por una causa legítima. (Sentencia de 19 de octubre de 1957.)

OBSERVACIONES: Discute la doctrina mercantilista española acerca del momento en que se entiende cumplida en la compraventa mercantil la obligación de entregar la mercancía. Parte de la doctrina (*vid.* Cossío: *Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil*: R. D. P. 1942, pág. 381 y MENÉNDEZ, *La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil*, R. D. M., n. 32, pág. 227 ss.) mantiene que en la compraventa mercantil la transmisión de la propiedad se produce en virtud de la tradición, no bastando la simple puesta a disposición (a menos que vaya acompañada de un acuerdo, expreso o tácito, que le otorgue valor de tradición). Otro sector doctrinal identifica entrega de la mercancía con puesta a disposición. Señala GARRIGUES (*Curso*, t. II, 2.ª ed., pág. 81) que «A la entrega de la cosa equivale legalmente el hecho de estar el vendedor listo para entregarla. Los artículos 337 y 338 del Código de comercio demuestran que en la terminología legal «entrega» y «puesta a disposición» son expresiones equivalentes. Del artículo 339 se deduce que la venta está consumada por parte del vendedor en cuanto éste pone la mercancía a disposición del comprador, empezando para éste desde ese momento la obligación de pagar el precio. El artículo 333 saca las consecuencias en cuanto a la transmisión del riesgo». La presente

sentencia acoge esta segunda opinión, reproduciendo con bastante fidelidad los argumentos esgrimidos por el profesor GARRIGUES en defensa de la misma. (C. F. R.)

7. CONTRATO DE TRANSPORTE: ITINERARIO: *Verificado un transporte sin alteración alguna de ruta no se ha infringido el artículo 359 del Código de comercio, que contempla el caso no sólo de la variación del camino por donde se realiza el transporte, sino que esta variación suponga el incumplimiento de pacto expreso en que se fijaba uno determinado.* (Sentencia de 5 de febrero de 1958.)

8. SALVAMENTO: DISTRIBUCIÓN DEL PREMIO: *Aun prescindiendo de la aplicación a este caso del Decreto-ley de 10 de julio de 1925, razones de universal justicia y equidad justificarían la participación en el premio de salvamento de quienes con su personal esfuerzo y corriendo los riesgos inherentes contribuyeron a llevar a buen fin el acto premiado.*

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: *La prescripción de la acción por la que se reclama la participación del premio de salvamento ya cobrado no se rige por el artículo 952 del Código de comercio, sino por los artículos 943 del Código de comercio y 1.964 del Código civil.* (Sentencia de 7 de diciembre de 1957.)

## DERECHO PROCESAL

### I. Parte general.

1. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUMISIÓN EXPRESA: REQUISITOS: *No puede estimarse la existencia de sumisión expresa si se usan frases ambiguas y vagas que no revelan en sí una decisión indiscutible de someterse a un juez determinado.*

COMPETENCIA TERRITORIAL: ACCIÓN NACIDA DEL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE FLETAMENTO: *El contrato de fletamento se celebró en Almería; allí se inicia el cumplimiento de las obligaciones con la entrega de las 2.000 cajas de naranjas destinadas a Londres, librándose los correspondientes conocimientos de embarque sin que intervenga en la cuestión ningún otro juzgado, y tratándose del ejercicio de una acción personal sobre incumplimiento de obligación contractual, al no verificarse la entrega de la mercancía en la forma estipulada, debe conocer de la demanda, conforme a la Sentencia de 23 de octubre de 1917 y el artículo 62, regla 1.ª de la L. E. C., el Juzgado de Almería.*

CUESTIONES DE COMPETENCIA: *Para decidir las competencias precisa atenderse a las alegaciones de las partes y a los documentos aportados, sin entrar en el fondo del asunto, que se resolverá en su día, y sin que las apreciaciones de este momento revistan más alcance y trascendencia que la resolución de la inhibitoria promovida.* (Sentencia de 4 de diciembre de 1957.)

2. COMPETENCIA: SUMISIÓN EXPRESA: *No tiene ningún valor la sumisión verificada en documento contra el que se tramita querrela por falsedad hasta que se termine el oportuno sumario.* (Sentencia de 13 de marzo de 1958.)

3. **COMPETENCIA:** *Tratándose del ejercicio de acciones personales será juez competente el del lugar del cumplimiento de la obligación cuya nulidad se pretende.* (Sentencia de 27 de junio de 1957.)

4. **ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ACUMULACIÓN DE ACCIONES:** *La revisión fundada en la infracción de los artículos 153, 154 y 156 de la L. E. C. únicamente puede prosperar al amparo de la causa segunda, norma séptima de la Disposición transitoria tercera A) de la ley de 28 de junio de 1940.*

**NULIDAD POR INFRACCIÓN DE PRECEPTOS PROCESALES:** *Los preceptos de la L. E. C. afectan al orden público y su infracción determina la nulidad radical de todas las actuaciones.* (Sentencia de 12 de abril de 1958, Sala 5.ª.)

5. **ACTOS PROCESALES DE LAS PARTES: VALOR JURÍDICO:** *Los escritos de la parte actora en el proceso no han de reputarse como documentos a efectos de prueba, sino como elementos formativos del proceso que no testimonian la realidad del hecho que forma el contenido procesal y que sirve de presupuesto para la aplicación del ordenamiento jurídico.* (Sentencia de 20 de enero de 1958: no ha lugar.)

6. **INCONGRUENCIA:** *No hay incongruencia por el hecho de que se haya basado el juzgador en pruebas presentadas por la parte contraria y no en las presentadas por la actora, que era a la que incumbía probar el traspaso.* (Sentencia de 26 de marzo de 1958: no ha lugar.)

7. **INCONGRUENCIA:** *Si bien, como declara la jurisprudencia, no es incongruencia el dar menos de lo perdido, cuando se trata de una cantidad, si lo es cuando se otorga cosa distinta.* (Sentencia de 27 de mayo de 1958: ha lugar.)

8. **CONGRUENCIA: RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO: FALLO<sup>o</sup> QUE NO ALUDE AL DEMANDADO CON TÍTULO DERIVADO DEL ARRENDATARIO:** *La sentencia que da por resuelto el contrato principal de arrendamiento con desalojo y entrega del local al propietario afecta indiscutiblemente a todo ocupante por título derivado del arrendatario, por lo que dicha sentencia no es incongruente al no decirse en la parte dispositiva del fallo nada que afecte al también demandado, supuesto ocupante actual del local.* (Sentencia de 20 de enero de 1958: no ha lugar.)

9. **POBREZA: OCULTACIÓN DE INGRESOS:** *Si faltan al juzgador los elementos necesarios para concretar los ingresos del actor, por ocultación de éstos, no se puede conceder el beneficio de pobreza.* (Sentencia de 13 de marzo de 1958: no ha lugar.)

## II. Procesos en especial.

1. **ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ACCESO A LA PROPIEDAD: VÍA PROCESAL:** *El cauce procesal adecuado para reclamar el acceso a la propiedad por parte del arrendatario es el de la norma tercera, Disposición transitoria tercera A) de la Ley de 28 de junio de 1940, con las modificaciones establecidas en el*

Decreto de 17 de diciembre de 1954, ya que si fuera necesario seguir dos procesos distintos inacumulables, uno para reclamar dicho acceso a la propiedad y otro para la valoración de la finca, se atacaría el principio de economía procesal. (Sentencia de 27 de marzo de 1957, Sala 5.ª.)

2. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: *El proceso de desahucio no puede llevar implícitas declaraciones de derecho porque por su carácter adjetivo los desahucios sólo afectan al procedimiento de ejecución como juicio sumario.* (Sentencia de 7 de febrero de 1958, Sala 5.ª.)

3. JUICIO DE DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS: *En el juicio de desahucio, según tiene declarado esta Sala con reiteración, no se pueden plantear ni decidir cuestiones ambiguas, complejas u oscuras, las cuales requieren discusión más amplia en juicio declarativo ordinario.*

JUICIO DE DESAHUCIO: PROCEDENCIA EN CASO DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *No supone complejidad excluyente de todo trato en juicio de desahucio el dilucidar jurídicamente si lo arrendado es una industria o un mero local de negocio.* (Sentencia de 11 de diciembre de 1957: no ha lugar.)

4. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS PROYECTADAS: *Supone contravención del artículo 149, 5.º, de la L. A. U. de 1946 el declarar en la sentencia recurrida que unas obras no alteran la configuración, cuando tales obras no han sido todavía ejecutadas.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: COMPETENCIA: *No entra en juego el artículo 181 de la L. A. U. de 1946 cuando se trata de calificar si un local es o no de negocio y si unas obras determinadas alteran o no la configuración, siendo de aplicar, por tanto, los trámites prevenidos en la L. A. U.* (Sentencia de 27 de septiembre de 1957: ha lugar en parte.)

5. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONDENA EN COSTAS: ARTÍCULO 166, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1946: *No se puede condenar en costas por vencimiento total cuando la sentencia reviste carácter negativo y el juez se abstiene de juzgar sobre la demanda por no existir decisión desestimatoria apta para rechazar unas peticiones que no fueron juzgadas.* (Sentencia de 28 de noviembre de 1957: no ha lugar.)

### III. Recursos.

1. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ARRIENDO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *No hay razón alguna que justifique la exclusión de los subarrendatarios de la sanción impuesta a quienes faltan a lo dispuesto en el artículo 1.566 de la L. E. C. y en la Disposición transitoria 3.ª, apartado B), último párrafo, de la ley de 25 de junio de 1940, pues estos preceptos son aplicables a todos los contratos por los cuales una de las partes ceda a otra, voluntaria y temporalmente, el disfrute de una finca rústica mediante precio, cualquiera que sea la denominación dada al contrato.* (Sentencia de 18 de abril de 1958, Sala 5.ª.)

2. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APARCERÍA: CONSIGNACIÓN DE MERCED: *Dada la dificultad que existe para apreciar si se ha pagado la merced en la aparcería debido a la variabilidad de la misma y a la necesidad de previas liquidaciones, es necesario atender muy cuidadosamente a las circunstancias de cada caso para saber si procede o no la aplicación de los artículos 1.566 y 1.567 de la L. E. C. y párrafo último del apartado B) de la Disposición transitoria tercera de la ley de 28 de junio de 1940.* (Sentencia de 27 de diciembre de 1957, Sala 5.ª.)

3. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RECURSO DE REVISIÓN: *No procede el recurso de revisión contra las resoluciones no definitivas, como es el auto denegatorio de que se admita un recurso de apelación en los dos efectos, habiéndolo admitido sólo en uno de ellos.* (Sentencia de 30 de abril de 1957, Sala 5.ª.)

4. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RECURSO DE REVISIÓN: EJECUCIÓN PROVISIONAL: *Es aplicable al recurso de revisión la facultad concedida por el artículo 1.786 de la L. E. C. a las Audiencias territoriales, o sea la de ejecutar provisionalmente la sentencia, aunque se haya interpuesto y admitido recurso de casación, siempre que se den en los requisitos señalados en dicho artículo. El auto por el cual la Audiencia confirma la sentencia de la primera instancia es equivalente a la sentencia dictada en apelación y tiene el mismo rango que la sentencia confirmatoria de la inferior, siéndole aplicable también el artículo 1.786 de la L. E. C.* (Sentencia de 13 de marzo de 1958, Sala 5.ª.)

5. ARRENDAMIENTO URBANO: LEY DE 1947: ERROR DE DERECHO: *El error de derecho que se alega, por haberse infringido los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, no puede ampararse en la causa cuarta del artículo 173 de la L. A. U., invocable cuando se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, sino en la tercera del mismo artículo.* (Sentencia del 14 de marzo de 1958: no ha lugar.)

6. RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL: DISPOSICIONES ALEGABLES: *No cabe invocar en casación disposiciones de carácter penal.*

ALCANCE DEL RECURSO: *No procede el recurso si lo que se pide no es rectificar la sentencia con aplicación diferente de las normas jurídicas que se dan por contrariadas, sino que se supla una supuesta omisión ante la existencia de un hecho delictivo.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1957: no ha lugar.)

El recurso invocaba que no se había denunciado por el Tribunal de instancia, a efectos penales, la simulación que según dicho Tribunal existía, la cual formaba parte de un conjunto de hechos constitutivos de un posible delito público y perseguible de oficio.

7. CASACIÓN: ACTOS AUTÉNTICOS: *Ni las posiciones de la confesión ni los dictámenes procesales son actos auténticos a efectos de casación, según jurisprudencia reiterada.* (Sentencia de 21 de marzo de 1958: no ha lugar.)

## II. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Madrid.

A cargo de José M.<sup>a</sup> AMUSATEGUI y José Luis LLORENTE.

### I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: *No hay abuso de derecho cuando se ejercita con el fin jurídicamente válido y socialmente lícito de ocupar la vivienda para establecer en ella su hogar.* (S. 25 marzo 1958; ha lugar.)

2. NOVACIÓN OBJETIVA: *La renuncia o dejación de la condición de inquilino tomando la de ocupante por pasar a ser portero de la finca (a que pertenece el piso) constituye novación de la relación arrendaticia que es sustituida por una relación laboral, que al quedar extinguida lleva consigo la terminación del uso y disfrute del piso.* (S. 28 abril 1958; no ha lugar.)

3. NOVACIÓN OBJETIVA: *La confusión de los derechos de arrendatario y arrendador no puede significar la extinción de la relación contractual entre subarrendador y subarrendatario, sino su simple conversión en relación arrendaticia.* (S. 1 mayo 1958; no ha lugar.)

OBSERVACIONES: El Tribunal Supremo había tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en dos sentencias recientes (las de 15 de febrero y 1 de marzo de 1957), declarando en ambas que el subarriendo subsiste cuando el arrendamiento se extingue por confusión de los derechos de arrendador y arrendatario. De este modo venía a configurarse una excepción al principio general de extinción del subarriendo al resolverse el arriendo, que si bien no tenía apoyo legal directo, obedecía a motivos de indudable plausibilidad (así, evitar que el arrendatario que adquiría el dominio de la finca lanzase inmediatamente al subarrendatario, yendo contra sus propios actos). Ahora bien, la sentencia de suplicación que ahora consideramos va más lejos; no sólo admite subsista el subarriendo hasta el cumplimiento del plazo estipulado del mismo (conclusión a que llevaba el criterio anterior), sino que decreta su conversión en arriendo. Esta solución puede resultar ya excesivamente onerosa al arrendatario que ha devenido propietario, puesto que estará obligado a mantener en su posesión al subarrendatario (ahora arrendatario) en tanto no concurra causa legal de denegación de prórroga, situación que contrasta radicalmente con la anterior de subarriendo que, conforme a nuestra L. A. U., puede terminar por vencimiento del plazo contractual a instancia del subarrendador (cf. art. 117, A, causa 5.<sup>o</sup>).

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *El requerimiento es válido, aunque no se consigne en él la necesidad de residir en Madrid, si este extremo queda ampliamente demostrado en el transcurso del pleito.* (S. 6 marzo 1958; ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *Existe la necesidad y conserva su virtualidad el requerimiento en que se invoca, aunque al tiempo de la*

*demanda haya variado la causa en que aquella se funde y se consigue otra distinta.* (Sentencia de 8 de marzo de 1958: no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *El matrimonio del hijo del propietario es causa de necesidad para denegar la prórroga del arrendamiento.* (Sentencia de 8 de marzo de 1958: ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *No es atendible la denegación por causa de necesitar la vivienda para el hijo que ha contraído matrimonio cuando se observa la maniobra preliminar realizada por el propietario de convertir dos cuartos en uno solo, a pesar de ser viudo y no constar tenga otras personas conviviendo con él, más que la familia del hijo mencionado.* (Sentencia de 10 de marzo de 1958: no ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *No hay limitación en cuanto al espacio de que pueda disponer una familia ni precepto que obligue a vivir juntos a padres e hijos, por lo que la amplitud relativa del piso que habitan el actor con sus descendientes no puede ser razón suficiente para no reconocer la necesidad de la vivienda independiente al primero.* (Sentencia de 14 de marzo de 1958: ha lugar.)

En el Considerando 3.º se dice: «... a las razones expuestas debe añadirse que nunca es conveniente, bajo el punto de vista higiénico y moral, que niños de seis y doce años duerman en la misma habitación que un anciano de setenta».

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *Hay que presumir la falta de necesidad de la propietaria que con posterioridad a la fecha del requerimiento ha construido y alquilado viviendas.* (Sentencia de 20 de marzo de 1958: ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *La tiene el propietario que vive realquilado (en piso ajeno) y no consta tenga otro piso en Madrid.* (Sentencia de 21 de marzo de 1958: no ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *La incompatibilidad de caracteres entre el arrendador y los familiares con quienes convive es motivo suficiente para denegar la prórroga al inquilino.*

COSA JUZGADA: *No procede la excepción de cosa juzgada en los juicios de desahucio por causa de necesidad del actor cuando la situación de los litigantes ha cambiado desde la sentencia anterior.* (Sentencia de 1 de abril de 1958: no ha lugar.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *Puede impugnarse el concepto jurídico que de la necesidad de ocupación de la vivienda haya formado el Juzgador de instancia, pero no pueden atacarse (salvo que el recurso se funde en la errónea aplicación del abuso de derecho) los hechos, declarados probados, de donde tal concepto se deriva.* (Sentencia de 8 de abril de 1958: no ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *No es preciso que se investiguen las causas remotas y ocultas (1) que puedan inducir al propietario a reclamar la vivienda de su propiedad para habitarla, bastando que exista causa real de necesitarla para sí por carecer de otra vivienda en la localidad donde mora.* (Sentencia de 22 de abril de 1958: ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *La necesidad de que el matrimonio engendra surge desde que se exterioriza de manera seria, formal y solemne el propósito de contraerlo.* (Sentencia de 7 de mayo de 1958: no ha lugar.)

OBSERVACIONES: No precisa la Sentencia qué ha de entenderse como exteriorización *seria, formal y solemne*. Es de suponer que tales palabras se refieran a la celebración de esponsales o a las proclamas, es decir, a medios que efectivamente hagan presente la voluntad matrimonial de un modo jurídico y garanticen la existencia de la necesidad al arrendatario desahuciado.

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *El concepto de necesidad es un concepto eminentemente jurídico; la apreciación de esa necesidad constituye una interpretación jurídica de determinados hechos.* (Sentencia de 8 de mayo de 1958: ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *La situación de subarriendo (en el propietario) por su inestabilidad y por ir contra el postulado de que nadie está obligado a mantener una convivencia no deseada es causa suficiente de denegación de la prórroga.* (Sentencia de 9 de mayo de 1958: no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA (NECESIDAD): ORDEN DE PREFERENCIA: *No es necesario que el actor se someta a él cuando es propietario solamente de dos pisos, cada uno de ellos en finca distinta.* (Sentencia de 23 de abril de 1958: no ha lugar.)

En el Considerando 1.º se justifica este criterio señalando que el artículo 64 fué dictado pensando en el supuesto de que el arrendador fuese propietario de una o más fincas arrendadas por pisos, caso distinto del aquí contemplado, al que, además, puede extenderse analógicamente el precepto del número 3.º del artículo 64, que exige de la obligación de guardar el orden de prelación entre las fincas arrendadas al propietario que poseyere más de una (si bien dentro de la finca escogida deberá respetar el orden de preferencia del párrafo 1.º del art. 64).

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA (NECESIDAD): ORDEN DE PREFERENCIA: *No se reconoce el ejercicio de la profesión alegada a los efectos del artículo 64 L. A. U. a quien, no obstante satisfacer contribución por aquélla, no se halla incorporado al correspondiente Colegio profesional.* (Sentencia de 22 de mayo de 1958: no ha lugar.)

---

(1) Cesación voluntaria en el servicio doméstico.

OBSERVACIONES: Parece excesivamente restringido el criterio de limitar el ejercicio de una profesión a los casos en que existe colegiación. En el Considerando 2.º, se invoca a este efecto la Orden de 22 de febrero de 1950, dictada para interpretar los artículos correlativos de la L. A. U. de 1946 y mantenida en la disposición final 2.ª de la vigente. Ahora bien, esta disposición —que contemplaba el caso de una profesión colegiada concreta— lo que exigía era el ejercicio efectivo de dicha profesión en la vivienda que ocupare el interesado, pero no la necesaria incorporación al Colegio correspondiente, con carácter general.

Desde luego, hay que tener en cuenta que la propia L. A. U. toma en consideración el requisito de la colegiación en algún caso (cfr. art. 122, 1); pero es a efectos muy distintos de los que considera el artículo 64, por lo que tampoco parece procedente la interpretación analógica, a la que, por otro lado, no hace alusión alguna la presente Sentencia.

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: DERECHO TRANSITORIO: *La denegación de la prórroga por la causa 3 del artículo 62 es aplicable, tanto por la transitoria 9 como por la 15, cuando la desocupación de la vivienda se hubiese producido después de la vigencia de la nueva L. A. U. por un plazo de seis meses.* (Sentencia de 6 de mayo de 1958: no ha lugar.)

20. CESIÓN DE VIVIENDA: *No supone cesión de contrato la del uso de la vivienda, aunque el pretendido cedente no la habite como residencia permanentemente, si, no obstante, continúa ostentando el carácter de arrendatario.* (Sentencia de 7 de marzo de 1958: no ha lugar.)

21. CESIÓN DE VIVIENDA: LEY CONTRA EL PARO DE 25 JUNIO 1935: *Es válida la cesión, realizada conforme a los preceptos de la L. A. U., de las viviendas construidas al amparo de la Ley del Paro de 1935, sin necesidad de que concurren condiciones especiales en el arrendatario.* (Sentencia de 26 de abril de 1958: no ha lugar.)

22. CESIÓN INCONSENTIDA: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PARA RESOLVER EL CONTRATO (LEY DEROGADA): *La presunción «iuris tantum» del consentimiento de la cesión por el arrendador cuando deja caducar la acción resolutoria trasladada a éste la obligación de probar que no existió la cesión si ejercita la acción de desahucio después de transcurrido el plazo de caducidad.* (Sentencia de 25 de marzo de 1958: ha lugar.)

OBSERVACIONES: Por virtud del juego de los artículos 36 y 39 de la L. A. U. derogada el plazo de caducidad de la acción de desahucio por cesión inconsentida venía a determinar una presunción de consentimiento en el arrendador al que se le trasladaba entonces la carga de probar la falta de consentimiento (obsérvese que la Sentencia dice «probar que no existió la cesión»). Este complicado y poco técnico sistema ha sido suprimido en la L. A. U. vigente, cuyo artículo 25 ha venido a ampliar el plazo de caducidad, pero prescindiendo ya de aquel juego de presunciones.

23. CESIÓN INCONSENTIDA: HECHO NOTORIO: *Existe la cesión cuando la desvinculación de la titular y su sustitución por otras personas extrañas es un hecho notorio y lo suficientemente prolongado para que no pueda alegarse ni ignorancia ni confusión.* (Sentencia de 13 de marzo de 1958: no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN: OBRAS NO PERMITIDAS: *La construcción de una nueva habitación mediante el levantamiento de dos tabiques, instalando en ella un cuarto de baño, alteran las condiciones del edificio y requieren la conformidad previa del propietario.* (Sentencia de 28 de abril de 1958: no ha lugar.) (Aplica el Decreto de 29 de diciembre de 1931.)

25. HOSPEDAJE: *La situación conjunta en que viven el locatario y los alojados presupone un complejo de relaciones jurídicas que desbordan la sublocación y armonizan mejor con el concepto de hospedaje.*

INTERPRETACIÓN: *Caso de duda hay que resolver a favor del locatario.* (Sentencia de 13 de marzo de 1958: ha lugar.)

2.º Considerando: «Que el subarriendo parcial de vivienda es una locación de segundo grado, por la cual el arrendatario transfiere, temporalmente, a un tercero el uso y disfrute de una o varias de las habitaciones del cuarto arrendado, en tanto que el contrato de hospedaje entraña un «complexus» jurídico formado por la transferencia del uso de la habitación y de otras prestaciones que, en favor del huésped, realiza el locatario; contrato que puede adoptar dos formas diversas: la denominada de hospedaje completo, en la que el inquilino toma a su cargo la manutención del huésped y la llamada de hospedaje de simple albergue o alojamiento, en que aquel servicio no corre a cargo del inquilino».

3.º Considerando: «Que ambas formas de hospedaje se hallan subsumidas en el artículo 21 de la Ley de locaciones vigente, que ha eliminado de su texto la versión restringida que del hospedaje ofrecía el Ordenamiento derogado en el artículo 26, y así como es clara y patente la distinción que separa el subarriendo parcial del hospedaje completo, no acontece lo mismo con el contrato de simple albergue o alojamiento, pues aunque teórica y doctrinalmente pueda percibirse con claridad la línea que los separa, no acontece lo mismo en la realidad, donde sus fronteras son confusas, por lo que ha de decidir el Tribunal, examinando detalladamente el proceso, si la relación controvertida ha de ser calificada de subarriendo parcial o de hospedaje de simple albergue».

26. HOSPEDAJE: ARTÍCULO 26 DE LA LEY DEROGADA: *El dato más característico del hospedaje que define el mencionado precepto es la manutención que recibe el huésped, de modo que sin ella no se estará en el caso regulado en aquél, que requiere, por tanto, el alojamiento, asistencia y servicio de comida.* (Sentencia de 17 de abril de 1958: no ha lugar.)

27. SUBARRIENDO PARCIAL Y HOSPEDAJE: CONCURRENCIA: *No se pueden tener huéspedes, aunque sea uno solo, si existe más de un subarriendo.* (Sentencia de 18 de marzo de 1958: no ha lugar.)

28. SUBARRIENDO: EXTINCIÓN: TÉRMINO: *Se dan todos los requisitos para considerar vencido el plazo cuando clara y terminantemente se estipuló en el contrato que el subarrendatario desalojaría el piso cuando el arrendatario regresase a Madrid, como ha sucedido.* (Sentencia de 8 de abril de 1958: no ha lugar.)

29. SUBARRIENDO: *Hay subarriendo parcial y no convivencia cuando falta la vida en común en el hogar familiar.* (Sentencia de 8 de abril de 1958: ha lugar.)

30. LEYES ESPECIALES PROTECTORAS DE LA CONSTRUCCIÓN: *Si el contrato de arrendamiento no contiene indicación alguna de tratarse de un edificio sujeto a la Ley del Paro de 1935, debe ser excluido de la reglamentación que impone esta disposición y las posteriores, que modifican sus preceptos en orden al arriendo y demás relaciones de carácter locativo, sin que pueda alterar la relación con el inquilino y en perjuicio suyo la sujeción posterior del edificio a leyes que benefician a los propietarios.* (Sentencia de 24 de abril de 1958: no ha lugar.)

## II. Derecho procesal.

1. LEGITIMACIÓN PASIVA DEL SUBARRENDATARIO: *El que el Tribunal Supremo sostenga la doctrina de que no es necesario ni obligatorio demandar al subarrendatario en los juicios de desahucio por subarriendo no quiere decir que aquél carezca de legitimación pasiva en tales juicios.* (Sentencia de 24 de marzo de 1958: no ha lugar.)

2. COSA JUZGADA MATERIAL: NUEVAS CIRCUNSTANCIAS: *En los juicios de resolución de contrato por causa de necesidad, la invocación de nuevas circunstancias integrantes de la necesidad alegada son bastantes para que no pueda estimarse la identidad de causa que exige el artículo 1.252.*

REQUISITO DE CONSIGNACIÓN DE RENTAS: CARÁCTER: *Por afectar a normas de orden público y Derecho necesario debe ser aplicado de oficio por la Sala Juzgadora.* (Sentencia de 2 de mayo de 1958: no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LÍMITES: *No pueden plantearse en este recurso cuestiones nuevas que no se adujeron ante los Juzgados de instancia.* (Sentencia de 3 de marzo de 1958: no ha lugar.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FÓRMULA: *El artículo 1.720 L. E. C. debe estimarse de aplicación a este recurso como desarrollo del 132 y 133, 2.º de la L. A. U.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LÍMITES DEL JUZGADOR: CONGRUENCIA: *Si en el escrito interponiendo la Suplicación sólo se mencionan como infringidos determinados preceptos, no puede el Tribunal tener en cuenta la infracción de otros distintos.* (Sentencia de 14 de abril de 1958: no ha lugar.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LÍMITES: ERRORES «IN PROCEDENDO»: *Las infracciones «in procedendo» están fuera del área del recurso de suplicación.* (Sentencia de 24 de abril de 1958: no ha lugar.)

### III. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Barcelona.

A cargo de José PERÉ RALUY

#### I. Derecho civil.

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ABUSO DE DERECHO: *El abuso de derecho no es concepto antagónico o derogatorio de las normas de la Ley, sino supletorio de las que no contiene y debiera expresar si hubiera previsto el legislador aquellos casos que tuvo presentes al tiempo de redactarla.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SELECCIÓN EN LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *Nuestro ordenamiento jurídico no registra disposición alguna que obligue al propietario a demandar a todos y cada uno de los arrendatarios de una finca para discutir y declarar, previamente al ejercicio de la acción de desahucio, quién debe abandonar la vivienda.* (Sentencia de 10 de mayo de 1958, A. T. de Barcelona.)

Estimada la demanda en sus instancias se interpuso recurso de suplicación, al que no se dió lugar en méritos de los siguientes:

CONSIDERANDO: que el abuso de derecho no es un concepto antagónico o derogatorio de las normas de la Ley..., por lo que fundada esta causa de suplicación en la notoria y respetable antigüedad del demandado en el piso que ocupa—cuarenta y un años—, en la gravísima enfermedad que aqueja a la esposa del demandado, la edad avanzada de una y otro y la nula potencialidad económica del demandado en contraste con la de los actores, es improcedente el motivo, pues de tales hechos no surge ninguna de las normas legales tácitas en que descansa el concepto del abuso de derecho que pueda impedir el ejercicio por la actora del derecho reconocido a la misma en los artículos 62, 63 y 114, número 11, de la L. A. U.

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN DE LA SUCESIÓN ARRENDATARIA: *Al dejar de efectuar la notificación prevenida es vista la procedencia del desahucio interesado por no cumplirse los requisitos para la prórroga forzosa (art. 114, causa 11).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NATURALEZA DEL PLAZO PARA NOTIFICACIÓN: *El plazo de noventa días establecido en el artículo 58, número 3 de la L. A. U. es de caducidad.* (Sentencia de 9 de mayo de 1958.)

La demanda fué desestimada en la primera y en la segunda instancia e interpuesto recurso de suplicación se dió lugar al mismo.

OBSERVACIONES: También la Sentencia de 6 de febrero de 1958 de la A. T. de Valencia proclama la doctrina del primero de los Considerandos transcritos.

La doctrina de los órganos de instancia y de suplicación suele ser rigurosa en cuanto al cumplimiento del requisito de notificación; nótese, sin embargo, el criterio excepcionalmente benévolo de una Sentencia de 26 de noviembre de 1957 de la A. T. de Burgos, con arreglo a la cual, la notificación a que se refiere el artículo 58, sólo es necesaria cuando al fallecimiento del arrendatario existan varias personas con derecho a la continuación en el arriendo. Responde esta sentencia a una infraestimación del papel desempeñado por la notificación de referencia que no sólo cumple la función de despejar la incógnita respecto a cuál de los eventuales sucesores es el que habrá de ostentar la titularidad arrendaticia, sino la de constituir una a modo de aceptación del derecho sucesorio-arrendaticio.

3. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA POR RAZÓN DE NECESIDAD: REQUISITOS DEL MISMO: *Expuesto el fundamento de la selección teniendo en cuenta a «todos» los inquilinos es indiferente para la validez y eficacia del requerimiento que ello resulte de manera expresa tácita del propio requerimiento.* (Sentencia de 18 de marzo de 1958, A. T. de Barcelona.)

ANTECEDENTES: Denegada la prórroga, por razón de necesidad, se dió lugar a la demanda por el Juzgado Municipal, cuya sentencia fué revocada por el de Primera Instancia, por entender defectuoso el requerimiento denegatorio en el que no se indicaban con detalle las circunstancias de proposición concurrentes en los demás inquilinos, limitándose el arrendador a afirmar que la elección había recaído en el luego demandado, debido «a ser la suya la única vivienda de un solo inquilino». Se dió lugar al recurso de suplicación.

OBSERVACIONES: Contrasta esta sentencia con el habitual formalismo que acusa en esta materia la generalidad de la doctrina de suplicación. Así, una Sentencia de 14 de febrero de 1957 de la A. T. de Oviedo, afirma que el requerimiento debe ser preciso en cuanto a los ocupantes de cada piso, y más concretamente, otra de fecha 27 de marzo del propio año dictada por la A. T. de Valencia ha sostenido que no basta a efectos de selección, decir en el requerimiento denegatorio de prórroga, que la vivienda elegida es la habitada por menor número de personas, sin aludir a los restantes inquilinos y precisar sus circunstancias.

4. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *Si las obras realizadas en la vivienda consistieron en la demolición de la escalera y de algunos tabiques con el único objeto de dejar inservible, de momento, el inmueble, es visto que tales demoliciones no pueden acreditar la ocupación posesoria.* (Sentencia de 5 de marzo de 1958, A. T. de Barcelona.)

En el primer considerando de la sentencia se dice:

Si bien esta posesión puede probarse además de con la presencia física de los interesados, con la iniciación de las obras necesarias y convenientes de reparación y adaptación a sus necesidades, con el propósito persistente de habitarla, aunque no se concluyan dentro del plazo de tres meses, por causas independientes de la voluntad de aquéllos, en el caso contemplado no hubo obras de reparación o adaptación, sino de destrucción, ni éstas respondieron al propósito persistente de habitarlo, sino para justificar su inocupación.

## II. Derecho procesal.

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PROCESO SOBRE DECLARACIÓN DE DERECHOS A LA SUCESIÓN ARRENDATICIA: INTERVENCIÓN DEL ARRENDADOR: *No es necesario que el arrendador sea parte en el proceso relativo a la declaración de derechos sucesorio-arrendaticios.* (Sentencia de 5 de marzo de 1958, A. T. de Barcelona.)

La sentencia de suplicación no da lugar al recurso interpuesto contra la del Juez de Primera Instancia, confirmatoria de la dictada por el Municipal, y sienta la siguiente doctrina:

CONSIDERANDO: ... el artículo 58 de la L. A. U., tanto al otorgar el derecho de subrogación en favor de los parientes del inquilino aludido en el mismo, como cuando al regular la designación del sucesor, bien en la vía judicial, ya extrajudicialmente, no exige la intervención del arrendador, pues sólo después de «efectuadas», obliga únicamente al subrogado a notificarla fehacientemente.

OBSERVACIONES: En igual sentido se ha pronunciado una Sentencia de 5 de septiembre de 1957 de la A. T. de Oviedo.

Nótese, sin embargo, que si en el proceso no es parte el arrendador, éste no quedará vinculado al reconocimiento de un efectivo derecho sucesorio arrendaticio por parte del que obtenga la declaración de mejor derecho. En la práctica, será, por ello, preferible que quien pretenda recabar la declaración, de no obtener extrajudicialmente el reconocimiento de su mejor derecho por el arrendador, demande a éste conjuntamente con las demás personas que discutan su preferencia.

2. VIVIENDAS DE RÉGIMEN ESPECIAL: COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO: *La vigente Ley de Arrendamientos Urbanos deroga las disposiciones de carácter especial y reconoce la vigencia de las de carácter sustantivo que integran la llamada legislación especial sobre viviendas protegidas para estatuir la unidad de procedimiento, a través de las normas del capítulo XII de la L. A. U., a fin de plantear y resolver en él las cuestiones que puedan suscitar la aplicación de «todas las leyes» a las que la propia de Arrendamientos Urbanos reconoce como protectora de los arriendos en ellas reglados.* (Sentencia de 14 de febrero de 1958, A. T. de Barcelona: da lugar al recurso.)

ANTECEDENTES: El actor acumuló en su demanda una serie de fundamentos de derecho en apoyo de su pretensión resolutoria, destacando entre los mismos: el artículo 32, causas 5.ª y 6.ª de la Ley de 15 de julio de 1954, el 120, causas 2.ª y 6.ª del Decreto de 24 de junio de 1955 y el artículo 62, causa 4.ª de la L. A. U. Seguido el oportuno proceso arrendaticio ante el Juzgado Municipal—trámite de cognición—recayó sentencia resolviendo el contrato con base en la causa 2.ª del artículo 114 de la L. A. U., precepto no invocado por el actor, pero el Juez entendió aplicable al cuadro fáctico probado en el juicio. La sentencia fué revocada en apelación por entender el Juez de Primera Instancia inaplicable el procedimiento de la L. A. U. La Audiencia Territorial dió lugar al recurso de suplicación, decretando el desahucio del demandado con la base en el siguiente

CONSIDERANDO: Que se alza el primer motivo para denunciar la violación del número 3 del artículo 1 de la Ley actual en tanto preceptúa que el arrendamiento de fincas urbanas construidas al amparo de leyes especiales protectoras se regirá por las normas particulares de éstas, y, en lo no previsto en ellas, por las de la presente Ley, sin que la excepción alcance a cuestiones de competencia y procedimiento, en las que se estará por entero a lo dispuesto en la L. A. U.; como reconoce la vigencia de las disposiciones de naturaleza sustantiva y deroga las de carácter procesal de la llamada legislación especial sobre viviendas protegidas..., al interpretar el Juzgador contrariamente a lo expuesto en el número 3 del artículo 1 de la L. A. U., para repeler el desahucio instado al amparo de las dos primeras causas, por ser improcedente el trámite en que se ventilaron, incidió en la invocada infracción.

# SUMARIO

## 1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil. Parte IV.*

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La representación.*

OLIVENCIA RUIZ, Manuel: *La compensación en la quiebra y el artículo 926 del código del Comercio.*

## 2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

FOSAR BENLLOCH, Enrique: Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie.

## 3. INFORMACIÓN LEGISLATIVA

## 4. BIBLIOGRAFÍA

## 5. JURISPRUDENCIA.