

La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español,
por D. Espín Cánovas. Publicaciones del Seminario de Derecho
Civil de la Universidad de Salamanca. Salamanca, 1965.

El autor divide esta interesante monografía en tres partes, precedidas de una Introducción, que tratan: la primera, de la adquisición de la posesión inmaterial en los actos *mortis causa*; la segunda, de la adquisición de la posesión inmaterial en los actos *inter vivos*, y la tercera, de la adquisición de la posesión inmaterial de los bienes del quebrado por los Organos de Administración de la Quiebra. Pero, para nosotros, se divide en dos partes: la primera dedicada a demostrar la admisibilidad de la posesión inmaterial en nuestro Derecho (que equivale a la Introducción del autor), y una segunda que viene a ser aplicación de la adquisición de la posesión inmaterial, tanto en los actos *mortis causa*, como *inter vivos*, como en la quiebra (que equivale a las tres partes en que el autor divide su obra).

I. ADMISIBILIDAD DE LA POSESIÓN EN NUESTRO DERECHO.

Si bien a la vista del artículo 430 del Código civil podría suponerse que toda posesión implica tenencia material de la cosa, afirma Espín que esta primera impresión queda desvirtuada por el conjunto de la regulación legal, como se deduce claramente de los artículos siguientes, 431 y 432, en los que se presupone que ambos aspectos posesorios, material e intencional, pueden concurrir. Si además tenemos en cuenta que de la distinción entre posesión natural y posesión civil, que hace el Código, no se sigue ninguna consecuencia, ni a la posesión civil se le atribuye ningún

efecto especial, hemos de extraer la conclusión de que la posesión natural como contrapuesta a la civil, indica que falta la intención, con lo que la verdadera nota diferencial viene a estar dada por el elemento de la intencionalidad. De este modo, la fundamental distinción de la posesión depende de la intención dominical del que posee, la que será hábil para la usucapión (artículos 447 y 1.941 del Código civil).

El autor, sin insistir en el fundamento de la posesión en nombre propio o ajeno (art. 431 del Código civil), afirma que resulta evidente que el Código prevé de modo expreso que el poseedor, sin dejar de tener tal consideración, no tenga en su poder la cosa, sino que la entregue a otra persona para que en su nombre la detente. Se viene a espiritualizar el contenido material de la posesión, de suerte que la Ley considera como verdadero poseedor al dueño de la cosa sin su material tenencia. Sin necesidad de acudir a la distinción de origen alemán entre posesión mediata e inmediata, nuestro Ordenamiento jurídico admite el desdoblamiento posesorio entre dos poseedores en plano diverso, pero concurrente sobre la misma cosa y fuera del supuesto de la indivisión de la misma o coposesión, pues así se deduce de los artículos 463, 446 y 445 del Código civil.

Ciertamente que el objeto poseído fué para el Derecho romano en un principio la cosa, pero llegó a admitir la posesión de los derechos, de suerte que la posesión se extiende así de los *corpora* a los *iura*, y nuestro Código, recogiendo tal evolución juntamente con la influencia del Derecho común, de la doctrina, del Derecho canónico y de la Codificación, se refiere reiteradamente en materia de posesión a la tenencia de una cosa o al disfrute de un derecho. Cabe preguntar: la posesión de la cosa que tiene el propietario, ¿no es, en definitiva, la posesión del derecho de propiedad? La contestación afirmativa reduciría la fórmula tradicional dualista a unificar el objeto de la posesión, puesto que siempre recaería sobre determinados Derechos reales. Sin menospreciar las opiniones contrarias (DE BUEN y, en cierto modo, VALLET, en nuestra doctrina), el autor cree preferible, a la vista del Código civil, mantener la posición dualista (arts. 435, 441, 443, 444, 449, 450, 452, 455, 457, 458, 460, 461, 463, 464).

De lo que no cabe duda es que, según el Código, la posesión

puede tenerse en concepto de dueño o en otro concepto subordinado (art. 432), dando así lugar a que pueda concurrir la posesión del tenedor de la cosa materialmente sin intención dominical con la posesión a título dominical, sin tenencia material, lo que conduce a la posibilidad de una doble posesión concurrente, dejando aparte el supuesto de proindivisión. Pero cuando dos personas pretenden poseer una misma cosa puede producirse, o bien un conflicto posesorio (art. 445), o bien una concurrencia posesoria, de la que sólo cabe hablar cuando la situación de cada uno de los poseedores no es incompatible (la situación típica será el arrendamiento: el arrendador sigue siendo poseedor de la cosa a título de dueño, mientras que el arrendatario confiesa no ser poseedor dominical, sino subordinado a aquél). Frente a la posesión corporal, material, inmediata o subordinada, coexiste otra posesión incorporeal, espiritualizada o mediata. Esto se deduce de la reglamentación del Código, y es reconocido por nuestro Tribunal Supremo (arts. 461, 465, 460, 459, 466, en cuanto a la conservación de la posesión, y 1.960, 440, 1.462, 1.463 y 1.464 del Código civil y 38 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la adquisición posesoria sin material tenencia).

La divulgación de los estudios de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, para quienes la posesión mediata se basa en una espiritualización del concepto del señorío sobre una cosa, produce la aceptación en nuestra doctrina de la posesión mediata, espiritualizada (así ALGER, PÉREZ GONZÁLEZ, PUIG PEÑA, PUIG BRUTAU, MELÓN INFANTE, el mismo G. GARCÍA VALDECASAS, CASTÁN, BONET RAMÓN, MARTÍN PÉREZ, etc.).

El Tribunal Supremo también ha recibido la distinción entre posesión mediata e inmediata que aplica con frecuencia en los últimos años (Ss. de 1955, 1957, 1958, 1959 y 1962), viniendo a reconocer la tendencia a la espiritualización, que aplica especialmente a la concurrencia de posesiones en el caso de arrendamiento.

II. LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN INMATERIAL.

A. En los actos «*mortis causa*».

Esta materia, como pone de relieve el autor, tiene un entronque directo con la adquisición de la herencia, de suerte que será distinta para los sistemas que, como el Derecho romano, exigen la aceptación para que la atribución hereditaria se produzca, de aquellos otros que, como el Derecho germánico, consideran que la herencia pasa al heredero en el momento de la muerte del causante.

Los sistemas varían con diversos matices: para el Código civil francés se distinguen dos clases de herederos universales: el heredero *ab intestato* (que únicamente es verdadero heredero, pues el testamento no puede hacer más que legatarios universales) y el legatario, tanto el universal como a título universal, de suerte que sólo el heredero goza de la *saisine* hereditaria, mientras que los legatarios necesitan de la toma de posesión de la herencia para ser considerados poseedores. Análogo viene a ser el Derecho belga, mientras que el italiano vigente desde 1942 rechaza la adquisición automática de la herencia, exigiendo la aceptación, si bien concediéndole efecto retroactivo. Para el Código civil alemán la adquisición de la herencia por el heredero se produce de modo automático desde la apertura de la herencia, con lo que también adquiere la posesión, y análogamente el Derecho suizo.

En nuestro Derecho, el artículo 554 del proyecto de 1851 establecía que los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión. Este precepto, de indudable raigambre germánica, no supone una innovación fundamental en nuestro Derecho, pues ya la Ley 45 de Toro, recogida por la Ley 1.^a, título XXIV, del libro XI de la Novísima Recopilación, estableció que las «cosas que son de Mayorazgo..., muerto el tenedor del Mayorazgo, luego sin otro acto de aprehensión de posesión, se traspase la posesión civil y natural en el siguiente en grado, que, según la disposición del Mayorazgo, debiere subceder en él, aunque haya otro tomado la posesión dellas...».

Con tales precedentes no resulta extraño que el Código adoptara una posición en cierto modo intermedia (art. 440), que ha dado lugar a muy diversas interpretaciones en la doctrina, si bien el autor cree que se rige por el principio de la aceptación, en base entre otros, al artículo 444.

En nuestra doctrina se reconoce generalmente la transmisión no corporal de la posesión de los bienes hereditarios, aun desde los puntos de vista más dispares. En definitiva, piensa Espín, que si bien nuestro Código sigue el sistema romano, de tan larga tradición patria, que hace necesaria la aceptación para la adquisición de la herencia, se aparta, en cambio, de dicho sistema en cuanto a la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios; y éste parece ser el verdadero sentido del artículo 440 del Código civil. Es decir, este precepto tuvo la intención de aplicar al Derecho español el principio de la posesión civilísima en la adquisición de la herencia, combinadamente con el mantenimiento del sistema romano de la necesaria aceptación por el heredero.

El Tribunal Supremo sustenta una doctrina coherente acerca de la posesión civilísima del heredero, distinguiendo aquellos efectos que puede producir dicha posesión y el límite con que tropieza la misma. Mediante esa posesión civilísima, que se le reconoce, se considera facultado al heredero para ejercitar las acciones posesorias y petitorias, pero se le niega la posibilidad de servirse de dicha posesión civilísima como base para la usucapión o para defenderse contra la usucapión consumada de un poseedor efectivo de los bienes hereditarios (Ss. de 1947, 1951, 1959, 1960, 1963, etcétera).

Ya hemos visto cómo para las Grandezas y Títulos nobiliarios en el vigente Derecho español rige la Ley 45 de Toro, pues se entiende que no fué derogada por el Código civil, sin que a ello sea obstáculo el Decreto de 27 de mayo de 1912, que, aparte su inferior rango, hoy se halla derogado por el de 4 de junio de 1948. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias, algunas de ellas muy recientes, viene a reconocer la vigencia de la citada Ley de Toro, lo que explica que en las cartas de sucesión y rehabilitación se diga que se otorgan «sin perjuicio de tercero».

B. *En los actos «inter vivos».*

a) *Espiritualización de la entrega posesoria.*—La adquisición de la posesión se opera aquí a virtud de una progresiva espiritualización de la entrega posesoria, ya iniciada en el Derecho romano con la tradición simbólica y simplificada, y llevada a sus últimas consecuencias en el Derecho francés, que, como es sabido, proclama el principio de la transmisión de la propiedad *solo consensu*; pero que en otros sistemas se continuó exigiendo el principio de la entrega de la cosa para la transferencia dominical, si bien admitiendo formas inmateriales de entrega. Esta posición fué seguida por el Código civil español (así arts. 1.462 a 1.464, que admiten las formas de tradición simbólica, *ficta*, *brevi manu*, instrumental, «cuasi tradición simbólica»).

La Compilación de Cataluña admite en el artículo 277 el *constituto posesorio*.

Por su parte, el Tribunal Supremo aplica la transmisión posesoria, en virtud de las formas espiritualizadas reguladas por el Código civil, especialmente en materia de tradición instrumental del artículo 1.462; pero exige que la posesión existiese ya en el *tradens*, pues de otra suerte no podría transmitirla, si bien basta que esa preexistencia posesoria sea una posesión mediata (SS. 2 abril 1957, 17 diciembre 1948, 31 octubre 1951, 23 febrero 1951, entre otras). Para el caso de adjudicación judicial de bienes como consecuencia de procedimientos ejecutivos de embargo de bienes, el Tribunal Supremo entiende que la adjudicación judicial de bienes equivale y tiene la misma eficacia jurídica que la escritura pública, en base al párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil (así Ss. de 27 enero 1927, 30 noviembre 1939).

b) *La posesión civilísima del titular de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad.*—La expansión que en el Derecho español experimenta la figura de la posesión espiritualizada encuentra una importante manifestación a través del Registro de la Propiedad. Ya fué reconocido esto en el artículo 41 de la Ley hipotecaria de 1909; pero de modo contundente y más claramente expresado que en aquella en el párrafo 1.º del artículo 38 de la vigente. Re-

salta el autor que esta Ley haya conservado la presunción posesoria, no obstante haber expulsado a la posesión del Registro.

El Tribunal Supremo, antes y después de la Ley Hipotecaria de 1946, ha admitido esta presunción posesoria, fundamentalmente a través del juicio de desahucio por precario, al declarar que el titular inscrito en el Registro como dueño de unos bienes tiene la posesión real de los mismos a efectos de la legitimación activa para interponer dicho desahucio contra quien los posea sin pagar merced. Múltiples sentencia se expresan en este sentido (de 1941, 1942, 1943, 1945, 1946, 1947, 1949, 1950, 1951, 1955, 1963), independientemente de si el titular registral tiene de modo efectivo el poder de hecho sobre la cosa. Llega a decir que tal presunción posesoria *inviste* al que tiene inscrito un derecho a su nombre de la posesión del mismo (S 20 octubre 1949).

C. La adquisición de la posesión inmaterial de los bienes del quebrado por los órganos de administración de la quiebra.

Sobre la base de que en la quiebra se opera un fenómeno de transmisión posesoria total en la liquidación del patrimonio del quebrado a los órganos de la quiebra, afirma el autor que existe coincidencia en procurar a tales órganos el poder de hecho sobre los bienes del quebrado o masa de la quiebra, como complemento de las facultades jurídicas que sobre tales bienes les corresponden. Por otro lado, la intervención judicial en la quiebra actúa en un plano superior a la voluntad del quebrado, que queda subordinada a la decisión judicial. Esta sustitución de la voluntad del quebrado por la voluntad judicial repercute de modo decisivo en muchos aspectos de la adquisición posesoria de los bienes del quebrado.

Aunque el quebrado no es incapaz, queda inhabilitado para administrar sus bienes (art. 878 Código de Comercio) y no puede ejercer el comercio (art. 13 Código de Comercio); *status* que afecta gravemente a su capacidad de obrar y que tiene reflejo en el Registro civil (donde se inscribirá esta situación, artículos 1.º y 46 de la Ley del Registro civil de 1957), en el Registro mercantil (art. 83 del vigente Reglamento del Registro mercantil,

que si bien se refiere a la inscripción de la quiebra con referencia tan sólo al comerciante individual, cree Espín, con la mayoría de la doctrina, que tal disposición debe aplicarse también a la quiebra de sociedades) y en el Registro de la Propiedad, donde puede inscribirse tanto la demanda en que se solicite su declaración (que se anotará conforme al art. 42, núm. 5.º de la Ley Hipotecaria), como las resoluciones judiciales que declaren la incapacidad legal para administrar (que se inscribirán según el núm. 4.º del art. 2 de la Ley Hipotecaria).

En suma, en el Derecho de quiebras español, la declaración de quiebras opera: 1.º *Ipso iure* la inhabilitación total del quebrado. 2.º La desposesión (ocupación) total de las pertenencias del quebrado (art. 1.044, núm. 3.º, C. de c. de 1829, vigente en este punto, en relación con el art. 1.333 de la Ley de Enjuiciamiento civil), por virtud de las congruentes decisiones y diligencias judiciales. Para conseguir la completa desposesión del quebrado, la fórmula más idónea y eficiente en defensa y garantía del interés legítimo de los acreedores, consiste en decretar judicialmente la posesión civilísima de aquellos bienes que presenten alguna dificultad para su material aprehensión.

* * *

Finalmente, el autor, en la *Síntesis*, saca las conclusiones de su valioso trabajo, destinado, como hemos tratado de resumir, a demostrar cumplidamente la admisión de la posesión inmaterial en nuestro Derecho, así como a poner de relieve las repercusiones que ello reporta; todo ello expuesto con gran claridad, concisión y precisión que hacen muy útil la consulta de este libro.

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

Registrador de la Propiedad.
Notario.

La cooperazione del creditore all'adempimento. Milano (Giuffrè), 1964, 171-VII.—De Giovanni Cattaneo.

La presente obra, como indica el propio autor, es un estudio que apunta hacia dos resultados: «precisar qué se debe entender por cooperación del acreedor al cumplimiento, y afirmar, después, *si y cuándo* la omisión debe ser culposa» (1).

Para ello, parte el autor del concepto normativo, obtenido de la figura general prevista por el artículo 1.206 del Código civil italiano, según el cual «el acreedor incurre en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago ofrecido del modo indicado en los artículos siguientes o no realiza cuanto es necesario para que el deudor pueda cumplir la obligación», de donde infiere que se puede entender como cooperación del acreedor al cumplimiento «aquella actividad cuya ilegítima omisión hace aplicable la disciplina de la *mora accipiendi*».

Del análisis de este texto legal y de la observación de la práctica contractual y del contenido de las obligaciones en particular, se desprenden las primeras dificultades que se encuentran para el logro de los resultados propuestos, puesto que ni es claro el sentido de la frase «cuanto es necesario» del artículo 1.206 citado, ni se dispone de un criterio seguro para determinar, en la práctica, los casos que deban ser excluidos como hipótesis distintas de la cooperación, ni, por último, las indagaciones doctrinales—preocupadas, en su mayoría, por el problema de la culpa—han resuelto la cuestión de fondo.

Así, se requiere el estudio de las diversas hipótesis de hecho previstas en las normas para establecer cuándo una omisión del sujeto activo puede tener los efectos de la *mora accipiendi* y, por ende, el elemento común a estos diversos efectos, esto es, la *conducta del acreedor*, aclarando qué nexo existe entre cooperación y prestación, y qué efectos produce en Derecho la imposibilidad

(1) Página 15.

de cooperación del acreedor no imputable a él, si la obligación queda incumplida, que es tanto como resolver en tal supuesto si hay mora o se considera imposible la prestación, lo que nos lleva a responder a la pregunta de si es necesaria la culpa del acreedor para que éste incurra en mora.

Tal es el objetivo que se propone abordar el autor, y, poco más o menos, el programa de sus indagaciones, todo lo cual, a más de algunas acertadas observaciones e indicaciones metodológicas, se contiene en el capítulo I (Introducción).

CATTANEO desglosa su discurso en cuatro capítulos más, en los que estudia la institución de la *mora creditoris*, las consecuencias de la falta de cooperación, la necesidad de la cooperación y los efectos del «incumplimiento» de la cooperación.

Considera, en efecto, necesario empezar por la *mora accipiendi* para aclarar la función típica de este Instituto y su posición dentro del sistema de Derecho de Obligaciones, lo que, a su juicio, es previo para identificar los hechos a los que se aplica la disciplina de la *mora creditoris*, entendiendo se pueden separar dos grupos de efectos que responden a dos problemas prácticos:

- 1) traspaso al acreedor del riesgo de la prestación, en cuanto no imputable al deudor, que puede exigir la contraprestación (igual que si es culpable el acreedor), lo que viene a resolver la cuestión de quién deba correr con el riesgo si la prestación queda incumplida;

- 2) liberación del deudor y reembolso de gastos, más resarcimiento de daños, con lo que pasa al acreedor el riesgo de que la prestación sea más gravosa para el deudor.

El autor verifica un detallado estudio de ambos supuestos, de las condiciones para su aplicación y sus efectos y naturaleza. Es especialmente interesante el razonamiento por el que se llega a la conclusión de que las normas sobre la mora no tutelan el interés del deudor a una liberación por medio del cumplimiento. Y ello, entre otros argumentos bien esgrimidos, porque, siendo el fin social de las normas sobre obligación asegurar a ciertas personas un resultado útil, que puede derivar de la actuación de otras personas, no es exacto afirmar que entre los fines típicos y

constantes de la obligación se cuente la producción de un resultado, aun accesorio o secundario, útil al deudor, y, aunque tal interés en la liberación existiese, no parece tutelado por las normas sobre *mora accipiendi*.

En cuanto a si existe una *obligación de cooperación* por parte del acreedor, el autor adopta la postura negativa, contra ALLARA, RUBINO y FALZEA, y sólo admite que tal obligación pueda existir cuando el contrato en particular tutela el derecho del deudor a ejecutar la prestación. La obligación es inaceptable porque las normas sobre *mora accipiendi* vienen a tutelar, más que el interés a la contraprestación, el interés de no perder el derecho a la contraprestación por un acto del acreedor. El artículo 1.207 del Código civil italiano, según el cual «cuando el acreedor está en mora corre a su cargo la imposibilidad de la prestación sobrevenida por causa no imputable al deudor», no hace pensar en una obligación de cooperar, sino que contiene uno de los criterios que sirven para repartir entre los contratantes los riesgos relativos a la ejecución del contrato sinalagmático. Cabe añadir otras razones, como la naturaleza y función de las normas sobre la liberación *invito creditore*, que los partidarios de la existencia de la obligación de cooperar ven como una especie de ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer, mientras que no es más que un criterio de determinación de los confines de la prestación que puede ser pretendida por el acreedor. Asimismo, el reembolso de gastos y resarcimiento de daños son puestos por la Ley a cargo del acreedor en mora, mientras que el costo del pago corre de ordinario a cargo del deudor. Por donde se concluye que la cooperación no es debida, sino que su omisión es asumida por la Ley como criterio para traspasar al acreedor el riesgo de abstáculos que puedan impedir la prestación del deudor.

Se trata, en realidad, de una carga, no de un deber jurídico. La cooperación es vista por la Ley como un medio para actuar en interés del mismo acreedor, un medio a disposición del sujeto activo para obtener el cumplimiento puntual y exacto, o, como ha dicho el Profesor Díez PICAZO, «... una conducta necesaria sólo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de

una facultad. No se trata de un auténtico «deber», sino de un «tener que» para poder hacer...» (2).

Lo que no impide que tal cooperación pueda, en ocasiones, ser exigida por el *strictum ius*, y no sea, de ningún modo, una mera derivación del principio de buena fe (por más que la buena fe, como criterio de conducta o canon interpretativo, concurra a determinar, en el caso concreto, cuál sea la cooperación necesaria), ni tampoco excluye que en algunos supuestos exista tal obligación de cooperar, como cuando tal cooperación tenga el fin de permitir al deudor satisfacer su interés en verificar la prestación, o cuando sea la cooperación un necesario acto de preparación para el cumplimiento de una obligación.

En el capítulo III examina CATTANEO las consecuencias de la falta de cooperación, entendiendo por tal, en sentido técnico, «aquella actividad del acreedor cuya falta puede dar lugar a una, por lo menos, de las consecuencias y a uno de los efectos jurídicos de la *mora accipiendi*».

Así se estudian las diversas hipótesis de hecho, a las que la Ley atribuye los efectos de la *mora accipiendi*, después de encuadrar esta institución en el sistema de obligaciones, distinguiendo los casos en que el acreedor ha de verificar la contraprestación neta, deducidos de ella los beneficios que la mora puede haber ocasionado al deudor, de aquellas hipótesis fácticas en que el acreedor debe la contraprestación neta y de los demás supuestos, incluyendo el análisis de cada uno de los efectos de la *mora creditoris*: el retraso en la liberación del deudor, los gastos, los daños, además de los antes citados.

En el capítulo IV, bajo el título general de «Necesidad de la cooperación», se estudia el nexo entre prestación del deudor y cooperación del acreedor, ya que, salvo «recibir el pago» las demás formas de cooperación no vienen establecidas concretamente por el artículo 1.206 del Código civil italiano sino mediante una fórmula general un tanto ambigua.

Se trata, pues, de investigar el exacto significado del vocablo «necesario» en la fórmula general del citado artículo 1.206 y de

(2) Díez-PICAZO (Luis): *El contenido de la relación obligatoria*, A. D. G. (separata), Madrid, 1964, pág. 358.

identificar el criterio que distingue la cooperación de las prestaciones a que el acreedor es compelido hacia el deudor.

A este respecto, se concluye que «lo que distingue los actos de cooperación de otros comportamientos que pueden ser impuestos al acreedor por la misma fuente de la que deriva la obligación del deudor es su función típica: tiene el fin exclusivo de facilitar, de ayudar al deudor en el cumplimiento, siendo su función, por tanto, instrumental respecto de la prestación del obligado» (3).

Por ello, «la cooperación no tiene un fin autónomo respecto de la prestación: su fin no tendría sentido si no existiese una obligación con un cierto contenido a cargo del deudor. El fin es el mismo de prestación (realizar el interés del acreedor). Desde otro ángulo, sirve para que el sacrificio del deudor no resulte superior al impuesto por la relación obligatoria» (4).

Y también puede ser considerado como un caso de cooperación la conducta del acreedor que no sirve para proporcionar un medio o ayuda para la prestación, sino a tutelar la persona o bienes del deudor en el curso de la prestación, ya que «el deudor, cuando el acreedor no haga cuanto esté en su mano para impedir tales daños, puede rehusar el cumplimiento de la prestación y constituir en mora al acreedor» (5). Lo que no obsta para que la Ley trate como supuestos de cooperación algunas prestaciones debidas al deudor que no tienen función instrumental, y no son, por tanto, supuestos típicos.

En el capítulo V se procede al estudio de las circunstancias que pueden justificar la carencia de cooperación, entre las que se cuentan el impedimento, con lo que se presenta el problema de si el acreedor incurre o no en mora cuando su omisión es culpable, o, dicho de otra manera, si la culpa del acreedor constituye un elemento típico de la mora. El autor mantiene la opinión negativa, frente a FALZEA, fundamentándola en que:

(3) Página 114.

(4) Página 115.

(5) Página 117. En este principio de considerar como cooperación la actividad del acreedor, tendente a evitar un daño en la persona o bienes del deudor al realizar la prestación, basa el autor la carga del acreedor de entregar el recibo, restituir el crédito y anotar sobre el crédito, sin lo cual puede rehusar el deudor la realización de la prestación.

1) La *mora accipiendi* resuelve el problema de repartir los riesgos y costes entre las partes y, aunque siempre responda la parte culpable, no se puede decir lo mismo cuando los riesgos son independientes de la conducta de las partes.

2) La culpa no es el único criterio de que se sirve el ordenamiento para poner a cargo del acreedor los riesgos concernientes a la actuación de la relación obligatoria, como abonan numerosos ejemplos.

3) Existe una «esfera de riesgo» del acreedor y no se puede sostener la existencia de un principio general, según el cual el acreedor debería sufrir solo los daños derivados de su conducta culpable (6).

Todo lo cual se abona en el texto con la aportación de numerosos ejemplos y por el argumento de la irrelevancia de la culpa del acreedor en el caso de carencia de la cooperación causada por la conducta de un tercero, de la misma forma que incurre en mora el acreedor cuando un hecho que no le es imputable le impide cooperar, ya que, para CATTANEO, el acreedor actúa en interés propio y es justo que él soporte los riesgos de los eventos que le impiden obrar.

Si un evento no imputable impide la cooperación del acreedor, ¿Puede dar lugar a los efectos de imposibilidad sobrevenida por causa no imputable a las partes? Partiendo de que «no son aplicables los criterios válidos para la actividad del deudor (actividad debida por el deudor)», y teniendo en cuenta la variedad de relaciones, que hace casi imposible encontrar una regla unívoca, el autor se inclina por concluir que, «salvo que el riesgo sea imputado al deudor expresamente por la Ley o el negocio, de otro modo debe existir una razón fundada en la interpretación del negocio o de las normas a él aplicables, que justifican la misma solución» (7), puesto que sólo son aplicables las normas sobre imposibilidad sobrevenida cuando se pueda mantener que el deudor ha asumido el riesgo, y el principio general es que el acreedor

(6) Páginas 129 a 134.

(7) Página 154.

sóporta el riesgo de los eventos fortuitos que impiden su cooperación, pudiendo darse siempre excepciones derivadas de la Ley, los usos o la autonomía privada.

Tenemos, pues, un estudio bien elaborado, en el que se inicia una indagación desde una base legal y fáctica bien explicitada y se llega a la meta propuesta a través de un razonamiento sólidamente lógico, enriquecido con observaciones legales, jurisprudenciales y doctrinales que, completando el cuadro, no llegan a empañar ni desviar la línea discursiva. Un trabajo de explanación y análisis de una norma del ordenamiento jurídico italiano que puede ser útil al estudioso español, centrando el problema, doctrinalmente, alrededor de la cooperación del acreedor en las obligaciones de hacer, en las que la facultad de liberación del deudor no es contemplada por ningún precepto expresamente (8) y, por otra parte, en cuanto consigue el autor encontrar el núcleo de la cuestión precisamente en el juego cooperación del acreedor—prestación del deudor, auténtico centro alrededor del cual giran los demás problemas (como el de la culpa como elemento esencial de la *mora creditoris*) y desde el cual ángulo cabe su correcto enfoque.

En Derecho español, aun sin una norma expresa de tipo general del tipo del artículo 1.206 del Código civil italiano—puesto que los artículos 1.176 a 1.180 de nuestro Código civil sólo contemplan la *mora creditoris* en las prestaciones de dar y no en general—, es de desear que un estudio como el que hemos contemplado aclare y explicité la cuestión de la *mora accipiendi* y, sobre todo, la de la conducta previa del acreedor en su carga de cooperar al cumplimiento de la prestación.

VICENTE LUIS MONTÉS.

(8) Vld. Díez-Picazo, op. cit., pág. 365.

Derecho de Obligaciones, por Lino Rodríguez-Arias Bustamante. Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1965. Un volumen de XIII-578 páginas.

Cuando se sospeche que la hispanidad es sólo una fórmula de propaganda conviene fijarse en gentes como Rodríguez-Arias, profesor universitario a uno y otro lado del Atlántico. Y leer obras como este *Derecho de Obligaciones*, que simultanea el estudio de esta rama civilista en las legislaciones panameña y española.

Se trata de un libro fundamentalmente claro, ordenado. En el que, con muy buena información doctrinal, el autor nos da una síntesis de la teoría general de la obligación. Las materias que trata son las clásicas. Concepto, elementos, fuentes. Una clasificación muy amplia. Aborda igualmente los supuestos de cumplimiento anormal de las obligaciones, así como el principio de la responsabilidad patrimonial universal. Tras aludir al concurso de acreedores se ocupa de la transmisión de las obligaciones y de la sucesión particular en las deudas. Concluye con la extinción y sus causas, comprendiendo entre éstas el pago y sus modalidades.

En la casi totalidad de los temas tratados, el paralelo entre nuestro Derecho y el panameño es pleno. Apunta el autor alguna discordancia. Así, el tratamiento de la condición y el plazo, tratando de superar o de ignorar la antinomia entre los artículos 759 y 799. La imposibilidad de calificar de subsidiaria, en Panamá, a la acción pauliana, en contra de nuestro Ordenamiento. No se acepta allí el ofrecimiento de pago, pese a lo cual, el artículo 1.071 del Código panameño alude a esta modalidad solutoria. Considerar estas diferencias, en contradicción con los principios jurídicos, y probablemente involuntarias, nos puede ayudar a conseguir una postura más inteligente al estudiar casos similares, en los que nuestro Código hace las veces del panameño, frente al *Code* o al Código albertino.

La obra que comentamos no es un tratado enciclopédico ni un estudio monográfico. En ella, la atención científica se distribuye muy compensadamente. Pero hay temas que se estudian con

especial cuidado. Así, el examen de la voluntad unilateral, como fuente de las obligaciones. Las páginas sobre la cláusula penal. La cuestión del daño moral. La naturaleza del pago y su configuración como acto debido, según la tesis de Carnelutti:

En 1953, Rodríguez-Arias rechazó la tesis de la famosa sentencia de 17 de marzo de 1932, negando el que se pueda hablar de obligaciones naturales cuando se está en presencia de una conducta ilícita. Es curioso que posteriormente se encontrara con idéntica tesis, sustentada por la Corte Suprema de Justicia de Panamá en sentencia de 12 de septiembre de 1941, citada en la obra, negando a una concubina el derecho a reclamar el pago a la otra parte, aduciendo que tal obligación tiene causa ilícita. Corrobora esta cita la tesis del autor y esa identidad sustancial que se deduce de todo estudio comparativista.

La actual dedicación filosófica de Rodríguez-Arias no podía menos de transparentarse en algún punto. Así, al tratar del artículo 1.911 y de la responsabilidad universal, destaca cómo ésta, cada vez más, se desplaza del capital y pasa a recaer en la capacidad de trabajo, aludiendo al valor económico potencial de éste. La dignificación y realce de tal aspecto aporta, a su juicio, una orientación social al anquilosado mundo del Derecho civil.

Se habló en alguna ocasión de la balanza de pagos de nuestra doctrina jurídica. Desnivelada claramente en nuestra contra por la gran importación de obras alemanas, italianas, francesas: Este libro ayuda en la urgente tarea de enjugar ese déficit.

CARLOS HUIDOBRO

La colación, por José Luis de los Mozos. Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1965. Un volumen de XIV-333 páginas.

En nuestra literatura jurídica, sobrada de esbozos y ensayos fragmentarios, una obra que estudia, con rigor y sistema, toda una institución, tiene ya un primer valor ejemplar.

La colación ha sido entendida de forma tan diversa que era

preciso partir de un planteamiento previo. El autor anticipa una noción definiéndola como operación entre herederos forzosos, con el fin de tener en cuenta lo recibido anteriormente por donación en los preliminares de la partición.

Por tratarse de una reliquia histórica, interesa el desenvolvimiento de la figura. En el Derecho romano—que el autor expone, siguiendo especialmente a Voci—surgió con la *Collatio bonorum*, aplicable por razones de equidad al supuesto de la emancipación. La *Collatio dotis* amplió su ámbito objetivo y subjetivo. Orientación continuada por la *Collatio descendantium* y la *Collatio donationis* justinianeas. En todo caso, se refiere a donaciones *ob causam* y tiene su fundamento en la voluntad presunta del causante.

El influjo germanista implica un giro en la colación. Basada ahora en la copropiedad familiar que impone una sucesión igualitaria entre los coherederos. Es la tesis de los Derechos visigótico y longobardo. En el Derecho consuetudinario francés, bajo el nombre de *rappor*t, se impone en parte la tesis igualitaria, excluyendo la dispensa por el causante. Pero la doctrina justinianeas pervive en la glosa.

El estudio comparado, muy esquemático, ayuda a destacar los nexos entre la figura de la colación y los principios de cada sistema sucesorio, en especial con los conceptos de herencia y legítima.

Concretándose a nuestra Historia, examina las manifestaciones de la tradición germánica, Fuero Juzgo, Fuero Real y diversos Fueros municipales. Las Partidas nos dan una regulación justinianeas. La Ley 29 de Toro trata a la vez de colación e imputación, aun cuando diferencia su juego. Distinción consagrada por sus comentaristas Gregorio López, Antonio Gómez, etc.

A la letra de los estudios magistrales de Vallet, el autor expone la literatura española clásica hasta llegar a la confusión que precede en este punto al movimiento codificador, implicando en exceso la colación y las legítimas, así como su defensa a través de la computación y la imputación. El proyecto de 1851 restaura la noción depurada de colación, apuntando las líneas de su régimen vigente. Se reproduce, con algunas precisiones, la exposición erudita de Vallet clasificando en tres grupos los autores que se

ocupan de esta materia tras el Código. Se incluye una breve referencia a los derechos forales.

La colación se delimita frente a sus afines. La computación está sujeta a normas imperativas. La imputación se dará siempre, aunque se excluya la colación, en base al artículo 1.037, que deja a salvo las legítimas. La reducción opera en distinto campo. Respecto de la partición, la colación es un *prius*, con normas propias, como el 1.047 y el 1.048, frente a los artículos 1.061 y 1.063.

El fundamento subjetivo de la colación, grato a Vallet, se refuta. Asimismo, el objetivo, germanista, de la igualdad entre los descendientes y la copropiedad familiar. El autor destaca otro, que el mismo califica de difuso, que se halla en la norma dispositiva que lo establece, basándose en el comportamiento típico o ideal del causante. Quizá el criterio pecara de utópico; no podemos menos que recordar la certera observación de Escrivá de Romani, para quien la presunción favorable a la colación es errónea, ya que la mayor parte de los testadores y donantes lo que pretenden es desigualar a los herederos mediante donaciones.

Un esquema funcional de la colación aclara su concepto. El autor, tras exponer las razones de Morell y Vallet en pro de la obligación de devolver el exceso de lo donado, aunque no sea inoficioso, dá sus propios argumentos para rebatir tal tesis. Hace de este tema eje de la institución. También destaca el problema sobre la forma de practicarse la colación, inclinándose por la adjudicación compensatoria y la imputación de valor, superada ya la aportación *in natura*. Destaca el carácter sucesorio de la colación, inseparable, según la tesis de Binder del Derecho hereditario *pro parte*. De ella nace un derecho a compensarse y una obligación a imputar.

Al tratar de los sujetos de la colación alude a los requisitos clásicos; se precisa que sean herederos, legitimarios y que hereden conjuntamente. Su solución, excluyendo tajantemente al legatario de parte alicuota, parece excesiva. Recientemente, De la Cámara apuntaba la tesis contraria, y la sentencia de 22 de enero de 1963 refuerza esta última postura. La referencia a los legitimarios de distinto grupo, a los instituidos en cuotas desiguales y a la obligación de colacionar los nietos lo recibido, muertos ya sus padres, ratifican la opinión de nuestra mejor doctrina.

Objeto de la colación serán las donaciones, en el más amplio sentido, no sólo las *ob causam*, sino las simples. Destaca lo anómalo de la colación de legados, estimando referida más bien a la imputación la regla del 1.037. Estudia los distintos supuestos, el tratamiento de las donaciones nulas, simuladas e indirectas; es realista, considerándolas colacionables en cuanto supongan adquisición lucrativa, si bien no refuta con rigor la dispensa presunta que estas modalidades pueden encerrar. El mismo criterio aplica el autor a la parte gratuita de las donaciones onerosas y remuneratorias. Apunta otros supuestos afines, el seguro de vida, la remisión de deuda, la constitución de sociedad...

Indica las liberalidades excluidas de colación, deteniéndose especialmente en los frutos y en las relativamente colacionables del 1.042. Tras ello precisa el objeto de la colación. Son sus notas: el carácter lucrativo, la salida real del patrimonio del donante con subsiguiente ingreso en el del donatario, y la aptitud del objeto, entendiendo que un usufructo o renta vitalicia sólo serán colacionables si se constituyen por la vida del donatario.

La dispensa de colación no entraña, en contra de Vallet, mejora tácita. Se estudia con detalle la vieja cuestión del *expressim* en tal dispensa. Cabe que ésta sea simultánea o posterior a la donación, y en general, se exige la forma pública, se apunta el mayor rigor del artículo 273 de la Compilación catalana. Puede ser revocada, excepto en el caso de haberse incorporado a capitulaciones matrimoniales. Alude a la dispensa virtual y a la implícita, admitiendo sólo esta última. La partición testamentaria puede entenderse como dispensa implícita, cuando tal fuera la voluntad del de *cijus*. La colación voluntaria se admite ampliando tanto el supuesto de hecho como los efectos de la misma.

La colación por imputación es la forma normal y preferente, hasta el punto de que la *in natura* sólo se admite por acuerdo unánime de los herederos. Respecto de los frutos de la cosa donada sigue la tesis de Lacruz, aplicando el artículo 452 del Código civil. Insiste, al tratar de la adjudicación compensatoria, en la no restitución del exceso. El cómputo de valor se ha de hacer referido al momento de la donación. Y con arreglo al criterio valorista de Núñez Lagos en el supuesto del 1.047 de compensación en otros bienes de la herencia; aplicando, en cambio, la fór-

mula de Vallet, atender a las circunstancias del caso, cuando, conforme al artículo 1.048, la compensación tiene lugar a metálico o en valores mobiliarios. Alude a la proporcionalidad de la adjudicación compensatoria. Respecto de las deudas hereditarias, la colación sólo modifica las relaciones entre los herederos, no frente a los acreedores. Es original su breve apunte sobre la acción de colación. Destaca, con Binder, que es inseparable del derecho hereditario *pro parte*; por tanto, la acción *ex collatione* es una variante de la acción de división de herencia; la califica de meramente declarativa, pues no comporta desplazamiento patrimonial.

Se trata, pues, de un obra coherente y lógica. Con un apoyo doctrinal, español y extranjero, valioso y ordenado. Por contra, las citas jurisprudenciales abundan menos. Lacruz Berdejo la prologa en breves páginas que le bastan para apuntar un ejemplo muy claro sobre la forma matemática de colacionar por tanteo.

La colación es una de las instituciones más difíciles. Por ello, habrá de estimarse más la nobleza del estudio que comentamos, sujeto a tan grave servidumbre.

CARLOS HUIDOBRO.