

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIII * Julio-Agosto 1967 * Núm. 461

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Contiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

Depósito legal: M. 968.—1958

Bolaños y Aguilar, S. L. - General Sanjurjo, 20. - Madrid, 1967.

SUMARIO

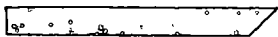
	<u>Págs.</u>
<i>In memoriam</i>	959
ESTUDIOS:	
«Régimen jurídico de los frutos pendientes», por BERNARDO MORENO QUESADA	963
«La colación de las donaciones remuneratorias», por MARIANO ALONSO PÉREZ	1017
NOTAS:	
«La reforma del régimen económico-matrimonial de Francia», por EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	1077
«El artículo 121 de la Ley del Suelo ante la jurisprudencia», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1125
LEGISLACION:	
«Crónica legislativa», por FRANCISCO DE COSSÍO	1141
JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y Sentencias:	
I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	1151
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ	1163
III.—Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL	1173

LIBROS :**Págs.**

«Primi Orientamenti di Filosofia del diritto», de SERGIO COTTA, por JESÚS BALLESTEROS	1183
«El concubinato en el Derecho civil francés», de GABRIEL GAR- cía CANTERO, por FRANCISCO SANCHO REBULLIDA	1190
«Etudes Juridiques offertes a Leon Julliot de la Morandière», por PEDRO A. FERRER SANCHÍS	1193

REVISTAS :

POR FERNANDO MUÑOZ CARLIÑANOS	1215
---------------------------------------	------



IN MEMORIAM

Don Francisco Sánchez de Frutos

El día 30 del pasado mes de junio fallecía en plena juventud, y los treinta y ocho años, Francisco Sánchez de Frutos, secretario de nuestra Revista.

Paco Sánchez fue un hombre excepcional. Lo más admirable para quienes participamos de sus enseñanzas, recibimos sus atinados consejos, colaboramos modestamente en sus trabajos y, sobre todo, disfrutamos de su sincera amistad, fue ese dinamismo, ese alarde de energía y esfuerzo, ese optimismo para enfrentarse a una vida que ya en sus inicios le hirió con el zarpazo de una dolencia incurable. Enamorado de su trabajo, extrovertido y propicio al diálogo, con el brillo constante de la ilusión en sus ojos vivaces, resuelto y activo, pero a la vez amable, alegre y sonriente siempre..., virtudes todas de diario ejercicio que en su caso adquirían un especial valor.

Sospechoso quizá de una existencia corta quiso llenarla plenamente y aprovechar al máximo las posibilidades que le ofrecía, como revela este breve y cariñoso recuerdo que de él hacemos ahora.

Ultimados con gran aprovechamiento sus estudios universitarios, ingresa a los veinticinco años en el Cuerpo de Registradores, y ocupa en el año 1956 el Registro de Sedano; al poco tiempo pasa a Cifuentes, y de allí a San Martín de Valdeiglesias, donde consume el resto de su carrera, y deja pruebas palpables de su cua-

lidad de buen funcionario al convertirlo en una oficina ejemplar por todos los conceptos.

Su inteligencia y capacidad de trabajo le permiten alternar la vida profesional con la enseñanza del Derecho: crea una escuela de opositores a Registros y Notarías, que pronto acredita su eficacia y adquiere un bien ganado prestigio. Como profesor universitario enseña Derecho Mercantil en la cátedra de don Jesús Rubio, el C. E. U. e I. C. A. D. E., y en diversas ocasiones pronuncia conferencias sobre temas jurídicos. Con ocasión del Centenario de la Ley Hipotecaria, participa activamente en el Congreso de Derecho Registral, al que aporta una interesante ponencia sobre «Problemas registrales de la propiedad horizontal». Al iniciarse la nueva etapa de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, se hace cargo de la Secretaría, que ejerce con singular acierto y eficacia. Sabe, en fin, ordenar inteligentemente sus actividades, y la intensa dedicación al trabajo no le impide rendir culto al esparcimiento. Caza y campo son aficiones predilectas, que ejercita con frecuencia en Buitrago, su pueblo natal, alternando con sus desvelos baloncestísticos en la Directiva del Club Estudiantes, al que perteneció como jugador en su época de aventajado alumno del Instituto Ramiro de Maeztu.

En suma, un extraordinario ejemplo del que las generaciones jóvenes deben tomar nota.

Descanse en paz.

F. M. C.



ESTUDIOS

Régimen jurídico de los frutos pendientes

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: 1. Indagación terminológica. 2. Iniciación de la «pendencia» en los frutos: A) Los frutos «no aparentes». Sus problemas. B) El artículo 357 del Código civil y su significado. C) El nacimiento o manifestación de los frutos. 3. Conclusión de la «pendencia»: la separación: A) Trascendencia de la separación sobre el propio fruto. B) La separación y su eficacia adquisitiva. C) Formas de separación.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FRUTOS PENDIENTES: 1. Si son partes integrantes o cosas autónomas: A) La regla *fructus pendens pars fundi esse videntur*. B) El número 2.º del artículo 334 del Código civil y su significado en este sentido. C) Preceptos que abonan la tesis de la autonomía. D) El concepto jurídico de «cosa» y su aplicación a los frutos pendientes. 2. Si son cosas presentes o futuras: A) El concepto jurídico de cosa futura. B) Inaplicabilidad del mismo a los frutos pendientes. C) Los frutos pendientes como cosas que ya existen. 3. Si son cosas muebles o inmuebles. A) Trascendencia de la solución. B) Posiciones defendidas sobre el particular. C) Conclusión que se mantiene.

I

P R E L I M I N A R

Son muchos, y gran parte de ellos verdaderamente interesantes, los estudios que se han dedicado a desentrañar el concepto de los frutos. Son muchos los temas del Derecho privado para los que tiene trascendencia una adecuada delimitación conceptual de los frutos y, por ello, numerosas las oportunidades que a la doctrina se le presentan de ocuparse de la materia; así, como una de las facultades más características del derecho de propiedad, se esta-

blece la de percibir su titular los que la cosa produzca (artículos 353 y 354); en la relación posesoria, en cuanto se refiere a su aprovechamiento y devolución por el poseedor (artículos 451 y siguientes); en los derechos reales de goce, formando la base conceptual del usufructo y del uso (artículos 467, 471 y 524); en los de garantía, su percepción y aplicación al pago de los intereses y del capital constituye una de las clásicas figuras de los mismos, la anticresis (artículo 1.881); al transferirse por venta la cosa que los produce, acompañándola (artículo 1.468, 2.º); así como a los legados en ciertos casos (artículos 882 y siguientes), etc., etc. En todos estos supuestos y en muchos más, los autores, ya en tratados generales, ya en trabajos especiales, se ocupan del tema y también lo hacen, profundizando aún más, los que concretamente le han dedicado estudios monográficos.

Todo esto puede hacer pensar que los puntos de interés que presenta el tema han sido suficientemente desentrañados, sobre todo si se considera, además, que todas son materias que han venido siendo tratadas por el legislador y por los autores desde los primeros momentos del Derecho escrito. Por ello, sorprende realmente que puedan encontrarse aspectos de verdadera relevancia que están insuficientemente considerados y sobre los cuales, por muy elementales que parezcan en razón de su trascendencia, no se han establecido conclusiones concordes.

Uno de esos puntos o aspectos es el de los frutos pendientes: no es que falte la referencia a los mismos en todos esos estudios aludidos; pero, salvo en muy pocos, se encuentra ausente el planteamiento de una serie de cuestiones de sumo interés concerniente a ellos; bien es verdad que no siempre su resolución puede considerarse necesaria para la de los problemas específicos que se trata de investigar en cada caso, pero también lo es que en buen número de supuestos su resolución contribuiría eficazmente a esclarecer los puntos controvertidos.

Y eso que la importancia del tema es considerable. En efecto, no debe olvidarse que la situación de los frutos que verdaderamente presenta cuestiones es la de pendientes, lo que puede atribuirse a un doble motivo.

De una parte, a que la relevancia jurídica de los frutos en la situación anterior a la pendencia, los denominados «frutos no

aparentes»—categoría o situación de los frutos que tiene acogida en nuestro Derecho, según veremos—, no es demasiado grande, toda vez que las consecuencias jurídicas de las relaciones en que intervienen resultan más bien escasas. En cuanto a los frutos ya separados, aunque en determinados casos su régimen jurídico viene en cierta medida predeterminado por el que afectaba a la cosa que los produjo, esta dependencia es puramente transitoria, pues aun en los no abundantes supuestos en que se da, lo es por un período de tiempo reducido, que suele ser el que tardan en ser objeto de un nuevo negocio jurídico, y ya como cosa física y jurídicamente independientes de la productora; y en los demás casos, no se presentan respecto a ellos cuestiones derivadas de su calidad de frutos; por tanto, si es verdad que por su origen seguirán considerándose así, su régimen jurídico (salvo esas circunstancias aludidas antes) no tendrá especialidad alguna respecto del que se aplica a cualquier otra cosa mueble.

De otra parte, se debe aquélla también a la duración que suele tener la situación de pendencia, que en los frutos naturales e industriales puede prolongarse por periodos que representen realmente mucho en proporción a la capacidad productora e incluso reproductora de la cosa matriz. Y entonces de las relaciones que puedan recaer sobre los frutos mientras están pendientes, y del régimen jurídico a que se les haya sometido, dependerá el verdadero valor económico y la trascendencia jurídica de un elemento tan fundamental en la vida del tráfico como son los frutos naturales e industriales.

También debe tenerse presente a estos mismos efectos que a los frutos les afectan dos tipos de relaciones jurídicas que los hacen su objeto por un doble camino: una, como a las demás cosas que tiene en cuenta el Derecho, esto es, siendo objeto directo e inmediato de tales relaciones, que las contemplan por sí mismos, y otra, derivada del hecho de la «pendencia» y de la relación de accesoriedad que, siquiera sea con carácter transitorio y de permanencia dependiente de la voluntad de los particulares, les une a la cosa matriz y que hace muy frecuente la extensión a ellos de relaciones que se entablan en atención a la cosa productora. De aquí que en el desarrollo que vamos a ir haciendo del tema no podíamos olvidar esta doble proveniencia de los vínculos jurídicos

que pueden afectar a los frutos pendientes, porque en buen número de casos la resolución de los problemas que se encuentren planteados puede depender en gran medida de no olvidar esta circunstancia a que me acabo de referir.

II

DELIMITACION CONCEPTUAL DE LOS FRUTOS PENDIENTES

1. Antes que cualquier otra cosa, a los efectos de delimitar desde ahora el objeto del presente estudio, quiero advertir que va a recaer sobre aquellos frutos naturales o industriales, producciones espontáneas de la tierra o producidas por ella a beneficio del cultivo o del trabajo, que estando manifiestos o nacidos no hayan sido aún alzados o separados de la cosa que los produce.

Es decir, que por una parte nos vamos a referir a productos de la tierra espontáneos o cultivados, pero sólo a aquellos que por su naturaleza vienen destinados esencialmente a ser recolectados en un determinado momento, que generalmente coincida con el de la maduración, a la que llega a través de un ciclo más o menos largo, terminado el cual, el fruto, si no se recoge, suele perder las cualidades que lo diferencian de otros frutos o productos que lo hacen útil para el uso cotidiano y que permiten su comercialización (1).

Se ha hecho notar entre nosotros (2) que «el concepto jurídico de frutos presenta ramificaciones en múltiples instituciones, por cuya razón nuestro Código civil contiene innumerables referencias a los mismos que hacen no sea uniforme la terminología utilizada en cuanto también el Código se hace eco en esta materia de concepciones de la ciencia natural, del lenguaje vulgar y, sobre todo, de la ciencia económica. Pero que, de todas formas, puede decirse que «a tres se reducen las acepciones en que el Código emplea el

(1) SALÍS, *La compra vendita di cosa futura*, Padova, 1935, pág. 296, que en base a tales notas establece su distinción con árboles y plantas, que sólo en otro sentido, más amplio, estima deben considerarse como frutos pendientes.

(2) GARCÍA CANTERO, *Concepto de frutos en el Código civil español*, «Rev. Der. Notarial», IX-X (1950), págs. 149 y 151.

término "fruto": frutos jurídicos en sentido amplio, frutos jurídicos en sentido estricto y frutos en sentido naturalístico». ¿Y cuáles es el alcance de cada uno de éstos? Según el propio GARCÍA CANTERO (3), «emplea el Código la expresión fruto en sentido amplio, comprendiendo las tres clases de los naturales, industriales y civiles que enumera el artículo 354». Por otra parte, y teniendo en cuenta el uso que en una serie de preceptos que transcribe el Código hace de la expresión conjunta o la contraposición disyuntiva de los frutos rentas o intereses, se siente inclinado a pensar que las rentas o intereses carecen de la condición de frutos, y como, por otra parte, considera que tras la expresión frutos intereses y rentas los dos últimos términos son frutos civiles, concluye que en todos estos casos «el Código no da a la palabra frutos el mismo sentido amplio que el considerado en el apartado anterior», sino que el Código designa en ellos a «los naturales e industriales». Por último, hace observar que «el Código civil emplea el término "fruto" con el significado que le atribuye la ciencia natural (y vulgar también, pues la primera acepción que trae el diccionario de la Real Academia es "lo que el árbol o planta produce cada año después de la flor y de la hoja") en una serie de artículos que se localizan principalmente en la regulación del arrendamiento y de los censos».

Y son estas observaciones muy de tener en cuenta para la mejor comprensión de muchas de las cuestiones que vamos a ir examinando a lo largo de este estudio, en el que fundamentalmente se contemplarán los frutos, en relación a la clasificación que acabamos de ver, en la siguiente forma: excluyendo desde el principio que a nuestras referencias a los frutos pendientes pueda atribuirseles que estén hechas sobre la base de dar al término frutos el sentido amplio, toda vez que, como podrá verse, no serán objeto de consideración directa por más que puedan resultar aludidos, por la referencia a algún precepto que les sea de aplicación, los frutos civiles. Y en cuanto a los dos últimos sentidos, si bien vamos a referirnos a frutos naturales e industriales, sin excluir *a priori* de entre sus manifestaciones más que las crías y demás productos de los animales (4), el punto de referencia serán los frutos en sen-

(3) Obra y lugar citados.

(4) Con el sentido y alcance con que habla de ellos el artículo 355, 1.º

tido naturalístico de que antes se hablaba, o sea, los frutos del reino vegetal, como los designara BONFANTE (5).

De todas formas, el desenvolvimiento de los distintos temas que se vayan tratando pondrá de manifiesto las limitaciones con que han de entenderse las referencias que al concepto de frutos, sin más, vayamos haciendo.

De tener en cuenta será también la circunstancia de que objeto de nuestro estudio van a ser los frutos pendientes; es decir, el concepto de fruto en cuanto está condicionado por la situación de pendencia, de unión a la cosa que lo ha producido; ahora bien, tendremos que examinar, además, para delimitar en el tiempo esta categoría, esto es, en cuanto a su iniciación y conclusión, las situaciones en que los frutos pueden encontrarse antes y después de estar pendientes, aunque sólo a efectos de establecer con la mayor precisión posible los momentos en que comienza y termina la situación de «pendientes» de los frutos.

2. Momento capital para la delimitación conceptual de los frutos pendientes es el del comienzo de la consideración como tales: el determinar cuándo puede comenzar a hablarse de «pendencia» de los frutos. No puede olvidarse, en efecto, que, como situación transitoria que es, la pendencia de los frutos desaparece por el término de su evolución, que los lleva a independizarse físicamente de la cosa que los produce, pero que también, precisamente por este su carácter de producidos, de derivados de otra que los pre-existe, han de tener en relación con ella un momento inicial, el de su formación: ¿desde cuándo puede decirse que hay frutos pendientes?

A) Quizá la primera cuestión que habría que dilucidar al respecto es la de si puede hablarse de frutos que se encuentren en un estado anterior a la «pendencia», de si antes de estar pendientes puede considerarse que existen los frutos, de la realidad de la categoría de los «frutos no aparentes». La solución parece terminante a la vista de cómo se pronuncia el artículo 357 del Código civil: «No se reputan frutos naturales o industriales sino los que están

(5) En su *Corso de Diritto romano*, I, «La Propiedad», Roma, 1926, páginas 155 y sigs.

manifiestos o nacidos. Respecto a los animales, basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido.» Antes de su manifestación o nacimiento, antes de su aparición en el exterior, no se reputa que existan los frutos naturales o industriales (salvo el caso de los animales, que, considerados en sí como frutos en el párrafo 2.º, el propio Código exceptúa). Este parece a primera vista el sentido indudable que ha de dársele.

Ahora bien, es frecuente encontrar en nuestra doctrina, a propósito de la clasificación de los frutos, una distinción que parece contradecir esa forma de interpretar el aludido precepto del Código civil: la que diferencia los frutos en aparentes o manifiestos y no aparentes, con la que, sin duda, se está aludiendo a la circunstancia de existir frutos que todavía no se han manifestado al exterior; y digo que ha de interpretarse de esta forma—de que la segunda referencia es a los todavía no manifestados—porque en el otro grupo, en el de los aparentes, comprenden todas las demás situaciones en que según el Código pueden encontrarse los frutos y, por consiguiente, abarcan también, y suelen hacerlo expresamente, a los que han desaparecido por transformación o consumo, que designan con el nombre de consumidos y que son los únicos otros de que podría predicarse la no apariencia (6). Acoge esta distinción el profesor CASTÁN (7), que la refiere a los frutos «según hayan o no nacido y, por consiguiente, muestren o no su existencia», aunque omite considerar más detenidamente los términos de la clasificación (8).

Desde otro punto de vista, PUIG BRUTAU (9) dice, refiriéndose al mencionado precepto, que esta caracterización de los frutos naturales e industriales, por el hecho de que estén manifiestos o nacidos, más que un criterio para saber cuándo podrá hablarse de tal clase de frutos, como parece resultar de dicho artículo 357, representa o establece la división de los frutos naturales en manifiestos o pendientes y percibidos, justificando este aserto en la

(6) Cfr. CASSO ROMERO, *Derecho civil común (del Código civil y exceptuado)*, t. I, Madrid, 1926, pág. 265.

(7) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. II, 10.ª ed., Madrid, 1955, pág. 574.

(8) MARTÍN RETORTILLO, *Clases de frutos en el Código civil*, en «An. Der. Civil», IV, 1951, pág. 154.

(9) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, Barcelona, 1953, páginas 225 y sigs.

circunstancia de que sólo los términos de esta clasificación producen consecuencias jurídicas.

Desde luego, no puede ofrecer duda la circunstancia de que en una consideración puramente física, biológica, el fruto existe aun antes de su manifestación al exterior; de esas distintas etapas que, según DE BUEN (10), supone la formación de los frutos, una de ellas, indudablemente, es la que precede a su exteriorización. Ese período de incubación que, como en todo producto orgánico (11), necesita transcurrir antes de la aparición perceptible de los frutos, tiene importancia como base imprescindible del desarrollo posterior que lo llevará a ser fruto pendiente y con la separación más tarde, cosa totalmente independiente respecto de la productora.

El problema está en si, a más de esta consideración física, para el Derecho tiene también relevancia este periodo anterior a la pendencia de los frutos, esta situación de no apariencia. En orden al problema de la compraventa de frutos pendientes objeto de su estudio, BUTERA (12) y ATTOLICO (13) lo niegan, pues refieren tanto a los frutos de la tierra ya nacidos como a los aún por nacer la expresión «frutos pendientes», aplicándoles, consecuentemente, idéntico tratamiento jurídico; frente a ellos, y siempre en orden al tema de la venta de frutos pendientes, sostiene SALÍS (14) la necesidad de distinguir los contratos de compraventa de frutos que no han alcanzado aún el estado en el que puedan verdaderamente considerarse como cosas autónomas (lo que para este autor no depende precisamente de la separación, como con más detalle tendremos ocasión de ver), de los contratos que tienen por objeto frutos que pueden decirse provistos de las características que los hacen considerar como bienes en sentido económico, o de aquellas otras que en las específicas intenciones de las partes se reputan necesarias para la obtención del fin que el comprador persigue al adquirirlos, reconociendo así su existencia. Claro es que aunque

(10) DE BUEN, *Derecho civil común*, I, 3.^a edición.

(11) GARCÍA CANTERO, op. y loc cit.

(12) BUTERA, *La vendita dei frutti naturali rispetto ai terzi*, en «Filangieri» 1903, págs. 77 y sigs., y 181 y sigs., y 252 y sigs., cit. por SALÍS, Op. cit., pág. 297.

(13) ATTOLICO, *Sulla vendita volontaria dei frutti pendenti*, en «Filangieri», 1905, págs. 321 y sigs., 646 y sigs., 737 y sigs., cit por SALÍS, loc. cit.

(14) SALÍS, *La compra vendita di cosa futura*, Padova, 1935, pág. 321.

en el fondo el problema principal que preocupa a estos autores, que es, en definitiva, el de cuándo pueden considerarse «pendientes» los frutos naturales, para nosotros está en principio resuelto con la norma del artículo 357 del Código civil, que no tiene correlativo en la contemplada legislación italiana, vemos que la situación de existentes, pero aún no pendientes, para unos autores no supone diferencia de tratamiento con los que ya lo están, en tanto que para otros resultan claramente diferenciados en cuanto a su consideración jurídica.

B) Para la adecuada resolución de este problema en nuestro Derecho es aconsejable hacer un examen de los antecedentes inmediatos del artículo 357, a fin de ver el alcance que se pretendió darle, completándolo con el de los términos en que está concebido y sus relaciones con otros referentes al tema.

Reconoce GARCÍA GOYENA al examinar el artículo 400 del Proyecto de 1851 (15)—que coincide con el 357 actual, salvo en reputar frutos naturales o industriales «desde» que están manifiestos o nacidos en lugar de «los que» están manifiestos o nacidos—que al redactarlo respetaron y se apartaron parcialmente de la Ley 10, título IV, libro tercero del Fuero Real, que cita como antecedente. En efecto, según dicha Ley, en caso de muerte del marido o la mujer habiendo frutos por recoger en las heredades afectadas por la sucesión, siendo la labor viña o árboles, si los frutos «parecen en la heredad a la sazón de la muerte» se partirán por mitad entre el supérstite y los herederos del muerto, en tanto que si «no aparecen», los frutos serán para el que le corresponda la tierra («cuya fuera la raíz»), que pagará los gastos de labor al que los hubiese realizado. En cambio, si se tratara de «tierra o fuese sembrado magüer que no aparezca el fruto a la sazón de la muerte, pártase por medio cuanto ende hubiere; e si non fuere sembrada o fuere barbecho, el que non ha nada en la heredad haya la mitad de las misiones que fueren fechas en el barbecho».

Dábase por razón de esta diferencia (16) que en los árboles, viñas, olivos, etc., obra más la Naturaleza que el trabajo e indus-

(15) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I, Madrid, 1852, pág. 359.

(16) GARCÍA GOYENA, op. y loc. cit.

tria, y al contrario sucede en la tierra que se siembra. Y considerando que el olivar y la viña requieren industrias y labores preparatorias, como los panificados, ya que de ellos dependen los frutos y aun los mismos árboles y plantas, y que admitir otra cosa equivaldría a renovar la cuestión de si hay frutos meramente naturales, se optó por aceptar la primera parte de la citada Ley del Fuero Real, apartándose de ella en cuanto a los sembrados—o sea, frutos que no aparecen aún, si bien están allí—y quedando la redacción del artículo 400 del Proyecto y 357 del Código en los términos que hemos visto.

Fue, pues, dicha redacción resultado de la intención de abolir las consecuencias del diferente tratamiento entre frutos naturales e industriales, claramente manifestada por GARCÍA GOYENA en otro lugar (17) cuando expresa que ya algunos pretenden que no hay frutos tan absoluta y exclusivamente naturales que no requieran algún cuidado y cultivo de parte del hombre, y en vista de ello el artículo 429 del Proyecto (coincidente con el 451 del Código civil) adopta la disposición de D. 41, 1, 48, que al atribuir al poseedor de buena fe tanto los frutos naturales como los industriales—a diferencia de las Partidas (3.^a, título 28, libro 39) que siguiendo a D. 22, 1, 45, le concedía sólo los industriales—hacia inútil la cuestión de distinguirlos, quitando, por ello, importancia a esta división de los frutos; y al disponerse lo mismo en los artículos 1.319 y 1.323 del Proyecto (artículos 1.401 a 1.403 del Código civil), la distinción se pretendía no produjera efecto alguno civil en cuanto a la adquisición de los frutos, y únicamente se conservaba para mayor claridad por vía de doctrina y de respeto tradicional a los Códigos antiguos.

Vemos, por consiguiente, que este artículo 357 de que tratamos tiene más bien un contenido negativo de prevenir una posible interpretación en base a los antecedentes históricos, que en la intención de los redactores del Proyecto debía rechazarse; de aquí el hecho, que pone de relieve MANRESA (18), de que no tiene este artículo concordancia con los Códigos civiles extranjeros en que

(17) Op. cit., pág. 357, al comentar el 398 del Proyecto, que se corresponde casi totalmente con el 355 del Código actual.

(18) MANRESA, *Código civil español*, t. III. 7.^a edición revisada por Calvillo Martínez de Arenaza, Madrid, 1952, pág. 274.

parece haberse inspirado de un modo más directo, pues si bien por algún comentarista se ha hecho observar que el Código civil de Méjico tenía en sus artículos 891 y 892 disposiciones análogas, lo cierto es que, tenidas o no en cuenta éstas, quizá se inspiró en antecedentes muy calificados del Derecho patrio: la Ley primera (debe decir 10) del título IV, libro 3.º del Fuero Real. Pero, como acabamos de ver, éste es un antecedente que—si se tiene en cuenta que sólo parcialmente es aceptado y la forma en que se hace, por las circunstancias que hemos tenido ocasión de subrayar—permite pensar en que su finalidad es la de hacer desaparecer una de las clásicas diferencias entre el régimen de percepción de los frutos, según fueran industriales o naturales. Y en ese caso no podría atribuirsele el valor delimitador, respecto a la consideración inicial de los frutos de esas clases, que le da la doctrina generalmente aceptada y cabría su interpretación en otro sentido, que es la actitud confesada frente al mismo de PUG BRUTAU, y la presunta que cabría atribuirles a los autores que sostienen la existencia de la categoría de frutos «no aparentes» en los términos que hemos dejado expuestos más atrás.

Por mi parte, estimo que una adecuada valoración de este artículo 357 requiere, además de esos datos de interés que hemos visto proporcionan sus antecedentes históricos, una consideración del lugar que ocupan en el Código, que permitirá calibrar el alcance que debe dársele; en todo caso, la argumentación a base de la *sedes materiae* resulta fecunda para una exacta interpretación de los preceptos legales, pero en este caso lo será aún más desde el momento en que con referencia a ella se plantean cuestiones importantes de que se ocupa la doctrina.

El artículo 357 forma parte del título II, que, dentro del libro segundo del Código, se dedica a la propiedad, y precisamente de la sección primera, que en el capítulo II, referente al derecho de accesión, se ocupa del derecho de accesión respecto al producto de los bienes; es decir, de lo que tradicionalmente se ha venido llamando accesión discreta.

Por mucho que la doctrina insista en la improcedencia de considerar que la percepción de los frutos por el propietario represente una manifestación de la facultad del derecho de accesión, crítica perfectamente fundada, también es indudable que el legis-

lador español así lo hace y atribuye los frutos al propietario en virtud del mismo, como claramente lo pone de manifiesto en el artículo 353: «La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que de ellos producen»; y entonces nos encontramos con que los cuatro artículos que integran la sección primera de este capítulo son el desenvolvimiento que el legislador ha considerado necesario dar a ese principio que enuncia el 354, estableciendo la pertenencia al propietario, en concepto de producto de sus bienes, de los frutos naturales, industriales y civiles que se configuran en el artículo siguiente; el 356 imponiendo al propietario, que es el que, según lo anterior, percibe los frutos, la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación, y el 357 estableciendo, en orden a esa atribución de los frutos al propietario y a la obligación de abono por los mismos, que no se reputan frutos naturales o industriales sino los que están manifiestos o nacidos, y que respecto a los animales basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido.

Es decir, que considero muy importante a los efectos de interpretación tener presente que estos preceptos forman parte de la sección dedicada a exponer el derecho de accesión *del propietario* respecto del producto de sus bienes y que, salvo el artículo 355, que contiene definiciones y, por ello, aplicables en cualquier otro tipo de relación, los otros tres artículos se refieren a la manera en que se produce ese derecho del propietario: su reconocimiento respecto a los tres tipos de frutos (artículo 354), la obligación de abonar los gastos hechos en ellos (artículo 356) y la determinación de qué son los frutos que se le reconocen por accesión y para cuya producción, recolección y conservación se han realizado gastos, que deberá abonar (artículo 357).

No creo que ofrezca dudas razonables ser ésta la interpretación adecuada; pero, de todas formas, pueden hacerse otras consideraciones sobre el particular: respecto al artículo 354, no cabe ni siquiera planteárselas, porque es terminante su enunciado al comenzar diciendo: «Pertenecen al propietario».

Menos terminante es la dicción del 356, que impone la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación «al que percibe los frutos». Claro

es que podríamos simplificar la cuestión con una simple argumentación de este tipo: el que percibe los frutos es, según los artículos 353 y 354, el propietario de los bienes; luego a él se refiere este artículo 356; pero aunque esto pudiera parecer suficiente, quizá se pueda añadir algo más: por ejemplo, que el artículo 356 tiene su antecedente en el 399 del Proyecto de 1851, según el cual «los frutos que los bienes producen pertenecen al propietario, con la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero por su producción, recolección o conservación». Hay, pues, una diferencia, que es la sustitución de la frase «los frutos que los bienes producen pertenecen al propietario» por la de «el que percibe los frutos». Nótese que no es una simple sustitución de «el propietario» por «el que percibe los frutos», que podría autorizar la idea de que se ha querido expresamente ampliar el ámbito de los sujetos obligados a abonar los gastos de que se trata, que del propietario se ha extendido, además, a cualquier otro que sea el perceptor de los frutos. Y es que la sustitución no ha sido esa simple ampliación personal, sino que abarca a todo el concepto de pertenencia de los frutos al propietario por la escueta alusión al que percibe los frutos, y aquí hay una explicación mucho más sencilla que puede justificar el cambio: se persiguió con él evitar la repetición en tres artículos seguidos (en realidad el 355 es una especie de apéndice al anterior, con una simple enunciación sin contenido normativo) de la atribución expresa de los frutos al propietario, porque una vez realizada con carácter general en el artículo 353, y específicamente referida a las tres clases de frutos en el 354, sobraba insistir en que «los frutos que los bienes producen pertenecen al propietario...», toda vez que la razón del precepto no estaba en consagrar esta atribución, sino en reconocerla imponiendo la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación, que es la parte que se mantiene idéntica en la nueva redacción. De esta manera quedaría explicada la desaparición meramente formal del término propietario sin que se altere sobre el particular el contenido del precepto.

Claro es que no pretendo dar a las palabras que anteceden el sentido de excluir de la aplicación de una norma que consagra un principio tan equitativo a situaciones de perceptores de frutos que no sean propietarios, aunque tales situaciones, comprendida la to-

talidad de los conceptos del artículo 356, no serán tan frecuentes como puede hacer pensar la dicción amplia que se utiliza en el mismo, según un estudio detallado de situaciones podría demostrar (19).

Respecto al artículo 357, su carácter de complementario de los anteriores resulta bien patente: se ha ocupado el legislador de regular, aunque sea muy sucintamente, el derecho de accesión que corresponde al propietario respecto de los frutos que sus bienes producen, y después considera necesario, con relación a ello, determinar cuándo se van a dar tales supuestos; es decir, los requisitos de la situación que suscitará la consecuencia de lo establecido anteriormente de la atribución al propietario de estas producciones. Es lógico que si el artículo 354 ha dicho que pertenecen al propietario los frutos naturales, industriales y civiles, una vez descrito lo que son cada uno de ellos, ante la circunstancia de que los naturales e industriales se forman y desarrollan a lo largo de un cierto proceso evolutivo, sienta la necesidad de fijar el momento del mismo en el cual la titularidad del propietario va a extenderse como a algo diferenciado, aunque constituya una parte incrementada de la cosa, al fruto que ella ha producido.

En este mismo sentido, que es el impuesto por la colocación sistemática de la norma, dice MANRESA (20), refiriéndose al texto del artículo 357, que se le ha de considerar principalmente en relación con las definiciones respectivas de los frutos naturales e industriales y de los civiles, en cuanto que era necesario para prever el desarrollo posible del derecho de accesión determinar cuándo se conceptúa el fruto natural e industrial, teniendo, sobre todo, en cuenta la calidad especial del mismo y las condiciones en que se verifica su producción, así como esa misma especial naturaleza exige ante todo que se fije cuándo real y positivamente se considera el fruto como producto efectivo.

Por otra parte, una interpretación de los términos en que está concebido el precepto permite llegar a esta misma conclusión de que su contenido ha de referirse a la atribución de los frutos al propietario de la cosa madre en virtud del derecho de accesión

(19) Cfr., por ejemplo, LATOUR BROTONS, *Estudio del usufructo*, en esta *REVISTA*, 1956, pág. 741.

(20) *Comentarios*, cit. III, pág. 275.

que se le reconoce: dice que «no se reputan frutos naturales o industriales... sino los que están manifiestos o nacidos». Bien claro lo expresa: «no se reputan...». No dice que «no hay», o que «no existen» o cualquier otra expresión de valor absoluto, que tendría aplicación a todos los supuestos, sino que «no se reputan...»; es decir, que con independencia de que existan realmente y de que, en otros supuestos, pueda resolverse de forma diferente de acuerdo con ello, en este caso concreto, para estimar cuándo hay frutos naturales e industriales con el fin de atribuirlos por accesión al propietario, entonces «no se reputan... sino los que están manifiestos o nacidos».

Y prueba de que es una solución para un caso concreto, arbitraria por consiguiente, que no responde a una realidad física o biológica, sino que, ante la conveniencia de fijar un momento para hacer la atribución, ha atendido al instante que, con el de la separación, es el de mejor diferenciación por los sentidos, es que en lo que concierne a los animales no establece el mismo criterio—quizá para evitar la coincidencia del instante del nacimiento o manifestación con el de la separación, que en los animales se produce «desde que la cría sale a la luz, o se les ordeña o trasquila» (21)—, diciendo en el párrafo segundo del mismo artículo que «basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido» (para que se les reputen frutos naturales o industriales).

Por consiguiente, si hemos visto que el artículo 357 es únicamente de aplicación a los supuestos en que sea el propietario el que perciba los frutos, que por formar parte del capítulo dedicado a la accesión tiene una significación especial que le hace tomar en cuenta sólo objetos en condiciones de ser perfectamente diferenciados (ya sea para predicar de ellos la unión o la separación) y, además, el valor como exponente de una tendencia restrictiva frente a posibles diferencias en cuanto a sus efectos de las categorías de frutos naturales o industriales, hace pensar todo ello que es arriesgado obtener de él la conclusión terminante de que para el Derecho no existen más frutos, industriales o naturales, que los manifiestos o nacidos; no constituyendo en realidad dicho precepto un obstáculo para tal consideración, si es que en deter-

(21) GARCÍA GOYENA, *Concordancias.*., cit., I, pág. 397, criterio que acepta MARTÍN RETORTILLO, op. cit., pág. 155.

minados supuestos interesa tomar en cuenta, para contratar sobre ellos, a frutos de esa entidad, y con ello se justifica la admisión de la categoría de frutos «no aparentes», que consagra esa situación de que nos venimos ocupando y a la que aluden los ilustres civilistas españoles a que antes me refería.

Con todo lo que antecede he querido también justificar una conclusión de suma importancia en orden al régimen de los frutos en nuestro Código civil: que en él hay una disciplina de los dichos frutos en cuanto pertenecen al que es titular de la cosa madre, y otra diferente que puede ser aplicada a estos mismos frutos en cuanto vengan atribuidos a titulares distintos a los que lo sean de las cosas que los producen. Y es que, como ya tendremos ocasión de exponer más detenidamente, pueden darse una serie de relaciones jurídicas que atribuyan los frutos, ya en virtud de un derecho real sobre la cosa madre que implique la transferencia del goce de la misma—como el usufructo (artículo 471), el uso los que bastan a las necesidades del usuario y de su familia (artículo 524) y los censos (artículo 1.613, 2.º), y también, en otro orden de cosas, por virtud de la anticresis (artículo 1.881)—, ya como consecuencia de una relación obligatoria cuyo objeto sea la transferencia al otro de los frutos de una cosa por el que tiene derecho a percibirlos, como en el arrendamiento de cosa fructífera (artículo 1.543), e igualmente en el supuesto de posesión de buena fe mientras no sea interrumpida legalmente (artículo 451). Habría que añadir también los diversos casos de transferencia de frutos por virtud de negocios que los contemplan directa y separadamente a ellos (como la venta y la pignoración), pero como quiera que van a ser objeto de una consideración especial, a ese punto me remito.

Esta, de existir un régimen de los frutos diverso según se atribuyan al titular de la cosa productora o a persona distinta, es una conclusión que adelantamos, iniciándola con parte de las consideraciones que anteceden, que le servirán como bases y que iremos desentrañando y reforzando a medida que desarrollemos el presente trabajo, sirviéndonos, además, de clave para resolver muchas —si no todas— de las cuestiones que viene planteando el tema y que generalmente o se tratan de resolver con términos contradictorios o, más sencillamente, se silencian ante las dificultades que

presentan. Espero poder sistematizar los diferentes problemas, resolviéndolos coherentemente con base a la distinción referida y a las importantes consecuencias que de ellas se derivan.

Esta misma circunstancia que nos ha servido de punto de partida para demostrar que la regulación del artículo 357 es un aspecto de la atribución de frutos al propietario en virtud del derecho de accesión, ya decía antes que había sido acertadamente puesta de relieve por PUIG BRUTAU (22) al afirmar que la caracterización de los frutos naturales e industriales, por su nacimiento o manifestación, representa su división en manifestos o pendientes y percibidos más que ser un criterio para saber cuándo podrá hablarse de tales frutos; y es que sólo los términos de aquella clasificación son los que producen consecuencias jurídicas que, dice, «por lo demás, desbordan el ámbito normativo de la sección de nuestro Código que trata de la percepción de frutos como de un fenómeno de accesión. Es natural que con este criterio, y por ser la accesión un fenómeno derivado de la propiedad que tiende primordialmente a conferir derechos al propietario, la percepción de frutos sólo sea considerada en cuanto corresponde al propietario. Pero de este modo se fragmenta la regulación que corresponde a una materia tan importante como la de saber quién tiene derecho a los frutos, tanto en virtud del derecho de propiedad como de otros derechos que confieran la facultad de apropiárselos a quien no es dueño de la cosa principal».

Esa es la razón por la que considera un error estimar la percepción de frutos como un fenómeno que encaja de manera primordial en el concepto de accesión. Y refiriéndose a la legislación italiana, considera perfectamente lógico y congruente, además de dotada de una mayor eficacia práctica, que al tratar de los frutos completamente aparte de la idea de accesión, pueda referirse al momento de la separación considerándolo como decisivo en el caso de que los perciba alguien que no sea el propietario de la cosa principal.

También apunta esta distinción de que nos venimos ocupando GARCÍA CANTERO, que en las conclusiones finales de su estudio sobre

(22) *Fundamentos...*, t. y loc. cit.

los frutos (23) considera desacertada la colocación en nuestro Código civil la *sedes materiae* de los frutos, en atención a que «poco tiene que ver la doctrina de la accesión con los frutos, pues a pesar de lo dispuesto en el artículo 353, en otros preceptos que hablan de la accesión nunca comprende bajo tal denominación a los frutos» y, «por otro lado, cuando menos importan los frutos al Derecho es cuando los percibe el propietario»; de esta forma manifiesta haber captado la importancia de la distinción en orden al régimen de los frutos entre los supuestos de percepción por el propietario de la cosa productora y los que la atribución directa o indirecta se hace a favor de persona diferente de ésta.

C) Teniendo presente esta circunstancia, a que repetidamente hemos aludido, de que el artículo 357 del Código civil se refiere sólo a la regulación de los frutos cuando éstos se adquieren por el propietario, conviene hacer algunas consideraciones en orden al valor de dicho precepto sobre la delimitación conceptual de los frutos pendientes, dejando para más adelante el tratar del problema en lo concerniente a los frutos que vienen atribuidos a titulares que no lo son del derecho de propiedad sobre la cosa madre.

En primer lugar, es importante no perder de vista que la manifestación o nacimiento respecto a los frutos naturales o industriales no implica consideración alguna sobre su existencia o inexistencia anterior, sino que significando el instante de su aparición diferenciada, como quiera que, salvo en los animales, ésta supone la iniciación de un periodo más o menos largo de desarrollo del fruto en unión exterior a la cosa madre, tal momento es el del comienzo de su pendencia, de la consideración a todos los efectos del fruto pendiente, que es precisamente como lo contempla el artículo 334, en su número 2.º, al atribuirle la consideración de bien inmueble, según tendremos ocasión de ver con más detenimiento.

Por otra parte, merece atención igualmente el considerar el alcance que haya de dársele a los términos manifestación o nacimiento referidos a los frutos naturales o industriales. Dice sobre

(23) *Concepto de frutos en el Código civil español*, en la «Rev. Der. Not.», IX-X (1955), pág. 237.

el particular MARTÍN RETORTILLO (24) que ello significa que existe la posibilidad de que los «sentidos reconozcan y aprecien la existencia de esa creación derivada de la cosa principal, que unida a la misma ya va a tener una individualización jurídica y económica, dejando de confundirse con ella para adquirir individualidad propia. Hasta que nace el trigo, la semilla vertida se confunde con la tierra y no tiene conceptualización propia; pero cuando esa semilla ha germinado y se manifiesta a la acción de los sentidos, entonces ya ha surgido el fruto, quedando sometido al régimen del Derecho peculiar establecido al efecto. No hay fruto si no se ha manifestado, si no ha salido ya a la superficie de la tierra el tallo o las primeras hojas».

Aun con las salvedades que se desprenden de lo anteriormente dicho, creo que es, además, de todas formas preciso hacer alguna distinción sobre el tipo de frutos de que se trate, pues en razón de ello vendrá dado normalmente el concepto de manifestación o nacimiento que respecto de los naturales e industriales nos viene ocupando.

Para ello es menester que no se olvide cómo en este aspecto de los frutos el tecnicismo jurídico no puede decirse que coincida exactamente con el botánico, comenzando con que para el Derecho—y dejando aparte las cuestiones que plantea el problema de su naturaleza, al que se han dedicado numerosos y excelentes trabajos—el concepto de frutos abarca a cualquier parte de la planta o toda ella susceptible de prestar una utilidad, por lo que habrá de distinguirse entre aquellos casos en que la propia planta represente el fruto y aquellos otros en que es la planta la que, teniendo una mayor duración, proporciona, a su vez, los frutos.

En este sentido se ha dicho que cuando el Código habla de que están manifiestos o nacidos los frutos, refiriéndose a plantas como el trigo, etc., que nacen para dar una cosecha y morir al darla, se refiere al brote o aparición de la planta sin exigir la del verdadero fruto, pues sólo aquello otro exige trabajo, despierta esperanza y crea derechos, por lo cual, además, se evitan las dudas respecto a las especies en que se aprovechan los tubérculos, etc.

(24) *Clases de frutos en el Código civil*, «An D. Civ.», 1950, pág. 156.

Los cuales frutos, de seguir otro criterio, no estarían manifiestos hasta que estuvieren percibidos (25).

Esta que se propugna resulta solución aceptable si se piensa que está acorde con la que el párrafo segundo del artículo 357 establece para los animales, toda vez que entre una y otra existen circunstancias de gran analogía, en cuanto ambas suponen un período de existencia indudable y aun de desarrollo avanzado antes de que se manifiesten al exterior de una forma diferenciada, y se distinguen ambas de los demás supuestos en que, como decíamos antes respecto a los animales justificando la regla del artículo 357, 2.º, el alzamiento o separación es lo que constituye su «manifestación exterior o nacimiento»; por lo que de admitir la solución del párrafo primero tendríamos que esa clase de frutos (y son muy frecuentes e importantes los que se producen de esta forma) no llegarían nunca a estar en situación jurídica de «pendientes», que es precisamente la más fecunda en consecuencias, siendo indudable que físicamente están pendientes, y además, por períodos largos de tiempo.

Y, en cambio, tratándose de especies en las que la planta tiene una mayor permanencia y da varias series de frutos, mientras éstos no aparecen, aunque sí aquéllas, no deben reputarse pendientes. Hace observar MANRESA (26) que ésta es una distinción análoga a la que estableció el Fuero Real, que tiene que subsistir en cierto modo, aun sin regir éste; ahora bien, con la modificación importante de que en el caso de los sembrados no basta ya el hecho de haber arrojado la semilla, sino que se necesita el nacimiento.

En igual sentido se pronuncia MARTÍN RETORTILLO (27), diciendo que la manifestación a que se refiere el Código se muestra de distinta forma según que se trate de cultivos de cereales, horticolas o de praderio y los de las distintas clases de arbolado o meramente arbustos, siendo su exteriorización mucho más simplista y sencilla que en los que producen los árboles o arbustos; distinta manera de manifestarse que corresponde a un concepto tan expresivo, que ya lo fue tenido en cuenta en el Fuero Real, aunque, añade, «esta distinción ha quedado ciertamente abolida en la legislación mo-

(25) MANRESA-CALVILLO DE ARENZANA, op. cit., pág. 276.

(26) Op. y loc. citado anteriormente.

(27) *Clases de frutos...*, cit., pág. 151.

derna, imperando en nuestro Código civil un criterio objetivo que puede sintetizarse en esta frase, el de "la exteriorización de los mismos", y con esta exteriorización tendremos que esas producciones orgánicas de las cosas logradas con o sin ayuda del hombre constituyen, jurídicamente hablando, frutos».

Todo esto en cuanto al contenido del artículo 357 con referencia al ámbito legal de aplicación del mismo, que operará ya por ser de la materia para que viene dado, o porque disposición legal así lo determine, o por remisión expresa de las partes, o porque nada hayan acordado directa ni indirectamente sobre el particular; porque, en caso contrario, cuando haya estipulación no creemos haya obstáculo alguno—y más adelante, al tratar de los frutos como objeto de las particulares relaciones jurídicas, trataremos de probarlo—para admitir que pueden ser objeto de contratación los frutos que se encuentren en esa situación de «no apariencia», esto es, antes de haber alcanzado la consideración de «pendientes».

3. Examinadas en el número anterior las circunstancias que deben tomarse en cuenta para la determinación del momento inicial de la pendencia, es decir, el instante a partir del cual puede hablarse ya de frutos pendientes, corresponde ahora tratar de aquel otro instante, decisivo también para esta delimitación temporal que perseguimos, que es el que cierra el ciclo de desarrollo de los frutos, es decir, el momento en que dejan de tener naturaleza de pendientes, convirtiéndose en una cosa separada físicamente de la que los había producido.

Este es un momento de verdadera trascendencia para el régimen jurídico de los frutos: de una parte, para aquel sector de la doctrina que niega autonomía jurídica a los pendientes, considerándolos simplemente como partes de cosa y, por ende, negándoles la posibilidad de ser objeto de titularidad distinta de la que recae sobre la cosa madre, porque consideran que es precisamente el de su separación de ésta el que les atribuye la autonomía jurídica que los hace aptos para titularidades independientes; igualmente para los que, por el contrario, les atribuyen la autonomía jurídica no obstante permanecer físicamente unidos a la cosa productora, porque si bien por ello la trascendencia de este momento es menor,

no obstante repercute la separación en una serie de consecuencias que deben también ser tenidas en cuenta.

De todas formas, ha habido autores que, negando trascendencia jurídica al hecho de la separación, han sostenido que el fruto separado no es una cosa nueva, sino que es jurídicamente la misma cosa de que antes formaba parte, toda vez que tras la separación continúa siendo objeto de las mismas relaciones y conservando las mismas cualidades jurídicas, excepto aquéllas que derivan inmediatamente del ligamen físico con la cosa productora; concretamente SAVIGNY sostenía que esto se demuestra también teniendo en cuenta lo que sucede en la posesión de buena fe: el poseedor en el que se da esta circunstancia, según su opinión, no adquiere con la separación la propiedad de los frutos, sino que tiene sobre ellos simplemente una posesión de buena fe, lo mismo que la tenía sobre la cosa madre. También GÖPERT hizo notar que muchas relaciones jurídicas que existían sobre la cosa productora antes de la separación, y particularmente la de propiedad, continúan sobre el fruto separado. Pero se ha dicho (28) que, si bien es verdad que estas afirmaciones son en parte exactas, en cuanto existen en el Derecho positivo normas que imponen esta consecuencia (restitución de frutos con la cosa por el poseedor de mala fe; devolución igualmente en el caso de evicción; caso de que no sea excluido expresamente, también en los casos de venta; en los legados de cosa determinada propia del testador, etc.) ello demuestra simplemente, según ya dijo WINDSCHEID, que el fruto después de la separación tiene aptitud para continuar siendo objeto de algunas relaciones de las que ya lo era antes, en cuanto la cualidad de parte de cosa que el fruto tenía antes de la separación se proyecta, por así decirlo, también hacia el porvenir e influye en parte sobre el régimen de los frutos separados.

Claro es que para llegar a esta conclusión es preciso partir de la base de que los frutos pendientes son simples partes de cosas. En cambio, si esto no es así pueden surgir problemas: el propio Mosco ha afirmado (29) que para demostrar que los frutos sepa-

(28) Cfr. sobre todo esto Mosco, *I frutti*., cit., págs. 513 y sigs., en las que se refiere a los puntos de vista de los autores citados, con las notas bibliográficas correspondientes.

(29) En su op. y loc. citados.

rados no constituyen una cosa nueva en sentido jurídico sería necesario demostrar—cosa que él no cree posible—que tiene, tanto antes como después de la separación, la misma capacidad para ser objeto de derechos.

Pero como nosotros, en cambio, si creemos posible justificar esta circunstancia de que los frutos pendientes puedan considerarse—trataremos de demostrarlo en el capítulo que sigue—cosas jurídicamente autónomas, creemos debe descartarse tanto la total «novedad» del fruto separado con respecto a situaciones anteriores (y las relaciones a que acabamos de referirnos son buena prueba de ello) cuanto la absoluta identidad con ellas, pues no puede haber ninguna duda de que, si bien el fruto esencialmente es el mismo desde el instante en que se encuentra en germen hasta el que, una vez independizado, se consume, las distintas situaciones por las que atraviesa—frutos no aparentes, frutos pendientes, frutos separados—imponen un tratamiento o régimen jurídico distinto, consecuencia de la diversa situación y distinta naturaleza jurídica que tiene en cada una de esas etapas.

En todo caso, pues, aunque con distinto alcance según la naturaleza jurídica que se atribuya a los frutos pendientes, el hecho de la separación es importante y produce multiplicidad de consecuencias que han de ser tomadas en cuenta por el Derecho. en cuanto pueden plantearse cuestiones de preferencia sobre los mismos en cuya resolución será, sin duda, elemento determinante; por ejemplo, conflicto entre titularidades diversas por la constitución sucesiva de derechos reales, establecimiento de relaciones obligatorias que a ellos se refieran, etc.

En este punto de la trascendencia jurídica de la separación de los frutos que estaban pendientes es otro en que influye, para su regulación, el hecho de que se trate de frutos pertenecientes al titular de la cosa madre o que se atribuyan a persona distinta de éste. Mientras en el primer caso la separación física va a tener escasa repercusión en cuanto a la titularidad—que le había sido atribuida expresamente desde que comenzaron los frutos a tener diferenciación externa respecto de la cosa que los produce (30)—, en los otros supuestos marca el decisivo momento de su percep-

(30) Cfr. cuanto hemos dicho sobre el particular en el número anterior.

ción, ya que, según dice el artículo 451 respecto a la atribución de los frutos percibidos al poseedor de buena fe mientras no sea legalmente interrumpida la posesión, «se entienden percibidos los frutos naturales o industriales desde que se alcan o separan».

Sobre este punto no estamos, por consiguiente, con algún comentarista del nuevo Código civil italiano (31) que—con referencia al artículo 821 del mismo, párrafo primero, que establece la pertenencia de los frutos naturales al propietario de la cosa que los produce, salvo que su propiedad sea atribuida a personas distintas, en cuyo caso la propiedad se adquiere con la separación—critica la Relación al Rey porque, interpretándolo literalmente, dice, habla de una distinción entre adquisición de los frutos por parte del propietario y adquisición por otras personas; y considera que esto es erróneo, porque para él todos adquieren con la separación, incluso el propietario, lo que argumenta de la siguiente manera: que el propietario antes de la separación sea ya propietario de los frutos pendientes, mientras el usufructuario no, no es ciertamente un motivo para decir que deba distinguirse entre los dos derechos en cuanto al momento de la adquisición, «porque tampoco el propietario antes de la separación tiene un derecho sobre los frutos, en cuanto que éstos no existen aún en su individualidad, sino son simples partes de cosa». Y considera que la interpretación correcta de la norma debe hacerse en el sentido de que «el derecho sobre los frutos comienza para las personas distintas del propietario sólo con la separación, mientras para el propietario existe ya sobre los frutos pendientes».

Y que se basa en una serie de distinciones entre cosa, parte de cosa, derecho a la cosa y a la parte de la cosa, adquisición de una y otra por el propietario y por quienes no son el propietario, que necesariamente lleva a complicar la cuestión. Ni siquiera ese precepto del Código italiano resulta tan difícil de explicar para quien se acerque a él sin ideas preconcebidas (32). Y, desde luego, el sistema resulta mucho más simple si se aplican a su resolución los principios que vengo propugnando y otros que veremos más adelante (por ejemplo, sobre la naturaleza jurídica de los frutos

(31) DE MARTINO, *Beni in generale*, en el Comentario de SCIALOJA Y BRANCA, libro III «Della Proprietà» (arts. 810-956), Bologna-Roma, 1954, pág. 56.

(32) BIONDI, *I beni*, cit., pág. 168.

en nuestro Derecho, forma de entrega, posibilidad de una entrega eficaz, etc.), que facilitarán notablemente la resolución de los mismos de acuerdo con la legalidad española en la materia.

De todas formas, lo que ahora conviene dejar bien sentado, y ello resulta indudable, es que el término de la situación de dependencia puede ser provocado por dos diferentes motivos: el que podemos considerar normal, en cuanto supone completar el ciclo de desarrollo de los frutos, y que viene dado por la separación física respecto de la cosa productora, con las consecuencias que tal circunstancia representa para el régimen a que los mismos vienen sometidos, y el que, aun teniendo carácter anormal, puede afectarle como a cualquier otra cosa objeto de relaciones jurídicas, que es el perecimiento de los frutos pendientes, que también repercute en esas relaciones con una serie de consecuencias importantes.

En el primer aspecto, que en nuestro Código civil se designa como alzamiento o separación y otras veces recolección, conviene hacer constar que se realiza mediante la ruptura material del vínculo físico de dependencia que lo unía a la cosa que lo produjo, y este hecho puede efectuarse con carácter voluntario y obra del hombre (a cuyo concepto es aplicable con mayor propiedad el término recolección) o puede ocurrir como consecuencia de la actuación de fuerzas naturales, y su eficacia estará subordinada a la naturaleza propia de la cosa sobre que se actúe.

Una observación, también en torno a la eficacia de la separación: es suficiente que ocurra la misma para que produzca sus efectos, no exigiéndose la toma de posesión, si bien el hecho mismo de la separación implique ya el hacerse cargo de ella; pero, de todas formas, la posesión no es ya un requisito ulterior que debe añadirse a la separación.

III

NATURALEZA JURIDICA DE LOS FRUTOS PENDIENTES

Pasemos ahora a estudiar la naturaleza jurídica de los frutos pendientes, esto es, al tratamiento de cuál sea la consideración que merecen al Derecho mientras se encuentran en situación de pendencia los frutos naturales e industriales a que nos venimos refiriendo, y ello tiene importancia en cuanto que de la exacta calificación que de ellos consiga hacerse dependerá la procedencia o no de establecer sobre los mismos ciertas relaciones jurídicas, así como de las circunstancias en que esto acontecerá.

1. Implica, por consiguiente, esta indagación un primer problema de carácter previo, cuya resolución es presupuesto indispensable para lo que acerca del particular se haya de resolver después: el de si sobre los frutos mientras son o están «pendientes», esto es, en tanto se encuentran materialmente unidos a la cosa productora, puede recaer algún tipo de relaciones jurídicas distintas de las que afectan a dicha cosa productora o si, por el contrario, ello no es posible; o sea, si durante ese período de «pendientes» los frutos son bienes jurídicos autónomos, susceptibles por sí mismos de constituir objetos de relaciones jurídicas, o son simples porciones o partes de la cosa matriz a la que, en consecuencia, se encuentran unidos también a los efectos de constituir posibles objetos de derechos.

Tomando por base el principio romano *fructus pendens pars fundi esse videntur* (33) y a la repercusión del mismo en los Derechos modernos (34), entre los cuales el nuestro, como seguidamente veremos, es frecuente encontrar la afirmación de que siendo

(33) D. 6, 1, 44.

(34) El Código suizo dice que los frutos naturales son parte integrante de la cosa hasta su separación (art. 643). El Código alemán, en los 93 y 94 considera a los frutos o productos del fundo como partes integrantes esenciales mientras que están unidos al terreno y no pueden ser objeto de derechos particulares.

El Código italiano (art. 820, 2.º párrafo) afirma que mientras no se produce la separación, los frutos forman parte de la cosa.

los frutos pendientes partes esenciales de la cosa matriz, por consiguiente no son adecuados para constituir objetos de derechos particulares (35).

Se parte para esto de considerar que los frutos antes de su separación no tienen una existencia autónoma, no son cosas en sentido jurídico, en cuanto que para el Derecho existe sólo el inmueble al cual están unidos, que es el que les hace participar de su misma naturaleza mediante una verdadera absorción jurídica que las hace simplemente partes de cosas.

¿Puede decirse que, en efecto, los frutos pendientes sean, sin más, partes de la cosa madre?

Sobre este punto hay una argumentación de GÖPPERT que es sumamente interesante: dice, en efecto (36), que el fruto pendiente, no obstante participar del régimen jurídico de la cosa madre, no es del todo idéntico a las otras partes de cosa, sino que tiene desde el momento de su manifestación, de su nacimiento, una cierta individualidad jurídica potencial, por lo cual puede ya desde aquel momento ser objeto de contratos tendentes a la transferencia o a la constitución de un derecho real; y el fundamento de ello lo pone en una doble consideración: por una parte, afirma que la valoración económico-social de los frutos pendientes difiere de la que se atribuye a las simples partes de cosa bajo dos aspectos: en un primer sentido, porque mientras la parte de cosa se considera como elemento integrante de ella, el fruto pendiente se aprecia como un aumento de valor de la cosa madre, y en un segundo sentido, en cuanto que antes de que el fruto llegue a la madurez no es susceptible de una exacta valoración económica. La otra consideración en que se apoya es la de que mientras la parte sustancial de una cosa es indispensable para la integración de la misma y su falta representa, por ello, una disminución de la cosa, por el contrario, el fruto pendiente no tiene este carácter y, consecuentemente, no se puede decir que la esencia de la cosa madre haya sufrido una disminución o un empeoramiento por el hecho de la separación del fruto que a ella estaba unido.

(35) Así dice PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. I, vol. II, Madrid, 1958, pág. 345.

(36) *Organischen Erzeugnisse*, Halle, 1869, págs. 166 y sigs., cit. por Mosco, *I frutti*, cit., págs. 524 y sigs.

En este mismo sentido, es decir, con la finalidad de mostrar que los frutos pendientes no son simples partes de las cosas a que están unidos, dice SALÍS (37), con argumento que resulta perfectamente aplicable a nuestro Derecho, que al establecer el legislador que el propietario adquiere por accesión los frutos que producen sus cosas, y exigir la accesión una cosa que lo sea por sí misma en cuanto unida a la principal, se excluye la pretendida calificación de «partes» que se quiere atribuir a los frutos; si éstos debieran considerarse como parte de las cosas, aun cuando fuesen separados de ella, el derecho de propiedad sobre las mismas no podría estimarse surgido por accesión, sino que sería el mismo derecho de propiedad sobre el todo, que debería considerarse extendido sin necesidad de ninguna disposición legislativa; así sucede, en efecto, para todas las partes del inmueble que vengan consideradas por sí mismas y enajenadas independientemente de las otras partes a las que están orgánicamente unidas; por ejemplo, las hojas de un árbol para determinados usos, esquejes o yemas para el trasplante o injerto, ramas para leña, etc.; sobre estas cosas no hay disposición alguna que las declare inmuebles, que las considere como cosas, por lo que puede correctamente hablarse de verdaderas y propias partes del inmueble; una norma que expresamente las declarase inmuebles se hubiera considerado superflua. Y es que no se convierten en cosas, en sentido jurídico, sino cuando son separadas de las cosas inmuebles a las que están orgánicamente unidas.

El que esta argumentación es plenamente válida en nuestro Ordenamiento positivo lo pone de relieve una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1948 que, con referencia al artículo 361, dice que «interpretado no sólo en su sentido literal, sino atendiendo al espíritu que lo informa, conduce a estimar que mientras que esa indemnización que establece no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del Código civil que se cita en el 361, como poseedor de dicha edificación o plantación, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que consta en las sentencias de

(37) *La compravendita di cosa futura*, Padova, 1935, pág. 316.

27 de noviembre de 1902 y 2 de enero y 21 de mayo de 1928». Creo que puede deducirse de la doctrina sentada en esta decisión jurisprudencial, que en la doctrina legal se prevé y establece su existencia una doble titularidad, independientes entre sí en cuanto atribuidas a distintas personas, que recae sobre cosas que se encuentran en tan íntima unión como los materiales, semillas y plantas con el terreno, en los casos de edificación, siembra y plantación.

Hay también otras razones que aducir en este mismo sentido, que toman por base lo dispuesto para los frutos debidos percibir en el caso del poseedor de mala fe (38); en efecto, cuando se pone a cargo del poseedor de mala fe, llegado el momento de reintegrar la cosa, la obligación de abonar, además de los frutos percibidos, «los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir» (artículo 455), ¿qué alcance ha de dársele a esta disposición?, ¿qué son los frutos posibles percibir? Sencillamente, frutos no separados, bienes que tienen un valor por sí mismos y de los cuales ese poseedor no se ha aprovechado, pero de cuya pérdida debe resarcir al propietario, que no ha podido gozar y disponer de ellos. Y, desde luego, para poderse realizar este reembolso al propietario será preciso valorar aquellos frutos según el estado y el valor que tendrían en el momento en que, por haber alcanzado su completo desarrollo. la maduración, eran susceptibles de dar aquella utilidad, que en este caso ha faltado por culpa del tercer poseedor.

Pues bien, esta es otra consecuencia que parece demostrar, aunque sea de manera indirecta, que los frutos, por sí mismos considerados, son cosas autónomas, bienes susceptibles de propiedad distinta de la que se tiene sobre las cosas que los producen, aun cuando no lleguen a estar separados, así como de una valoración económica independiente de las plantas y de la tierra a la que están orgánicamente unidos. Y es que este derecho de reembolso del propietario no se basa sobre el hecho de un enriquecimiento injusto por parte del poseedor de mala fe, que no ha llegado a percibir los frutos, sino sobre el hecho de la pérdida, de la destrucción de cosas sobre las cuales se tenía un derecho de propiedad,

(38) SALIS, op. cit., pág. 322 DE BUEN, *Derecho civil común*, cit., I, pág. 169 y nota 2 en ella.

pérdidas que debe resarcir quien las ha causado con el hecho de su negligencia.

En nuestro Derecho, al que, como decía antes, a la vista de los artículos del Código civil citados, son perfectamente aplicables las argumentaciones hechas, según acabamos de ver, podemos llegar también a la misma conclusión sobre los frutos pendientes examinando algún otro precepto de este Cuerpo legal relacionado con la materia: por ejemplo, el número 2.º del artículo 334, que es precisamente en el que se basa habitualmente la conclusión contraria. Dice ese precepto que (además de los árboles y plantas) «son bienes inmuebles: 2.º... los frutos pendientes mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble». ¿Qué quiere decir? Pues, indudablemente, que los frutos en esta situación «son bienes inmuebles»; que lo son, no que no lo son, como se afirma al considerarlos simples partes de bienes, para lo cual, por otra parte, no hay aquí base alguna. En cambio, sí creo que los términos del precepto autorizan a pensar que para el legislador son bienes, bienes inmuebles, en cuanto los enumera con tal carácter y separadamente de las tierras a que están unidos (que se contemplan en el número 1.º del mismo artículo), y si lo hace así es porque considera que se trata de dos bienes distintos que están unidos y de cuya unión surge precisamente para los frutos pendientes su cualificación de bienes inmuebles. Este y no otro es el sentido que creo ha de atribuirse a esta disposición del artículo 334.

Y esta interpretación, que puede parecer atrevida, del artículo 334, número 2.º, del Código civil, la realizó hace ya muchos años nuestro Tribunal Supremo en una sentencia. que quizá por no traslucir en el resumen final que de su contenido circula el verdadero alcance que tiene para el punto que nos ocupa es por lo que no ha tenido mayor trascendencia para formar un estado de opinión favorable en el sentido que vengo propugnando: se trata de la sentencia de fecha 18 de marzo de 1904, cuya doctrina se suele exponer diciendo que mantuvo cómo «la consideración de inmuebles que atribuye a los frutos pendientes el número 2.º del artículo 334 no les priva del carácter de productos pertenecientes como tales a quien a ellos tenga derecho llegado el momento de su recolección». Y resulta el interés a que me refiero de que la conside-

ración antedicha se hace cuando previamente se había planteado de forma expresa la cuestión que nos viene ocupando al sostenerse por el recurrente que los frutos pendientes, siendo parte inseparable de la finca, no eran susceptibles, por la naturaleza de las cosas y los términos jurídicos, de apropiación por el que se encontraba obligado a entregar la cosa antes del alzamiento o separación de aquéllos, en base también a que desde el momento en que se hizo entrega de la finca a su propietario, éste adquirió el dominio de los frutos, que, como accesorios, tienen que seguir a lo principal; debe tenerse en cuenta también que con el fallo desestimatorio no se pretendió una simple equitativa solución de fondo arropada con argumentos más o menos «para la ocasión», toda vez que el que reclamaba los frutos pendientes ofreció expresamente el pago del valor de las siembras y labores que los produjeron. Por otra parte, el mismo insistía en casación sobre el tema, citando como infringido el artículo 334 del Código civil, que concede a los frutos pendientes el carácter de inmuebles, lo cual, según su tesis, que decía general, los obliga a continuar bajo el dominio del propietario de la finca, estimando que eran parte de ella.

Creo que en esta decisión jurisprudencial se pone bien de manifiesto esa decisiva posibilidad de una atribución por separado y, por ende, de un negocio eficaz de disposición sobre los frutos pendientes que transmita su titularidad con antelación al momento en que se separen y que mantenga su eficacia para cuando este hecho se produzca y cualesquiera hayan sido las vicisitudes posteriores en cuanto a la titularidad de la cosa madre.

Existen, además, otras razones que justifican la misma conclusión y que se plantean en torno al estudio del concepto de parte integrante: el problema económico y jurídico de las partes integrantes radica en que el Ordenamiento jurídico tiene por misión evitar la destrucción de valores económicos por la separación de las partes de las cosas (39). Pues bien, según afirman PÉREZ y ALGUER (40) tras decir que el Código civil español menciona la parte integrante, entre otros preceptos, en el número 2.º del artícu-

(39) ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil* (Parte General), I, 1.º, Barcelona, 1934, pág. 569.

(40) En sus notas a la obra anteriormente citada, pág. 578.

lo 334, «la cita de tales preceptos, en los que acaso pudiera verse reflejada la idea de las partes integrantes, no es bastante para poder formar un concepto de las mismas netamente circunscrito como el del texto y, además, no tendría gran utilidad, ya que falta una norma correlativa al artículo 93 del Código civil alemán, que impida la existencia de derechos independientes sobre las partes integrantes esenciales». He aquí una opinión especialmente valiosa no sólo por provenir de tan calificados civilistas, sino también por la importancia que tiene en ellos este reconocimiento, tan desusado en quienes de forma hábil y eficaz argumentan, aun en los casos más difíciles, para justificar en nuestro Derecho la aplicación de principios del B. G. B.

Pero es que no es sólo eso: compartiendo, además, la *communis opinio* de nuestra doctrina y aun reconociendo «la ausencia de ese concepto en la técnica de nuestro Derecho civil», dicen que ello «no ha impedido al legislador poner trabas a la formación de esos derechos independientes; pero lo hace no a través de un concepto técnico general, sino mediante otros expedientes particulares, cuales son: ante todo, la regla del artículo 1.097 a cuyo tenor la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados; la calificación de inmuebles dada a ciertas cosas unidas o puestas al servicio de los fundos (cfr., artículos 334 y 335); las reglas de la accesión y las que dificultan, en ciertos casos, la división de las cosas o de los derechos (cfr., artículos 401 y 1.062)». Aquí, pues, tenemos reunidos los distintos preceptos que pueden oponerse a la consideración de los frutos pendientes como cosas autónomas. Veamos el alcance que ha de atribuírseles sobre el particular.

Lo referente al artículo 334 y a la accesión (artículos 353 y siguientes), ya hemos tenido ocasión de ver más atrás que más bien que impedimentos para tener a los frutos pendientes como cosas con independencia de las productoras son argumentos favorables a esta tesis; en cuanto a los artículos 401 y 1.062, no se relacionan con el caso concreto de los frutos pendientes. Veamos, pues, el valor que sobre el tema ha de atribuirse al artículo 1.097, y creo que nadie más calificado que nuestro Tribunal Supremo para realizar la interpretación, que para nuestra argumentación tiene singular valor en cuanto se deduce de la propia sentencia

la corrección hermenéutica con que procedíamos al argumentar más atrás sobre el significado del artículo 334, número 2.º; el fallo a que me refiero es la sentencia del 20 de abril de 1904, en la que, negando que en el supuesto contemplado se dé la circunstancia, admite expresamente la posibilidad de la enajenación de una finca sin comprender los frutos pendientes en la misma, reconociendo así la posibilidad de que en este caso, por vía de retención, se cree un derecho sobre los frutos pendientes independiente del que recae sobre la cosa que los produce y a la que aún permanecen unidos.

Pero creo que hay otro argumento aún de más valor para justificar la afirmación de que no es aceptable en nuestro Derecho la conclusión de no ser admisibles titularidades o relaciones jurídicas independientes sobre los frutos aún no separados y la cosa productora a la que todavía se encuentran unidos, por estimarse aquéllos como una simple parte de éstas y no cosas autónomas: es el artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

Dice, efectivamente, este precepto que, «salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá...: Segundo. Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren».

Es ésta del artículo 111 una norma que ha llegado a obtener el contenido que en la actualidad le es propio a través de una evolución, que arranca de la primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861; su Exposición de Motivos, tratando de los bienes que no pueden hipotecarse, después de referirse a algunos que lo son raíces, añade: «Pero hay algunos casos en que bienes que tienen el carácter de inmuebles no deben de ser objeto de hipoteca por razones especiales de que no puede desentenderse la Ley. A esta clase pertenecen, en primer lugar, los frutos y rentas pendientes que sólo pueden ser hipotecados en unión del predio que las produce. Los árboles en pie, los frutos, mientras no estén separados del suelo que los produce, son por naturaleza bienes inmuebles y siguen la condición de la tierra en que se hallan. Como adheridos a la finca y como parte de ella, pueden, sin duda, ser hipotecados, pero no independientemente del suelo en que se arraigan, porque separados de él, son ya bienes muebles, y como tales, incapaces de hipoteca.»

Y en cuanto a la extensión de la hipoteca, se refiere la propia Exposición de Motivos a cómo las Leyes de Partidas, siguiendo a las romanas, establecieron que el derecho de hipoteca se extiende a los frutos no percibidos al vencimiento de la obligación, entre otras varias cosas, solución que se aceptaba sin distinción en todas las legislaciones modernas, criterio que también acepta la Comisión y se hizo reflejar en la Ley. Fue esta misma la actitud que adoptaron los redactores del Código civil en el artículo 1877.

Pero lo que nos interesa hacer observar es que esta solución de extender la hipoteca, que acogió la Comisión redactora de la Ley Hipotecaria de 1861, estimando que encontraba también apoyo en la presunta voluntad del dueño de la cosa (41), no la extendieron al caso de que la finca hipotecada pasara a manos de un tercer poseedor, admitiendo de esta manera expresamente la separación entre frutos pendientes y cosa productora de ellos, que en nuevas redacciones de la Ley se afirmará y extenderá, preparando así la aplicación del principio a lo que es hasta ahora su formulación más terminante: la pignoración sin desplazamiento de los frutos pendientes.

Efectivamente, en la reforma de la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, y como una de sus modificaciones más características, establecida en aras de una mayor efectividad de la hipoteca, se altera el contenido de los artículos 109 a 111, limitando la extensión objetiva de la hipoteca para mejor favorecer el crédito territorial, que en este punto concreto se manifiesta suprimiendo como elemento natural del contrato de constitución la extensión de la hipoteca a los frutos, y exigiendo para que este efecto se produzca el pacto expreso o la disposición legal que así lo establezca, circunstancias que han pasado, como hemos visto, a la redacción actual del artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

Tenemos aquí un ejemplo claro de evolución progresista del Derecho, que no ha considerado imprescindible apegarse a soluciones anteriores por el mero hecho de serlas, demostrando estar en contacto con la realidad social circundante y atender los cambios que exige el interés de ésta, favoreciendo así el desarrollo normal de instituciones vivas.

(41) Cfr. lo que dice sobre el particular.

También desde el campo del Derecho procesal nos viene justificada esta solución que propugnamos, con motivo del estudio del orden fijado para el embargo de bienes por el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento civil; así, DE LA PLAZA (42) defiende la separación e independencia entre los inmuebles y sus frutos o rentas, e igualmente CARRERAS (43), por una serie de razones que expone, considera que los frutos y rentas no pueden entenderse vinculados normalmente al bien inmueble o derecho que los produce, sino que deben de ser embargados previamente, y si se embargara primero un inmueble sin que las partes impugnaran la alteración de la norma estableciendo la prelación, no se entenderán comprendidos en el embargo los frutos y rentas si expresamente no se ha decretado el embargo de ellos». Y en apoyo de esta solución cita la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1917 que dice, respecto al orden establecido por el artículo 1.447 de la Ley Procesal, que no puede servir de fundamento para sostener que necesariamente se han de suponer embargadas las rentas o frutos de una finca por el simple hecho de haber sido ésta embargada, sino que precisa acreditar también expresamente haberse realizado el embargo de aquellas rentas y frutos, y aunque, añade, «la tesis jurisprudencial parte, resolviendo un recurso concreto, de otro punto de vista, o sea, el de que el embargo de un bien perteneciente al grupo posterior no hace presumible que se hayan embargado todos los bienes de los grupos anteriores», opina que, «dada la materia de que se trata en este caso, demuestra también que se ha estimado acertadamente la separación de frutos y rentas del inmueble que las produce. En el mismo sentido se expresa la sentencia de 30 de enero de 1930».

También ha de citarse en este orden de cosas la que es la consagración clara, terminante y definitiva de esta conclusión en cuyo favor vengo argumentando: el artículo 52, número 1.º de la Ley de Hipoteca mobiliaria y Prensas sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954, así como sus antecedentes directos los artículos 1.864 bis, que introdujo en el Código la Ley de 5 de diciembre de 1941, y el primero del Real Decreto de 22 de septiembre de 1917.

Ante los términos claros en que viene concebido dicho precepto

(42) *Derecho procesal civil español*, II, Madrid, 1945, pág. 81.

(43) *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, págs. 219 y sigs.

y la figura que introduce, como lo fueron los de sus antecedentes, no creo pueda haber alguna duda que justifique argumentos sobre el particular; se podrá impugnar la solución por uno u otro motivo, estimarla más o menos viable y de arraigo práctico, pero, de todas formas, sobre el hecho de introducir un negocio que implica la titularidad separada de los frutos, en cuanto que tiene por objeto estos mismos con independencia de la cosa productora, la consagración es terminante.

Este recorrido argumental en pro de la consideración en nuestro Derecho de los frutos pendientes como cosas autónomas, con los resultados favorables obtenidos con respecto a esa tesis, nos enfrenta, para terminar el tratamiento del tema, con una última cuestión: ¿reúnen los frutos pendientes las cualidades que la doctrina predica como propias de las cosas para que puedan considerarse tales a efectos jurídicos?

Veamos cómo se enfrenta con el concepto jurídico de cosa nuestra más reciente doctrina. Dice el profesor ALBALADEJO (44) que «para el Derecho es cosa toda entidad, material o no, de naturaleza impersonal que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente».

Aplicando a los frutos pendientes los cinco principios en que el propio autor descompone la definición para su análisis, vemos que ningún problema plantea el reconocer a los frutos pendientes la entidad, material en este caso, la naturaleza impersonal y su susceptibilidad como un todo de dominación patrimonial, y que únicamente podrían surgir dudas, desde el punto de vista de concepciones que hemos ido viendo sobre la naturaleza de los frutos pendientes, en cuanto a los otros dos principios, que enuncia así:

a) Que tenga una propia individualidad. ¿Qué quiere expresar con esto? «Que tenga una existencia unitaria separada en el tráfico jurídico.» Y añade: «Individualidad que puede proceder de cualquier circunstancia; por ejemplo, bien de su propia naturaleza (un animal es una unidad natural), bien de obra del hombre, que material o idealmente los aísla (un litro de líquido o un metro cúbico de gas recogido en un recipiente; un trozo de terreno que,

(44) *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1960, págs. 291 y sigs.

aun sin separación tangible del que le circunda, se constituye en finca aparte; los diversos pisos de un edificio que se venden separadamente, por lo que cada uno de ellos pasa a constituir cosa distinta).» Me parece que los diversos casos a que nos hemos referido más atrás, de negocios y titularidades que contemplan los frutos pendientes con independencia de la cosa que los ha producido y a que siguen unidos, ponen de manifiesto que éstos cumplen con el requisito de la «propia individualidad», que procede en este caso (que se prevé igualmente) «de obra del hombre, que idealmente los aísla», pues precisamente éste es el significado de la negociación o contemplación por separado de los frutos pendientes.

b) Que la dominación que se tenga sobre ella constituya un derecho independiente. Circunstancia que estimo ha quedado igualmente acreditada en las páginas anteriores.

De todo esto se deduce que los frutos pendientes encajan perfectamente en el concepto de cosa jurídica que priva en el Derecho actual.

Pero es que aún podríamos decir algo más, que nos resuelva las dudas que podrían plantearse derivadas de la subsistencia de la unión de los frutos pendientes con la cosa que los ha producido. Y para esto vamos a ver también cómo contempla la cuestión el propio profesor ALBALADEJO, ocupándose de la «unidad de la cosa».

Y es que, efectivamente, al referirse a ella, supone que existe entre los frutos y las cosas de que penden una unidad, aunque no lo considera obstáculo para que puedan constituirse diferentes derechos que recaigan o tengan por objeto unas u otras partes de la cosa (pues cita, entre otros casos, la prenda sin desplazamiento de los frutos pendientes y la hipoteca de una cosa con exclusión de los mismos). Y pudiera parecer que esta afirmación invalida la argumentación que en base a otras ideas tuyas he realizado párrafos atrás. Pero que esto no es así aparece claramente de otras consideraciones que hace más adelante (45) y que transcribo íntegramente porque aplicándolas a los frutos pendientes—y puede verse que lo son sin ningún género de reserva, pues el tráfico al hacerlos su objeto los reconoce como susceptibles de constituir

(45) ALBALADEJO, Obra y tomo citado, págs. 294 y sigs.

en su independencia una unidad útil—nos encontramos con una perfecta explicación dogmático-jurídica para basar la autonomía que, como cosa, venimos defendiendo tienen los frutos aún no recolectados. Dice, en efecto, que «aunque la ley no lo diga explícitamente—y aunque haya otras excepciones y figuras de dudosa construcción jurídica: así, la llamada propiedad dividida, derechos reales como los de balcón, palco o asiento en el teatro, etc.—, debe entenderse que nuestro Código parte de la idea de que los derechos sobre las cosas—derechos reales—habitualmente abarcan a éstas en su totalidad y sólo son posibles sobre dicha totalidad. De forma que cuando viene a existir lo que parece un derecho real sobre parte de una cosa, probablemente es que esta parte—de una cosa en sentido vulgar—se ha hecho—adquiriendo suficiente individualidad propia en el tráfico—ella misma, una cosa (en sentido jurídico) autónoma. Tal hipótesis se ve más clara cuando el derecho sobre la parte es el de propiedad (porque éste parece dar categoría de cosa autónoma al objeto sobre el que recae, y así surgen otras cosas—las resultantes de la división—al dividirse un edificio por pisos o repartirse por lotes una finca rústica), mientras que cuando se trata de otro se evidencia como más posible admitir que se puede estar frente a un derecho sobre parte de una cosa (en sentido jurídico). De cualquier modo, hay que pensar que no se pueden hacer cosas independientes a aquellas partes que el tráfico rechaza como susceptibles de constituir en su independencia una unidad útil (el techo o las paredes de un inmueble no son susceptibles de ser de diversos dueños). Entonces se podrá, sí, fraccionar materialmente la unidad que la cosa es y constituir así cosas diversas; pero no es posible, manteniéndola físicamente unida, hacer jurídicamente varias cosas del todo físico.» Y ya hemos visto que no es este último el caso de los frutos pendientes, que encaja, por el contrario, en la anterior situación.

2. Establecido en las páginas anteriores que los frutos pendientes pueden considerarse como cosas autónomas al objeto de integrarlas en relaciones jurídicas distintas de las que afectan a las cosas que las han producido, y a las que aún se encuentran unidas, el paso siguiente viene impuesto por la conveniencia de indagar qué clase de cosas son estos frutos pendientes. Y ello es

de importancia, porque de su adecuada calificación depende el régimen jurídico a que habrán de someterse las relaciones en que se integren cosas de este tipo, con la trascendencia que ello representa en el tráfico negocial que les afecte.

Los puntos principales en torno a los que deberá centrarse la cuestión, atendiendo a las posiciones que con anterioridad se han manifestado en la doctrina, a veces con repercusión expresa en determinados Ordenamientos jurídicos, son los de esclarecer si los frutos pendientes, en cuanto objeto de tráfico, deben considerarse cosas muebles o inmuebles y presentes o futuras.

El primer extremo que debe examinarse es el de si los frutos, mientras siguen unidos a las cosas que los produjeron, son cosas presentes o deben ser considerados como cosas futuras. Y esto, creo, debemos hacerlo comenzando por una serie de apreciaciones que son consecuencia de la conclusión—primera en orden a la naturaleza de los frutos—a que hemos llegado en el capítulo anterior.

Ante todo, la de tener presente que, habiéndolos conceptuado como cosas autónomas, ello implica reconocer su existencia actual como posible objeto de relaciones jurídicas; supone, pues, excluir de ellas la idea de futuridad desde el momento en que «ya es»: los frutos pendientes no son cosas futuras (46). Ahora bien, parece que procede detenerse algo en la contemplación del concepto de cosa futura, en el valor que tiene para la doctrina más reciente, con el fin de contrastar con ella esta opinión que acabo de exponer sobre la naturaleza de los frutos pendientes, que no puede decirse sea la más general en la doctrina.

Muy recientemente, entre nosotros, en un estudio sobre la compraventa de cosa futura, ha escrito CALONGE (47) con intención de precisar el concepto: «Ante todo, hay que entender por cosa futura aquella que no se ha producido todavía; es decir, la que no existe todavía como tal en la naturaleza, pero hay esperanza de que exista», aclarando que «la condición de futura se refiere

(46) VALLET, *Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, en «Rev. Der. Notarial», 1955, págs. 31 y sigs., y en los A. A. M. N. XI, págs. 43 y sigs., recogidos en su obra, *Estudios sobre Derecho de cosas...*, cit., no los incluye en la consideración de cosas futuras, cfr. pág. 536.

(47) *La compraventa civil de cosa futura (desde Roma a la doctrina europea actual)*, Salamanca, 1963, pág. 211.

a la cosa y no al derecho de propiedad que se adquirirá». Y ante ello estima que deben distinguirse varias categorías de cosas futuras, por no ser éste un concepto rigurosamente unitario:

a) Cosa futura en sentido amplio es aquella que se espera según el decurso natural de las cosas, pero que no existe todavía en el momento de la compra. Por ejemplo, los frutos de un fundo el año próximo, no los que se hallen ya nacidos.

b) Cosa futura en sentido restringido sería aquella que nos muestra ya en proceso de formación su existencia futura. Por ejemplo, la cría de un animal ya preñado, la cosecha de un fundo que ya ha germinado, los frutos en general, en tallo o en flor

c) Por último, aquella cosa futura de la que no tenemos razones fundadas para afirmar si se producirá o no, si bien reconoce que en puridad de expresión no sería cosa futura (*futurus*, que ha de ser), sino cosa probable.

Pues bien, en ninguno de los tres grupos pueden incluirse los frutos pendientes; ni siquiera en el segundo, donde habla de los frutos en tallo o en flor y, por consiguiente, no manifiestos, como sería preciso que estuvieran para considerarlos pendientes, y que, por otra parte, califica más adelante de cosa futura en sentido impropio, pues al hallarse en germen es, por tanto, parcialmente futura; de donde si existe ya, como los frutos cuando están pendientes, tampoco para él serían cosa futura.

También en fecha muy reciente, PERLINGIERI (48), tras afirmar que la expresión «cosa futura» no tiene en la doctrina un significado unívoco, sostiene, aun con referencia expresa a la compraventa de la misma en la legislación italiana, que por cosa futura el legislador ha entendido toda cosa que en el momento de la estipulación contractual carecía de existencia material (*res non in rerum natura*) o solamente de autónoma existencia jurídica (*res in rerum natura*). Y esto porque afirma «conviene subdistinguir en el ámbito de las cosas futuras las que están *in rerum natura* de las que no lo están aún. La futuridad de las primeras parecería contradicha por su existencia material. Pero, bien visto, no es así. Las cosas, en efecto, están presentes en su función de parte de

(48) *I negozi su beni futuri*, I. *La compravendita di cosa futura*. Nápoli, 1962, págs. 10 y sigs.

un todo, son futuras, en su futura función autónoma». Claro es que la aplicación del concepto de cosa futura de este segundo grupo (*res in natura*) a los frutos pendientes no considero que proceda, porque, si bien precisamente lo establece el autor para dar entrada en la clase de cosas futuras a los frutos en esta situación, ello es porque en Derecho italiano no cabe otra alternativa ante el terminante precepto del artículo 820 de su Código civil, al considerar que hasta que no se produce la separación los frutos forman parte de la cosa, aunque, no obstante, se puede disponer de ellos como cosa mueble futura. Quizá, consciente de ello, es por lo que adopta el que parece un criterio restrictivo de cosa futura, que es el que el legislador da «respecto a la compra-venta».

En nuestro sistema, donde falta una norma del alcance del artículo 820 y hay, en cambio, numerosos preceptos que nos permiten defender la configuración de los frutos pendientes como cosa de por sí autónoma, no cabe aplicarles la cualificación de cosa futura *in rerum natura*; categoría que, por otra parte, y entendida como lo hace PERLINGIERI, no parece suficientemente justificada porque se hace depender la conceptualización de futura de ser un objeto en evolución física, circunstancia que no es lo bastante cualificadora, porque son otros muchos a los que en mayor o menor medida les sucede igual, sin que por ello deje de considerárseles cosas presentes para incluirlas en la de futuras (por ejemplo, los árboles de una explotación cuyo aprovechamiento es el del fruto, que como cosas presentes pueden ser objeto de relaciones jurídicas apenas verificado su nacimiento o trasplante). Y más aún si se tiene en cuenta que los frutos pendientes siguen siéndolo, como ya vimos, mientras no se produzca el hecho material del desprendimiento y aunque hayan alcanzado su definitiva conformación con la madurez. Y que incluso, pasado este momento, puede no producirse la separación e ir deteriorándose hasta desaparecer, con lo que habríamos asistido a la transformación de una cosa presente, real, aunque unida a otra, en una cosa futura. ¿Y qué sucederá con los negocios que se hubieran celebrado sobre la base de esa futura movilidad que no llegaron a alcanzar? Las numerosas consideraciones y subdistingos que han

de hacerse para resolver la cuestión (49) sobrarían prescindiendo esa artificial construcción.

Todas estas observaciones críticas no procederían si la atribución de la naturaleza de cosa futura *in rerum natura* se hiciese en el sentido en que propugnaron Mosco (50) y otros autores (51) de considerar así a las cosas ajenas; peor, igualmente en este supuesto, seguiríamos estando lejos de poder incluir en cualquiera de los grupos de cosas futuras a los frutos pendientes.

También entre nosotros se ha hablado en este sentido, entre otros, de cosa futura; así, IGLESIAS CUBRIA (52) dice que el objeto «A) Puede ser inexistente de manera natural, absoluta; es decir, porque no existe aún *in rerum natura*; esto es, que el Ordenamiento no permite todavía considerar que la cosa existe por sí misma. B) O bien puede hablarse de inexistencia de cosa futura no material; es decir, de un derecho que aún no existe como efecto jurídico concreto en el patrimonio del disponente o en otro patrimonio ajeno. Se habla entonces de negocios de disposición de derechos futuros. C) Finalmente, puede hablarse de cosa futura en el sentido impropio de cosa que, existiendo ya, no pertenece al patrimonio del disponente, sino al patrimonio de otro—cosa ajena—, pero que la voluntad negocial (o contractual) mira en atención a la eventualidad de que sea adquirida por el disponente.»

Pues bien, tampoco entre estas categorías encontramos posible encaje, como una de las cosas futuras en sentido propio que se trata de definir, a los frutos pendientes. Y el propio autor, que dedica un extenso y detallado estudio en las páginas posteriores, no menciona entre las figuras de aplicación de estas categorías en el campo de los derechos reales—y hace una consideración minuciosa de los de garantía, así como expresa del de prenda sobre cosa futura—los supuestos cuyo objeto sean frutos en situación de pendientes.

Me parece innecesario insistir más en consideraciones sobre el

(49) PERLINGIERI, op cit, págs. 211 y sigs.

(50) En *I frutti nel diritto positivo*, Milano, 1947, págs. 511 y sigs. Aunque, además, hace otro grupo de ellas con las que hemos criticado en el texto

(51) Por ejemplo con referencia al Código de 1865, CARIOTA FERRERA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, págs. 316 y los autores que allí cita.

(52) *Los derechos patrimoniales (Estudio de las situaciones jurídicas de pendenza)*; I, Oviedo, 1961, págs. 209 y sigs.

particular que demuestren la improcedencia—y ya veremos que la innecesariedad—de atribuir a los frutos pendientes la naturaleza de cosas futuras, toda vez que cuando esto se ha hecho ha sido, sin duda, influenciado por la doctrina extranjera sobre el particular y por falta de haber estudiado previa y detenidamente el primer punto referente a la naturaleza de los mismos, esto es, si en esos casos estamos ante auténticas cosas autónomas o frente a simples partes de las cosas que las producen.

Una vez resuelto este punto en el primero de los sentidos, nos hallamos ante la aplicación simple de una consecuencia necesaria: si ya tenemos cosa, no ha de prescindirse de este hecho para pensar en ella como cosa futura. Y si son frutos que están pendientes es porque lo están, y si lo están son presentes, no futuros.

Quizá para evitar confusiones convenga insistir algo más en el recuerdo de la delimitación conceptual de los frutos pendientes, porque hay cosas muy cercanas a ellos que, éstas sí, participan del carácter y naturaleza de la cosa futura; precisamente las dos situaciones de los frutos que, en orden a su período evolutivo normal, anteceden y siguen a la de los frutos pendientes: la de las cosechas futuras, que en cierto momento pueden coincidir con la idea de frutos no aparentes, los cuales pueden ser (y de hecho lo son) objeto de negociación jurídica, y la de frutos separados o alzados que, tomados como objeto de negocio ellos mismos para el momento en que alcancen esta condición, pueden en un determinado negocio participar de esta naturaleza de cosa futura.

Y ahora, creo, procede contrastar estas soluciones con la forma en que son configurados los contratos que tienen por objeto unos frutos pendientes. Se trata de seguir un método inverso, consistente en partir del contrato usual en esta materia, y ver si la disciplina que le dan las partes responde a las consecuencias que habrían de aplicársele considerando que ha de regirse por las normas que son propias de los negocios que versan sobre bienes que tienen la naturaleza que les hemos atribuido: ser cosas autónomas, no partes de cosas, presentes, no futuras.

Por ejemplo, es muy frecuente el contrato de venta de frutos pendientes (naranja, uva, aceituna de verdeo, etc.) por un precio alzado—a ojo o «alfarrasada», dicen en Valencia—, en la cual se hace entrega de la cosa al comprador, que paga el precio y que se

hace cargo de ella a efectos de guardería, posterior recolección et-cétera, y que asume los riesgos desde aquel instante. ¿Ante qué figura nos encontramos? Dificilmente puede decirse que sea una compraventa de cosa futura, posibilidad que es terminantemente rechazada en el reciente estudio de esta figura a que antes aludía (53). En efecto, trae CALONGE a colación una significativa sentencia del Juzgado de Gandía de 27 de diciembre de 1956, en la que se establece que la venta de la naranja pendiente contratada «a ojo o alfarrasada» es un contrato cuya naturaleza jurídica es la de una compraventa civil perfecta incondicionada. Comentándola, dice: «Hay que tener presente que en ella se trata de una compra a precio alzado de fruto pendiente y, por tanto, existente; no se trata propiamente de venta de cosa futura. El supuesto está muy próximo a la *emptio* de los *fructus in herbis*, y la solución dada por el Juzgado de Gandía coincide con la romana para esta última *emptio*. En el quinto considerando señala, en virtud del artículo 1.452 del Código civil, que el riesgo de la cosa vendida lo soporta el comprador, *res perit emptor*, cuando se trata de venta de cosas fungibles hechas aisladamente y por un solo precio, sin consideración a su peso, número o medida (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1941, 29 de abril de 1947 y 9 de junio de 1.949); norma tan conocida en el comercio de la naranja, que nadie duda que cuando la venta es "a ojo o alfarrasada", como en el supuesto de autos, el riesgo lo sufre el comprador, a diferencia de si fuera por arroba o por kilo (peso) o por millares (número), y esta norma es la aplicada por este Juzgado, como se ve en sentencia firme dictada en 12 de mayo de 1956.»

Parece claro que no podía llegarse a otra solución que a ésta, la cual es precisamente la que se impone partiendo de la consideración a que hemos llegado sobre la naturaleza de cosa existente y autónoma que tienen los frutos pendientes en nuestro Derecho en cuanto objetos de tráfico negocial.

3. La tercera de las cuestiones con que hemos de enfrentarnos en orden a la naturaleza jurídica de los frutos pendientes, una vez resuelto que se trata de cosas autónomas y no de partes

(53) CALONGE, *La compraventa civil...*, cit., pág. 177, nota 31.

integrantes de las que los han producido, y, además, cosas existentes y no futuras, es la de si se trata de cosas muebles o inmuebles.

Precisamente es la tercera y última nota cualificadora de estos bienes que va a ser objeto de nuestro estudio, ya que la inclusión de los frutos pendientes en uno u otro de los miembros de cualquiera de las restantes clasificaciones que suelen hacerse de las cosas, no presenta dificultades o, por lo menos, no las ha mostrado en relación con las cuestiones que para el presente estudio hemos de plantearnos.

En cambio, siendo trascendente el adscribir a uno u otro de estos dos tradicionales grupos que se hacen con las cosas, para el régimen jurídico a que hayan de someterse los frutos pendientes, el ocuparse del tema viene impuesto por la disparidad de criterios que alrededor del mismo se han manifestado.

Quizá pueda pensarse que es algo superfluo plantearse cuestiones en torno a una clasificación que tan desacreditada se encuentra para la doctrina actual (54) y, además, está en trance de revisión en la mayor parte de sus aspectos (55), sustituyéndose su virtualidad en orden a ciertos efectos por los que deben atribuirse a otras clasificaciones que respondan mejor a las exigencias socio-económicas actuales (56). Pero, si bien es verdad que esto sucede en el terreno doctrinal, e incluso el legislador va introduciendo figuras que desplazan la función delimitadora que para ellas venia teniendo esta clasificación (57), también lo es que sigue teniendo una vigencia indudable y una repercusión práctica realmente importante en nuestro Derecho actual.

(54) Sugestivo es el artículo que SAVATIER publicara en la «Rev. Trim. Dr. Civil». 1958, págs. 1 y sigs., con el título *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, donde se ocupa de la evolución de la técnica jurídica, que llega a reducir los inmuebles a una superficie geométrica, y de una nueva concepción de los bienes muebles corporales, distinguiendo unos macromuebles y unos micromuebles, etc.

(55) Cfr. las referencias y la bibliografía en texto y notas que puede encontrarse sobre el desarrollo histórico de la distinción en VALLET DE GOYTISOLO, *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, publicado en la «Rev. Der. Priv.» (1953), págs. 493 y sigs., y en el volumen *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, a cuyas páginas 387 y sigs. se refiere esta cita.

(56) MARÍN PÉREZ, *Introducción al Derecho registral*, Madrid, págs. 42 y siguientes.

(57) La hipoteca mobiliaria es bastante significativa sobre el particular.

Se ha dicho con acierto (58) que, aunque en el Derecho moderno tiende a perder importancia la clasificación, «todavía son muy numerosas sus aplicaciones prácticas, pues apenas hay institución jurídica que se sustraiga a ella». Efectivamente, y esto no ha podido olvidarlo el legislador, los inmuebles, por su duración, determinación, inmovilidad, etc., han producido una reglamentación y disciplinamiento distinto del de los muebles, y los derechos que se ejercen sobre ellos tienen distinta extensión, distintas condiciones de adquisición, ejecución, pérdida, extinción, etcétera. Afecta a la propiedad y, en general, a los derechos reales; en materia de obligaciones, tiene importancia la distinción a que nos referimos; por ejemplo, en la venta y en el arrendamiento. El comercio jurídico con inmuebles se halla sometido en algunos puntos a una reglamentación más exigente. Las formalidades exigidas para la celebración de los negocios sobre los mismos son más severas y existen numerosas restricciones al poder de disposición, como sucede en los casos de enajenación de los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad, de los menores emancipados y los que hayan correspondido a la mujer en caso de separación; a efectos fiscales también repercuten en un trato distinto. Todo esto hace importante determinar si un cierto bien pertenece a una u otra de las dos categorías.

Pero precisamente porque, pese a la fuerza de las tendencias modernas, no dudamos en reconocer el valor actual de la distinción en orden a las consecuencias prácticas de su distinto régimen jurídico, es necesario hacer unas consideraciones sobre el significado de esa actual diferenciación, que nos ayudarán a resolver alguna de las cuestiones planteadas. Y es que no puede olvidarse que, como observa agudamente BRONDI (59), la distinción entre muebles e inmuebles—posibilidad o no de desplazamiento—físicamente es intuitiva y no presenta dificultades; pero la ley no se rige exactamente por ese criterio, por lo que los términos utilizados se hacen convencionales: son precisamente inmuebles los declarados tales por la Ley; la categoría, a pesar de ser constante conceptualmente y en su función, presenta comprensión y formulación distintas según los diversos tiempos y las diferentes legis-

(58) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, cit., I, 2.º, pág. 34.

(59) *I beni*, cit., págs. 62 y sigs.

laciones; por todo ello, por tener siempre carácter positivo, «la distinción termina por encontrarse aprisionada en rígidos círculos cerrados y puede suceder, como de hecho ha ocurrido, que frente a un acelerado desarrollo económico-social, al que se contrapone la lentitud legislativa, mucho más tratándose de materia encerrada en Códigos, las respectivas posiciones de los miembros de la categoría pueden alterarse. Aquí está la clave de muchas de las contradicciones que se nos aparecen al considerar ciertos fenómenos socio-económicos, cuyo encaje en la regulación jurídica no siempre resulta fácil de conseguir, dando lugar con ello a dudas y vacilaciones que muchas veces pueden afectar a sectores cercanos al que plantea la cuestión, debido únicamente a razones de vecindad y relación.

Refiriéndonos directamente ahora al punto objeto de nuestra consideración, veamos cuáles han sido las posiciones adoptadas por la doctrina sobre la naturaleza jurídica de cosa mueble o inmueble que tienen los frutos pendientes.

Podemos citar en primer lugar la que ha de considerarse como más extendida, sobre todo porque comprende las de todos aquellos que no se han detenido en una consideración específica del tema, y por cuanto se apoyan en la solución, al parecer terminante, que suelen recoger los Códigos (60); se trata de los que consideran los frutos pendientes bienes inmuebles. Son bienes inmuebles, dice nuestro artículo 334, 2.º: «... los frutos pendientes mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble».

Aplicación de este principio hace la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1913 atribuyendo el carácter de inmuebles a unas naranjas vendidas estando aún pendientes de los árboles, exigiendo que la entrega se hiciera según lo dispuesto en el artículo 1.462 en relación con el 1.095 y no siendo de aplicar, por consiguiente, a este punto el artículo 1.463, por referirse a cosas muebles.

Consecuencia de esta solución: siendo bienes inmuebles, los frutos pendientes no podrán ser enajenados como tales (esto es, en cuanto adheridos al inmueble) sin que a la vez sea enajenada

(60) Por ejemplo, el español, en art. 334-2.º; francés, 520; el italiano de 1865, 411, etc.

la cosa a la que están orgánicamente unidos; independientemente de ésta, no podrían ser objetos de relaciones jurídicas como muebles sino cuando, roto el ligamen que los une al inmueble, pierden el carácter inmobiliario y se convierten en cosas muebles con existencia autónoma, y en cuanto tales relaciones se establecieran, aun para después, estando todavía pendientes, habrán de hacerse como sobre cosas futuras.

Vemos, por consiguiente, que aceptar esta solución (61) implica atribuir a los frutos una naturaleza de simple pertenencia, parte de cosa, sin autonomía propia, que hemos tenido ocasión de ver en páginas anteriores, no es la admisible de acuerdo con diversos preceptos de nuestro Derecho aplicables al tema. Otro tanto podemos decir de su consideración de cosa futura, estudiada en el número anterior.

Lo que no puede admitirse, en cuanto supone una contradicción, es atribuir a los frutos pendientes la cualidad de bienes inmuebles, admitiendo o imponiendo algunas de las consecuencias de esta solución, pero, a la vez, acoger también otras que están en desacuerdo con la misma; tal sucede con la sentencia de 13 de junio de 1913 antes citada: si considera los frutos pendientes como cosas inmuebles y así expresamente lo determina, haciendo, además, aplicación de los principios que rigen la venta de bienes de esta clase, debiera ser consecuente y no admitir la venta de dichos frutos con independencia de los inmuebles a que están unidos; o al menos no considerar esa venta sino como de cosa futura, tal como hacen los autores que defienden tal solución y el Código italiano a acogerla también los artículos 820, 2.º (al decir que hasta que se produce la separación, los frutos forman parte de la cosa, aunque se podrá disponer de ellos como de cosa mueble futura) y el 1.472 (que en la venta de los frutos establece la adquisición de la propiedad en el momento en que los frutos se separen). Pero en ningún caso admitiendo esta teoría, como hace nuestro Tri-

(61) La justificación que de la misma hace PUGLIATTI (*La distinzione tra beni mobili ed immobili*, en «Annali della R. Università di Messina», 1930, páginas 31 y sigs., cit. por SALIS, pág. 300), es considerar que tanto los árboles cuanto los frutos deben considerarse como inmuebles por accesión: la relación de accesión que se tiene en el primer caso (árbol a terreno) sería de mueble a inmueble, y la que se tiene en el segundo caso (fruto a árbol), sería en cambio de mueble a mueble

bunal Supremo, se podría—reconociendo así la eficacia de una forma de contratación profundamente arraigada y extendida y tratando de concederle eficacia, como exigen los más elementales principios de realismo jurídico—considerar posible la virtud traslativa inmediata del contrato de venta de estos frutos pendientes con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.462 en relación con el 1.095, mediante la entrega al comprador poniéndola de alguna forma en su poder y posesión, acto necesario para la consumación del contrato como reconoce la sentencia, lo que es perfectamente posible respecto a los frutos pendientes y que en la práctica se realiza por varios procedimientos.

En cuanto a la eficacia que tiene el artículo 334, 2.º, como obstáculo que impida desechar esta solución, iremos viendo la verdadera entidad del mismo por lo que se refiere, y en cuanto aplicada, a este punto.

Partiendo de la consideración inicial de que los frutos pendientes son por su naturaleza partes de la cosa madre y, por ello, participan de su carácter que tienen de bienes inmuebles, pero también de la necesidad o conveniencia de admitir la realización de negocios jurídicos que tengan por objeto los frutos pendientes, y ello con independencia de la cosa a que todavía se encuentran unidos, se formuló la que suele llamarse «teoría de la movilización por anticipación»; sostiene que los frutos pendientes, que son parte de cosa e inmuebles con ella, en los contratos que se realizan sobre los mismos, los contratantes los consideran no ya en relación a su estado actual, sino al estado que tendrán una vez que se separen, por lo que puede afirmarse que el negocio tiene por objeto una cosa mueble futura. De esta circunstancia deducen que el contrato podrá realizarse en las condiciones adecuadas para los que tiene por objeto cosas muebles y su reglamentación será la propia de ellos (62).

Se le ha opuesto a esta teoría el que si bien puede resultar satisfactoria cuando el negocio a realizar sea la compraventa, en cambio resulta poco convincente cuando haya de aplicarse a otro tipo de relaciones que tengan por objeto frutos pendientes; por

(62) Cfr. H. y L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, 2.ª ed., París, 1950, páginas 230, que ponen de relieve el interés, sobre todo fiscal, de cada solución.

ejemplo, se ha objetado (63), que en la pignoración de los frutos pendientes existe un contraste insalvable entre la naturaleza mobiliaria de la ejecución y el pretendido carácter inmobiliario que los frutos tendrían mientras están pendientes: no se da una pignoración inmobiliaria y una venta mobiliaria, sino una ejecución mobiliaria; ahora bien, si el fruto pendiente es cosa mueble futura, será cosa actualmente inmueble, y por ello no procederá la aplicación de las normas sobre la ejecución mobiliaria.

También debe tenerse en cuenta que, aparte de basarse sobre la consideración de los frutos pendientes como partes de cosas y recurrir a su configuración como cosas futuras, ello se hace, y parece encontrar su principal justificación y ventaja (64), para conseguir que la compraventa de los mismos dé lugar a que la transferencia de la propiedad, incluso en las relaciones entre las partes, se produzca con la separación, mientras antes de este momento la venta produce efectos simplemente obligatorios, y para nosotros, a la vista del sistema que rige en el Derecho español sobre la eficacia traslativa de los contratos, conseguir aquella finalidad no requiere la organización de ningún complicado sistema como el que defiende la teoría expuesta.

Son varias las posiciones que parten de atribuir carácter, o tratamiento, de cosas muebles a los frutos pendientes, como medio de reglamentarlos de la forma que cree más eficaz y acorde con las necesidades de la práctica, y algunas, citadas por SALÍS, recurriendo a expedientes más o menos ingeniosos: así, la de quien (65) estima que la venta de los frutos pendientes ha de considerarse con relación a las partes como «una venta de cosas muebles, sujeta a una condición suspensiva, esto es a la existencia de los frutos separados de los árboles, y de las raíces, o de quien (66) considera que los frutos adquirirán naturaleza mobiliaria y tendrán una existencia propia con el hecho de la maduración, aun con independencia del hecho de la recogida o separación». De todas formas, y como

(63) PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, página 201, cit. por Mosco, op. cit., pág. 511.

(64) Cfr. Mosco, *I frutti*, cit., pág. 511.

(65) CONSOLO, *Espropriazione forzata*, vol. II, pág. 241, al que cita en nota de la pág. 299.

(66) BORSARI, *Commentario al Codice civile*, & 778, cit. en la misma nota y pág.

inciso, no está de más observar que la admiración que esta posición produce a SALÍS sería menos, pero tomada más en serio, si hubiera tenido en cuenta en ese momento las soluciones dadas por el Derecho consuetudinario en muchos casos, si no con vistas precisamente a establecer la naturaleza jurídica de los frutos pendientes, si en cuanto al momento de su percepción, que resulta un tema muy próximo, cuando establecía una fecha fijada de maduración presunta, por ser el tiempo normal o medio (67).

En cuanto a la solución que creo aplicable en el Derecho español, se basa en las conclusiones que en los números anteriores hemos ido obteniendo, y la procedente aplicación, partiendo de ellas, de soluciones propugnadas por autores que se han ocupado del tema, en cuanto todo ello encaje perfectamente en los preceptos de nuestro Derecho positivo, que puedan ser de aplicación al caso.

El primero de los puntos que han de tratarse es el de si en nuestro Ordenamiento positivo es posible plantearse siquiera el problema, ante la expresa disposición del artículo 334, número 2.º, al decir, respecto a los frutos pendientes, que son bienes inmuebles. Es fácil deducir, por lo que llevo dicho, y por venir tratando del asunto, que no estimo deba concederse un valor tan decisivo al precepto de referencia como para excluir la cuestión, y lo que es más, como para resolverlo, sin más, en los que parecen ser sus términos literales.

En efecto, tanto nuestro artículo 334 (por lo menos en la parte que ahora nos interesa) como el 411 del Código italiano de 1865, encuentran su antecedente (68) en el 520 del Código civil francés, por lo que tener éste en cuenta para una interpretación adecuada resulta importante: pues bien, durante los trabajos preparatorios del Código Napoleón, se planteó el tema de la formulación que debía darse al artículo 5 del Proyecto (que sería después el 520 del Código), y sobre el particular se observó (por TROUCHET, Presidente del Tribunal de Casación, miembro de la Comisión compiladora del Código) que la disposición del mencionado artículo tenía únicamente por finalidad «regular los derechos de un pro-

(67) Por ejemplo, la disposición de la Recopilación de Fuero de Navarra (lib. III, tit. 3.º, ley 3.ª) que cita GARCÍA GOYENA, *Op. cit.* y *Loc. cit.*, pág. 359, y en el Derecho consuetudinario francés.

(68) Cfr. cómo es terminante GARCÍA GOYENA al tratar de los antecedentes del 380 del Proyecto de 1851, al que corresponde nuestro 334.

pietario que suceda a otro o a un usufructuario; sólo para este caso, los frutos pendientes serían declarados inmuebles», y ante la insistencia de otro miembro de la Comisión, que consideraba necesaria una formulación diferente del artículo, con el fin de evitar la duda de que pudiera entenderse negado a los acreedores el derecho de actuar ejecutivamente sobre los frutos pendientes, se le respondió por CAMBACERES, que tal punto sería regulado en el código de procedimiento civil (69).

A consecuencia de tales antecedentes, surgió en Francia una corriente doctrinal (iniciada por LAURENT, y seguida por PLANIOL y la generalidad de los civilistas del país vecino), según la cual esa disposición del artículo 520 de su Código civil, no es de aplicación respecto a los que hayan enajenado los frutos mientras se encontraban pendientes; con el hecho de esta enajenación se deberá considerar roto, con respecto a los contratantes, el ligamen orgánico que hacía considerar una sola cosa los frutos y la cosa madre, atribuyendo a aquéllos naturaleza inmobiliaria; así, pues, los frutos habría que entenderlos movilizados por voluntad de las partes, y los negocios sobre ellos tendrán por objeto una cosa presente y mueble. Tesis que pasó a Italia, donde encontró adhesiones, si bien mucho menos numerosas que en Francia.

Considero íntegramente aceptable para nuestro Derecho la doctrina expuesta de la movilización (70) de los frutos, pues, aparte de que conceptualmente satisface, tiene perfecto encuadre en las normas de nuestro Ordenamiento positivo.

Conceptualmente satisface, porque esta verdadera «desinmovilización», como gráficamente se ha designado a uno de los procedimientos que consagran entre nosotros esa teoría (71), encaja perfectamente en la consideración de cosa jurídicamente entendida, de que trata la reciente doctrina civilista (ALBALADEJO, ya lo hemos visto, hablaba de «individualidad que puede proceder de obra del hombre, que idealmente aísla la cosa, la delimita»), satisfaciendo

(69) Cfr., sobre todo esto, SALIS, op. cit., pág. 302, y nota 3.

(70) Estimo que pueden utilizarse indistintamente los términos «movilización» y «movilización», pues si éste refleja ante todo el hecho físico de la rotura de unión con la cosa matriz que hace «movibles» los frutos, aquél manifiesta mejor la trascendencia jurídica de ese hecho, que es su conversión en bienes «muebles».

(71) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV, Barcelona, 1948, pág. 238, al referirse a la anotación que prescribía el art. 1866 bis del Código civil.

también la necesidad de separar el error dogmático que ha llevado a considerar inmuebles—aunque con el añadido de «por unión», «por accesoriedad» o cualquier otro—a cosas que realmente son muebles, como los frutos pendientes. Y el querer mantener a ultranza el error consagrado en el Código ha permitido situaciones como la que SANZ (72) califica de «jocosa»: que bienes enumerados por el artículo 334 de modo terminante como inmuebles, puedan pasar a ser considerados como bienes muebles para el solo efecto de pignorarlos, con lo que «a través de un doble error—error sobre el concepto de la prenda y error sobre la naturaleza de los bienes—se puede acertar en la calificación jurídica verdadera de éstos, pues por la equivocación iniciada por el Real Decreto de Prenda Agrícola y conservada en nuestra Ley, los bienes muebles que tienen la consideración de pertenencias, mal llamados inmuebles en nuestro Derecho, tienen a un solo efecto reconocida su naturaleza con toda exactitud».

En cuanto a que la solución defendida sea no sólo concorde con los preceptos de nuestro Derecho, sino la única que puede aplicar satisfactoriamente el contenido de otros, y constituir un medio para dar legalidad a relaciones y titularidades que la práctica contractual viene utilizando a propósito de negociación sobre frutos pendientes. no creo sea necesario insistir.

BERNARDO MORENO QUESADA,

Catedrático de la Escuela de Comercio
y Profesor Adjunto de la Universidad de Granada.

(72) *La prenda sin desplazamiento*, en «A. A. M. N.», III, pág. 165.

La colación de las donaciones remuneratorias

SUMARIO: I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA: 1. Valoración del mismo y exposición de los supuestos en que se apoya la colación de las donaciones remuneratorias. 2. El móvil remuneratorio y el fundamento de la colación.—II. LA DONACIÓN REMUNERATORIA: 1. El problema de su configuración jurídica. 2. Regulación de la misma en los artículos 619 y 622 del Código civil.—III. LA COLACIONABILIDAD DE LAS DONACIONES REMUNERATORIAS: 1. Derecho histórico. 2. Situación actual del problema. 3. Bases para una solución afirmativa: lógica jurídica de las mismas en el plano científico y en el sistema del Derecho positivo. Su insuficiencia sustancial. 4. Bases para una solución negativa: la necesidad de revisar el concepto tradicional de colación de donaciones. Crítica del mismo y esquema propuesto. La repercusión de este esquema en el ámbito de las donaciones remuneratorias. Conclusión.

I

FORMULACION DEL PROBLEMA

1. Es la colación una figura jurídica que ha sido plenamente elaborada por el Derecho histórico: desde la vieja *collatio bonorum* fruto equitativo de la herencia pretoria, que nos recoge ULPIANO en el libro XL de sus *Comentarios al edicto* (1), al principio general que sienta JUSTINIANO en el capítulo 6 de la *Novela 18* (año

(1) D. 37, 6, 1, 7: el pretor, al decretar la *bonorum possessio* del hijo emancipado, estatuye también la colación de sus propios bienes, que engrosarían el *relictum hereditarium* de los *sui heredes*, carentes en vida de capacidad patrimonial. Forma primigenia de colación, que sólo formalmente guarda relación con la figura actual, formulada en los códigos modernos. Al menos la terminología quedó definitivamente sentada: *...ut sua quoque bona in medium «conferant»*.

536), donde establece un deber general de colacionar, se revela toda una evolución, de carácter amplificador. No quedó la colación varada en la Compilación bizantina. Nuestro Derecho castellano conoce detalladamente el instituto de la colación, según los esquemas fijados por las fuentes justinianeas y las influencias del Derecho germánico en torno a la idea de comunidad familiar y defensa de legítimas. Textos legales y comentaristas intermedios se aplican profusamente a estudiar todos los aspectos relacionados con la figura, aunque arrojando escasas luces sobre «una materia innecesariamente oscura» (2). En esta evolución, los Fueros municipales y las Leyes de Toro—sobre todo la Ley 29—representaron un avance indudable que, paradójicamente, implicaría a su vez el comienzo de una etapa, prolongada a nuestros días, en que la difícil institución se involucraria con otras figuras vinculadas a las operaciones defensoras de la legítima (computación, imputación y reducción de donaciones inoficiosas) (3). Ni el proyecto de 1851, ni el Código civil, metas de una trayectoria multiseccular, esclarecieron los problemas colacionales. Es la doctrina actual la que va arrojando luz sobre los mismos (4).

(2) Cfr. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones. Parte general* (Barcelona, 1961), página 566.

(3) Observa Cossío (*Para la exégesis del artículo 1045 del Código civil*, «R. D. P.», junio 1966, pág. 546) que en nuestros Fueros municipales, profundamente influidos por el Derecho germánico, se acentúa, frente a la concepción romano-bizantina acogida por las Partidas, la idea de defensa de la igualdad y amparo del régimen de las legítimas, citando al respecto algún pasaje del Fuero de Zamora y Soria. Dentro de esta misma línea—añade el autor—se mantienen las leyes de Toro, que siguen vinculando la colación a la idea de protección del sistema de legítimas, considerándola como un simple efecto de ésta (pág. 547).

(4) Vid. en la doctrina patria, especialmente, MORELL, *Donaciones colacionables*, «R. G. L. J.», t. 98, 99, 100 (años 1901 y 1902), espec. t. 99, págs. 320-330. B. J. y A. F., *Bienes sujetos a colación. Una interpretación del artículo 1036 del Código civil*, «R. D. P.», 1943, págs. 724 y sigs. MARÍN LÁZARO, *La colación hereditaria*, «Rev. Val. Der», I-I, 1944, pág. 3 y sigs. MARÍN MONROY, *La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración*, «A. A. M. N.», IV, 1948, págs. 131 y sigs. MANRESA, *Comentarios al Código civil* (6.ª ed., revisada por Bonet), t. VII (Madrid, 1943), págs. 535 y sigs. MOUTÓN y OCAMPO, *Colación de bienes*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», IV, págs. 366 y sigs. LACRUZ, *Anotaciones a Binder*, Barcelona, 1953, págs. 258 y sigs.; también, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit. págs. 559 y sigs. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio* (Madrid, 1955), espec. págs. 366-463 y 552-612. ALBALADEJO, *Notas a la traducción del Derecho de Sucesiones de A. Cicu* (R. C. de S. Clemente de los españoles en Bolonia-Barcelona, 1964), págs. 925 y sigs. DE LOS MOZOS, *La colación* (Madrid 1965) *passim*. Cossío, *Op. cit.*, «R. D. P.», 1966, págs. 545 y sigs.

Mas no sólo en nuestro Derecho ha sido confusa la gestación histórica de la colación. Sirva como ejemplo el francés, donde, si bien los territorios de Derecho escrito conservaron la configuración que dio al instituto el Derecho romano, las provincias regidas por el *Droit coutumier* ofrecían al respecto una complejidad tal que LEBRUN consideraba imposible sistematizar en unos principios coherentes la variedad de normas consuetudinarias realtivas a la colación (5). Con toda razón observa MELUCCI que el Derecho anterior a la Revolución francesa presenta tal variedad y tantas complicaciones en esta materia que intentar una breve y completa exposición implicaría un esfuerzo superior al resultado apetecido (6).

Que esta evolución, larga e intensa, no iluminó suficientemente los múltiples problemas inmersos en la colación, se pone de relieve si consideramos el más importante y que directamente nos atañe, es decir, el objeto de aquélla, especialmente por la que respecta a una parcela eventual del mismo: la donación remuneratoria.

Toda la historia de la colación supone un proceso de ampliación en orden a los bienes que debían llevarse al patrimonio dejado por el causante. Por obra del pretor, en el Derecho romano-clásico la colación se reduce a los bienes adquiridos por el hijo emancipado desde que tuvo lugar la emancipación hasta la muerte de su padre, y por la hija casada, sometida a la potestad del futuro causante y no al marido, que percibía la dote como un bien propio no incluido en la masa hereditaria (7). Si la hija pedía la *bonorum possessio* se hallaba obligada a colacionar la dote profecticia o adventicia cuando concurría con sus hermanos a la sucesión del *pater familias*. La *collatio bonorum* del emancipado y la *collatio dotis* de la hija *in potestate* absorbieron todas las formas posibles de colación hasta el Bajo Imperio, en que una constitución del emperador León del año 472 (C. 6, 20, 17) impone a los descendientes que sucedan *ab intestato* o *contra tabulas* el deber de

(5) LEBRUN, *Traité de Successions*, L. III, cap. VII, núms. 3 y sigs.

(6) MELUCCI, *Trattato teorico-pratico delle collazioni ed imputazioni*, vol I (Torino, 1880), págs. 27-28.

(7) GUARINO (*Collatio bonorum*, Roma, 1937, pág. 1) pone de relieve cómo la doctrina clásica de la *collatio* se desenvuelve en relación con la *bonorum possessio*, a pesar de que no reconoce origen pretorio a la *collatio dotis* (*Collatio dotis*, «B. I. D. R.», 1948, pág. 258).

colacionar en favor de sus coherederos, emancipados o no, las dotes y donaciones *ante nuptias*.

Desde que JUSTINIANO empieza a ordenar la colación de las donaciones *ad emendan militiam* hasta el sistema extensivo de colación reflejado en la *Novela 18* (8) se ha dado un paso fundamental, pero a la par será el germen de un confusionismo posterior. En dicha novela parece vislumbrarse el origen de dos tipos bien distintos de donación a efectos de colacionabilidad: las llamadas colaciones *simplices* y *ob causam*. ¿En qué consisten ambos supuestos? ¿Cómo funcionan en orden a la colación? ¿En qué grupo se encuadra la donación remuneratoria? Ha sido preciso llegar a la redacción del artículo 1.035 del Código civil para, en principio, hallar una posible solución a estos interrogantes. Como afirma VALLET, el camino seguido en el campo de la colación por la historia del Derecho se reduce a un tránsito de la distinción de las donaciones según su causa a la aceptación sin distingo alguno de que toda donación, si el causante no dispuso otra cosa, no es sino un anticipo de la cuota hereditaria del donatario (9).

A partir de BARTOLO (10) empieza a elaborarse de forma científica la categoría de las donaciones *ob causam*, que en nuestro ordenamiento histórico se refleja positivamente en la Ley 29 de Toro. En ella se dice: «cuando algún hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos e sus herederos a traher en collación e partición la dote e donación *propter nuptias* e las otras donaciones que obieren recebido de aquél, cuyos bienes vienen a heredar...» La mayor parte de los comentaristas entendieron que al hablar la Ley 29 de Toro de «las otras donaciones» se refería a las restantes donaciones *ob causam*—desde JUSTINIANO se consideró

(8) Para un estudio reciente de los problemas de la colación en el Derecho romano clásico, postelásico y justiniano, vid DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs 13-31. Merece tenerse en consideración por la aportación exhaustiva de bibliografía moderna, así como por la claridad y erudición con que resuelve los problemas relativos a la *collatio*.

(9) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, cit., pág. 322.

(10) BARTOLO habla de donaciones *ob causam*, v. gr., la dote, la donación *propter nuptias*, el *datum causa militiae*, y de donaciones simples, v. gr., la que recibe el hijo emancipado en el acto de emancipación. Unas y otras, por ser donaciones, han de hacerse *ex liberalitate*, pero sólo las primeras se llevan a efecto *ob aliquam causam*. Para un estudio de la postura de BARTOLO sobre la colación, vid. VISMARA, *Enciclopedia del Diritto*, VII, págs 324-328.

como prototipo de las mismas la donación *propter nuptias*—, únicas colacionables a partir de la Compilación bizantina, según opinión unánime, cuya sola excepción la representa el Profesor de la Universidad de Salamanca, FERNÁNDEZ DE RETES, que admitió la colación de las donaciones simples (11).

No resultaba fácil a los comentaristas fijar el concepto de donación *ob causam*: mientras unos opinaban que eran las que el padre venía obligado jurídicamente a realizar (12), otros pensaron que tales donaciones eran las motivadas por una necesidad, utilidad y piedad hacia el hijo (13). Según uno u otro concepto, el ámbito de las mismas fue variando de extensión. Por otra parte la distinta concepción implicaría una serie de problemas en orden a determinar la colacionabilidad de los diversos supuestos (14).

La doctrina que precede a la *Codificación* sigue manteniendo la colación de las donaciones causales, negándola para las simples, salvo disposición en contrario por parte del padre o ascendiente (15).

El proyecto de 1851 prescindió de la clásica distinción entre donaciones simples y causales a efectos colacionales, ordenando en su artículo 879 que «los herederos forzosos están obligados a traer entre sí a colación y partición de la herencia los bienes que recibieron del difunto, cuando vivía, o de otros por mera contemplación al mismo». Pero incidió en una lamentable omisión, ya que al hablar de «bienes que recibieron del difunto» podría pensarse en los recibidos «a título oneroso», inconcebible—claro está—en el régimen colacional.

(11) J. FERNÁNDEZ DE RETES, *De donationibus academica relectio*, Salmanticae, 1666, cap. X, núm. 10, pág. 599; la misma obra se recoge por G. MEERMANN en *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*, tomo VI, Hegal-Comitum, 1753, parte final referida a las donaciones. En la pág. 599, cit., afirma: «filius enim donatarius, qui vult cum fratribus patri succedere, sive ex testamento, sive abintestato, nihil sibi precipuum retinet; sed donata confert, sive ob causam donatio sit, sive simplex et pura».

(12) Así RODRÍGUEZ SUÁREZ, *Declaratio legis regni, & 5 quaero*, núm. 10, página 546.

(13) LUIS DE MOLINA, *De Justitia*, t. II, disp. 238, cols. 1478 D y 1479 A.

(14) Para una exposición detallada de los diversos problemas surgidos en el Derecho intermedio para fijar el ámbito de las donaciones *ob causam*, así como la colación de los diversos supuestos, vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes*, cit., págs. 335 y sigs., y especialmente págs. 389 y sigs.

(15) Cfr., una vez más, VALLET, *Apuntes*, cit., págs. 423 y 424, cfr. notas 544 y 550.

La clasificación de las donaciones en simples y causales, según que se pretenda favorecer sin más al donatario o anticiparle una porción hereditaria, implicó la ineludible dificultad de encajar en uno u otro molde las distintas liberalidades, y, en consecuencia, admitir un sistema distinto de colación, tendente a excluir las donaciones simples, aunque siempre con excepciones.

Históricamente se planteó el problema de la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias. Desde Roma a nuestros días la cuestión ha sido duramente controvertida y en la actualidad sigue sin resolver. En el apartado IV estudiaremos el problema con cierto detenimiento. Basta por ahora advertir que mientras el Código civil, en su artículo 1.035, borró para siempre la vieja distinción entre donaciones simples y causales—hoy se colacionan ambos supuestos a tenor de la dicción general de dicho precepto que exige al heredero forzoso traer a la mesa hereditaria «los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, *donación u otro título lucrativo...*», guarda silencio por lo que se refiere a las donaciones remuneratorias—a menos que las incluyamos en las donaciones *ob causam*, lo que nos parece muy dudoso—, provocando en la doctrina una serie de opiniones, que tendremos oportunidad de exponer.

La discusión tradicional no logró resolver el problema, y sus consecuencias se ponen de relieve en lo mejor de la doctrina moderna. Así, mientras CÍCV no admite que en el ámbito del Derecho constituido toda donación remuneratoria sea colacionable (16), FORCHIELLI, por el contrario, basándose en que la donación remuneratoria es una auténtica liberalidad, afirma «no existir la menor duda de que, *de iure condito*, la donación remuneratoria se colaciona totalmente, al igual que una donación cualquiera» (17).

El problema de la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias, pese a haberse formulado desde antiguo, mereció escasa atención para la mayoría de los autores, se aducieran razones en pro o en contra periféricas y, como tal, poco convincentes, a menudo se olvidaron los presupuestos básicos, únicos capaces de lle-

(16) CÍCV, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, págs. 117-118; la misma opinión puede verse en su *Derecho de sucesiones. Parte general*, trad. esp., Real Colegio Mayor de España en Bolonia. Barcelona, 1964, págs. 958-959.

(17) FORCHIELLI, *La collazione* (Padova, 1958), pág. 193.

varnos a una solución adecuada, englobándose en el azaroso devenir histórico de la colación en general, adoleciendo de sus mismos defectos y ausencia de claridad que caracterizó la figura jurídica. Enjuiciado así el problema—mezcla de confusión y controversia—, es preciso intentar resolverlo, pero ello sólo es posible fijando aquellos presupuestos fundamentales que sirven de apoyo a la colación de tales donaciones. Se reducen a los cuatro siguientes:

a) La gran amplitud del principio recogido en el artículo 1.035 del Código civil. Dicho artículo ordena colacionar todo lo que por dote, donación u otro título lucrativo hubiere recibido el heredero forzoso del causante de la herencia, en vida de éste, cuando concurra a la sucesión con otros herederos forzosos.

Diversas sentencias del Tribunal Supremo (28 noviembre 1899 y 31 marzo 1936) ponen de relieve la amplitud de la fórmula empleada por este precepto legal. ROCA SASTRE nos dice que en dicho artículo se comprende todo acto de liberalidad o de atribución gratuita de una ventaja económica (18). DE LOS MOZOS estima que la enumeración del artículo 1.035 «aparece omnicompreensiva de toda liberalidad» (19). De esta obligación general impuesta al heredero forzoso de colacionar todo lo recibido por *donación*, sin especificar los distintos supuestos, podría deducirse *a priori* que las donaciones remuneratorias han de llevarse a la masa hereditaria.

b) Sin embargo, ello sólo es posible si las mismas tienen carácter de verdaderas donaciones. He aquí el aspecto más importante del problema. De ahí que sea totalmente cierta la afirmación de VALLET, cuando dice que la naturaleza atribuida a esas donaciones dogmáticamente es decisiva para los autores a efectos de precisar su colacionabilidad (20). De no ser donaciones, sólo cabría la posibilidad de indagar si son verdaderas liberalidades para poderlas incluir en la fórmula legal «otro título lucrativo» que emplea el artículo 1.035 del Código civil.

Según prescripción del artículo 1.035 del Código civil, han de colacionarse todas las donaciones, salvo dispensa del causante

(18) ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp* (trad. esp por Pérez González y Alguer), V-2.º, Barcelona, 1951, pág. 57.

(19) DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pág. 223.

(20) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes*, cit., pág. 484.

(artículo 1.036), así como cualquier tipo de atribución patrimonial a título gratuito, con las escasas excepciones que el propio Código civil establece a partir del artículo 1.137 y ss. Ningún precepto legal estatuye la no colación de las donaciones remuneratorias, en contraste con el principio general de indole extensiva que recoge el primero de los artículos dedicado a la colación, donde se habla de traer a la masa hereditaria los bienes recibidos del causante, en vida del mismo, por «donación u otro título lucrativo», sin más.

La cuestión se reduce, pues, a examinar si las donaciones remuneratorias son verdaderas donaciones, actos a título gratuito, o suponen más bien un contrato oneroso. Si lo primero—opinión dominante, como veremos—, el problema queda resuelto de entrada por aplicación del artículo 1.035 del Código civil: la donación remuneratoria será colacionable. Si lo segundo, la cuestión queda zanjada inexorablemente y la no colación se impone sin más, al ser los actos a título oneroso totalmente extraños a su regulación (sentencias 1 junio 1900 y 31 marzo 1936).

Trataremos más adelante el problema de la naturaleza jurídica de la donación remuneratoria. De momento nos basta con formular este presupuesto esencial para determinar el régimen colacional de esta clase de donación (21).

c) El tercer presupuesto deriva de la propia finalidad jurídica que cumple la figura de la colación, o bien del fundamento en que se apoya.

Si la colación para muchos autores es un procedimiento encaminado a salvaguardar las legítimas (22), no existe razón alguna para negar su aplicación a las donaciones remuneratorias: el do-

(21) Ya SAVIGNY, en su *Sistema de Derecho romano actual* (trad. esp. por J. Mesia y M. Poley), v. III, pág. 63, decía que respecto a la donación remuneratoria existen dos opiniones diametralmente opuestas: unos pretenden que se trata de una donación pura y simple, mientras otros opinan que se trata de un acto oneroso.

(22) Según CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de Sucesiones*, t. VI, vol. I (Madrid, 1960), pág. 302, se trata de una opinión común a la generalidad de los autores. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español. Sucesiones*, vol. V (Madrid, 1964), pág. 139, pone de manifiesto que el fundamento de la obligación de colacionar está en relación con el sistema de legítimas. es decir, de la atribución de cierta parte de la herencia a los herederos forzosos.

nante-causante pudo haber remunerado a un legitimario por determinados servicios y al hacerlo vulnerar la cuota legitimaria de cualquiera de sus herederos. Lógico, por tanto, que se ordene su conferimiento.

Si con la colación lo que se pretende es igualar la situación de los herederos forzosos ante el patrimonio del causante, como defienden CHIRONI (23), DEgni (24), BARASSI (25), PLANIOL y RIPERT (26), WAHL (27), DE BUEN (28), MARIN MONROY (29), entre otros, la donación remuneratoria puede haber provocado desigualdad y para compensarla es obvia su colación, es decir, recibir de menos *mortis causa* lo que ya incrementó su patrimonio *inter vivos*, como consecuencia de la liberalidad remuneradora realizada por el *de cuius*.

Si, en opinión de ANDREOLI (30), FORCHIELLI (31), VALLET (32), CASTÁN (33) y LACRUZ (34), el ascendiente dona al descendiente con la presunta intención de anticiparle de ese modo toda o parte

(23) CHIRONI, *Della collazione secondo la legge romana ed il cod. civ. ital.*, I (Cagliari, 1881), págs. 427 y 486.

(24) DEgni, voz *Imputazione e collazione*, en «Nuovo Digesto italiano», VI, Torino, 1938, pág. 900. De plano rechaza este autor la tesis que basa la colación en la voluntad presunta del causante.

(25) BARASSI, *Le successioni per causa di morte* (Milano, 1947), pág. 183.

(26) PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. IV. *Succesiones* (avec le concours de MAURY y VIALETTE), Paris, 1956, págs. 795 y 797.

(27) Cfr. WAHL, *Successioni*, en el «Trattato dir. civ. francese, dirigido por Bandry-Lacantinerie (trad. it. por Bonfante, Pacchioni y Sraffa), III, página 205.

(28) DE BUEN, *Anotaciones a Colin y Capitant*, VIII (Madrid, 1928), pág. 424.

(29) MARIN MONROY, op. cit., en «A. A. M. N.», IV, pág. 188. Su defensa del criterio de igualdad es tajante, dogmática: «En Roma, en las Partidas, en los Fueros, hoy, y en las leyes de Toro y siempre, la colación está fundada en el deseo legal de igualdad y está limitada en cada época por el ámbito de desigualar de que goza la voluntad del causante, y viéndose así, como es realmente, entonces, desde el Derecho pretorio al moderno, la realidad es que la colación surgió de un imperativo de igualdad, corrigiendo desigualdades opuestas a la equidad, y que tal motivo ha seguido siendo el fundamental de la institución y el ámbito se ha ido ampliando económica y jurídicamente hasta el moderno Derecho, en que todo el patrimonio está sujeto a la igualdad, salvo lo que el padre haya excluido con sus legados y mejoras y dispensas expresas.»

(30) ANDREOLI, *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1942, págs. 173 y sigs.

(31) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 43 y sigs.

(32) VALLET, *Apuntes*, cit., págs. 564-565.

(33) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. Sucesiones*, VI, cit., página 303.

(34) LACRUZ, *Notas a Binder*, cit., pág. 258; ídem *Derecho de Sucesiones. Parte general*, cit., pág. 560.

de la herencia, entonces se comprende por qué se ordena colacionar la donación: ésta implicó una dación previa de la cuota hereditaria que al donatario-sucesor le correspondía. La específica finalidad remuneratoria no impide que el donante, en principio, anticipe al legitimario, acreedor por sus méritos o servicios, una parte de los bienes que le corresponden *iure hereditario*. Los mismos aumentarán la masa a dividir, ya que en el terreno de los principios lo relevante a efectos colacionales es la donación en sí, no el móvil que impulsó a realizarla. Por otra parte, como observa FORCHIELLI, la idea de que la donación al descendiente supone un anticipo de la herencia ofrece la ventaja de que justifica cualquier supuesto de colación (35). También, por tanto, la remuneratoria, diríamos nosotros, y así, en efecto, viene a admitir dicho autor (36).

Si, opinando con CICU (37), PUGLIATTI (38) o SANTORO-PASSARELLI (39), basamos la colación en «el interés superior familiar», éste exige indudablemente que vuelvan a la herencia unos bienes que beneficiaron a un miembro de la familia, y cuya no colación podría lesionar intereses que están por encima de los particulares del donatario.

Si, como ha sostenido recientemente DE LOS MOZOS (40), el fundamento de la colación se halla en la norma dispositiva que la establece, el artículo 1.035 del Código civil ordena traer a la masa hereditaria los bienes o valores que el heredero forzoso hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por *donación*. Por tanto, deberá colacionarse la remuneratoria, salvo dispensa del *de cuius* (art. 1.036), teniendo en cuenta, además, que las restantes normas del Código civil sobre colación no excluyen su conferimiento. En términos generales, el precepto del artículo 1.047 establece que el *donatario* tomará de menos en la masa heredita-

(35) Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 45, y especialmente pág. 46.

(36) Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 158 y sigs.

(37) CICU, *La divisione ereditaria*, cit., págs. 114 y sigs., ídem *Derecho de Sucesiones*, trad. esp., cit., págs. 946 y sigs.

(38) PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, en «Ann. Messina», 1930-1931, pág. 392.

(39) SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, en «Riv. Dir. Civile», 1942, págs. 196 y sigs.

(40) DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs. 165-168.

ria tanto como ya hubiese *recibido*... No se distinguen clases de donatarios, ni la forma o razón cómo o por la que se recibió.

Tanto si consideramos que el causante siempre deseó la igualdad de sus herederos ante su patrimonio *post mortem*, como si estimamos el *donatum* parte anticipada del *relictum*, nada se opone a que la donación remuneratoria se colacione: supone aquélla, en último término, una entrega adelantada, cuya falta de inclusión en el acervo hereditario, provocaría desigualdad. Siempre tiene el *de cuius* posibilidad de manifestar su deseo expreso en contrario, apoyándose en la dispensa colacional, que en nuestro Derecho se recoge expresamente en el artículo 1.036 del Código civil.

De la función general que cumple la colación, sea cualquiera la postura que se adopte, no existe, objetivamente, obstáculo de ningún tipo para que la misma sea aplicable a la donación remuneratoria. Pero el problema se complica si ponemos en función el móvil remunerador con la finalidad que una parte de la doctrina asigna a la colación. Entonces no aparece tan evidente la posible obligación que el heredero tiene de llevar la donación remuneratoria a la masa herencial. De ello nos ocuparemos en el número próximo.

d) Por último, la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias se encuentra limitada por dos circunstancias: una, indefectible; la otra puede existir o no, según la voluntad del causante.

La primera se refiere a que únicamente son colacionables, en todo caso, aquellas donaciones remuneratorias hechas a herederos forzosos. Fue célebre a principios de siglo la polémica sostenida por MANRESA (41) y MORELL (42) a este respecto. MANRESA sostenía que únicamente eran colacionables las donaciones que define el artículo 1.035 del Código civil, o sea, las hechas a herederos forzosos cuando concurren a la sucesión con otros que también lo

(41) MANRESA, R. G. L. J., t. 99, págs. 331-332. Este autor encomendó a MORELL la exégesis de los artículos 806 a 1087 del código civil para sus *Comentarios al Código civil español*, sosteniendo en torno a las personas obligadas a colacionar un punto de vista distinto de aquel que expusimos en el texto. MANRESA salió en defensa de su propia tesis, y la expone en sus *Comentarios*, rechazando la de MORELL, quien nunca se convenció de la postura del gran comentarista, atacado en posteriores réplicas aparecidas en la misma *Revista*.

(42) MORELL, *Donaciones colacionables*, cit. en «R. G. L. J.», tomos 98, 99 y 100 (1901 y 1902). Cfr. especialmente t. 99, págs. 320-330.

sean. Son dos, por tanto, los requisitos que señala este autor para que sea posible colacionar las donaciones: que éstas se hagan a los herederos forzosos por el causante de la herencia en vida del mismo, y que tales herederos concurren a la sucesión del donante con otros que también posean idéntica cualidad. Sólo las donaciones que reúnan estos requisitos son colacionables—observa MANRESA—, debiendo agregarse a la masa hereditaria para fijar o regular las legítimas e imputarlas en su pago, con las excepciones que se establecen en el artículo 1.036 y ss., referidas todas a los mismos herederos forzosos. Los argumentos fundamentales en que apoya su tesis MANRESA se basan en los artículos 636 y 654 del Código civil, así como en el sentido literal del artículo 1.035 del propio Código civil (43).

MORELL (44), por el contrario, rechaza la tesis de MANRESA (45), y afirma que son colacionables todas las donaciones hechas en vida del causante de la herencia, tanto las que se hicieron a herederos forzosos como a extraños. Compaginando este autor los artículos 818 y 819 del Código civil, y teniendo en cuenta la finalidad del artículo 1.035 del mismo cuerpo legal, observa cómo las donaciones hechas a herederos forzosos se dan a cuenta de la legítima, como anticipo de la misma; las que se hacen a extraños se dan a cuenta de la disposición libre, o como anticipo de ésta. Unas y otras se entregan anticipadamente y, por tanto, al llegar el día de la muerte del causante—época de liquidación—se pasan en cuenta, como ya entregados, o como dado ya su importe a los respectivos partícipes de la parte libre y de la legítima (46). Co-

(43) Vid. MANRESA, op. cit., págs. 331 y sigs. La misma tesis pasó a sus *Comentarios al Código civil*, cit., cuya sexta edición revisó en nuestros días BONET. Cfr. págs. 545 y sigs. de los mismos.

(44) MORELL, op. cit., en «R. G. L. J.», tomos 98, 99 y 100. Mientras MANRESA apunta que el problema de ver qué donaciones son colacionables, solamente puede resolverse teniendo en cuenta nuestro Código civil, que en su art. 1.035 determina que son las que en vida del causante se hicieron a herederos forzosos, MORELL (*R. G. L. J.*, t. 100, pág. 133), en réplica a la tesis de nuestro comentarista, apoya su teoría en la opinión de los códigos extranjeros—como el de Chile, Colombia, Méjico y Guatemala—, en la obra de Cesare Losana, relacionada con el Código italiano de 1865, la de Troplong respecto a Francia y Bélgica, así como en la doctrina alemana y portuguesa en torno a sus códigos, para así estimar colacionables tanto las donaciones hechas a extraños como a herederos forzosos.

(45) *Op. cit.*, págs. 331 y sigs.

(46) MORELL, op. cit., en «R. G. L. J.», t. 99, 1901, págs. 323-324.

lación, para MORELL, es tanto la figura recogida en el artículo 818 del Código civil (reunión ficticia), como la regulada a partir del artículo 1.035 y siguientes del Código civil, colación especial (47). Sigue diciéndonos el autor que «sagrado es el derecho de los herederos forzosos a la legítima, porque se la asigna la Ley, pero aún es más sagrado el derecho a la parte libre de las personas a quienes el testador la asigna, pues se funda también en la Ley; pero además en la facultad que tiene el dueño de una cosa para disponer de lo suyo como guste» (48).

Posteriormente, la tesis de MORELL fue también mantenida por ARENAS, quien se pregunta: «¿La colación se da sólo en beneficio de los herederos forzosos, o puede tener también lugar para beneficiar a quien no tenga tal carácter?» Contesta afirmando categóricamente que no existe la menor duda de la posibilidad de esto último (49).

Sin embargo, la dicción del artículo 1.035 del Código civil es clara: sólo están obligados a colacionar los *herederos forzosos*, y no todos (50), situación que corrobora el artículo 273 de la Compilación de Cataluña, en un sentido más estricto, al limitar la obligación de colacionar a un grupo de herederos forzosos: los descendientes. El Tribunal Supremo lo ha manifestado así en varios fallos (sentencias 28 de noviembre 1899 y 1 junio 1900). La colación, asentimos con MANRESA, se impone a toda persona considerada por la Ley como heredero forzoso, cuando concurre con otra u otras que también lo sea a una sucesión testada o intestada (51). El heredero forzoso ha de ser, pues, coheredero.

(47) Op. cit., págs. 322 y sigs.

(48) Op. cit., págs. 324 y sigs.

(49) ARENAS, *La colación en el Código civil*, «R. D. P.», 1915, págs. 73 y sigs. Cfr. pág. 77.

(50) Siguiendo a LACRUZ (*Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 573), podemos afirmar que entre los herederos forzosos cuenta el artículo 807 al cónyuge viudo, quien, sin embargo, no está obligado a colacionar, por no ser posibles las donaciones entre cónyuge, salvo regalos usuales, excusados de colación por el artículo 1.041, y por recibirse las donaciones anteriores al matrimonio en tiempo en que el donatario no es aún heredero forzoso del causante; ya, fundamentalmente, porque el cónyuge viudo en cuanto legitimario no es heredero.

Por esta misma razón no están obligados a colacionar los hijos naturales cuando concurren con hijos legítimos. De los adoptivos, el adoptado con adopción plena sigue la condición de hijo natural: los demás no son en ningún caso herederos forzosos.

(51) MANRESA, *Comentarios al Código civil* (6.ª ed. revisada por BONET), cit., pág. 545

Como consecuencia, el ámbito de la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias se restringe a las que fueron hechas a herederos forzosos. Por heredero forzoso no ha de entenderse el *sucesor universal*, sino el *legitimario* (52).

La segunda circunstancia, que sirve de límite a la agregación de las donaciones remuneratorias en el caudal relicto, es, por su esencia, variable, ya que depende de la voluntad del causante: se refiere a la dispensa de la colación, que recoge el artículo 1.036 del Código civil. No concierne a la sustancia del tema hacer un estudio de la dispensa colacional (53). Se trata de un derecho *post mortem*, en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia (sentencia 15 junio 1929). Negocio esencialmente *mortis causa*, como dice FORCHIELLI, destinado, en consecuencia, a producir sus efectos para después de la muerte del *de cuius*, por lo que su eficacia recae directamente sobre la correspondiente relación sucesoria-patrimonial de los coherederos descendientes (54).

En orden a la donación remuneratoria, la dispensa colacional puede ser, normalmente, el límite más importante a su posible conferimiento. La índole de los servicios prestados, los méritos relevantes del donatario suponen en múltiples ocasiones móviles poderosos que impulsan al causante a dispensar una obligación, que en cierto modo desvirtúa el propio carácter remunerador que califica el tipo de liberalidad. La dispensa de colacionar las donaciones remuneratorias se concibe, lógicamente y en un orden práctico, como la forma normal de satisfacer duraderamente los fines que aquéllas cumplen, la prolongación de un agradecimiento. La donación remuneratoria, por su propia finalidad, es tal vez el

(52) LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, cit., pág. 573, señala una serie de herederos forzosos—vid *supra* núm. 50—, que teniendo este carácter conforme al artículo 807 del Código civil, no están obligados a colacionar. En el mismo sentido, DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs. 208 y sigs. Uno y otro autor afirman que el artículo 1.035 del Código civil, al hablar de heredero forzoso, se refiere al *legitimario*, es decir, al heredero con derecho a legítima, que concurra a la sucesión con otros que reúnan la misma cualidad (LACRUZ, op. cit., págs. 572-573; DE LOS MOZOS, op. cit., págs. 207 y sigs.).

(53) Para un análisis de la materia en nuestro Derecho, cfr., fundamentalmente, VALLET, *Apuntes*, cit., págs. 573-575; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, cit., págs. 570-572; ALBALADEJO, *Notas a la traducción del Derecho de sucesiones de A. Cicu*, cit., págs. 948-953; BONET, *Compendio de Derecho civil*, V (Madrid, 1965), págs. 857-859; DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs. 267-279.

(54) Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 247.

supuesto más frecuente que actúa sobre el ánimo del causante para moverlo a eliminar la obligación colacional.

Ambos límites—que la donación se haya hecho a determinados herederos forzosos y la dispensa de conferir—reducen en gran manera el ámbito colacional de las donaciones remuneratorias, pero no lo suprimen, al menos funcional y objetivamente.

Ni los factores históricos, ni los presupuestos en que hemos basado la posible colación de las donaciones remuneratorias, se oponen a su agregación a la masa hereditaria, al menos desde un aspecto general y de principio. En muchas ocasiones pueden existir fuertes limitaciones a la misma—y de hecho existen, como vimos—, pero ellas no son obstáculo a su conferimiento como regla normal. Es necesario, sin embargo, adentrarnos más a fondo en el problema que nos ocupa, basado esencialmente en los mismos presupuestos examinados. Hasta aquí nos hemos limitado a ofrecer perspectivas, a presentar la cuestión en su verdadero alcance, decantada; pero no hemos penetrado en el fondo de la misma, que irá alcanzándose a medida que examinemos algunos puntos fundamentales.

2. Es interesante plantearse la posibilidad de colacionar las donaciones remuneratorias, partiendo de la propia finalidad que las mismas cumplen y en conexión con el fundamento de la propia colación. Ligeramente hemos aludido al problema. Merece la pena considerar, a este respecto, la postura de Ciru (55). Este autor, refiriéndose al ordenamiento positivo italiano, cree sujeta a colación la donación remuneratoria, y ello porque tanto el artículo 1.051 del Código derogado, como el artículo 770 del Código vigente, la consideran donación. Hace a continuación unas salvedades según los distintos supuestos de remuneración, inclinándose—conforme a la opinión general—por la colación de la donación remuneratoria de servicios retribuidos según medida normal o por el uso, en la parte que exceda el importe de los mismos, pronunciándose, en cambio, por la no colación de las donaciones remuneratorias de servicios que se prestan y aceptan gratuitamente. La razón que alega para excluir este último supuesto se basa en

(55) CIRU, *La divisione ereditaria*, cit., págs. 117-118; *Derecho de sucesiones. Parte general*, trad. esp., cit., págs. 958-959.

la función que cumple la colación: restablecer entre hermanos una igualdad que viene alterada por la donación a consecuencia del empobrecimiento que sufre el patrimonio del donante. Ahora bien, por lo menos, en el caso de servicios económicamente valorables, el patrimonio del donante no puede decirse empobrecido a consecuencia de la donación, porque la gratuidad del servicio recibido ha evitado un empobrecimiento, y, viceversa, la gratuidad del servicio ha representado, para el hijo, un lucro cesante, que la donación viene a suplir. La misma solución aplica para la donación hecha por reconocimiento, si ésta es debida a servicios prestados. Estima, en cambio, colacionable la donación por méritos del donatario (56).

Tras exponer estas ideas, el antiguo profesor de Bolonia se pregunta, sin embargo, si la doctrina que considera, en general, sujetas a colación las donaciones remuneratorias no debe revisarse (57).

Prescindiendo de otros argumentos que no vienen al caso de momento (58), estimamos fundamental someter a examen la siguiente consideración, que hace Cicu, tendente a excluir la colación de estas donaciones: «Parece extraño realmente—nos dice—que, operando preferentemente sobre el concepto de voluntad presunta de igualdad del padre, no se haya planteado el problema de si la voluntad de remunerar no está en oposición con aquel concepto. Incluso en la remuneración por méritos del donatario, la colación viene a privar al donatario del premio del cual lo consideró merecedor el donante; tampoco se puede suponer que el premio, en su intención, estuviese limitado al goce del bien en vida» (59). Es evidente que las palabras de este autor encierran

(56) Cicu, *La divisione ereditaria*, cit., pág. 117. *Derecho de sucesiones*, cit., págs. 958-959.

(57) Cicu, *La divisione*, cit., pág. 117; *Derecho de sucesiones*, cit., pág. 959.

(58) En la pág. 118 de la obra de Cicu, tantas veces citada (*La divisione ereditaria*), nos dice: «En nuestra teoría se puede observar que sería lógico ver en la Ley una prescripción de colación de las donaciones remuneratorias, en cuanto se consideran donaciones; pero puesto que no se hallan sometidos por entero a las reglas de la donación, quedando excluidas de ella la revocabilidad por ingratitud o sobreveniencia de hijos y la obligación de alimentos hacia el donante, hay que examinar si de esta particular disciplina no puede inferirse también la exención de la obligación de colacionar» (cfr. idéntica opinión en el *Derecho de sucesiones. Parte general*, trad. esp., pág. 959).

(59) *La divisione*, cit., págs. 117-118. *Derecho de sucesiones*, trad. esp., cit., pág. 959.

una verdad manifiesta, que nosotros hemos apuntado más arriba: el choque del móvil remunerador con la función que cumple la colación.

Si, efectivamente, la colación pretende borrar situaciones de desigualdad entre los herederos, presumiendo lógicamente que lo donado en vida del causante implicaba una disposición anticipada de una parte del caudal relicto, toda donación, en sí, pierde su función esencial, que es precisamente la de enriquecer al donatario, ya que no se trata de modificar su patrimonio incrementándolo, sino de otorgar anticipadamente una cantidad que, al margen de todo acto *inter vivos*, le corresponde *iure successionis*. Se trata de donar, para, *post mortem*, descontar lo donado; una donación que no enriquece al donatario, porque éste ya tenía derecho a esos bienes a la muerte del donante y que, por anticipárselos, no los recibirá después. Se adelanta cronológicamente una liberalidad que forzosamente le correspondía cuando el patrimonio del donante se transforme en herencia. Una sola liberalidad jugando en momentos diversos y bajo etiqueta distinta, unas veces de acto *inter vivos*, otras *mortis causa*.

Esta situación se agudiza en relación con la donación remuneratoria, en la que el causante se inclinó a recompensar en vida unos servicios o unos méritos sin hallarse obligado a ello jurídicamente, como dice ROCA SASTRE (60), por puro espíritu, muchas veces, de altruismo y amistad difícilmente valorables en dinero (61). Llevar la estimación de los mismos a la masa hereditaria supone desvirtuar la propia esencia remuneradora, incurrir en una ficción, en un engaño, ya que el reconocimiento integrante del propio deber moral de gratitud, como exponente de la donación remuneratoria (62), es totalmente ficticio, desde el momento en que se da con una mano al valorar unas prestaciones gratuitas del donatario, y con la obligación de colacionar se quita posteriormente lo que ya se dio. Si el *de cuius* no dispensa la colación de las donaciones

(60) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, en «Estudios de Derecho Privado», I (Madrid, 1948), págs. 521 y sigs.

(61) En este sentido, FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 193.

(62) El deber de gratitud que impulsa al donante a recompensar los servicios prestados por el donatario se considera desde los pandectistas alemanes característica inherente a la donación remuneratoria. Vid., a este respecto, D'ANGELO, *La donazione rimuneratoria* (Milano, 1942), pág. 62.

remuneratorias hechas cuando vivía, es evidente que la finalidad intrínseca de las mismas, basada en la gratuidad o el reconocimiento, es puramente ilusoria y, como tal, haría desaparecer el propio concepto de donación remuneratoria. ☺

De ahí que tenga razón CÍCU al afirmar que el propio fundamento de la colación parece chocar—yo diría destruir—la misma esencia jurídica de la donación remuneratoria (63). Al final veremos si las razones objetivas que fundamentan la colación no abogan, sin embargo, por su colación al menos en el ámbito del Derecho constituido. De momento, la idea del gran maestro italiano nos hace pensar en un serio obstáculo a la colación de las donaciones remuneratorias. Gratitud, reconocimiento, móvil remunerador, son otros tantos mitos que, a su vez, convierten la donación remuneratoria hecha a los descendientes en pura entelequia, si tal liberalidad está llamada a integrar—salvo dispensa del causante—los bienes herenciales. En este sentido, podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que admitir la colación de las donaciones remuneratorias equivale a situar el ámbito de las mismas fuera del círculo de herederos forzosos, sacarla del grupo familiar más íntimo, que lógicamente serán los mejores y más frecuentes realizadores de servicios o acreedores de recompensa por sus méritos.

II

LA DONACION REMUNERATORIA

1. Hemos expuesto anteriormente cómo en gran medida el problema de ver si es posible colacionar las donaciones remuneratorias depende de si las mismas son auténticas donaciones. No es fácil determinar el concepto y naturaleza jurídica de esta especie de liberalidad. Tampoco es nuestra intención hacer un examen integral del problema, por lo demás muy tratado (64), sino única-

(63) CÍCU, op. cit., págs. 118 y 959, respectivamente.

(64) Vid., entre otros, TIMBAL, *Des donations rémunératoires* (tesis doctoral), Toulouse, 1925; ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, en «Estudios de Derecho Privado», cit., págs. 521 y sigs.; LÓPEZ PALOP, *La donación remuneratoria*, «AAMN», t. III, 1946, págs. 9 y sigs.; AMORÓS GONZÁLEZ, *La donación remunera-*

mente analizar aquellos aspectos que puedan ayudarnos a una mejor valoración del tema que nos ocupa.

¿Es la donación remuneratoria una verdadera donación? En caso afirmativo, ¿qué peculiaridades presenta y qué relevancia tiene a efectos colacionales?

En el Derecho romano vemos el germen de la moderna donación remuneratoria. Existen una serie de pasajes en los que aparece el término *munus*, contraponiéndose a *donum*. Según ULPIANO (D. 50, 16, 194; 43 *ad edictum*), la diferencia que media entre *donum* y *munus* es la misma que existe entre género y especie. *Munus*, dice el famoso jurisconsulto, es *donum cum causa*. Algún pasaje pone de relieve que *munus* es lo que se da por Ley o *imperium* (*munus publicum*), o por costumbre (*munus privatum*), mientras *donum* es lo que se ofrece espontáneamente (*sponte praestantur*). En este sentido, es decisivo el pensamiento de MARCIANO, recogido en D. 50, 16, 124.

Parece evidente que si el *munus* era *inmodicum*—como el que hacía el marido a la mujer en conmemoración del natalicio, por ejemplo—constituía una evidente donación, nos dice POMONIO (D. 24, 1, 31, 8).

Realmente, el *munus* era manifestación de un *animus donandi*. Por ello, tiene razón ARCHI cuando afirma que dar un *munus* no equivale a un *negotium gerere*; se trata siempre de un *donare* en sentido amplio (65).

Diversos pasajes de las fuentes romanas nos presentan ejemplos de donaciones remuneratorias por servicios prestados. Ha suscitado fuertes controversias un texto, contenido en D. 39, 5, 27 (Pap. 29 *quaestionum*), en el que un joven romano, Aquilio Régulo, dona y permite que su antiguo profesor de Retórica, Nicóstrato, ocupe una habitación de su casa, en agradecimiento por haber vi-

toria y la con carga en nuestro Derecho, Curso de conferencias del año 1945, publicadas por el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, pág. 211; D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., págs. 3 y sigs.; ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, 2.ª edición (Milano, 1935), págs. 102 y sigs.; TORRENTE, *La donazione* (Milano, 1956), páginas. 245-275; BALBI, *La donazione* (Milano, 1964), págs. 63-69; BRONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, págs. 705-744.

(65) Cfr. ARCHI, *La donazione* (Corso di Diritto romano), Milano, 1960, página 73. La obra de este autor la consideramos fundamental para valorar el desarrollo y alcance de la donación en el ámbito del Derecho romano. El autor ha repetido algunas ideas fundamentales de su obra en la *Enciclopedia del Diritto*, XIII, 1964, «Voz Donazione» (Dir. rom.), págs. 930-954.

vido siempre con el padre de su discípulo y por haber llevado a cabo los servicios docentes con la máxima diligencia. Suscitase, a la muerte de Régulo, controversia entre los herederos de éste y Nicóstrato, referente a la validez de la donación, que al parecer no había sido hecha observando las prescripciones de la *Lex Cincia*. Llevada la controversia a PAPINIANO, éste dictamina: «*posse defendi non meram donationem esse verum officium magistri quodam mercede remuneratum Regulum, ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse...*»

A pesar de que las interpolaciones son evidentes en la respuesta de PAPINIANO, como se infiere de la escasa nitidez de la misma, incomprensible en dicho jurisconsulto, y como, además, ha puesto de relieve el *Index Interpolationum*, parece indudable que aquél califica semejante liberalidad de verdadera donación, si bien no la considera una donación normal (*non «meram» donationem esse*).

Algunos pandectistas no vieron en este supuesto una donación remuneratoria, sino el pago de los honorarios debidos a un profesor de Retórica, la compensación de sus servicios (66). Sin embargo, no puede admitirse que A. Régulo no hubiera abonado los servicios docentes de su maestro. JUVENAL nos dice que la retribución de los profesores de Retórica era de dos mil sextercios por alumno y año, y ULPIANO (D. 50, 13, 1 pr.) afirma ser judicialmente exigible dicha retribución. Por otra parte, POMPONIO manifiesta que «habitar gratuitamente en casa ajena, *donatio videtur*».

En el supuesto contemplado, el hecho de permitir al maestro que habite en la vivienda perteneciente al discípulo no supone contraprestación, sino agradecimiento por unos servicios remunerados con anterioridad, auténtico espíritu de favorecer y otorgar una liberalidad. Régulo dice: *dono et permitto*. PAPINIANO, a su vez, repite dos veces la expresión *donationem*, si bien, como dijimos, se guarda de considerarla una donación simple. Se trataría, como observa D'ANGELO, de una donación por especial remuneración que en el Derecho justiniano se clasifica dentro del tipo normal de donación (67).

(66) Cfr., entre otras, DERNBURG, *Pandette*, II, *obbligazioni*, trad. ital. página 461, núm. 18; GLUCK, *Pandette*, XX, trad. ital., pág. 184.

(67) Cfr. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., págs. 90 y sigs. Con argumentos convincentes prueba que el texto de Papiniano alude a un supuesto de verdadera donación (págs. 91 y sigs).

No menos interesante se nos presenta el supuesto de donación remuneratoria realizada para recompensar al donatario por haber salvado la vida al donante: «*si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit...*» Tal donación, nos dice PAULO en sus *Sentencias* (5, 11, 6), se halla exenta de los límites fijados al *donatum* por la *Lex Cincia: in infinitum donare non prohibetur*.

El pasaje, tal como nos lo recoge el *Digesto*, manifiesta que la donación hecha para compensar el beneficio de haber salvado la vida al donante es irrevocable por ingratitud o superveniencia de hijos: *haec donatio irrevocabilis est*.

Basándose en estos textos, ASCOLI defendió la tesis de que la donación remuneratoria se circunscribió en Roma y en el Derecho ulterior a supuestos de prestaciones de servicios patrimonialmente inestimables (68). Criticada su tesis duramente por PEROZZI (69) y VENEZIAN (70), en la actualidad puede decirse que ha hecho crisis total, tras los ataques de que ha sido objeto por MAROI (71), OPPO (72) y D'ANGELO (73). En realidad, podemos afirmar, no se trata de distinguir el carácter, estimable o inestimable, del servicio, sino de ver el juego del mismo en la relación contractual para darnos cuenta de que en la donación remuneratoria no se dan las características del contrato oneroso—cambio de dos atribuciones patrimoniales según un criterio de proporcionalidad que compense el sacrificio realizado con la ventaja recibida, realizado a través de un solo instrumento negocial—, sino las de una liberalidad—dar sin compensación—cualificada por el reconocimiento o deber de gratitud.

La discusión suscitada por los textos arriba expuestos entre los romanistas se refería, sustancialmente, al problema de calificar la naturaleza jurídica de la remuneración por el agradecimiento a

(68) ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, 2.^a ed., cit., § 9, especialmente páginas 108 y sigs. Es interesante advertir que este autor defiende tanto para el Derecho romano justinianeo como para el Ordenamiento jurídico italiano el carácter de verdaderas donaciones que revisten las remuneratorias.

(69) PEROZZI, *In torno alla donazione*, en «Arch. Giur.», 58, 1897, págs. 535 y sigs.

(70) VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, I, trad. esp., Madrid, 1928, páginas 423-424, nota 1.

(71) MAROI, *Delle donazioni* (Lezioni), Torino, 1936, pág. 75.

(72) OPPO, *Adempimento e liberalità* (Milano, 1947), pág. 145.

(73) D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., págs. 76 y sigs.

unos servicios prestados. Autores, como CUYACIO (74) y FERNÁNDEZ DE RETES (75), sostuvieron que no se trataba de una verdadera donación, sino de una *datio ob causam* y, como tal, exenta de insinuación, revocación por ingratitud y por supervivencia o superveniencia de hijos, siendo, por tanto, permitida a los cónyuges entre sí. SAVIGNY había afirmado que la concesión de la *habitatío*, refiriéndose al pasaje de PAPINIANO, no era una donación, sino el pago de un servicio anteriormente prestado (76). De igual modo opinaron, como vimos, algunos pandectistas (77), si bien fue opinión común entre otros, apoyándose en los textos que antes expusimos, considerar como auténticas donaciones aquéllas que se hacían bajo el impulso de un deber moral de gratitud (78).

La doctrina francesa, siguiendo a POTHIER, distinguió según que la donación fuera hecha para recompensar servicios estimables o inestimables pecuniariamente, considerando que las primeras eran donaciones sólo nominalmente, mientras que las segundas tampoco debían considerarse verdaderas donaciones, en principio, por carecer el acto de espontaneidad (79). Algún autor estimó, sin embargo, que estas últimas eran auténticas donaciones (80).

El problema, en orden a si son verdaderas donaciones, ha sido, por tanto, muy discutido históricamente, en relación con el Derecho romano. Creo que es posible ver en los textos de dicho ordenamiento razones suficientes para considerarlas auténticas donaciones. Existe en las mismas un denominador común: que los servicios prestados por el donatario lo fueron con anterioridad y el donante se siente movido a remunerarlos por razones de agradecimiento o generosidad: por haberle salvado la vida («*a latrunculis vel hostibus eripuit*», dice PAULO), reconocimiento de un amor

(74) CUYACIO, *Observationes*. XXVII, c. 40 (oper. III, 785).

(75) F. DE RETES, *De donationibus academica relectio*, cap. III (*de donatione remuneratoria*), págs. 564-569, en «Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici de Meerman», VI, 1753.

(76) SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, III, cit., págs 69 y sigs.

(77) Vid. *supra*, nota 66.

(78) Cfr. KELLER, *Pandekten* (Leipzig, 1861), pág. 139; REGELSBERGER, *Pandekten*, I (Leipzig, 1893), pág. 620; ARNDTS, *Le Pandette*, trad. y anot. por Serafini, vol. I, 4.^a ed. (Bolonia, 1883), pág. 298.

(79) Cfr. POTHIER, *Traité des donations*, Sect. II, art. 3. párrafo 1; *Introduction au titre XV de la costume d'Orleans*, art. 2, núm. 46; MERLIN, *Repertoire*, voz *Donation*, sect. VIII, párrafo 3; TROPLONG, *Donations*, art. 932, número 1.073; art. 960. núm. 1.397.

filial que revierte en la persona del donatario o por celo en el desempeño de una determinada función («*cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti*», afirma el propio donante, según expresión recogida por PAPINIANO). No se revela en dichos textos una conexión de prestaciones, dar para recibir, una equivalencia y reciprocidad de ventajas y sacrificios—esencia de la onerosidad, según la opinión general (81)—o el cambio de bienes o servicios, según criterio de proporcionalidad, sino una entrega sin obligación correlativa por parte del donatario, una *datio* impulsada por la generosidad o el reconocimiento, basada en unos servicios que se prestaron con anterioridad y cuya realización no se apoyó causativamente en la remuneración del donante, sino en razones distintas, obedeciendo a móviles personales del donatario. Por eso tiene razón D'ANGELO cuando afirma que la anterioridad de la prestación de servicios respecto a la donación remuneratoria se considera signo revelador de la gratuidad esencial de esta última (82).

Pero es que, además, en dichos textos aflora con bastante claridad—pese a las posibles alteraciones postclásico-bizantinas—la idea de que se trata de donaciones. El lenguaje jurídico romano fue sumamente preciso y no se concibe el empleo de las expresiones *dono*, *donatio*, etc., con superficialidad, exentas de rigor científico. Tanto en la redacción justiniana, como en la versión de las *Sentencias*, las locuciones de PAULO son evidentes: *haec donatio irrevocabilis est; in infinitum donare non prohibetur*. En el pasaje de PAPINIANO aparece la expresión varias veces repetida, concluyendo que *non videri donationem sequentis temporis irritam esse*.

No deseamos profundizar en la cuestión: simplemente fijar unas líneas que más o menos permanecen inalterables en los ordenamientos modernos. Creemos, en conclusión, que la donación remuneratoria en Roma supuso una verdadera donación, basada en un deber de gratitud por unos servicios prestados con anterioridad a

(80) ZACHARIE, *Droit civil*, cfr. párrafo 702.

(81) Afirma PINO que, desde el punto de vista estructural, el contrato a título oneroso aparece caracterizado—en la opinión dominante—por el elemento objetivo de la reciprocidad o equivalencia entre ventaja y sacrificio (*Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, Onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, pág. 80).

(82) D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., pág. 68.

la realización de la misma, que no se remuneran como contraprestación. En este sentido, opina acertadamente PEROZZI cuando dice, refiriéndose a la donación remuneratoria, «que lo que se da no se da en razón del servicio recibido, prestación y contraprestación se desenvuelven con plena autonomía» (83). El supuesto más claro se refiere a la remuneración de servicios difícilmente estimables en dinero. Sus características esenciales consistían en la irrevocabilidad y estar exentas de las prohibiciones establecidas por la *Lex Cincia* (plebiscito del año 204 a. C.).

Parece indudable que la donación remuneratoria conserva en la actualidad carácter de verdadera donación. En este sentido se pronuncia tanto el Derecho positivo como la doctrina en general. D'ANGELO defiende el carácter esencialmente gratuito de la donación remuneratoria, observando cómo la idea de onerosidad—que toma de OERTMANN—, en el sentido de prestaciones recíprocas entre sí condicionadas, no se da en esta clase de donación: los servicios se prestaron con anterioridad a la atribución remuneratoria sin acuerdo o intención al realizarlos de que fueran recompensados ulteriormente (84). Demuestra sobradamente que la donación remuneratoria es auténtica donación: la Ley, nos dice, no ha hecho de la donación remuneratoria un tipo *a se*, sino que la ha situado dentro del ámbito de las donaciones. Siguiendo a BEKKER, concluye afirmando que la especial relevancia, en cierta medida dependiente del resultado remuneratorio, origina una *subespecie de la donación* (85). También TORRENTE considera que la donación remuneratoria es verdadera donación, puesto que es un acto gratuito, cuya causa reside, en sentido objetivo, en el enriquecimiento ajeno sin compensación y, en sentido subjetivo, en el espíritu de liberalidad (86). Recientemente, BALBI ha defendido el carácter de donación que reviste la remuneratoria al afirmar, haciéndose eco de la mejor doctrina, que el donante se decide a llevar a cabo la liberalidad, siempre espontáneamente, convencido de la conveniencia de donar

(83) PEROZZI, *In torno allá donazione*, en «Arch. Giur.», V. 50, 1897, pág. 538.

(84) D'ANGELO, *La donazione rimuneratoria*, cit., págs. 61 y sigs., especialmente págs. 69 y sigs.

(85) D'ANGELO, *La donazione rimuneratoria*, cit., pág. 123. La cita de BEKKER está tomada de su *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar. 1889. pág. 198.

(86) TORRENTE, *La donazione*, cit., pág. 261.

por un motivo particular, sin que exista una obligación a su cargo y sin que la prestación se encuentre en función de una corresponsividad. El carácter remuneratorio no transforma la donación en negocio mixto, como si yuxtapusiéramos donación y negocio oneroso; aquélla permanece donación en su totalidad, disciplinada, eso sí, de una manera especial en alguno de sus aspectos, dados los motivos que la inspiran (87).

ROCA SASTRE ha defendido con argumentos de peso el carácter donacional que reviste este tipo de liberalidad. La donación remuneratoria—nos dice este autor—es donación. Así resulta positivamente, o sea, *de lege data*. Nuestro Código civil la considera como donación. Después de determinar en su artículo 618 qué es donación, en el artículo 619 dispone que «*es también donación la que se hace a una persona . . . por los servicios prestados al donante*». Además, el artículo 622 habla de «donaciones... remuneratorias» (88). Se plantea Roca el problema *de lege ferenda*, afirmando *a priori* que se trata de verdadera donación. Después de probar que no constituyen un contrato oneroso, y constatar que en la misma se dan los requisitos esenciales a toda donación (*depauperatio-locupletatio* y *animus donandi*), concluye afirmando que el legislador ha estado acertado al calificarla de donación. Razones de seguridad jurídica y de facilitación reguladora lo exigen (89).

Los Códigos más progresivos consideran donación a la remuneratoria. Sirva de ejemplo el vigente Código italiano de 1942, que en su artículo 770, párrafo primero—en parte similar al artículo 1.051 del Código civil de 1865—, nos dice que «es también donación la liberalidad hecha por reconocimiento o en consideración a los méritos del donatario o por especial remuneración».

(87) BALBI, *La donazione*, cit., pág. 63. Se basa, sobre todo, como él mismo expone en la nota 1, en la opinión de autores como D'ANGELO, OPPO, BIONDI, TORRENTE, y en algunas obras anteriores de él, como *Saggio sulla donazione*, en «*Memorie dell'Istituto Giuridico di Torino*» (Torino, 1942), págs. 93 y sigs., y *Liberalità e donazione*, en «*Riv. Dir. Comm.*», 1948, págs. 165 y sigs.

(88) Cfr. ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., en «*Estudios de Derecho Privado*», I, págs. 521 y sigs., especialmente pág. 522.

(89) Cfr. ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 522 y sigs., especialmente págs. 522-536. Afirma este autor en la pág. 536 de su trabajo que si la donación remuneratoria no se considerara donación, «sería fácil dar carácter de contrato oneroso a una donación disfrazada de remuneratoria, cosa por cierto fácil, ya que para ello bastaría inventar unos supuestos servicios entre los mismos contratantes».

Realmente, nos parece evidente afirmar la naturaleza donacional de esta especie de liberalidad. Existe una espontaneidad por parte del donante que lo inclina a dar por razones internas de gratitud y reconocimiento, sin que exista un vínculo jurídico previo entre donante y donatario. El donante, por puro espíritu de liberalidad y sin obligatoriedad de ninguna especie, realiza una atribución patrimonial (enriquecimiento) que podía no haber llevado a efecto, reduciéndose su patrimonio (empobrecimiento), con la sola intención de recompensar unas prestaciones hechas independientemente de su munificencia, y sin propósito de buscar una contraprestación (*animus donandi*). Se da la gratuidad desde el momento en que se entrega por «deber moral de gratitud», como se expresaba en el famoso texto de PAPINIANO («*quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti...*») sin obtener ventaja alguna y sin ánimo de conseguirla. El sentido de gratitud y reconocimiento que impregna la donación remuneratoria, hace resaltar, quizá más que en ninguna otra especie de donación, el propósito de beneficiar sin correlativo, el recompensar por unos servicios que en otro momento se prestaron, y cuya recompensa no actúa como contraprestación a los mismos—económica y jurídicamente—, sino como fruto espontáneo de un reconocimiento moral que aquéllos produjeron.

Concluimos afirmando con la mejor doctrina y con el sentido del Derecho positivo que la donación remuneratoria es una auténtica donación. No obstante ser ello cierto, presenta ciertos caracteres que, sin destruir su esencia donacional, le imprimen cierta especialidad. Fundamentalmente, siguiendo a la doctrina (90), son los siguientes:

a) Se funda en un deber de gratitud y reconocimiento por unos servicios anteriormente prestados o por méritos especiales del donatario. La anterioridad de los servicios es decisiva a efectos de calificar la remuneración.

b) Los servicios no han de ser remunerables por el uso, siendo indiferente que sean o no pecuniariamente estimables.

(90) Vid., entre otros, algunos autores ya citados: D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., *passim*, especialmente págs 61 y sigs.; TORRENTE, *La donazione*, cit., págs. 245 y sigs.; OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., *passim*; ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 521 y sigs.

c) No parece admisible la existencia de una obligación natural de remunerar.

d) Se afirma que la causa de la donación remuneratoria reside, como la de cualquier otra donación, en el enriquecimiento sin equivalente vitalizado por el espíritu de liberalidad, es decir, por la intención de enriquecer, y que su especialidad reside en que, junto a dicha causa objetiva, se yuxtapone un motivo remunerador que tipifica la figura. Para ROCA SASTRE, la causa de la donación remuneratoria, como la de cualquier otra donación, es la intención de enriquecer o *animus donandi*, mientras que el *fin de remunerar* es un motivo causalizado (91). PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER creen que los méritos, servicios o beneficios que se remuneran son causa y no motivo (92).

Siendo la donación remuneratoria una verdadera donación (artículo 619, C. c.), su causa consiste únicamente en la *finalidad de enriquecer sin compensación para quien realiza la atribución patrimonial*, o en «la mera liberalidad del bienhechor», como dice el artículo 1.274, inciso final; el móvil remunerador no supone motivo causalizado, ni tampoco causa, no obstante la defectuosa dicción del mencionado artículo 1.274 cuando señala que en los contratos remuneratorios la causa es el servicio o beneficio que se remunera; constituye, simplemente, la delimitación de la finalidad de enriquecimiento por razón del tipo concreto de donación que supone la remuneratoria. La finalidad de remuneración no presenta autonomía para implicar *per se* causa o motivo causalizado, sino que viene a ser la diferencia específica o tipificación del fin de enriquecer. Si adoptáramos un criterio subjetivo en orden a la causa de la donación, diríamos que el *animus donandi* y el *animus remunerandi* forman una unidad inescindible: la finalidad de enriquecimiento o de atribuir unos bienes sin compensación se realiza impregnada de un espíritu de reconocimiento y gratitud.

De este modo, conectando la finalidad de incrementar el patrimonio del donatario por puro espíritu de liberalidad—causa de

(91) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 545 y sigs. Afirma ROCA, con razón, que la donación remuneratoria no abre una situación de agradecimiento, sino que la cierra.

(92) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones a Enneccerus-Lehmann*, II-2º, Barcelona, 1950, pág. 118.

toda donación—con el fin de recompensar méritos o servicios—que no suponen causa o motivo, sino mera tipificación que caracteriza la especie concreta de donación—, diríamos que la causa de la donación remuneratoria sería, propiamente, *«la finalidad económica que se satisface al realizar una atribución patrimonial sin correlativo por reconocimiento o sentido de gratitud»*.

e) Conserva, al igual que en el Derecho romano, el requisito de la irrevocabilidad por ingratitud o superveniencia de hijos. En este sentido, nos parece decisiva la opinión de Roca (93), que vemos apoyada en la propia esencia de la donación remuneratoria. Más congruente con dicha esencia, el Código civil italiano vigente, al igual que el de 1865 en su artículo 1.087, lo declara expresamente en el artículo 805: «No pueden revocarse por causa de ingratitud o superveniencia de hijos las donaciones remuneratorias...»

Estas especialidades no impiden que, al considerar la donación remuneratoria como verdadera donación, sea en principio colacionable, conforme a la letra del artículo 1.035 del Código civil. Mediante ella, se puede anticipar una parte del caudal hereditario, quebrantando la igualdad sucesoria presumiblemente querida por el causante: el móvil remunerador que caracteriza la figura no obstaculiza el enriquecimiento del donatario, que por ello mismo deberá traer a la masa hereditaria lo que recibió anticipadamente en agradecimiento a unos servicios que prestó al donante. El Código civil italiano excluye de la colación, en el artículo 742, párrafo final, las liberalidades previstas en el último apartado del artículo 770, el cual distingue neta y claramente esas liberalidades de la verdadera donación remuneratoria, descrita en el párrafo primero del propio artículo.

Calificada, pues, de verdadera donación la remuneratoria, habría de tenerse sólo en cuenta la disminución de la cuota hereditaria, no los móviles que provocaron la liberalidad en vida del causante, o las especialidades que tipifican la figura.

Sin embargo, hay que tener presente, a efectos colacionales, que no basta que la donación remuneratoria sea verdadera donación, según hemos visto a la luz de los precedentes históricos y razonamientos doctrinales, evidentemente acertados. Preciso es

(93) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 559-560.

examinar si ante nuestro Derecho positivo la misma viene considerada como verdadera donación, y, al mismo tiempo, tener en cuenta el móvil remunerador en conexión con el concepto y finalidad que tiene la colación. La primera cuestión la veremos seguidamente. La segunda será objeto de estudio en la última parte de nuestro trabajo.

2. Nuestro Código civil establece el régimen jurídico de la donación remuneratoria en unos preceptos oscuros y poco precisos. Dista mucho nuestro Ordenamiento de la nitidez y adecuada regulación ofrecida por el Código italiano vigente. Se contiene en los artículos 619 y 622 del Código civil, dentro del libro III, título II, relativo a la donación. Se hace también alusión en el artículo 1.274, que determina el concepto de causa en los distintos tipos contractuales, refiriéndose a los que tienen por finalidad recompensar servicios o beneficios, donde se incluiría—como afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de marzo de 1961—el supuesto de donación remuneratoria.

El artículo 619 del Código civil, en su primera parte, se limita a exponer dos supuestos—ya clásicos—de donación remuneratoria: «es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante siempre que no constituyan deudas exigibles». Prescindimos del inciso final del propio artículo, ya que no alude a la donación remuneratoria, sino, como dice LÓPEZ PALOP, se refiere a las típicamente onerosas (94).

Nuestro Código civil se limita, pues, a considerar sólo dos tipos de donación remuneratoria: la que se hace por méritos o por servicios prestados al donante. La doctrina en general estima que sólo esta última es auténtica donación remuneratoria, negando tal carácter a la remuneración por méritos. Así, D'ANGELO estima que la donación por méritos del donatario no se comprende en el concepto de donación remuneratoria, considerando inoportuno aplicar a esta especie de donación la regla de la irrevocabilidad, pues sería injustificado anteponer los intereses del donatario *ob merita*

(94) LÓPEZ PALOP, *La donación remuneratoria y el artículo 622 de nuestro Código civil*, en «A. A. M. N.», cit., pág. 41.

a los del hijo superveniente del donante (95). En el mismo sentido, PIOLA (96). En nuestra patria, la opinión dominante excluye también la donación *ob merita* del donatario del ámbito de la donación remuneratoria. ROCA SASTRE, al definir y valorar la donación remuneratoria, únicamente alude a la que se hace en consideración a servicios prestados por el donatario al donante (97). LÓPEZ PALOP nos dice refiriéndose a las donaciones *ob merita* que «son donaciones simples, sin especialidad de ningún tipo, pues excepto la donación que hacemos al mendigo en la calle o a un establecimiento de beneficencia, en que ignoramos quién sea el beneficiario de nuestro acto, normalmente la donación se realiza en atención a las prendas personales del donatario, ya que en otro caso, como decía GARCÍA GOYENA, más que liberalidad puede llamarse profusión y prodigalidad» (98). CASTÁN, a este respecto, afirma también que las verdaderas y propias donaciones remuneratorias son sólo las remuneratorias de servicios (99).

En nuestra opinión, el criterio del Código no es totalmente desacertado al considerar como donación remuneratoria la que se hace a una persona por sus méritos, y no resulta admisible, por tanto, la opinión doctrinal que pretende excluirla del ámbito de la donación remuneratoria. Cuando los méritos son relevantes, dignos de toda admiración y recompensa por el interés que revisten para la Patria, la Religión, la Cultura, etc., cuando exceden el ámbito de merecimiento que normalmente consiguen los hombres con un esfuerzo encomiable, podemos decir que la remuneración de los mismos no es fruto tan sólo de un impulso normal de liberalidad, de un deseo sin más de enriquecer a otros—donación simple—, sino de un sentimiento profundo de admiración, de un reconocimiento más hondo nacido ante unos méritos acreedores de una mayor consideración: existirá un móvil remunerador basado en unos merecimientos que, por su especial relevancia, despiertan

(95) D'ANGELO, *La donazione rimuneratoria*, cit., págs. 64-67. En su criterio el artículo 770, párrafo 1.º, al hablar de donación por méritos del donatario, no ha querido decir que tal figura constituya un caso de donación remuneratoria, sino simplemente que es una donación.

(96) PIOLA, *Donazione*, voz en «Dig. Italiano», pág. 980.

(97) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 521 y sigs.

(98) LÓPEZ PALOP, op. cit., en «A. A. M. N.», t. III, 1946, pág. 41.

(99) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, «Derecho de Obligaciones», 9.ª ed. (Madrid, 1961), pág. 235.

en el hombre propenso a la liberalidad un sentimiento de munificencia que le lleva a recompensarlos de modo especial—donación tipificada por un evidente sentido remunerador—. Por eso, tiene razón TORRENTE cuando nos dice que la donación *ob merita* es digna de protección y debe considerarse, cuando se trata de méritos especiales, como una verdadera donación remuneratoria (100).

Parece, pues, acertada la idea de nuestro Código civil al considerar, en su artículo 619, verdadera donación remuneratoria la que se hace a una persona por sus méritos, siempre que éstos sean de tal importancia que excedan la simple intención de liberalidad para constituir, como un *plus*, el móvil que impulsa a la remuneración. Este es, por otra parte, el criterio jurisprudencial, como pone de relieve la sentencia de 8 de abril de 1959 cuando distingue la dación en pago de la donación remuneratoria, definiendo ésta «como acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta y en consideración a los méritos del donatario o los servicios por él prestados al donante...»

Se discute si la expresión «siempre que no constituyan deudas exigibles», hace alusión a la obligatoriedad para quien prestó el servicio de realizarlo, o a la obligación de remunerarlo por parte del donante. LÓPEZ PALOP observa que, literalmente interpretado el artículo 619, la exigibilidad parece referirse a la persona que realizó el servicio, aunque el autor considera anómalo que para

(100) Vid. TORRENTE, *La donazione*, cit., pág. 248. Es interesante transcribir las palabras de este autor, que defiende—con argumentos, en mi opinión, aceptables—la consideración de la donación *ob merita* como verdadera donación remuneratoria: «En el plano ético, la donación *ob merita* es digna de protección, al menos como las otras dos figuras—se refiere a la remuneratoria por reconocimiento y por especial remuneración, que recoge el Código civil italiano en su artículo 770—por su finalidad de elevar, de mejorar el género humano que la misma favorece, siquiera indirectamente. Quien tiene presente las figuras más conocidas y ciertamente más importantes de liberalidad o de donaciones *ob merita*, como el premio Nobel de la paz, los premios Carregie, los literarios, no puede menos de reconocer cuánto repugnaria a la conciencia social la idea de que la liberalidad pueda revocarse por ingratitud o superveniencia de hijos... En todo caso, existe en estas donaciones, como en las otras dos que se comprenden en la denominación de donaciones remuneratorias, la idea de una remuneración, de una recompensa, de un premio. No existe, pues, razón alguna para limitar la esfera de extensión de la donación remuneratoria, que comprende tanto la que se hace por especial remuneración como la que está determinada por reconocimiento y *por méritos*. La donación remuneratoria por méritos, como figura de remuneración con existencia autónoma, ha sido defendida con acierto por BIONDI, *Le donazioni*, cit., págs. 715-716.

saber si la donación es remuneratoria o no, haya que atender, no a la donación en sí misma, sino a los servicios remunerados. Todas estas dudas—concluye el autor—desaparecerían si el artículo 619, en vez de emplear la palabra *deuda* hubiera utilizado la de *crédito*, porque entonces quedaría perfectamente claro que los servicios constituían un crédito (no una deuda) a favor de quien los realizó, y al poder reclamarlos judicialmente obtendría el pago de ellos; al contrario, si carecía de acción para pedir el pago, el donante, al actuar por propio impulso *nullo iure cogente*, habrá realizado una donación remuneratoria (101).

Es evidente que el legislador con la frase «que no constituyan deudas exigibles» se está refiriendo a los *servicios* y precisamente a los *prestados al donante*. Basta observar el sentido literal del artículo 619 del Código civil en su primera parte. Como consecuencia, si la remuneración de tales servicios es exigible *ex obligatione*, la atribución patrimonial que el donante haga en favor de quien los realizó no implicará donación, sino el cumplimiento de la obligación contraída. Esta es, y no otra, la *mens legislatoris*, acorde, por lo demás, con la propia esencia de la donación remuneratoria como liberalidad que se hace por gratitud o especial reconocimiento. Si el donante otorga unos bienes impulsado, no por estos sentimientos, sino porque se halla obligado a ello en calidad de deudor, no existirá donación remuneratoria, sino cumplimiento de una obligación que podrá ser exigida coactivamente. Es posible que mediante la atribución de los bienes realice una prestación distinta de la convenida, un *aliud pro alio*. Sería una *dación en pago*, figura «con características esencialmente diferentes a las de la donación remuneratoria» (sentencia 8 abril 1959).

Si el posible donatario renuncia a la exigibilidad de la retribución por los servicios prestados al donante, indudablemente la atribución que éste lleve a cabo en favor del beneficiado será auténtica donación remuneratoria, pues, como afirma Roca SASTRE (102), nota característica de la donación remuneratoria es que la retribución no sea jurídicamente obligada para el donante. Este obraría por puro espíritu de liberalidad y gratitud.

(101) LÓPEZ PALOP, op. cit., en «A. A. M. N», III, pags. 41-42.

(102) ROCA SASTRE, op. cit., en «Estudios», I, pags. 520 y sigs., especialmente páginas 548-551.

En el sentido que hemos expuesto considera la jurisprudencia la expresión «siempre que no constituyan deudas exigibles», como puede verse en la sentencia de 7 de diciembre de 1948, digna de un estudio detenido, imposible de hacer aquí. Se dice en esta sentencia que las cantidades entregadas por el demandado a la viuda como remuneración por los servicios que le prestó su cónyuge difunto—consistentes en la gestión y dirección de un negocio de venta de géneros de comercio, 'mediante el oportuno poder—no constituyen liberalidad si por tales servicios tenía derecho a exigir la retribución acordada. «Admitido que el cónyuge de la recurrida—termina la sentencia—tenía derecho a percibir la retribución correspondiente a aquellas actividades comerciales, falta en el presente caso el supuesto a que se refiere el artículo 619 del citado Cuerpo legal—prestación de servicios que no constituyen deudas exigibles—, y, en consecuencia, no se dan términos hábiles para apreciar la existencia de una donación remuneratoria.»

La frase «no constituyan deudas exigibles» es superflua para la donación remuneratoria de méritos, ya que los mismos se recompensan siempre por motivos de admiración, beneficio a la colectividad, etc., pero no pueden nunca constituir en quien los tiene base para el ejercicio de una *actio civilis in personam*. Creemos que la expresión es aplicable tan sólo a la donación remuneratoria por servicios.

Del artículo 619 se deducen tres evidentes consecuencias:

a) La donación remuneratoria está calificada de verdadera donación en nuestro Derecho. Las sentencias de 7 de diciembre de 1948 y 8 de abril de 1959 confirman nitidamente el pensamiento del legislador.

b) A efectos colacionales hay que tener presente que también es donación remuneratoria la que se realiza en atención a los méritos del donatario, cuando éstos sean de especial relieve, situación que provocaría el móvil remuneratorio. Esta observación reviste un especial interés, como se verá cuando penetremos en el problema de la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias.

c) En este precepto legal se separa totalmente la figura de la donación remuneratoria de la constituida por la donación onerosa. Basta observar la literalidad del texto.

Mayores dificultades interpretativas ha suscitado el artículo 622 del Código civil, donde se establece el régimen de las donaciones remuneratorias.

Después de afirmar que las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, agrega que «las remuneratorias por las disposiciones del presente título—el referente a la donación—en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto». Realmente el precepto parece incomprensible, después que tanto en el artículo 619 como en el 622 el legislador pretende separar ambos tipos de donación, la onerosa y la remuneratoria: basta observar la redacción de ambos preceptos para observar esta tendencia legislativa a considerar dos figuras distintas. ¿Cómo se explica esta fórmula tan desdichada?

Una corriente doctrinal resuelve el problema asimilando el régimen positivo de la donación remuneratoria al de las donaciones simples. En este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER estiman que el precepto, tal como está redactado, es punto menos que de aplicación imposible, porque no puede hablarse de gravamen impuesto como de circunstancia que caracterice la donación remuneratoria, que no implica por sí sola la existencia de un gravamen, sino que debe su naturaleza especial a la causa y no al contenido, con la sola especialidad que resulta de esta nota. El precepto, según los Anotadores de Enneccerus, comete el error de mencionar la donación remuneratoria, que precisamente equivale a las otras donaciones y se ha de regir, como consecuencia, por las disposiciones del título de donación, y sólo en lo que éste no determine, por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos (103). Análoga opinión a la de estos autores sostuvo también MUCIUS SCAEVOLE (104).

Otros autores se han ceñido—en nuestra opinión desmesuradamente—a la letra del precepto legal asimilando el régimen de la

(103) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones a Enneccerus-Lehmann. Derecho de obligaciones*, vol. II, cit., pág. 132.

(104) MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil comentado* (revisión y puesta al día por Ortega Lorca), XI, vol. II, 5.ª ed. (Madrid, 1943), pág. 597. Según este autor, si las donaciones remuneratorias son por su esencia donaciones puras y simples, ¿qué gravamen es ese al que el artículo que comentamos se refiere? Porque si se impone un gravamen, entonces ya no son donaciones remuneratorias, sino onerosas. Una de dos: o el artículo 622, en su segunda mitad, es un enigma que no podemos descifrar, o una contradicción inexplicable.

donación remuneratoria al de la donación onerosa. En este aspecto, LÓPEZ PALOP llega a la conclusión de que «los redactores de nuestro Código, influidos por estas razones, que considero evidentes—se basa en argumentos históricos, sacados de la tradición española, sobre todo de la práctica notarial—, y por la doctrina imperante, con tanta claridad expuesta por POTHIER y LAURENT, y aceptada por muchos civilistas, asimilaron la donación onerosa o la remuneración y no tuvieron inconveniente en usar como sinónimos ambos términos, lo que indudablemente es censurable; pero esa censura, por dura que sea o deba ser, no es bastante para decir que el artículo es ininteligible y mucho menos que la donación remuneratoria debe quedar íntegramente sometida a las normas de las donaciones simples» (105). En el mismo sentido parece manifestarse CASTÁN (106). También ROCA SASTRE acepta el mismo criterio, en base a la redacción literal del precepto recogido en el artículo 622, no obstante considerarlo, al igual que los autores mencionados, sumamente criticable (107). Ante lo claro y explícito del artículo 622, este autor afirma que la donación remuneratoria se regirá del modo siguiente: en la parte que exceda del valor del servicio prestado se aplicarán las reglas de la donación ordinaria; en la que coincida el valor de lo donado con el valor del servicio prestado, el artículo 622 dispone que se regirá por las reglas de los contratos. Hay que entender que alude a los contratos onerosos, ya que la donación también es un contrato (108).

Algún autor, como AMORÓS GOZÁLBEZ, ha estimado error en la dicción del precepto, opinando que la donación remuneratoria debe regirse por las reglas de los contratos, *excepto en la parte que mira exclusivamente al donatario* (109).

Mientras los autores que asimilan el régimen positivo de la donación remuneratoria a la onerosa se ciñen excesivamente al texto literal, éste último viene a hacer caso omiso del mismo. Ni el espíritu de la Ley trata de asimilar una donación a otra, ni

(105) LÓPEZ PALOP, op. cit., en «A. A. M. N.», t. III, 1946, pág. 55

(106) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, «Derecho de Obligaciones», t. IV, cit., págs. 242 y sigs., 245-246.

(107) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 554 y sigs.

(108) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 556-557.

(109) AMORÓS GOZÁLBEZ, op. cit. Curso de conferencias publicadas por el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, págs. 211 y sigs.

tampoco es posible acudir a una solución que prescinda de la *mens legislatoris*, como la de AMORÓS (110).

En nuestra opinión, el artículo 622, al decir que «las donaciones remuneratorias se regirán por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto», establece un régimen incongruente con el concepto de donación remuneratoria, que en el artículo 619 parece conocerse. En efecto, después de exponer en el artículo 618 el concepto de donación, a continuación, en el artículo 619, dice que «es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante...», es decir, que la donación remuneratoria en la mente del legislador reúne las características de ser un acto de liberalidad consistente en disponer gratuitamente en favor de una persona (art. 618). Pero, además, ya no puede quedar duda alguna de que el legislador conoce la naturaleza donacional de la remuneratoria, así como sus caracteres esenciales, cuando en el propio artículo 619 trata de alejar cualquier asomo de onerosidad en la misma, no sólo a través de la expresión «siempre que no constituyan deudas exigibles», sino también separando, al final del propio artículo, la figura de la donación remuneratoria de la onerosa. El artículo 622, a su vez, trata de no confundir ambos conceptos, al determinar un régimen para las donaciones con causa onerosa y otro distinto para las remuneratorias, aunque de hecho no lo consiga. El propio artículo 1.274 nos pone de manifiesto, indirectamente, esta idea que intentamos probar: podía el Código haber asimilado la causa de los contratos remuneratorios a la de los onerosos, o a los de pura liberalidad; pero, una vez más, observamos que el legislador considera la donación remuneratoria como una liberalidad especial; por eso no asimila su causa a la de la donación en general—a pesar de que, en nuestra opinión, el móvil remunerador del servicio no es más que que la tipificación del fin de enriquecimiento, y no causa como piensa el artículo 1.274—, tampoco la confunde con los contratos onerosos, cuya causa reside—según el propio artículo 1.274—«en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte».

Es evidente, pues, que de *lege data*, parece valorarse acertada-

(110) AMORÓS, op. cit., págs. 211 y sigs.

mente la esencia de la donación remuneratoria, y tanto en el artículo 619 como en el 1.274—incluso el artículo 622 trata, en principio, de aplicarle las reglas de la donación, intentando darle una regulación distinta de las onerosas—se está marcando una clara diferencia entre donación remuneratoria y donación onerosa.

¿Por qué ese régimen jurídico que el artículo 622 determina para la donación remuneratoria, totalmente disconforme con la idea adecuada de la misma, que el legislador parece conocer? Sólo se explica, como ha demostrado con acierto LÓPEZ PALOP, teniendo en cuenta la tradición jurídica española, especialmente contenida en la práctica notarial, así como la doctrina imperante cuando se redactaba el Código civil, influida por las enseñanzas de POTHIER y LAURENT (111). Creemos, sin embargo, que la regulación establecida por el artículo 622 del Código civil para las donaciones remuneratorias es, en realidad, letra muerta. Las observaciones que a continuación hacemos intentan ponerlo de relieve:

a) Aplicar el régimen que para la donación remuneratoria estatuye el artículo 622 significa desconocer la esencia de ésta, destruir la posibilidad de su existencia en nuestro Derecho, contra lo prescrito en los artículos 619 y 1.274 del Código civil. La donación remuneratoria, según opinión unánime de la doctrina y el concepto arrastrado en siglos de evolución jurídica, supone una liberalidad otorgada con propósito de incrementar un patrimonio ajeno y espíritu de agradecimiento por unos servicios prestados con anterioridad, que se recompensan sin estar el donante obligado jurídicamente, llevado de un móvil remunerador, esencialmente espontáneo, o por unos méritos que despiertan la admiración y el deseo de gratificarlos. Hablar, como el artículo 622, de valor del gravamen impuesto, supone eliminar el concepto mismo de donación remuneratoria en nuestro Ordenamiento jurídico, identificándola con un contrato oneroso en el que se da para recibir, en el que la remuneración actuaría de contrapartida del servicio prestado, contra la norma del artículo 619, «que no constituyan deudas exigibles». Aplicando el artículo 622, sobran los artículos 619, 1.274, así como el concepto mismo de donación remuneratoria.

(111) LÓPEZ PALOP, op. cit., «A. A. M. N.», III, págs. 47 y sigs.

b) El Tribunal Supremo ha reconocido la existencia y caracteres fundamentales de la donación remuneratoria, tal como se deduce de los artículos 619 y 1.274 del Código civil, en sentencia de 22 de marzo de 1961, al decir que «el servicio que se remunera en este tipo de donación, lo es por pura liberalidad del donante, ya que no está obligado a ello legalmente». Mientras la donación remuneratoria es un contrato unilateral, la donación onerosa es bilateral y «a la misma se aplica el artículo 1.124» (sentencias 16 diciembre 1930 y 30 diciembre 1961).

En las sentencias que hemos citado de 7 de diciembre de 1948 y 8 de abril de 1959, el Tribunal Supremo configura con suma nitidez la esencia de la donación remuneratoria, eliminando de la misma cualquier asomo de onerosidad. En esta última, por ejemplo, se habla respecto a la donación remuneratoria de «acto de liberalidad», «disposición gratuita en consideración a méritos del donatario o servicios prestados al donante», etc.

c) Mientras en la donación onerosa el acto de liberalidad va acompañado de la imposición de una carga o *modus*, en la remuneratoria no es posible hablar de «gravamen impuesto» por el donante, ya que el servicio fue prestado anteriormente por el donatario y el que realiza la atribución patrimonial a título gratuito no dona exigiendo la realización del servicio, sino que dona agradeciendo la prestación anterior del mismo.

Ciertamente, como observa LÓPEZ PALOP, la situación en orden al servicio y su valor es la misma para el donatario en uno y otro supuesto (112). Pero es evidente que en la donación onerosa, éste se halla obligado a realizarlo—existe una deuda exigible—, mientras en la remuneratoria se hizo espontáneamente.

Existe, pues, en la donación onerosa una conexión íntima entre liberalidad y gravamen, hasta el punto de revocarse aquélla si éste no se cumple (art. 647 C. c.); en la remuneratoria, servicio y retribución son totalmente independientes: quien prestó el servicio lo hizo gratuitamente y sin ánimo de recompensa; el que lo remuneró lo hace espontáneamente, por puro espíritu de reconocimiento.

(112) LÓPEZ PALOP, op. cit., pág. 55. Señala las diferencias que existen entre la donación remuneratoria y la onerosa NÚÑEZ LAGOS, *Pago de lo indebido sin error*, «R. G. L. J.», 1946, pág. 15.

d) En orden a la donación remuneratoria por méritos, toda-
 via con mayor razón que en la de servicios se revela inoperante la
 última parte del artículo 622, ya que la recompensa de los mismos
 se debe a un espíritu de admiración o reconocimiento, de carácter
 inestimable, totalmente incompatible con la idea expresada en
 dicho precepto: «valor del gravamen impuesto».

e) Finalmente, si el Código civil, en su artículo 622, asimila
 el régimen de la donación remuneratoria al de las onerosas en la
 parte que no exceda del valor del gravamen impuesto—como afir-
 man LÓPEZ PALOP (113) y ROCA SASTRE (114)—, se deberá concluir
 que de la conexión de tal precepto con el artículo 1.035 del Có-
 digo civil, únicamente es colacionable el exceso del valor del gra-
 vamen impuesto, solución a que llega la doctrina en general, como
 veremos en el apartado siguiente. Sin embargo, tal solución es
 inaceptable si admitimos la donación remuneratoria en nuestro Or-
 denamiento, y si tenemos en cuenta su verdadera esencia jurídica,
 muy alejada, por supuesto, de la regulación del tan citado artícu-
 lo 622. Prescindiendo del móvil remunerador, y de sus estímulos
 generales, que pueden ser un obstáculo serio a la colación de las
 donaciones remuneratorias, según ya expusimos—tendremos oca-
 sión de enjuiciar este problema en todo su alcance—, es evidente
 que si un padre dona determinados bienes a uno de sus hijos en
 atención, pongamos por caso, al celo, diligencia y cariño que de-
 mostró asistiéndolo durante una larga y penosa enfermedad de
 aquél, indudablemente nos hallaríamos ante una donación remu-
 neratoria, donde sería imposible hablar de «valor del gravame-
 nte impuesto», pero que, al igual que otra donación cualquiera, podría
 quebrantar el fundamento de la colación al salir del futuro caudal
 hereditario unos bienes que se dan por espíritu de liberalidad, sin
 compensación alguna por parte del hijo beneficiado. Los supuestos
 reales son frecuentes, revisten indudable carácter de gratuidad,
 imponiéndose su colación en consecuencia, al amparo del artícu-
 lo 1.035 del Código civil. De aplicar el artículo 622, llegaríamos, por
 lo que a la colación se refiere, a una evidente injusticia—aparte de
 que negaríamos el concepto mismo de donación remuneratoria—,

(113) LÓPEZ PALOP, op cit., en «A. A. M. N.», t. III, págs. 45 y sigs.

(114) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 554 y sigs.

y la injusticia consistiría en que lo donado simplemente, sería colacionable, mientras no lo sería lo que se diera por remuneración hasta el límite del servicio prestado por el donatario, a pesar de existir en ambos supuestos un empobrecimiento, un enriquecimiento y un *animus donandi*, de lesionar en idéntica forma la igualdad de los herederos forzosos ante el *relectum*, de anticiparse en las dos hipótesis una cuota hereditaria y de quebrantar en uno y otro caso el superior interés familiar (115). Si, pues, el Código civil, en su artículo 619, admite el concepto auténtico de donación remuneratoria considerándola donación, y el régimen establecido en el artículo 622 para la misma, es inadecuado a las exigencias prácticas de la figura, debemos de concluir que, en nuestro Ordenamiento, hay base positiva para, de acuerdo con las realidades sociales donde la donación remuneratoria se entronca—al igual que cualquier otra institución jurídica—admitir su colación, estimando igualmente que la idea de gravamen, de servicio remunerado como equivalente, recogida en el art. 622 del Código civil, es ajena totalmente al verdadero concepto de donación remuneratoria, conocido por nuestro legislador—arts. 619 y 1. 274 del Código civil, así como en el núm. 5 del art. 880 del Código de comercio—, la jurisprudencia—sentencias 7 diciembre 1948, 8 abril 1959 y 22 marzo 1961—y la doctrina científica (116).

III

LA COLACIONABILIDAD DE LAS DONACIONES REMUNERATORIAS

1. No es posible descubrir en la jurisprudencia clásica texto alguno que alude a la colación de las donaciones remuneratorias: la gestación lenta y casuística de esta especie de liberalidad y sus propias características son incompatibles con el viejo instituto de la *collatio bonorum*. Sólo es posible plantearse el problema una vez

(115) Para un examen de las distintas opiniones doctrinales en torno al fundamento de la colación, vid., por todos, GAZZARA, voz *Colazione* (Dir. civ.), en «Enciclopedia del Diritto», VII (Cir. Compa.), págs. 331 y sigs.

(116) Vid., por todos, en la doctrina patria, ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 521 y sigs.

que el instituto colacional se transforma sustancialmente por obra de JUSTINIANO, especialmente a través de la Constitución del año 529 y de la *Novela 18*. En la Compilación bizantina eran colacionables una serie de donaciones *ob causam*: la nupcial, la *ad emendam militiam*, la dote, no las donaciones simples, salvo algunas excepciones (117). En cambio, no se enumeran entre las donaciones *ob causam* colacionables, las remuneratorias. El problema ha sido altamente discutido. WINDSCHEID se pregunta si deben colacionarse a la luz del Ordenamiento romano-justiniano, contestando afirmativamente: las donaciones remuneratorias son colacionables, excepto aquella que se dirige a recompensar al donatario por haber salvado la vida al donante. Se basa el ilustre pandectista, al excluir de la colación la donación remuneratoria por haber salvado la vida, en que la misma es irrevocable (*haec donatio irrevocabilis est*: D. 39, 5, 34, 1, del libro V de las *Sentencias* de PAULO), y no se le aplica el límite de la *Lex Cincia* (*in infinitum donare non prohibetur*: *Sentencias* de PAULO, 5, 11, 6) (118).

MICHEL, después de someter a examen una serie de textos romanos, llega a la conclusión de que la donación remuneratoria es un supuesto claro de *datum ob causam*, de donde infiere su carácter irrevocable (119). De ello podríamos deducir que si JUSTINIANO tiende a colacionar las donaciones *ob causam*, sería correcto afirmar que la remuneratoria se incluiría en dicho régimen.

Sin embargo, aparte de que es controvertido el considerar la donación remuneratoria como una *donatio ob causam* en las fuentes romanas, de no forzar los textos, es evidente que JUSTINIANO enumera unos supuestos concretos de donación *ob causam* colacionable, y entre ellos no se encuentra la donación remuneratoria (120). Es, por ello, aventurado dar una opinión en torno a su

(117) Vid., por todos, Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. I (Milano, 1960), pág. 722.

(118) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. ital. por Fadda y Bensa) (Torino, 1904), vol. III, parte 1.ª, & 610, nota 16, pág. 262. Se remite en sus argumentos a la misma obra, vol. II, parte 2.ª, pág. 25, nota 11, & 368. Para WINDSCHEID, sólo es irrevocable y está exenta de los límites fijados por la *Lex Cincia*, la donación remuneratoria por haber salvado la vida al donante, no los demás supuestos de donación remuneratoria.

(119) J. MICHEL, *Gratuité en droit romain* (Université libre de Bruxelles), 1962, pág. 279.

(120) C. 6, 20, 20; Nov. 18, 6.

posible colación dentro del Derecho romano, cuyo silencio a este respecto nos induce a negarla.

BARTOLO se ocupa largamente de la colación, cuyos orígenes romanos sitúa en el Derecho pretorio. Este autor excluye de la colación los *bona adventicia*. Estos bienes no tiene por qué colacionarlos el emancipado. En cambio, si son colacionables los *bona profeticia*. Esta distinción, en orden a la colación, era tan evidente para BARTOLO, que en torno a ella, afirmaba, concordaban todos: «*doctores ultramontani et citramontani*». En orden a la colación, la donación remuneratoria se considera por BARTOLO bien adventicio y, como tal, incolacionable (121).

Los comentaristas españoles de los siglos xvi y xvii, al interpretar la Ley 29 de Toro, que ordenaba colacionar al hijo o hija «la dote o donación *propter nuptias* e las otras donaciones que obieren recibido de aquél, cuyos bienes vienen a heredar», se plantearon el problema de si en la expresión «e las otras donaciones» estaban comprendidas las donaciones remuneratorias. GARCÍA DE SAAVEDRA se pronunció por su colación (122), mientras GREGORIO LÓPEZ, influido por la doctrina de BARTOLO—que antes expusimos—, consideró la donación remuneratoria bien adventicia y, como tal, incolacionable (123). Mantuvieron su no colación, también, DIEGO CASTILLO (124), ANTONIO GÓMEZ (125) y LUIS DE MOLINA (126).

La tendencia a la no colación de las donaciones remuneratorias se muestra claramente en la doctrina que precedió a la codificación. Así es contundente la afirmación de SALA, que, basándose en la no colación de las donaciones simples, nos dice claramente que con mayor razón no son colacionables las donaciones remuneratorias (127).

(121) BARTOLO, *ad Cod.* 6, *de collationibus*, L. 21, *si emancipati*, nota 4. *ad Dig.* 37, *de collatione dotis*, L. 1 *quamvis, & si sub conditione*

(122) GARCÍA DE SAAVEDRA, *Tractatus de donatione remuneratoria* (Amsterdam, 1668), nota 50, pág. 35.

(123) GREGORIO LÓPEZ, Glosa a las palabras *non las revocare*, de la Ley 4, título XV, partida 6.^a, núm. 29, pág. 736, vers. final.

(124) DIEGO CASTILLO, *Ad leges Tauri*, lex XXIX, núm. 23, págs. 185 y sigs.: «*donatio remuneratoria est privilegiata, ut non conferatur*».

(125) ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tauri*, Proem. 4, vers.: «*talís donatio remuneratoria non confertur*». ».

(126) LUIS DE MOLINA, *op. cit.*, Disp. 244, cols. 1503 y 1504.

(127) SALA, *Digesto Romano Español* (2.^a ed., Madrid, 1852), L. XXXV, tit. VI, núm. 8, pág. 83.

Sin embargo, la Constitución del Ducado de Módena (1771) estableció, en su artículo 7.º, que se debían llevar a la masa hereditaria todas las donaciones, *incluso las remuneratorias hechas por los padres a los hijos*, excluyendo únicamente aquellas cuya remuneración se hubiera podido conseguir igualmente en vía judicial.

También el Derecho de las costumbres francesas (costumbres de Anjou, Maine, Touraine, Ludunois, Dunois), basado en la *égalité parfaite*, admitió la colación de las dominaciones remuneratorias, partiendo de que la misma, incluso cuando se hace para recompensar servicios especiales valorables en dinero y civilmente exigibles, no dejaba de ser verdadera donación y, por tanto, debía llevarse al *relictum*, como cualquier otra donación (128). De la amplitud suma con que está redactado el artículo 843 del Código de Napoleón—fruto de esta tendencia del *Droit coutumier*—hay que deducir la colación de las donaciones remuneratorias en el Derecho francés (129).

Sin extendernos más en esta breve referencia histórica, una conclusión parece deducirse de la misma: el problema de la colación de las donaciones remuneratorias, altamente discutido, está de acuerdo con el carácter donacional o no de las mismas, muy controvertido, por lo demás, en nuestro Derecho histórico (130).

2. Los autores españoles, ante el silencio del Código sobre el particular, han tratado muy superficialmente el problema de la colación de las donaciones remuneratorias. Por otra parte, la desdichada redacción del artículo 622, que parece considerar la donación remuneratoria, en orden a su régimen jurídico, como un contrato mixto de donación y onerosidad, ha disculpado, aunque no

(128) Cfr. en este sentido MELUCCI, *Delle collazioni ed imputazioni*, cit., vol II, pág. 11.

(129) Se dice en dicho precepto: *Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ces cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt...* Claramente se indica la obligación de colacionar toda clase de donación, directa o indirecta, sin posibilidad de retener liberalidad alguna que el heredero recibiera del causante en vida de éste.

(130) LÓPEZ PALOP, op cit., en «A. A. M. N.», t III, 1946, págs. 47 y sigs., después de un estudio histórico de la donación remuneratoria en la práctica notarial española, concluye que la misma vino confundida con la donación onerosa (que sólo en el exceso del gravamen impuesto es tal donación y, por tanto, sólo en ese exceso colacionable).

justificado, la escasa atención dedicada al problema. Es, precisamente, el citado artículo la base de que se ha partido para resolver la cuestión, de forma, repetimos, periférica e insatisfactoria. Así, MANRESA, siguiendo a LOSANA, nos dice que «no cabe excluir de la colación ninguna verdadera donación, cualquiera que sea su carácter, simple o con causa, remuneratoria u onerosa, en cuanto estas últimas excedan el valor del servicio o de la carga» (131). MORELL afirmaba no ser colacionables las donaciones remuneratorias en lo que compensen el servicio o gravamen (132). DE DIEGO manifiesta en torno al problema que «si los servicios por los que se hace la donación constituyen deudas exigibles o el gravamen impuesto es equivalente al valor de lo donado, como dejan de ser donaciones, no son colacionables; en lo que exceda o importe más de lo donado del gravamen o servicio remunerado podrá considerarse como donación, y en tal respecto, colacionable (arts. 619, 622)» (133). Análoga opinión a las anteriores, en base al artículo 619 del Código civil, mantiene P. PEÑA, cuando afirma «que deben regir los principios generales que se establecen en los artículos 619 y siguientes de nuestra Ley común. Conforme a ellos, si los servicios por los que se hace la donación constituyen deudas exigibles o el gravamen impuesto es equivalente al valor de lo donado, dejan en puridad de ser tales donaciones y no deben, por tanto, quedar sujetas a colación. En lo que exceda o importe más de lo donado del gravamen impuesto o servicio remunerado, si puede considerarse como donación, y en tal respecto hay que colacionar» (134). LACRUZ, siguiendo el mismo procedimiento, afirma que «nuestros clásicos, en su mayor parte, entendieron no ser colacionables las donaciones remuneratorias. El Código civil las considera, junto con las onerosas y modales, como donaciones «en la parte que excedan del gravamen impuesto» (135). Concluye este autor afirmando que «en las donaciones remuneratorias de servicios se colacionará el exceso cuando resulten manifiestamente desproporcionadas con el servi-

(131) Vid. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, cit., página 546.

(132) MORELL, op. cit., en «R. G. L. J.», t. 99, pág. 326.

(133) DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. III, ed. revisada y puesta al día por COSSIO y GULLÓN (Madrid, 1959), pág. 417.

(134) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, «Sucesiones», volumen III, Relaciones sucesorias en particular (Madrid, 1965), pág. 269.

(135) LACRUZ, *Derecho de sucesiones, Parte general*, cit., pág. 579.

cio en cuestión» (136). La opinión de LACRUZ es seguida por DE LOS MOROS (137). ALBALADEJO, recientemente, ha distinguido los dos supuestos de donación remuneratoria expuestos en el artículo 619, considerando íntegramente colacionable la *remuneratoria por méritos*, por reputarla donación simple. En cuanto a «la remuneratoria por *servicios prestados*, parece que en cuanto al exceso de lo donado sobre el valor del servicio, procederá la colación, aplicando la defectuosa expresión del artículo 622, del que se obtiene tal conclusión, equiparando en él, a 'gravamen impuesto' (en las con causa onerosa) 'servicio prestado' (en las remuneratorias)» (138).

Valgan estas opiniones doctrinales para darnos cuenta de que en nuestro Ordenamiento la colación de las donaciones remuneratorias se admite de forma general, pero siempre teniendo presente la norma contenida en el artículo 622—que ya criticamos y cuya inaplicabilidad es evidente si queremos defender en nuestro Derecho la figura de la donación remuneratoria, claramente admitida en el artículo 619 y concordantes—, que limita en gran manera su alcance, al confundirla con la donación onerosa.

El problema, no sólo ha llamado escasamente la atención en nuestro Ordenamiento, sino también en otros más progresivos, como el italiano, donde se han estudiado con más detenimiento y profundidad los problemas colacionales y donde las normas positivas son más explícitas. La obra de MELUCCI (139), escrita en el último tercio del siglo pasado, bajo la vigencia del Código de 1865, representó un indudable progreso en el estudio de la colación, influido por la rica tradición consuetudinaria francesa, que tanto impulsó el desarrollo de la institución. En orden a la colación de las donaciones remuneratorias, el autor se aparta de la fórmula general que recoge el Código civil francés en su artículo 843—colación de todas las donaciones, considerando la remuneratoria una especie más de éstas, sin particularidad alguna—, planteándose el problema en términos similares a como hemos visto sucede en la doctrina española. Afirma que si el descendiente ha prestado al

(136) LACRUZ, *Anotaciones al Derecho de sucesiones de J. Binder* (Barcelona, 1953), pág. 259; *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 579.

(137) DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pág. 239.

(138) ALBALADEJO, *Notas a la traducción del Derecho de sucesiones de A. Cicu*, cit., pág. 960.

(139) MELUCCI, *Delle collazioni ed imputazioni*, II, cit., págs. 7 y sigs.

donante unos servicios valorables económicamente y éste se los retribuye mediante una donación remuneratoria, se da únicamente la forma de un acto a título gratuito, nunca el contenido; al no existir verdadera liberalidad, no se ha producido desequilibrio, por este título, entre los herederos, faltando, en consecuencia, el fundamento de la colación (140). Pero si la donación remuneratoria —agrega MELUCCI—excede el valor de los servicios prestados dicho exceso constituye auténtica liberalidad, exigiéndose, por tanto, su colación (141).

La opinión de MELUCCI la vemos reflejada en autores como VITALI (142), LOSADA (143) y PACIFICI-MAZZONI (144), para quienes las donaciones remuneratorias que recompensen servicios valorables en dinero sólo son colacionables en la parte que excedan el valor del servicio; todas las demás constituyen donaciones simples y, como tales, enteramente sometidas a colación.

En vigencia del Código de 1865, otros autores, como PIOLA (145), COVIELLO (146) y D'AVANZO (147), estimaron que la donación remuneratoria debía colacionarse, al amparo del artículo 1.001, tanto se llevara a cabo por reconocimiento, méritos del donatario o por especial remuneración.

La colación de las donaciones remuneratorias, después de promulgado el Código de 1942, se admite por la doctrina en general, al amparo del artículo 737 del Código civil, en relación con el 770, párrafo primero. Revisten especial interés, al respecto, las opiniones de CICU (148) y FORCHIELLI (149). Son, por otra parte, los autores que han dedicado una mayor atención al problema.

CICU empieza observando que se deben colacionar las donacio-

(140) MELUCCI, *Delle collazioni ad imputazioni*, II, cit., págs. 8 y sigs, especialmente págs. 10 y 11.

(141) MELUCCI, *Delle collazioni ed imputazioni*, II, pág. 11.

(142) VITALI, *Delle Successioni legittime e testamentarie*, VI (Napoli, 1911), págs. 331-332.

(143) LOSADA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie* (Torino, 1911), pág. 459.

(144) PACIFICI-MAZZONI, *Successioni* (Firenze, 1923), pág. 140.

(145) PIOLA, voz *Successioni* (*Rapporti giuridici fra coeredi*), en «Digesto Italiano», XIII (Torino, 1925), pág. 536.

(146) COVIELLO, *Successioni* (Napoli, 1935), pág. 464.

(147) D'AVANZO, *Delle successioni*, I, *Parte General* (Firenze, 1941), pág. 253.

(148) CICU, *La divisione*, cit., págs. 117-118; *Sucesiones*, trad. esp., cit., páginas 958-959.

(149) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 158 y sigs.; también págs. 192-193.

nes remuneratorias por ser verdaderas donaciones, aunque hace una serie de distinciones para después acabar negando, de *iure condendo*, su colación por las razones que más arriba expusimos (150). Si la especialidad—observa—que caracteriza la remuneración excede el valor normal de los servicios deseados por el donante, sólo ese exceso se colacionará; si se trata de servicios prestados y recibidos gratuitamente, la donación no debe colacionarse, pues en tales casos la prestación del servicio evitó el empobrecimiento del donante y su remuneración suplió el lucro cesante para el donatario; si, finalmente, la donación ha sido hecha en consideración a los méritos del donatario, al no suponer restablecimiento del equilibrio económico precedentemente lesionado, se colacionará enteramente. Sin embargo—concluye—, la voluntad de remunerar, base de la donación remuneratoria, en cuanto que es incompatible con los principios que rigen la colación, debería movernos a excluir del ámbito objetivo colacional todos los actos de liberalidad que revistan categoría de donación remuneratoria (151).

Sin embargo, el más decidido defensor de la colación de las donaciones remuneratorias es FORCHIELLI (152). Ha mantenido su conferimiento sin restricción alguna, criticando a CICU por su tendencia limitadora. Parte de que la donación remuneratoria es verdadera donación, según la opinión general de la doctrina, y por ello, jamás se puede negar su colación. Si bien admite la posibilidad de revisar este aspecto en un plano de política-legislativa, de *iure condito*, llega a la conclusión de que no se puede dudar que la donación remuneratoria se colaciona totalmente, como si se tratara de una donación cualquiera, sin distinguir si se dona en atención a un especial reconocimiento, por servicios prestados o méritos del donatario (153).

(150) Vid. *supra*, exposición más detallada de la postura de CICU, núm. 2: *El móvil remuneratorio y el fundamento de la colación*.

(151) El pensamiento de CICU en torno a la colación de las donaciones remuneratorias lo recoge, en esencia, GAZZARA, voz *collazione*, cit., *Enciclopedia del Diritto*, VII, págs. 339-340.

(152) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 158-162; también págs. 192-193.

(153) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 192-193. Cfr. esp. también páginas 158-162. El autor, ante las normas positivas, estima que se debe colacionar toda donación remuneratoria, sin que sea posible hacer distinciones, ya que el carácter remuneratorio no impide considerarla verdadera donación. Sin embargo, coincide con CICU en admitir que, en el plano deontológico, es oportuno preguntarse si el principio positivo del conferimiento de tales donaciones no está.

En el Ordenamiento francés, la norma amplia del artículo 843 permite colacionar las donaciones remuneratorias, como, por otra parte, admite la doctrina. BONNECASE afirma que son colacionables las donaciones propiamente dichas, ya sean *remuneratorias*, mutuas u onerosas (154). Los continuadores de PLANIOL creen que deben conferirse las donaciones remuneratorias, al igual que todas las donaciones, pero sólo en la medida en que constituyan actos de liberalidad, por lo que, al igual que las donaciones con carga, sólo debe llevarse a la masa hereditaria el exceso del valor del servicio prestado (155).

Si bien nuestro propósito en este apartado era presentar la problemática de la donación remuneratoria en el Derecho español, que es donde pretendemos aplicar la solución que aquí ofrecemos, hemos planteado someramente la cuestión en algún otro Ordenamiento, con miras a proporcionar una mejor perspectiva de la situación actual del problema. Este—repetimos—no ha sido examinado con la debida atención y es nuestra intención resolverlo tomando como base una serie de aspectos que ya hemos apuntado

3. De todo lo que hasta aquí expusimos y de las consecuencias deducidas, estamos en situación de hallar un fundamento—objetivamente indiscutible—sobre el que apoyar la colación de las donaciones remuneratorias. Tenemos razones suficientes para admitir que tales liberalidades se lleven a la masa hereditaria, concretamente en nuestro Derecho. En efecto, hemos visto que son auténticas donaciones, que por ellas el donante retribuye unos servicios espontáneamente, sin que esté obligado a ello jurídicamente y sin que los servicios prestados por el donatario exijan, como contraprestación, ser remunerados. A la vista del artículo 619 del Código civil, la donación remuneratoria está considerada como una entidad distinta de la onerosa, y el artículo 622 no es obstáculo

en evidente contradicción con el propio fundamento de la colación. Espera que el futuro legislador, teniendo en cuenta que la colación se basa en la anticipación de una cuota hereditaria, remedie el problema concreto de la colación de las donaciones remuneratorias, excluyéndolas de la misma, completando de este modo el justificado tratamiento a favor que a dichas donaciones ha concedido el Código vigente al excluirlas de la revocación y reducción (art. 809, ap. final C. c.).

(154) BONNECASE, *Elementos de Derecho civil*, III, trad. esp., pág. 494.

(155) RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit civil*, IV, París, 1959, págs. 909-910.

a esta consideración, precisamente porque no es imaginable que el legislador quisiera desterrar de nuestro Ordenamiento el único concepto posible de donación remuneratoria que en el artículo 619, corroborado en el propio artículo 1.274, parece conocer con bastante claridad.

Apoyados en rigurosas premisas científicas—«la doctrina es concorde, dice FORCHIELLI, en afirmar que la donación remuneratoria es siempre y evidentemente una donación» (156)—, ante los preceptos de nuestro Código civil, especialmente el artículo 619, y fundados en el propio concepto y mecanismo jurídico de las liberalidades remuneratorias, no dudamos en afirmar que la donación remuneratoria es auténtica donación (157). Las especialidades que la misma pueda presentar no suponen obstáculo a su colación, ya que en todo caso siempre se trata de un empobrecimiento-enriquecimiento que viola los principios fundamentales informantes del instituto colacional, al igual que si se tratara de una donación cualquiera.

La donación remuneratoria es una donación con especialidades, pero donación, y esto es lo que se tiene en cuenta a la hora de aplicar la fórmula amplia del artículo 1.035 del Código civil. La conjunción del artículo 619 con el 1.035, la propia naturaleza de la donación remuneratoria, nos mueven a admitir de *iure condito* la colación por entero de las donaciones remuneratorias. Afirmer, como hace la doctrina española, que únicamente se colaciona el exceso del servicio remunerado, por aplicación ciega del artículo 622 del Código civil, es no tener presente el concepto esencial de donación remuneratoria, creer que ésta es un juego de prestaciones conexas, un *do ut des* mutuo, y no una remuneración basada en móviles de gratitud y reconocimiento por unos servicios que se retribuyen sin obligación de hacerlo. Los servicios prestados, si bien pudieron enriquecer el patrimonio del donante y compensar su empobrecimiento como consecuencia de la atribución patrimonial realizada, revisten carácter autónomo, no se hicieron para recibir, sino gratuitamente. Existe, realmente, una liberalidad por ambas partes, ya que si así no fuera, tendríamos un servicio prestado para ser retribuido, «deudas exigibles», que destruyen el fin

(156) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 159.

(157) Vid. por todos. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., págs. 163 y sigs.

de liberalidad, la idea de donación (art. 619, C. c.). No existe gravamen, sino liberalidad y espíritu de generosidad, que son todo lo contrario a cambio proporcional de bienes, compensación de ventajas y sacrificios, ideas todas que juegan un papel decisivamente calificador de la onerosidad.

Ya vimos cómo de la función que la doctrina asigna a la colación, y sea cualquiera la postura que se adopte, no existe obstáculo alguno para el conferimiento total de las donaciones remuneratorias.

En el ámbito del Derecho constituido, creemos que es posible interpretar el silencio del Código civil, en orden a la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias, en un sentido afirmativo: se trata de verdadera donación, y como tal está reconocida en el Código civil (arts. 619, 1.274); no es posible considerarla de otra forma, so pena de negar la liberalidad remuneratoria en nuestro Ordenamiento; la fórmula del artículo 1.035 es clara: habla de traer a la masa hereditaria lo que se recibió del causante en vida de éste... por *donación* u *otro título lucrativo*; los propios fines y el fundamento de la colación son congruentes, en el terreno de los principios, con la devolución al *relictum* de aquellas remuneraciones hechas en vida del *de cuius*. En buena lógica jurídica, habría que pronunciarse por su colación.

Sin embargo, no creemos que tales argumentos sean suficientes para interpretar afirmativamente el silencio del Código. Si nada es posible objetar a los mismos en el terreno de los principios, razones poderosas, de fondo sustantivo, nos impiden pronunciarnos por una solución positiva. El concepto mismo de móvil remunerador—superior, en nuestro criterio, dentro del ámbito colacional, a la idea objetiva de salida de bienes anticipadamente, quebranto de la igualdad sucesoria—, el nuevo planteamiento de la colación que propugnamos, incompatible con la idea de donación, lo absurdo que sería, sobre todo, colacionar las donaciones remuneratorias por méritos, son otros tantos argumentos que nos mueven a negar, incluso de *iure condito*, la colación de las donaciones remuneratorias. *El silencio del Código al respecto nos lleva a una solución negativa*, como veremos en el número próximo, al encontrarnos con unas razones más poderosas, en nuestra opinión, que las que apoyan la solución afirmativa.

4. El artículo 1.035 del Código civil nos da una definición de colación poco nítida desde el momento en que parece englobar en su concepto una serie de operaciones defensoras de la legítima, involucradas con la colación desde las Leyes de Toro. No es extraño por eso, como observa LACRUZ, que en la definición del artículo 1.035 del Código civil se haya mencionado a la *regulación de las legítimas*, ni que el artículo 818 a las donaciones que cuentan para el cálculo de la legítima las califique de «donaciones colacionables», ni que, finalmente, en el capítulo de la colación se introduzcan preceptos y alusiones dirigidas a la salvaguardia de la herencia forzosa (158). Desbordaría la finalidad del presente trabajo hacer un estudio de estas operaciones defensoras de la legítima (159).

Diremos, con VALLET, que computación, imputación y reducción, de una parte, y la colación, de otra, son operaciones independientes y sucesivas. Mientras la computación e imputación tienen por finalidad encasillar donaciones y legados en su correspondiente cuota ideal para velar porque no exista inoficiosidad, la colación, en cambio, se dirige a formar otra masa diferente que constituirá el caudal partible (160). El cálculo de la legítima, observa LACRUZ, supone la reunión ficticia del *donatum* y *relictum*, y la división hipotética de esta hipotética cantidad, a fin de averiguar la cuantía de la legítima individual. Tras la reunión ficticia viene la imputación a cada legitimario de cuanto hubiese recibido del causante, a fin de saber si se halla pagado en su legítima. La colación, aunque se practique entre legitimarios, no es un instrumento de defensa de la legítima; aunque parte de una suerte de reunión ficticia, ésta sólo tiene por objeto servir de base a un nuevo reparto del caudal (o de la parte destinada a los legitimarios); y aunque se realiza por imputación, no se trata de una operación contable a

(158) LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 566.

(159) Para un estudio exhaustivo de los problemas referentes a la computación, imputación y reducción de donaciones inoficiosas, así como de los colacionales, en el Código civil, vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit., págs. 463 y sigs. Cfr., también del mismo autor, *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, «A. D. C.», XVIII-I, (enero-marzo, 1965), págs. 3 y sigs. Revisten también especial interés para el problema las obras del mismo autor, *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales Ordenamientos del Occidente europeo*, «R. I. D. C.», 3, 1954, págs. 45 y sigs; *La colación propiamente dicha en el Código civil español*, «R. D. E. A.», año II-7, 1957, págs. 3 y sigs.

(160) VALLET, *Apuntes*, cit., págs. 563-564.

fin de determinar si el donatario se halla pagado en la legítima, sino de una especie de pago ficticio de la participación del donatario en la herencia: consecuentemente, aquí no se distingue entre la legítima estricta, la mejora y los bienes de libre disposición (161).

La colación supone la existencia de varios herederos forzosos que concurren a una sucesión, limitándose fundamentalmente a variar las participaciones en el caudal relicto. Se trata de agregar ficticiamente a la masa hereditaria todo aquello que los legitimarios obtuvieron a título gratuito del causante cuando éste vivía para calcular la cuota que en dicha masa pertenece a cada uno de ellos. Se pretende hacer un nuevo reparto del *relictum*, se busca una reconsideración de la participación del donatario en el patrimonio del causante.

Como observan ROYO MARTÍNEZ (162) y VALLET (163), el Código civil no separa ni distingue con la nitidez y precisión que fuera de desear la colación en sentido estricto y la computación de las donaciones; «precisa, según el artículo 818, para fijar las legítimas y la cuota de libre disposición y para reducir los legados, y tras ellos, las donaciones inoficiosas». En la colación a que se refiere la sección 1.ª, capítulo VI, título III, libro III del Código (arts. 1.035-1.050), no late la idea, ni aún la sospecha—observa ROYO—de inoficiosidad o extralimitación del *de cuius* en sus facultades dispositivas a título lucrativo, sino un criterio interpretativo de la voluntad del causante, cuando ayuda u obsequia con donaciones en vida a uno de sus herederos forzosos, no se propone hacerle de mejor condición que a los restantes, de una manera definitiva, sino anticiparle algo de lo que un día le ha de corresponder, y por ello, salvo que el causante destruya o excluya tal presunción a través de una manifestación expresa, la Ley ordena la nivelación al tiempo de partir (164).

He aquí, pues, la idea esencial en que se basa el concepto de colación, inconfundible con las operaciones defensoras de la legi-

(161) LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 567. Cfr. páginas 567 y 568, así como nota 5 en la pág. 567, donde se hace una clara y sucinta distinción entre las operaciones colacionales y las de cálculo de la legítima.

(162) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»* (Sevilla, 1951), páginas 355 y sigs.

(163) VALLET, *Apuntes*, cit., pág. 563.

(164) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, cit. págs. 355 y sigs.

tima (165): supone la colación un anticipo de cuota hereditaria y, como tal, implica que el donatario toma de manos en la masa herencial lo que se le donó en vida, viniedo a ser, en consecuencia, una agregación ficticia de ciertos bienes o valores recibidos del causante, como consecuencia de haberse modificado anticipadamente las porciones hereditarias. Por ello, es válida, en nuestra opinión, la afirmación de FORCHIELLI, cuando dice «que el legislador ha establecido la colación porque ha partido del presupuesto de que el ascendiente, cuando dona al descendiente, intenta, por lo general, anticiparle toda o parte de la herencia futura» (166).

La colación implica, por tanto, en el concepto tradicional, claramente delimitado de los instrumentos que velan por la legítima, la coexistencia de varios legitimarios concurrentes a una misma sucesión, alguno de los cuales experimentó un aumento de su patrimonio como consecuencia de un acto a título gratuito hecho en vida del causante a expensas del *relictum*. La consecuencia inevitable es agregar imaginariamente—percibiendo de menos—ese anticipo, salvo dispensa del causante. No se trata de sumar el *donatum* al *relictum*, sino de añadir al *relictum* una parte del mismo, entregado en vida del *de cuius*, y que al morir éste engrosó de nueva la masa de donde salió.

Sin embargo, y en base a esta noción de colación—obligación que tiene el heredero forzoso de llevar a la masa hereditaria aquello que recibió en vida del causante a título gratuito, por estimarse mera anticipación de toda o parte de su cuota sucesoria—, nos vemos obligados a criticar la idea misma de la institución, reconsiderando aquellas observaciones que hacíamos en el número 2 del

(165) La doctrina predominante, a partir sobre todo de MORELL (op. cit., en «R. G. L. J.», v. 98, 1901, págs. 288-307; v. 99, 1901, págs. 320-330; v. 108, 1906, págs. 27 y sigs. y 113 y sigs.), ha distinguido claramente el concepto impropio de colación del artículo 818, referido a la computación para cálculo de la legítima, de la noción técnica y más estricta que recogen los artículos 1.035 y sigs. del C. c. Se puede afirmar que mientras los artículos 818 y sigs. tienen por objeto agregar ficticiamente o computar todas las donaciones—incluso las hechas a extraños y del tipo que sean—a la masa hereditaria, para imputarlas a la legítima y al tercio de libre disposición, con el fin de establecer la cuota legitimaria y reducir los legados y donaciones inoficiosas, los artículos 1.035 y sigs. no tienen como finalidad esencial velar por la legítima, sino regular una figura de distinto alcance y fundamento, la colación o simple alteración del caudal partible, como consecuencia de haberse anticipado gratuitamente una parte del mismo a algún coheredero legítimo.

(166) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 48.

apartado 1.º. Decíamos allí que era absurdo hablar de colación de donaciones: si éstas han de agregarse ficticiamente a la masa hereditaria para percibir de menos *iure hereditario* lo que se recibió de más en vida del causante, ¿cómo podemos hablar de donación? Si ésta supone un enriquecimiento del donatario (*locupletatio*) y un espíritu de liberalidad en el donante (*animus donandi*), como elementos esenciales a toda donación, al llevar el valor de las mismas—modificando las proporciones que le corresponden en la adjudicación del caudal relicto—ha desaparecido la idea de donación, ya que el donatario no se ha enriquecido, pues ha de devolver lo donado—mediante reducción proporcional de la participación en el *relictum*—, y el donante, al pensar en la futura agregación del valor de los bienes donados, carece de *animus donandi*. No se dona, sino que se anticipa lo que corresponderá al presunto donatario; no se entregan unos bienes que enriquecerán el patrimonio del donatario, sino que se adelanta una entrega, por acto *inter vivos*, que ya le corresponde *iure hereditario* y que se consolidaría después de la muerte del causante. Si mediante el anticipo de cuota en vida se merma la porción que la Ley reserva a los legitimarios, habrá que realizar las operaciones de computación, imputación y reducción de donaciones por inoficiosidad. La colación, en tal caso, no procede, ya que ésta, como observa LACRUZ, sólo tiene por objeto servir de base a un nuevo reparto del caudal (167).

Cierto que el heredero forzoso sólo está obligado a traer a la masa el valor que lo donado tenía al tiempo de la donación (artículo 1.045) y, como consecuencia, es posible que desde que aquélla tuvo lugar hasta el momento del conferimiento, se haya incrementado el valor de lo que se entregó anticipadamente, como consecuencia de ciertas inversiones, empleo productivo de los bienes, etcétera, mas esto excede el ámbito donacional. Es posible que también haya sucedido lo contrario, que el donatario no haya sabido hacer un uso productivo de los bienes donados, que en determinadas operaciones comerciales, por ejemplo, haya perdido totalmente las cantidades o bienes donados en vida del causante. Riesgos y ventajas son para el donatario, como dice el artículo 1.045,

(167) LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte General*, cit., pág. 567.

pero unos y otros son independientes del contrato de donación y de los bienes que integran su contenido. Aparte los problemas que plantea dicho precepto legal—resueltos magistralmente por Cossío (168)—es evidente que sólo se trae a la masa hereditaria el valor de lo donado al tiempo de la donación, y dicho valor agota el ámbito de la liberalidad y el de su conferimiento.

Las situaciones en que puedan encontrarse los bienes donados desde que tuvo lugar la entrega de los mismos hasta su conferimiento, dependen de múltiples factores, verbigracia, facultades del donatario, fluctuaciones del tráfico comercial, etc., y son totalmente ajenas al contrato de donación, cuya entidad jurídico-esencial se agota una vez que el donatario acepta (art. 629, C. c.) o, en todo caso, desde que el donante conoce la aceptación del donatario (artículo 623) (169). El causante que en vida del mismo ha entregado a uno de sus descendientes bienes pertenecientes a su patrimonio, y que al morir recibe proporcionalmente de menos, no ha donado—salvo dispensa, lo que implica, a su vez, inexistencia de colación—, simplemente anticipa algo que le pertenece al heredero. No hablemos, pues, de colación de donaciones, como se ha hecho tradicionalmente, porque sería un contrasentido; supondría quitar con una mano, como dijimos más arriba (170), lo que ya dimos con otra: dar unos bienes en vida para deducir su valor *post mortem*. Hablemos, simplemente, de *anticipación de cuota hereditaria*, de dar por acto *inter vivos* lo que ya tenemos derecho a tomar por acto *mortis causa*. Sólo podríamos afirmar que existía donación cuando el causante en vida entrega unos bienes al futuro heredero con propósito de no deducirlos del *relictum*—en cuyo caso habría intención de liberalidad, *animus donandi*, ocasionando un evidente enriquecimiento del donatario—, pero en tal caso no existiría colación, desaparecería la idea de agregación ficticia al acervo hereditario. No digamos, en conclusión, que existe *colación de donaciones*; hablemos, simplemente, de *antipo de cuota sucesoria* (171).

Este esquema es aplicable, lógicamente y con mayor razón, a

(168) Cossío, op. cit., «R. D. P.», junio de 1966.

(169) Para un estudio de estos preceptos legales, cfr. LALAGUNA, *Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación*, «R. D. P.», 1964, págs. 275 y sigs.

(170) Vid., *supra*, ap. I, núm. 2.

(171) Vid., *supra*, ap. I, núm. 2.

la llamada *colación de donaciones remuneratorias*. Si el donatario ha de llevar a la masa herencial el valor de la remuneración de los servicios prestados o la recompensa de sus méritos, no digamos que existe, en tal caso, donación remuneratoria; hablemos más bien, de apariencia de liberalidad. No puede existir donación remuneratoria cuando la finalidad remuneradora y el espíritu de reconocimiento son ilusorios, si se entregan en vida del causante unos bienes al legitimario que le pertenecen *iure hereditario* y cuyo valor se le deducirá del patrimonio relicto.

En efecto, ¿qué tipo de agradecimiento es el del donante que recompensa unos servicios por un lado y por otro descuenta su importe del *relictum*? ¿Cómo podemos hablar de admiración ante unos méritos cuya remuneración es ficticia desde el momento en que la percibirá de menos después de la muerte del causante? La finalidad remuneradora, esencial a la donación remuneratoria, desaparece si damos, para quitar, si el deber moral de gratitud o la admiración que despiertan los méritos relevantes del donatario fundamento del móvil remunerador, están apoyados en una ficción que podría traducirse en estos términos: «agradezco tus servicios y admiro tus merecimientos; por eso te hago donación de unos bienes cuyo importe se deducirá de la cuota que te corresponda cuando yo muera» (172).

Aunque es concebible normalmente en estos supuestos la dispensa colacional, también podemos aplicar aquí lo que decíamos para las donaciones en general: desde el momento en que aquélla exista desaparece la idea de colación por expresa voluntad del causante (art. 1.036).

No podemos hablar, por consiguiente, y a mayor abundamiento de razones, de *colación de donaciones remuneratorias*. Sólo es posible hablar de *anticipación de cuota hereditaria para agradecer unos servicios o reconocer méritos relevantes*, sin que sea posible llevar su estimación a la masa hereditaria, si no queremos desvirtuar, como decía Crcv (173), e incluso destruir el *móvil remunerador* y la esencia misma, en consecuencia, de la especialidad que reviste la donación remuneratoria.

(172, Vid., *supra*, ap. I, núm. 2.

(173) Crcv, op. cit., págs. 117-118, y 959, respectivamente.

Concluimos nuestro estudio negando, de *iure condito*, la colación de las donaciones remuneratorias en base a las razones siguientes:

a) Interpretamos el silencio del Código civil en orden a la colación de las donaciones remuneratorias en un sentido negativo, excluyéndola de la fórmula amplia utilizada por el artículo 1.035. El deber de gratitud por unos servicios o la admiración por unos méritos, impulsos del móvil remunerador, desaparecerían—y con ellos la propia donación remuneratoria—si la recompensa por los mismos se diera en un momento anterior y se quitara en otro posterior.

b) Excluidas las donaciones remuneratorias de la revocación por ingratitud y supervivencia de hijos y no considerándolas el legislador fraudulentas e ineficaces respecto de los acreedores del quebrado, al contrario que lo que sucede con las demás donaciones (artículo 880, n. 5 del Código de comercio), creemos aplicable, por analogía, este régimen de favor a las donaciones remuneratorias que el causante haga en vida a sus herederos, quedando exentas de colación.

De *iure condendo*, no creemos se pueda hablar de colación de donaciones, y con mayor razón, de donaciones remuneratorias. Como antes expusimos, si existe colación, no podemos hablar de donación. La colación destruye de por sí la propia esencia de la donación. Se trata, simplemente, de unos mismos bienes integrantes del caudal relicto, cuya disposición, reservada para después de la muerte del causante, se adelantó *inter vivos*. En las donaciones remuneratorias, los servicios o merecimientos del heredero forzoso provocaron en el causante un deber de gratitud o reconocimiento que le mueve a anticipar en vida del mismo una parte del acervo hereditario para recompensarlos, y cuyo valor no es deducible *pos mortem*, a no ser que neguemos los caracteres sustanciales de la donación remuneratoria—en su aspecto general y específico—y apoyemos la liberalidad en un engaño o en un puro mito.

MARIANO ALONSO PÉREZ.

Doctor en Derecho y Profesor Adjunto
de Derecho civil en la Universidad de Salamanca

NOTAS

La reforma del régimen económico-matrimonial de Francia

SUMARIO: I. LA LEY DE 13 DE JULIO DE 1965 SOBRE «REFORMA DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES».—II. ESTRUCTURA DE LA LEY.—III. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA MISMA: A) Disposiciones aplicables, cualquiera que sea el régimen matrimonial adoptado por los esposos: 1. Contribución a las cargas del matrimonio, 2. Alojamiento familiar, 3. Capacidad de los esposos, 4. Representación de los esposos, 5. Actos realizados por las necesidades del hogar o el cuidado de los hijos, 6. Incumplimiento de los deberes matrimoniales, 7. Acción de nulidad, 8. Cuentas bancarias, 9. Seguridad de los terceros, 10. Profesión separada de la mujer: bienes reservados, B) Convenciones matrimoniales: a) Libertad de las convenciones; restricciones, b) Convenciones anexas al régimen matrimonial, c) Capacidad: conflictos de Leyes, d) Forma: conflictos de Leyes, e) Publicidad de las convenciones: conflictos de Leyes, f) Solución ofrecida a los conflictos de Leyes para el caso de que los esposos no hayan celebrado contrato de matrimonio: 1. Regla general, 2. El principio de la Ley de autonomía, 3. Criterios para su determinación, g) Mutabilidad de las convenciones: 1. Modificaciones anteriores al matrimonio, 2. Modificaciones posteriores a la celebración del matrimonio: mutabilidad controlada, 3. Conflictos de leyes, C) La comunidad legal: a) Las tres masas de bienes en los regímenes de comunidad, b) bienes comunes: 1. Activo de la comunidad, c) Bienes propios, Del pasivo de la comunidad: 1. Deudas del marido, 2. Deudas de la mujer, c) Profesión separada de la mujer, d) Independencia de patrimonios privativos, e) Derechos de la comunidad, f) Derechos de los acreedores, D) Gestión de la comunidad: a) Administración de los bienes comunes, b) Disposición de los bienes comunes: valores mobiliarios, c) Administración y disposición de los bienes propios: 1. Bienes propios de la mujer, 2. Medidas adoptadas para la eficacia de la reforma, E) Disolución de la comunidad, F) Liquidación y reparto de la comunidad: indemnizaciones; activo y pasivo; pago de deudas, G) La comunidad convencional: a) La comunidad de muebles y de adquisiciones, b) La comunidad universal, H) El régimen de separación de bienes, I) El régimen de participación en las adquisiciones: patrimonio inicial y final; medios de prueba de éstos; valoración de las adquisiciones; administración y disposición; liquidación.—IV. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE REFORMA Y RÉGIMEN TRANSITORIO: 1. Esposos casados antes de la entrada en vigor de la Ley: si no han otorgado contrato; si han otorgado contrato de matrimonio, Modificación introducida por la Ley de 26 de noviembre de 1965.

I.—LA LEY DE 13 DE JULIO DE 1965.

El Derecho está siempre concebido como el instrumento adecuado para facilitar y armonizar la vida del individuo, de la célula familiar y del Estado, y como se halla influido por la realidad de las condiciones existentes, un campo tan importante del mismo como es el relativo al «Régimen económico-matrimonial» forzosamente tenía que verse sometido a revisión.

De ahí que tras la prodigiosa evolución que se ha ido desarrollando en Francia, tanto en el orden económico, social como en el de las costumbres, la mujer de manera progresiva haya pasado a conquistar los dominios que durante siglos estuvieron reservados al hombre, logrando alcanzar en muchos de aquéllos una plena equiparación con éste. Conseguida la igualdad en materia de enseñanza, profesiones, derechos políticos, etc., quedaba tan sólo el dominio privado contrastando con el derecho público, ya que era absolutamente inexplicable la diferencia de trato entre la condición jurídica de la mujer soltera, viuda o divorciada con el aplicable a la mujer casada.

En el sistema iniciado por el Código de 1804, la mujer al casarse se veía atenazada por una especie de incapacidad civil, y aunque este inconveniente quiso atenuarse por la Ley de 13 de julio de 1907, que introdujo la institución de los bienes reservados, este injerto extranjero fue mal recibido. En 1932 el problema se abordó valientemente en el Proyecto debido a HENRY CAPITANT, en el que ya se perfilaba la cuestión de que la supresión de la incapacidad civil de la mujer casada forzosamente habría de suponer la reforma del régimen matrimonial; pero, desgraciadamente, el legislador actuó de manera tímida, ya que las Leyes de 18 de febrero de 1938 y de 22 de septiembre de 1942 no trataron más que de una parte de la materia. Finalmente, los trabajos de la Comisión de reforma del Código civil han cristalizado en el Proyecto depositado por el Gobierno en 1959, que, a su vez, ha sido la base de los trabajos de la Asamblea Nacional en los años 1960 y 1961.

La Ley de 13 de julio de 1965 sobre «Reforma de los regímenes matrimoniales» constituye, por consiguiente, el feliz coronamiento de una tarea iniciada hace ya mucho tiempo: «La del advenimiento a la plena capacidad jurídica de la mujer casada, finalidad que logra a base de mantener la plena igualdad entre los esposos, de sustituir el régimen de obediencia por el de buena voluntad, de superponer al cuadro rígido de la administración marital una cierta gestión personal de los dos esposos y, finalmente, de evitar la desigualdad de que la mujer había sido víctima al concederle una efectiva autonomía o una necesaria protección».

II.—ESTRUCTURA DE LA LEY.

Esta se compone de veintitrés artículos, el primero de los cuales comprende un conjunto de nuevas disposiciones, aplicables a los esposos cualquiera que sea el régimen matrimonial que hubiesen celebrado. Es ésta la parte imperativa del Proyecto aprobado, probablemente la de mayor novedad y, sin duda alguna, la de más importancia.

En ella se modifican dentro del Libro I, capítulo VI del *Código civil*, los artículos 214 a 226, que se encuadran bajo el epígrafe de «Deberes y derechos respectivos de los esposos», perteneciente a la regulación del matrimonio.

El artículo 2.º de la Ley refunde completamente el título V del Libro III del *Código civil*, que se titulará en adelante «Del contrato del matrimonio y de los regímenes matrimoniales», ya que ha parecido indispensable mantener la referencia al contrato de matrimonio, pues solamente por ésta se legitima la colocación del título V a continuación de la materia de contratos.

Dentro de este título se desarrollan por él:

Capítulo I: Las «Disposiciones generales». Artículos 1.387 a 1.399.

Capítulo II:

Primera parte: «La comunidad legal». Artículos 1.400 a 1.496.

Sección I: «De aquello de que se compone la comunidad activa y pasivamente». Artículos 1.401 a 1.420.

Sección II: «De la administración de la comunidad y de los bienes propios». Artículos 1.421 a 1.440.

Sección III: «De la disolución de la comunidad». Artículos 1.441 a 1.491.

En esta nueva redacción se suprimen los artículos 1.450 a 1.466 y 1.492 a 1.496.

Segunda parte: «La comunidad convencional». Artículos 1.497 a 1.535.

Sección I: «La comunidad de muebles y adquisiciones». Artículos 1.498 a 1.502.

Sección II: «De las cláusulas relativas a la administración». Artículos 1.503 a 1.510.

Sección III: «De la cláusula de detracción mediante indemnización». Artículos 1.511 a 1.514.

Sección IV: «Del derecho conferido al sobreviviente de deducir antes de la partición cierta cantidad o ciertos bienes». Artículos 1.515 a 1.519.

Sección V: «De la estipulación de participaciones desiguales». Artículos 1.520 a 1.525.

Sección VI: «De la comunidad universal». Artículo 1.526.

Disposiciones comunes a las dos partes del capítulo II. Artículo 1.527.

Quedan suprimidos los artículos 1.528 a 1.535, relativos al régimen sin comunidad.

Capítulo III: «Régimen de separación de bienes». Artículos 1.536 a 1.541.

Quedan derogados los artículos 1.542 a 1.568, referentes al régimen dotal.

Por el artículo 3.º de la Ley se reforma la materia de «Hipoteca legal», al disponer que en el Libro III del Código civil, título XVIII, capítulo III, relativo a las hipotecas, los artículos 2.121 y 2.122 se incluyan con nueva redacción en la sección I, «De las hipotecas legales», y que los artículos 2.135 a 2.142 formarán la sección V, bajo la rúbrica «De las reglas particulares a la hipoteca legal de los esposos», continuando inalterados en la sección VI los artículos 2.143 a 2.145, también bajo la rúbrica «De las reglas particulares a la hipoteca legal de las personas bajo tutela». En la materia

referente a la cancelación y reducción de las inscripciones, la sección II del capítulo V se titulará en adelante «Disposiciones particulares relativas a las hipotecas de los esposos y de las personas bajo tutela», dándose una nueva redacción a los artículos 2.163 y 2.165.

En el artículo 4.º de la Ley se modifican asimismo una serie de preceptos independientes del Código civil, con objeto de armonizarlos con las nuevas disposiciones; en este sentido, el artículo 243 establece la nulidad de las obligaciones contraídas por el marido a cargo de la comunidad y en fraude de los derechos de la mujer. El artículo 311 determina que en el caso de reconciliación, los esposos continuarán sometidos al régimen de separación, a no ser que convengan un nuevo contrato matrimonial que deberá rodearse de la necesaria publicidad para afectar a los terceros. El artículo 595, atendiendo al deseo de proteger los legítimos intereses del nudo propietario, dispone que los arrendamientos hechos por el usufructuario por un plazo superior a nueve años no serán en caso de cesación del usufructo obligatorios para el nudo propietario, cuando dicho plazo concluya. Asimismo no podrá el usufructuario sin el concurso del nudo propietario dar en arrendamiento una finca rural o un inmueble comercial o industrial, pudiendo, en defecto de acuerdo, ser autorizado por el Juez para realizar tal acto; estas reglas se aplican por el artículo 1.718 del Código civil a los arrendamientos efectuados por el tutor sin autorización del Consejo de familia, y por el artículo 1.424, a los realizados por el marido con el consentimiento de la mujer sobre los bienes comunes. El artículo 818 contiene la prohibición impuesta al marido de no poder proceder a la partición de determinados bienes sin el consentimiento de la mujer. El 1.167 determina que los derechos de los acreedores se ajustarán a lo dispuesto en los títulos «De las sucesiones» y «Del contrato de matrimonio». Finalmente, el artículo 1.990 contiene la norma de que el menor no emancipado puede ser mandatario, si bien el mandante no tendrá acción contra él más que conforme a las reglas generales relativas a las obligaciones de los menores.

El artículo 5.º de la Ley suprime el artículo 7.º del Código de Comercio y redacta nuevamente los artículos 4.º y 5.º, en el sentido de que la mujer puede libremente ejercer el comercio, siendo

reputada como comerciante cuando ejerza un comercio independiente; y la de que bajo todos los regímenes matrimoniales la mujer comerciante puede, por las necesidades de su comercio, enajenar y obligar todos sus bienes personales. Bajo los regímenes de comunidad puede también enajenar y obligar sus bienes reservados, e igualmente el conjunto de bienes comunes e incluso los propios del marido en los casos del artículo 1.420 del Código civil, cuando por declaración mencionada en el Registro de Comercio conste su consentimiento expreso a la actividad mercantil de su esposa.

Por último, el artículo 406 del Código Penal se aplicará, según el artículo 6.º de la Ley de Reforma, a los esposos que, contrariamente a lo dispuesto en los artículos 220-1 y 2 del Código civil, hayan destruido, sustraído o intentado destruir o sustraer los objetos confiados a su guarda.

III.—ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY.

La idea fundamental perseguida por esta Ley es la de conseguir la plena igualdad entre los esposos, a base del incremento de las facultades atribuidas a la mujer casada; problema menos simple de resolver de lo que a primera vista parece, ya que la consagración de la independencia total de cada uno de los esposos no aportaría más que una solución aparente, pues ello equivaldría a olvidar la necesidad de fijar un régimen matrimonial, es decir, el régimen de bienes de las personas casadas que vivan en común.

A. El texto de la Ley se esfuerza en dar una solución adecuada a los problemas que puedan plantearse, y así, en primer lugar, establece un conjunto de *«Disposiciones aplicables cualquiera que sea el régimen matrimonial adoptado por los esposos»*—las de los artículos 214 a 226 del Código civil—, que en el fondo vienen a establecer el verdadero estatuto de las personas casadas, en el que se reconoce una mayor libertad a la mujer en interés no sólo de ésta, sino en el superior de la familia.

Estas disposiciones se podrían agrupar de la siguiente manera:

1. *Contribución a las cargas del matrimonio.*—Si las convenciones matrimoniales no determinan otra cosa, los esposos habrán de contribuir a las cargas en proporción a sus recursos, si bien estas cargas pesarán a título principal sobre el marido (artículo 214).

2. *Alojamiento familiar.*—La elección de la residencia familiar corresponde al marido, y solamente en el caso de peligros de orden físico o moral la mujer y sus hijos tendrán la residencia que el Juez fije (artículo 215).

3. *Capacidad de los esposos.*—El matrimonio no menoscaba la capacidad jurídica de los esposos, ya que solamente sus poderes pueden limitarse por el régimen matrimonial al que se encuentran sometidos. En este sentido el artículo 216 declara que cada esposo tiene plena capacidad de derecho, pero sus derechos y poderes pueden limitarse por efecto del régimen matrimonial y por las disposiciones de orden general aplicables a todos los regímenes.

4. *Representación de los esposos.*—Los artículos 217 y 219 diferencian dos hipótesis: el que se rehuse por uno de los cónyuges prestar consentimiento a un acto que el otro quiere realizar o que la falta de consentimiento sea debida a ausencia o imposibilidad para manifestar su voluntad. Los efectos del acto realizado son distintos en uno y otro caso.

En el primer supuesto, el acto se realiza por el esposo que haya obtenido la autorización judicial, siendo oponible al otro cuyo consentimiento falta y sin que este último quede obligado a título personal. Este criterio responde a la idea de que una rehusa maliciosa o una simple abstención perjudica no sólo al otro cónyuge, sino a la familia entera; por ello, se autoriza en semejantes casos al cónyuge del esposo malintencionado o negligente el obtener autorización para realizar por sí mismo el acto, siempre que éste se justifique por el interés de la familia.

Así, el artículo 217 dispone que cualquiera de los esposos puede ser autorizado por el Juez para realizar un acto para el cual precise el consentimiento del otro, si éste no puede manifestar su voluntad o si su oposición no se justifica por el interés de la fa-

milia. Conviene igualmente destacar que este artículo es aplicable a los actos de toda naturaleza sin que se circunscriba, como el antiguo artículo 217, tan sólo a los actos de disposición.

El artículo 219 señala que si uno de los esposos se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad, el otro puede ser habilitado como representante por el Juez, bien de una manera general o tan sólo para ciertos actos particulares y con las limitaciones que éste determine. Lo que implica que el esposo cuyo consentimiento falta podrá estar personalmente obligado por el acto intervenido.

La representación voluntaria se recoge en el artículo 218, ya que permite que cualquiera de los esposos conceda mandato al otro para que lo represente en el ejercicio de los poderes que el régimen matrimonial le atribuye.

Finalmente, en defecto de representación legal, mandato o habilitación judicial, los actos realizados por uno de los cónyuges en representación del otro surtirán efecto conforme a las reglas de la gestión de negocios.

5. *Actos realizados por las necesidades del hogar o el cuidado de los hijos.*—El sistema del poder doméstico de la mujer ha sido sustituido por el principio de que cada uno de los esposos puede sin consentimiento del otro realizar por sí los contratos relativos al hogar o a los hijos, quedando cada esposo obligado solidariamente respecto a los terceros. Esta solidaridad, según el artículo 220, no desaparece más que en los casos límite, de gastos manifiestamente excesivos en proporción al tren de vida del hogar, gastos inútiles o en el caso de contratos realizados con terceros de mala fe. Otra innovación esencial se establece con objeto de evitar las compras irreflexivas, ya que toda compra de objetos destinados al hogar no será válida más que con el consentimiento de ambos cónyuges, por lo que aquel que no haya prestado consentimiento puede impedir la anulación del contrato.

6. *Falta de uno de los esposos a sus deberes, poniendo en peligro los intereses de la familia.*—Si un esposo pone en peligro los intereses de la familia, lo cual puede ser la consecuencia a la falta de sus deberes matrimoniales, el artículo 220-1 dispone que

se impondrá judicialmente la adopción de todas las medidas urgentes en interés de la familia, especialmente la prohibición de realizar sin consentimiento del otro los actos de disposición sobre bienes propios ni sobre los de la comunidad, muebles e inmuebles.

7. *Acción de nulidad.*—El artículo 220-3 declara que podrán anularse los actos ejecutados en violación de lo anteriormente dispuesto. El ejercicio de esta acción tendrá lugar en los dos años a partir del día en que se hubiese tenido conocimiento del acto, sin que pueda interponerse, si se trata de un acto sujeto a publicidad, después de los dos años de su publicación.

8. *Cuentas bancarias.*—Cada esposo puede abrir sin el consentimiento del otro una cuenta de depósito o de títulos a su nombre, teniendo el depositante a los efectos del depositario la libre disposición de los fondos y de los títulos depositados (artículo 221).

Esta presunción excluye toda eventual responsabilidad del banquero, que no podrá impedir a los esposos manejar libremente sus fondos o valores mobiliarios, presumiéndose, por consiguiente, que la mujer, al igual que el marido, tiene plena disposición sobre los fondos o títulos depositados. Hay que notar que la expresión cuentas en depósito comprende las cuentas de cheques.

Respecto a las cuentas de títulos, la mujer podrá vender libremente los títulos depositados en su cuenta; pero si rescata otros sin hacer declaración de su inversión, estos títulos tendrán el carácter de adquisiciones de la comunidad, en cuyo caso la venta ha de realizarse con consentimiento del marido. Pero ~~tan~~ sólo éste podrá exigir la remesa de los valores si prueba que son comunes y si la mujer, por su parte, no ha adoptado la medida de establecerlos como bienes reservados.

9. *Seguridad de los terceros.*—Si uno de los esposos se presenta solo para efectuar un acto sobre un bien mueble que detenta, se considera a efectos de los terceros de buena fe que tiene poder para realizarlo (artículo 222). Se exceptúan únicamente los bienes del artículo 215-3, cuya naturaleza hace presumir la propiedad del otro cónyuge, conforme al artículo 1.402.

10. *Profesión separada de la mujer.*—Esta tiene el derecho a ejercer una profesión sin el consentimiento de su marido, pudiendo siempre, por las necesidades de esta profesión, enajenar y obligar sus bienes personales.

Cada uno de los esposos percibe sus ganancias y salarios, de los que puede disponer libremente después de haber contribuido a las cargas del matrimonio.

Los bienes que la mujer adquiera en el ejercicio de una profesión separada están reservados a su administración, goce y disposición, sin perjuicio de las limitaciones de los artículos 1.425 y 1.503 (artículos 223 y 224).

La característica de estos *bienes reservados* es la de que en ninguna circunstancia el marido puede exigir su administración, a no ser que en el contrato de matrimonio hubieren los futuros esposos estipulado la cláusula de administración conjunta—artículo 1.503—, mutua representación—artículo 1.504—o la de unidad de administración—artículo 1.505—. Esta institución de los bienes reservados, pese a sus imperfecciones, se ha mantenido en la reforma por la utilidad que conserva en ciertos casos dignos de interés, especialmente en el de la mujer que, abandonada por su marido, vive separada de hecho. Al mismo tiempo, se ha corregido el defecto de equidad que planteaba el sistema de estos bienes, a base de suprimir el privilegio desigual concedido a la mujer de conservar sus bienes reservados por medio de la renuncia a la comunidad, ya que por este camino las economías hechas por el marido sobre sus ganancias y salarios caían en la comunidad, mientras que las hechas por la mujer constituían sus bienes reservados, que en caso favorable podía conservar mediante la indicada renuncia.

B. *Convenciones matrimoniales.*

Los futuros esposos pueden fijar su régimen matrimonial en un contrato—el contrato de matrimonio—, en cuyo caso su régimen es el convencional. Si no lo hacen así, la Ley determina por sí misma el régimen aplicable, surgiendo el régimen legal, que es el de la comunidad reducida a las adquisiciones. Este régimen legal tiene igualmente base contractual, ya que a los futuros esposos

que no han celebrado el contrato de matrimonio se les considera como adoptantes de un régimen tácito (artículos 1.387 y 1.393 del Código civil).

a) *Libertad de las convenciones matrimoniales.*

Los futuros esposos son libres de fijar su régimen matrimonial; sin embargo, esta libertad no es absoluta, ya que prácticamente al celebrar el contrato de matrimonio habrán de adoptar uno de los regímenes-tipo «prefabricados» previstos por el Código, sin perjuicio de las modificaciones que puedan introducir sobre determinados puntos.

Son *restricciones* que afectan a esta libertad:

1. Las reglas imperativas sobre organización de la familia y su patrimonio, contenidas en los artículos 212 y siguientes, que por ser de orden público se impondrán en todos los regímenes.

2. Los futuros esposos no pueden estipular nada contrario a las buenas costumbres (artículo 1.387).

3. Les está igualmente prohibida toda estipulación referente al dominio extrapatrimonial; así, el artículo 1.388 prohíbe expresamente las estipulaciones relativas a la derogación de los derechos y deberes que resulten para ellos del matrimonio y las referentes al poder paterno, administración legal o tutela.

b) *Convenciones anexas al régimen matrimonial.*

El contrato matrimonial puede contener, al lado de las estipulaciones relativas al régimen de los bienes, otras convenciones:

1. El artículo 1.389 prohíbe todas las convenciones modificadoras de las reglas del proceso sucesorio.

2. Sin embargo, se puede estipular que a la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente pueda adquirir ciertos bienes del premuerto con la carga de tener en cuenta en la sucesión su valor (artículo 1.390). Las condiciones de ejercicio de este derecho se determinan en los artículos 1.391 y 1.392.

Esta cláusula tiene la finalidad de permitir al sobreviviente conservar estos bienes, dependientes de la comunidad o de la

sucesión del cónyuge; es, por consiguiente, de una utilidad evidente, ya que evita que al fallecimiento de uno de los esposos se desmembre la empresa, comercio o negocio que constituye la base de la familia.

c) *Capacidad.*

Se mantiene por el artículo 1.398 el criterio de *Habilis ad nuptias*, *habilis ad pacta nuptialia*, pero el menor deberá estar asistido por aquellas personas cuyo consentimiento sea necesario para la validez del matrimonio. Si falta esta asistencia, la anulación solamente podrá pedirse por el menor o por las personas indicadas hasta la expiración del año siguiente a la mayoría de edad.

Aquel a quien haya sido nombrado ur. Consejo judicial no puede sin esta asistencia otorgar convenciones matrimoniales, pudiendo, en caso contrario, él o dicho Consejo pedir la anulación en el año del matrimonio (artículo 1.399).

Respecto a los *conflictos de Leyes*, el artículo 3.º del Código civil dispone que las Leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los franceses incluso residentes en país extranjero. El Derecho francés admite igualmente la solución recíproca, es decir, que la capacidad de los extranjeros depende de su Ley nacional para otorgar un contrato en Francia.

d) *Forma.*

1. Las convenciones matrimoniales serán redactadas ante Notario, con la presencia y el consentimiento simultáneos de todas las personas que sean partes o de sus mandatarios (artículo 1.394-1).

2. Se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y no surtirán efecto hasta el día de la celebración de éste (artículo 1.395).

Respecto a la *fecha de otorgamiento*, en principio, las reglas que determinan la fecha de celebración del contrato, como reglas de forma, se someten al sistema *locus regit actum*; sin embargo, esta regla en la actualidad se halla abandonada, ya que la legislación francesa teme que por firmar un contrato después del matrimonio, uno de los esposos se vea inclinado a seguir más o me-

nos ciegamente las sugerencias del otro; ésta es la razón de que exija que el contrato sea otorgado antes del matrimonio.

3. Las reglas de forma necesarias para la validez del contrato están determinadas por la Ley del lugar de conclusión de éste, principio recogido en la fórmula *Locus regit actum* y mantenido explícitamente por el Código civil.

Esta regla se basa en la mejor garantía de las partes, que pueden siempre someterse fácil y rápidamente a las formalidades contractuales del país donde se encuentren; pero tampoco existe ninguna razón para invalidar el contrato que hubiesen otorgado conforme a su legislación personal, ya que la regla anterior no tiene más que un carácter facultativo.

Como consecuencia, dos franceses en el extranjero pueden otorgar su contrato bajo la forma prevista por la legislación de dicho país, sea ésta la forma auténtica ante Notario o ante el Cónsul de Francia; pueden igualmente otorgarlo mediante acto privado, si la legislación del país así lo permite (caso de Inglaterra). Del mismo modo, dos extranjeros que se casen en Francia pueden adoptar la forma prescrita por la legislación de su país; pero si eligen la Ley francesa, su contrato deberá otorgarse ante Notario.

e) *Publicidad de las convenciones matrimoniales.*

El contrato de matrimonio regula en el aspecto patrimonial la situación de los esposos, siendo, por ello, indispensable que los terceros tengan conocimiento del mismo, ya que por ignorancia del régimen matrimonial de la persona con la cual negocian podrían realizar un contrato nulo, pues el que con ellos contrata puede estar privado de la propiedad de los bienes que sean objeto de la convención o de los poderes necesarios para concluirla. Por otra parte, los acreedores tienen necesidad de conocer el régimen matrimonial para poder hacer efectivos sus créditos sobre los bienes, y asimismo la seguridad del comercio jurídico demanda la plena publicidad en los contratos de matrimonio.

La legislación francesa prevé la publicidad del contrato matrimonial bajo una doble forma.

El funcionario del Estado civil que extiende el acta de matrimonio debe pedir a los esposos, si han otorgado contrato, que presenten el certificado del Notario y hacer mención del mismo en el acta matrimonial.

Todo comerciante que se inscriba en el Registro de Comercio debe hacer mención de su régimen matrimonial; aún más, si el Notario interviene en el contrato de matrimonio de un comerciante, debe igualmente hacerlo mencionar en el indicado Registro.

El cumplimiento de estas formalidades tiene por finalidad el permitir a los terceros conocer el régimen matrimonial de la persona con quien contraten.

En todo contrato celebrado en Francia, incluso cuando se trata de extranjeros, el Notario debe librar el certificado previsto por el artículo 1.394 del Código civil, y en todo matrimonio celebrado en Francia el funcionario del Estado civil debe mencionar el otorgamiento o no otorgamiento de dicho contrato matrimonial, que igualmente será necesario para la inscripción en el Registro de Comercio, ya se trate de un francés casado en el extranjero o de un extranjero casado sea en el extranjero, sea en Francia. Cuando se trate de franceses o de extranjeros casados fuera de Francia, como puede darse el caso, para inscribirse en el Registro de Comercio, de que carezcan de certificado del Notario, habrán de indicar en su lugar la fecha, sitio de celebración del contrato matrimonial y, en su caso, el régimen elegido o el legal, lográndose de este modo que los terceros se encuentren debidamente informados.

En el caso de un contrato otorgado en Francia, seguido de matrimonio también en Francia, incluso entre extranjeros, la mención deberá realizarse en el acta de matrimonio, y si uno de los esposos es comerciante, el régimen deberá mencionarse en el Registro de Comercio. Si el contrato otorgado en Francia ha sido seguido de matrimonio en el extranjero, la exigencia será la misma para la inscripción en el Registro de Comercio, al igual que cuando el contrato se hubiese otorgado en el extranjero. La mención en el acta de matrimonio no puede tener lugar cuando éste se ha celebrado en el extranjero; en dicho caso, el contrato será evidentemente oponible a los terceros en Francia, pero sin riesgo para ellos, ya que por el solo hecho de que el matrimonio se haya

celebrado en el extranjero cabe la posibilidad de que pueda haberse estipulado allí un contrato no mencionado en el acta, por lo que se les faculta para exigir una declaración sobre este punto a la persona que con ellos contrate. Es asimismo evidente que si alguien hace una declaración falsa incurre en responsabilidad.

Como resumen de lo anterior:

1. Tanto si el contrato ha sido otorgado en Francia o en el extranjero, entre franceses o entre extranjeros, sólo la celebración del matrimonio en Francia comunica la publicidad indispensable al acta de matrimonio, y en caso de matrimonio celebrado en el extranjero, el contrato es oponible a terceros, de acuerdo con la declaración de la persona que con ellos contrate.

2. Cualquiera que sea el lugar de la firma del contrato y el del matrimonio, la mención en el Registro de Comercio para un comerciante es indispensable.

f) *La solución de los conflictos de Leyes para el caso de que los esposos no hayan celebrado contrato de matrimonio se dilucida a través de los siguientes criterios:*

1. *Regla general.*

Los esposos de nacionalidad francesa que se casen en Francia sin haber previamente establecido un contrato de matrimonio, se encuentran obligatoriamente sometidos al régimen legal previsto por los artículos 1400 y siguientes del Código civil.

Cuando se trate de un matrimonio entre esposos de nacionalidad diferente, casados en Francia o en el extranjero, entre dos franceses casados en el extranjero, entre dos extranjeros casados en Francia o en otro país, se plantea el problema de determinar cuál será en estos casos el régimen regulador de los intereses matrimoniales de los esposos.

2. *El principio de la Ley de Autonomía.*

Para el Derecho interno francés, el régimen aplicable es aquel al cual se han sometido voluntariamente o al menos parecen vo-

luntariamente someterse los esposos, si se considera la manera en que han establecido la existencia de su hogar y administrado sus intereses. Este es el sistema de la autonomía, defendido actualmente por la doctrina y la jurisprudencia, ya que se entiende que los esposos que no han celebrado contrato aceptan tácitamente el régimen legal del país donde establecen su domicilio, aplicándose, por tanto, la Ley del domicilio de los esposos. Esta criticada teoría ha sido impuesta por la jurisprudencia en el sentido de que si los esposos localizan sus intereses patrimoniales en un país deben estar sometidos a la legislación de éste.

3. *Criterios para su determinación.*

La aplicación de la Ley de Autonomía debe rodearse de todas las precauciones necesarias para determinar de la manera más precisa la verdadera voluntad de los esposos, adoptándose para ello los siguientes criterios:

— *El del domicilio matrimonial.* Muy difícil, sin embargo, de aplicar en la práctica, dados los frecuentes desplazamientos que caracterizan a nuestra época y el hecho también muy corriente de los numerosos hogares llamados por su actividad a sucesivas residencias en diferentes países que no han sido, por tanto, voluntariamente elegidas. El domicilio es, pues, un índice especialmente importante para determinar la voluntad de las partes, pero está lejos de ser el único.

— *La Ley nacional de uno u otro de los esposos.* Elegida por éstos, manifiesta la intención de localizar sus intereses en el país de uno de ellos.

— Se pueden también tener en cuenta otros numerosos criterios, como el del largo período de permanencia de uno de los esposos antes del matrimonio en un determinado país, donde seguidamente se establece el hogar; el lugar de la celebración del matrimonio; la forma de esta celebración (así, la forma consular, si se elige, puede dar a entender que han querido someterse a su Ley nacional); poseer importantes intereses patrimoniales en un determinado país, etc.

g) *Mutabilidad de las convenciones matrimoniales.*

En estas alteraciones cabe diferenciar dos supuestos, según que tengan lugar antes o después de la celebración del matrimonio.

1. *Modificaciones anteriores.*

Todas las alteraciones que se realicen antes de la celebración del matrimonio se verificarán en la misma forma establecida para el otorgamiento del contrato—artículo 1.396—, no siendo válidas sin la presencia y consentimiento simultáneo de todas las personas que han intervenido en el contrato de matrimonio o sus mandatarios.

Por consiguiente, el acto que constata la modificación es un acto notarial distinto del inicial contrato de matrimonio, ya que en el protocolo del Notario autorizante tendrá número y fecha diferente.

Se impone igualmente al Notario la obligación de transcribir en las copias que expida el cambio o la alteración que se hubiera realizado (artículo 1.396).

2. *Modificaciones posteriores a la celebración del matrimonio.*

Una de las innovaciones de la Ley de Reforma consiste en la introducción de la mutabilidad controlada del régimen matrimonial, a base de alterar el tradicional principio de la inmutabilidad, permitiendo a los cónyuges, bajo el control judicial, modificar el régimen inicialmente adoptado o reemplazarlo por otro, y ello en atención a la necesidad de adaptarlo a las fluctuaciones de la economía, a la situación pecuniaria o a las necesidades e intereses de la familia.

Regla general. Celebrado el matrimonio, ningún cambio puede realizarse, salvo en los casos siguientes:

— Decisión judicial a petición de uno de los esposos; en el caso de separación de bienes, o en el de adopción de las necesarias medidas de protección (artículo 1.396-2).

— Decisión judicial a petición conjunta de ambos esposos (artículo 1.397).

Los argumentos que han motivado la adopción del principio de *mutabilidad* de las convenciones se han basado:

— *En el interés de los esposos*, por prever que puedan haberse equivocado en la elección del régimen elegido o en el supuesto todavía más frecuente de que el régimen, en un principio satisfactorio, pueda seguidamente no responder a las necesidades del hogar; a un cambio de profesión o a la modificación de sus fortunas; por ello, ha parecido adecuada esta medida política destinada a favorecer la estabilidad del hogar, permitiendo a los esposos el adoptar un sistema más conforme a sus intereses.

— *En el interés de la familia*, ya que es indudable que las convenciones habrán de establecerse siempre en interés de los futuros esposos y no en el egoísta de sus parientes, pudiendo la mutabilidad convertirse en una satisfactoria medida que ajuste las convenciones a los cambios experimentados por la situación o condiciones económicas de aquéllos, pero bien entendido que si los parientes que han intervenido en el contrato inicial viven todavía deben ser llamados para la modificación.

— *En interés de los terceros*, que se deja suficientemente protegido, de una parte, por el control judicial, que puede descubrir las maniobras contra ellos dirigidas, y de otra, por las medidas de publicidad que hay que cumplir para todo cambio de régimen.

A estas consideraciones se debe la introducción, por el artículo 1.397, de una *mutabilidad controlada* del régimen matrimonial a través de las siguientes medidas:

1. La que, tendiendo a prevenir las mutaciones caprichosas, impone la exigencia de que el régimen matrimonial no podrá cambiarse o modificarse sino cuando hayan transcurrido dos años del matrimonio (artículo 1.397-1).

2. Que la modificación o cambio se realice en interés de la familia, es decir, en el sentido del interés de los hijos, en el del hogar y, sobre todo, en el conjunto interés de hogar e hijos (artículo 1.397-1).

3. Su forma será la notarial, con el sometimiento a la homologación del Tribunal del domicilio de los cónyuges (artículo

1.397-1). El Juez tan sólo deberá atender a si los esposos se han inspirado en el interés familiar.

4. Para evitar retrasos en dichos cambios o modificaciones es suficiente con que a efectos de la homologación se «llame» a las personas que han intervenido en el contrato modificado, pero no a sus herederos si aquéllas han fallecido (artículo 1.397-2).

5. La modificación produce efecto entre las partes a contar de la decisión judicial, y respecto de terceros, desde que se haya mencionado al margen del acta de matrimonio. Si no se cumple este requisito, no será el cambio oponible a terceros (artículo 1.397-3).

6. La decisión de homologación debe publicarse de acuerdo con el Código de Procedimiento civil, y si uno de los esposos es comerciante, de acuerdo con el Reglamento relativo al Registro de Comercio (artículo 1.397-5).

7. Finalmente, respecto a los acreedores, en el caso de que estimen que ha habido fraude de sus derechos, podrán oponerse a la homologación (artículo 1.397-6).

Un problema que se ha debatido es el de si la mutabilidad del régimen matrimonial trae aparejada o no la revocabilidad de las donaciones que se hayan hecho a favor de los futuros esposos: bajo la expresa condición de que adopten un determinado régimen. En contra de la opinión del Senado, la Asamblea Nacional aplica el Derecho común en materia de revocación.

3. Respecto a los *conflictos de Leyes* en materia de *mutabilidad* de las convenciones, puede señalarse como regla general que los esposos podrán modificar sus convenciones matrimoniales si la Ley del régimen elegido así lo permite.

— *Modificación de la Ley competente.* Toda modificación de la Ley competente se aplica a las uniones existentes con anterioridad. Para reformar los regimenes matrimoniales en Francia deberán los esposos hacer tal declaración ante Notario, siendo factible suponer que si la modificación se permite por la Ley extranjera, los casados bajo el régimen legal de este país deberán hacer tal

declaración para que el nuevo régimen que se les aplique sea reconocido como oponible en Francia.

— *Modificación por la voluntad de los esposos.* Si dos esposos no han otorgado contrato o, según los términos de éste, están casados bajo un régimen extranjero que no establezca el principio de la inmutabilidad matrimonial, el Derecho francés les reconoce la facultad de aprovecharse de las facilidades que les son así concedidas.

Los esposos pueden, pues, en semejantes casos modificar su régimen matrimonial por una simple convención, que para que sea oponible a terceros deberá realizarse con la publicidad prevista por el artículo 1.445 del Código civil.

— *Modificación por acción judicial en separación de bienes.* Del mismo modo, la modificación del régimen por una acción judicial es posible si la Ley del régimen adoptado por los esposos autoriza estas acciones, pero para que sea oponible en Francia a los terceros deberá igualmente publicarse bajo las formas expresadas.

C. *La comunidad legal.*

Partiendo del principio de que la unión de los esposos no puede tener por fin la creación de una sociedad cuyos intereses sean distintos de los de aquéllos, se ha rechazado la idea de dotar a la comunidad de personalidad jurídica, pues aunque esta construcción podría establecer la ventaja de delimitar un derecho de preferencia de los acreedores de la comunidad sobre los acreedores personales de los esposos, es indudable que en la práctica tal derecho provocaría también una serie de dificultades en cuanto a la prueba.

La aplicación del régimen legal tendrá lugar no solamente en defecto de la adopción de otro régimen distinto en capitulaciones matrimoniales, ya que será frecuente que los esposos otorguen un contrato de matrimonio que establezca el régimen legal únicamente con el fin de consignar un inventario detallado de sus aportaciones.

El régimen matrimonial de Derecho común es el de la COMUNIDAD REDUCIDA A LAS ADQUISICIONES.

Se ha considerado preferible mantener como régimen legal un sistema de tipo comunitario, y ello por las siguientes razones:

— Porque el sistema comunitario asegurará a la mujer una situación más favorable, siempre que no ejerza una profesión separada.

— Porque el otro sistema cuya aplicación se debatía, el de la participación en las adquisiciones, aparte de carecer de aplicación práctica, como así lo ha demostrado una encuesta notarial con tal objeto, exigiría para aplicarse cómodamente un preliminar contrato de matrimonio y el que los esposos fuesen buenos contables durante toda la vida conyugal, mientras que, por el contrario, la sola presunción de comunidad aporta un indispensable elemento de simplificación.

a) *Las tres masas de bienes en los regímenes de comunidad.*

La existencia de bienes comunes de los esposos constituye la característica de los regímenes de comunidad, sin que sea necesaria su existencia actual y sí únicamente la posibilidad de ésta.

Al lado de los bienes comunes se encuentran los propios de los esposos, ya sean privativos del marido o de la mujer.

Pero no solamente habrán de encuadrarse en una de esas tres masas los bienes que se aporten al matrimonio, es decir, aquellos de los que los cónyuges sean titulares el día de su celebración —bienes presentes—, sino también los que se adquieran durante el curso del matrimonio—bienes futuros—, jugando esta inclusión no solamente para los bienes que puedan componer el activo de la comunidad, sino para el pasivo, es decir, las deudas presentes o futuras.

Existe, por consiguiente, una masa de bienes autónoma, perfectamente diferenciada de las masas de bienes privativos de los esposos y que podría considerarse como la formada por los bienes del marido y de la mujer que especialmente están afectados a la familia.

b) *Bienes comunes. Activo de la comunidad.*

1. La delimitación del activo de la comunidad se efectúa por los artículos 1.401 y 1.403 del Código civil, que consideran como bienes integrantes de la misma:

— Las adquisiciones hechas por los esposos conjunta o separadamente durante el matrimonio y procedentes tanto de su industria personal como de las economías y rentas de sus bienes propios.

— Los bienes reservados de la mujer, que, si bien están sometidos a una gestión distinta—artículo 224—, forman parte de las adquisiciones (artículo 1.401).

— Los frutos y rentas percibidos y no consumidos (artículo 1.403).

— Todo bien mueble o inmueble, mientras no se demuestre que pertenece privativamente a uno de los esposos (artículo 1.402).

De los anteriores preceptos se desprende que tan sólo las adquisiciones son comunes, perdiendo la comunidad su derecho de goce sobre los bienes propios de los esposos. La adopción de este criterio se debe a la necesidad de hacer efectiva la autonomía de la mujer casada, lo cual es una de las finalidades esenciales perseguida por la Ley de Reforma; se ha juzgado, por ello, técnicamente indispensable suprimir el derecho de goce anteriormente conferido a la comunidad sobre el patrimonio privativo de uno y otro de los cónyuges, ya que en el fondo el mantenimiento de este usufructo de la comunidad inevitablemente habría conducido a alguna de las siguientes situaciones:

— La mujer no podría disponer sin el consentimiento del marido más que de la nuda propiedad de sus bienes privativos, lo cual realmente no ofrece gran interés en la práctica de los negocios.

— No podría nunca conservar como propias las sumas identificadas provenientes especialmente de la venta de sus bienes personales (conservarlas como propias, por ejemplo, a fin de proceder ella misma a su reemplazo), puesto que estas sumas, en virtud de las reglas del *cuasi* usufructo, se convertirían automáticamente

en propiedad del marido; estaría, pues, obligada a devolver al marido, cuando las percibiese, las rentas de estos bienes, y ello suponiendo que la percepción de tales rentas no releve del goce.

Por tanto, de aquí en adelante, según el artículo 1.403, cada uno de los esposos conservará la propiedad de sus bienes peculiares, no teniendo la comunidad derecho más que a los frutos percibidos y no consumidos, es decir, a los frutos capitalizados y a las economías hechas sobre las rentas de los bienes personales. Esta solución marca, en definitiva, un retorno a la concepción pura de la comunidad de adquisiciones, concepción que la incapacidad de la mujer había imposibilitado.

Un problema se presenta al tratar de precisar el término *economías*, y es el de cómo determinar si el dinero proveniente de las rentas de los bienes propios es o no economía y, por tanto, adquisición.

Para su solución es necesario diferenciar dos clases de relaciones: las de los esposos entre sí y la del esposo propietario con los terceros.

En esta última hay que combinar las disposiciones de los artículos 1.401 y 1.403 con las presunciones de los artículos 221—rentas ingresadas en cuenta corriente—y 222—rentas percibidas en moneda—. De estas presunciones resulta, y esto es extremadamente importante para la mujer, que los terceros, al igual que los banqueros y los Notarios, no podrán indagar si el dinero proveniente de renta ha tomado o no el carácter de adquisición, con lo cual se asegura la independencia de los esposos deseada por la Ley.

En la esfera interna de las relaciones de los esposos es el artículo 1.403 el que establece la responsabilidad de éstos, a la disolución de la comunidad, por los frutos que negligentemente hubieren dejado de percibir o fraudulentamente hubieren consumido, sin que se autorice la indagación por un periodo superior a los cinco últimos años.

Respecto a la *presunción de comunidad*, el artículo 1.402-2 determina la forma en que habrá de realizarse la prueba de la propiedad de los bienes de los esposos, a base de supeditar el interés de los terceros—acreedores—al primario interés de la familia. Así, para el caso de que se trate de bienes que no lleven en sí mismos

prueba o marca de su origen diferencia las dos siguientes situaciones:

— En primer lugar, la prueba escrita no se exigirá más que en la hipótesis en que haya contienda sobre la propiedad personal de los esposos, pues en ausencia de aquélla, el Notario podrá admitir la prueba del carácter propio de un bien sin necesidad de que ningún documento le sea presentado, con lo que se le concede un papel de árbitro y conciliador.

— En segundo lugar, en caso de contienda, la prueba podrá acreditarse de otro modo que por escrito, ya que se concede al Juez la posibilidad de admitirla por testimonio o por presunción cuando le conste que uno de los esposos ha estado en la imposibilidad material o moral de procurarse un documento, como ocurrirá cuando la mujer abandona a su marido la gestión de sus bienes propios.

La prueba documental se admite con un criterio de gran amplitud, abarcando tanto el inventario; escritos de todo género, especialmente títulos de familia, papeles domésticos, así como documentos bancarios y facturas. El interés de la exigencia de esta prueba escrita es la de evitar las discusiones entre los esposos respecto a los bienes cuyo origen es incierto, pues precisamente una de las ventajas del régimen de comunidad es la de eliminar las contiendas acerca de la propiedad personal de uno de los esposos, litigios que demasiado frecuentemente surgen en el régimen de separación de bienes.

c) *Bienes propios.*

Los artículos 1.404 a 1.408 del Código civil determinan los bienes que habrán de considerarse propiedad privativa del marido o de la mujer, que podrían sistematizarse de la siguiente manera:

1. Todos los bienes que tengan un carácter personal y todos los derechos exclusivamente atribuidos a la persona.
2. Los vestidos y ropas de uso personal. Expresamente no se han incluido las joyas, ya que pueden constituir una inversión.
3. Las acciones de reparación de un daño corporal o moral.
4. Los créditos y las pensiones intransmisibles.

5. Los instrumentos de trabajo necesarios a la profesión de uno de los esposos, siempre que no sean accesorios de un comercio o explotación de la comunidad. Esta regla permite, por ejemplo, a un abogado o a un médico conservar su biblioteca después de la disolución de la comunidad.

6. Los bienes que en propiedad o posesión pertenecían a los esposos el día de la celebración del matrimonio.

7. Las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio por cualquiera de los esposos a título de sucesión, donación o legado. Salvo estipulación en contrario, los bienes serán comunes cuando la liberalidad se haya hecho conjuntamente en favor de los dos esposos.

8. Los bienes dejados o cedidos por el padre o madre u otro ascendiente a uno de los esposos, ya sea para reemplazar los que debe, ya sea con la carga de pagar las deudas del donante a un extraño.

9. Los bienes adquiridos a título de accesorios de un bien propio; así, los nuevos valores y los restantes incrementos corresponderán a los valores mobiliarios propios. El concepto de accesorios de propios es necesario diferenciarlo del de anexiones de propios, expresión que no es del todo precisa. En los contratos de matrimonio que adoptan la comunidad de adquisiciones, las partes insertan frecuentemente una cláusula llamada de las anexiones de propios, por medio de la cual prevén la adquisición de tal bien en el curso del matrimonio, de tal parcela contigua, etc., decidiendo por adelantado que esta adquisición prevista tendrá el carácter de privativa, perteneciendo exclusivamente al esposo en cuyo favor se estableciere. Pero esta cláusula, que limita la presunción de las adquisiciones reduciendo el activo de la comunidad, no puede razonablemente admitirse más que en los regímenes convencionales con una limitación a ciertos bienes, indicaciones concretas, publicidad, etc., pero no en un régimen legal; de ahí que no se haya incluido en el artículo 1.404-2 del Código civil.

10. Por subrogación real, los créditos e indemnizaciones que reemplacen a los propios, así como los bienes adquiridos en empleo y reempleo, con arreglo a los artículos 1.434 y 1.435.

11. El adquirido en permuta con un bien propio de uno de los esposos, salvo la recompensa debida a la comunidad o para ella si hay indemnización. Sin embargo, si la indemnización puesta a cargo de la comunidad es superior al valor del bien cedido, el bien adquirido a cambio cae en la masa común.

12. La adquisición hecha a título de licitación, o de otro modo, de parte de un bien del cual uno de los esposos era propietario indiviso, no constituye una adquisición, salvo la recompensa debida a la comunidad por la suma que haya podido entregar.

Del pasivo de la comunidad.

Como regla general se excluyen del pasivo común las deudas anteriores al matrimonio, así como aquellas que gravan las sucesiones y liberalidades que reciban uno u otro esposo durante el matrimonio.

El *pasivo común* se constituye:

- Con las deudas nacidas de alimentos debidos por los esposos.
- Con las contraídas por ellos para el mantenimiento del hogar y la educación de los hijos (artículo 1.409).

Respecto a las deudas contraídas durante la comunidad por el marido o la mujer hay que diferenciar:

Serán a cargo de un solo esposo las que graven las sucesiones y liberalidades que aquel reciba (artículo 1.410).

1. Deudas del marido.

El pago de las deudas contraídas por cualquier causa por el marido durante la comunidad se podrán dirigir sobre los bienes comunes, a menos que haya habido fraude del marido y mala fe del acreedor, y a salvo de la indemnización debida a la comunidad si ha lugar (artículo 1.413-1).

2. Deudas de la mujer.

a) El pago de las deudas de la mujer contraídas durante la comunidad podrá hacerse efectivo sobre el conjunto de los bienes comunes en los siguientes casos:

— Si la obligación es de aquellas que se contraen sin ninguna convención.

— Si la obligación se ha convenido con el consentimiento del marido o con habilitación judicial.

— Si ha sido contraída para el mantenimiento del hogar o la educación de los hijos, según el artículo 220.

b) Todas las otras deudas de la mujer no obligan más que a los bienes que detente en propiedad y a sus bienes reservados (artículo 1.415).

c) La mujer que ejerza una *profesión separada* obliga a sus bienes propios y reservados con sus obligaciones profesionales.

El pago de estas obligaciones puede también hacerse efectivo sobre el conjunto de la comunidad y sobre los propios del marido, si éste ha dado su consentimiento expreso al acto realizado por la mujer, o incluso en ausencia de acuerdo, si está comprometido en el ejercicio de la profesión. Responde igualmente si por declaración mencionada en el Registro de Comercio ha dado su consentimiento expreso a su mujer para el ejercicio del comercio (artículo 1.420).

Ha parecido excesivo permitir a los acreedores de la mujer el hacer efectivos sus créditos sobre los bienes personales del marido cuando éste ha dado su consentimiento expreso al ejercicio por su mujer de una profesión separada, ya que una disposición **semejante incitaría al marido a oponerse al ejercicio de tal profesión por su mujer, lo cual iría directamente en contra del principio perseguido por la Ley, que tiende precisamente a dar a la mujer más libertad.**

d) La *independencia del patrimonio* privativo de los cónyuges se determina en el artículo 1.418, ya que las deudas que entren en la comunidad por causa de uno de los esposos no pueden perseguirse sobre los bienes del otro. Si hay solidaridad se considera que la deuda ha entrado en la comunidad por causa de ambos (artículo 1.418).

e) *Derechos de la comunidad.*

— Se debe resarcir a la comunidad cuando ha adquirido la deuda personal de uno de los cónyuges (artículo 1.412).

— La comunidad que haya adquirido una deuda por la que puede resultar perseguida, tiene derecho a indemnización siempre que la obligación se hubiere contraído en interés personal de uno de los esposos, así como para la adquisición, conservación o mejoramiento de un bien propio (artículo 1.416).

— La comunidad tiene derecho a indemnización cuando hubiere pagado las multas en que incurrió un esposo por razón de infracciones penales o por las reparaciones y desembolsos a los que haya sido condenado por delitos y *cuasi* delitos civiles, y también si la deuda se ha contraído por uno de los esposos menospreciando sus deberes matrimoniales (artículo 1.417).

f) *Derechos de los acreedores.*

— Cuando las deudas provengan de las sucesiones y liberalidades que correspondan a los cónyuges no pueden los acreedores hacer efectivo su cobro más que sobre los bienes propios de su deudor. Pueden, sin embargo, tomar los bienes de la comunidad cuando el mobiliario que pertenece a su deudor o que le ha correspondido por sucesión o liberalidad está confundido en el patrimonio común y no puede identificarse según las reglas del artículo 1.402 (artículo 1.411).

— Los bienes reservados no pueden tomarse por los acreedores del marido, a no ser que la obligación se hubiere contraído para mantenimiento del hogar o la educación de los hijos (artículo 1.413-2).

— Los acreedores pueden hacer efectivo el pago de las deudas que la mujer ha contraído con el consentimiento del marido, tanto sobre los bienes de la comunidad como sobre los de éste o de la mujer, salvo la indemnización debida a la comunidad o al marido.

Si se han contraído por la mujer con habilitación judicial—artículo 217—, el cobro no puede perseguirse más que sobre los propios de la mujer y sobre los bienes de la comunidad (artículo 1.419).

D. *Gestión de la comunidad.*

La reforma se basa en el incremento de los poderes de la mujer, tanto en lo que concierne a la gestión de la comunidad como en lo relativo a la gestión de su propio patrimonio, disminuyendo, por consiguiente, los poderes del marido sobre los bienes comunes.

a) *Administración de los bienes comunes.*

El marido es mantenido a la cabeza de la comunidad, si bien su poder de disposición está sensiblemente limitado, de la misma manera que lo había sido ya en el Proyecto de 1959. En este sentido, el artículo 1.421 limita los poderes del marido a los actos de administración, ya que los actos de disposición—artículo 1.424—no pueden realizarse más que con el concurso de ambos esposos. A esto se añade que el marido, en tanto que simple administrador de la comunidad, es declarado responsable de las faltas que pueda cometer en su gestión—artículo 1.421—, desapareciendo así la vieja idea de marido propietario de los bienes comunes que había hecho admitir su irresponsabilidad.

No se ha seguido el criterio de especificar cuáles son las faltas que generan la responsabilidad del marido como administrador, habiendo, por ello, de tenerse en cuenta que si el marido es un simple administrador a título gratuito de bienes comunes, su responsabilidad no nacerá más que de faltas características, a diferencia de lo que ocurre con la administración retribuida, que dará lugar a responsabilidad cualquiera que sea el tipo de la falta cometida. Además, si se tiene en cuenta que la comunidad equivale en el fondo a una sociedad en la que el marido aparece como gerente, sería justificado someterle a una responsabilidad semejante a la del gerente de sociedad, no pudiendo, por tanto, ser perseguido por todas las faltas cometidas si éstas se debieron a error o revisten escasa importancia.

Lo que sí ha parecido útil a la Ley de Reforma es el consagrar explícitamente la condena tradicional del fraude; como consecuencia, en la administración de la comunidad por el marido cabe distinguir:

1. Si en su gestión manifiesta la ineptitud o el fraude, la mujer podrá hacerse transferir por el Juez la administración—artícu-

lo 1.426—. Derecho similar le corresponde al marido si existe ineptitud o fraude de la mujer en la gestión de sus bienes privativos (artículo 1.429).

2. Por otra parte, se concede a los futuros esposos el derecho de consignar en el contrato de matrimonio si desean poner la gestión de sus bienes comunes en armonía con un estilo de vida más comunitario, de convenir:

— La cláusula de la mano común, o sea, que la comunidad sea administrada conjuntamente por ellos (artículo 1.503).

— La cláusula de mutua representación, para el caso de que deseen mantener la igualdad, concediéndose recíprocamente la administración de la comunidad (artículo 1.504).

— La cláusula de unidad de administración, concediendo al marido la administración de los bienes propios de la mujer. Esta cláusula tiene por objeto hacer entrar en el activo común el goce de los bienes propios de ambos esposos, y en el pasivo común, las cargas usufructuarias correspondientes (artículo 1.505).

b) *Disposición de los bienes comunes.*

Como antes se indicó, el poder de disposición del marido sobre los bienes comunes se encuentra sensiblemente limitado, y aun cuando se le reconoce por el artículo 1.421-2 la facultad de disponer de los bienes de la comunidad, este principio se restringe a base de las siguientes reglas:

1. Los legados realizados por el marido no pueden exceder de su participación en la comunidad (artículo 1.423).

2. *Necesita el consentimiento de la mujer para:*

— Disponer entre vivos, a título gratuito, de los bienes de la comunidad (artículo 1.422).

— Enajenar o gravar los inmuebles, fondos comerciales, explotaciones dependientes de la comunidad, derechos sociales no negociables, así como los muebles corporales cuya enajenación esté sometida a publicidad.

— Percibir los capitales procedentes de tales operaciones.

— Dar en arriendo un fundo rural o un inmueble de destino **comercial, industrial o artesanal**, rigiéndose los arrendamientos realizados por el marido sobre los bienes comunes por las reglas previstas para los otorgados por el usufructuario (artículo 1.424).

Respecto a los *valores mobiliarios*, no se exige la intervención de la mujer para que puedan enajenarse por el marido, ya que, debido a la multiplicidad de operaciones a que pueden dar lugar y a la rapidez de éstas, el exigir el consentimiento, aparte de constituir una excesiva molestia para los esposos, perjudicaría a sus intereses, y ello prescindiendo de que la exigencia del doble consentimiento sería muy difícilmente compatible con las características de los valores mobiliarios y, sobre todo, con los títulos al portador, que se transmiten por simple tradición.

Además, hay que tener en cuenta que las normas del artículo 221 permiten a la mujer tener a su nombre una cuenta de valores mobiliarios, que si son adquiridos con el producto de ganancias o salarios profesionales tendrán el carácter de bienes reservados, por lo que, aun cuando formen parte de la comunidad, podrán administrarse por la mujer bajo su sola firma. Asimismo, si ésta tiene cuidado en conservar las pruebas necesarias en cuanto al origen de los fondos, se mantendrá en un pie de igualdad con su marido; en otro caso, gracias a las presunciones de los artículos 221 y 222, la mujer podrá administrar los valores mobiliarios depositados en su cuenta, incluso si tienen el carácter de bienes comunes ordinarios, pues mientras el marido no se oponga se presumirá que de él ha recibido un mandato tácito para obrar en su lugar.

3. Como reglas especiales en cuanto a la disposición de los bienes comunes:

— Si los esposos han estipulado la cláusula de la mano común, los actos de administración y disposición de estos bienes, comprendidos los bienes reservados, deberán realizarse bajo la firma conjunta del marido y de la mujer, si bien los actos de mera conservación podrán efectuarse separadamente por cada esposo (artículo 1.503).

— Si se han concedido recíprocamente la administración de la comunidad a base de la cláusula de mutua representación, los

actos de disposición habrán de realizarse con el consentimiento de los dos esposos (artículo 1.504).

c) *Administración y disposición de los bienes propios.*

Como *regla general* establece el artículo 1.428 que cada esposo tiene la administración y el goce de sus bienes propios, pudiendo disponer libremente de ellos.

1. *Bienes propios de la mujer.*

La independencia de la mujer casada se determina de una manera concreta y altamente útil, ya que bajo todos los regímenes se presume que posee la capacidad necesaria para la realización de toda clase de actos. Se le concede, por consiguiente, la gestión y la disposición de sus bienes propios, al tiempo que se suprime el usufructo de la comunidad.

Por ello, en lo que concierne a la gestión de su propio patrimonio, el nuevo texto concede a la mujer poderes comparables a aquellos de que dispone el marido sobre sus bienes personales; de ahí que la esposa pueda en adelante administrar libremente sus bienes e igualmente el disponer de ellos. Señalando el artículo 1.425 que, respecto a sus bienes reservados, la mujer para administrarlos tendrá análogos poderes que los que corresponden al marido para la administración de los otros bienes comunes.

Previendo el caso de que haya mujeres que prefieran descargar sobre sus maridos la gestión de sus bienes privativos, la nueva Ley dispone que podrán hacerlo en conformidad con el principio de libertad de las convenciones matrimoniales, mediante la estipulación de la cláusula ya citada de «unidad de administración», recogida en los artículos 1.505 y siguientes, lo cual implicará en el fondo un retorno a la comunidad de estilo tradicional. En este caso, la mujer no obligará más que la nuda propiedad de sus bienes propios y sus bienes reservados, con las obligaciones posteriores al matrimonio, siempre que éstas no sean el resultado de obligaciones profesionales o de deudas que, según el artículo 1.415, deban entrar en el pasivo común, pues en estos casos obligará la plena propiedad de todos sus bienes (artículo 1.506).

Se ha sentido igualmente el temor de que, a la larga, la mujer se canse con los poderes que las Leyes quieren conferirle y abandone sin convención ni juicio la gestión de sus bienes al marido; por ello, el texto presta una particular atención a esta situación, como lo muestran las disposiciones del artículo 1.432, en el que a base del fácil juego del mandato tácito se ha buscado un equilibrio entre la idea de responsabilidad y la necesidad de prevenir una contienda. También con este fin permite el artículo 1.431 que durante el matrimonio uno de los esposos confíe al otro la administración de sus bienes propios, en cuyo caso serán de aplicación las reglas del mandato.

No habría sido tampoco realista el suprimir en nombre de una igualdad absoluta toda medida de protección especial a la mujer, ya que por el estado actual de costumbres se producirá la consecuencia de que durante más o menos tiempo los empleos y reempleos a realizar por cuenta de la mujer sean obra del marido; por ello, el artículo 1.435 continuará en el sentido de salvaguardar el libre control de la mujer.

También se establece que, si bien el marido no es en absoluto responsable del empleo y reempleo que la mujer haya dado a sus bienes propios, si incurrirá en responsabilidad cuando hubiere participado en tales operaciones o cuando se pruebe que las sumas recibidas por él se han tornado en su provecho. Esta norma obedece al deseo de que la completa autonomía concedida a la mujer no impida que en semejantes casos recaiga sobre el marido una responsabilidad—artículo 1.430—, al igual de lo que ordenaba el antiguo artículo 1.450 para el caso de separación de bienes.

El problema que plantea el reempleo es el de facilitar al máximo su prueba, exigiendo para esto el artículo 1.434 la declaración del esposo que lo realiza de que lo ha verificado con sumas propias o procedentes de la enajenación de un bien propio, y que a falta de esta declaración no tendrá lugar más que por el acuerdo de los esposos.

2. *Medidas adoptadas para la eficacia de la reforma.*

Todo este esfuerzo que tiende a la igualdad entre el hombre y la mujer en el régimen matrimonial necesita para su eficacia, con

una visión realista de las cosas, completarse con una serie de medidas exteriores a la estructura misma de los regímenes matrimoniales:

— *Las medidas propias para apaciguar las contiendas.*

A este concepto responden las cortas dilaciones para la reclamación de las rentas, al igual que para el ejercicio de las acciones de nulidad, como así lo prueban una serie de artículos que señalan como plazos para dicha acción:

Artículo 220, el de dos años.

Artículo 215-2, un año.

Artículo 1.398, un año después de la mayoría para la anulación de las convenciones del menor.

Artículo 1.399, un año a contar del matrimonio para la anulación de las convenciones del sometido a consejo judicial.

Artículo 1.403, cinco años a partir de la disolución de la comunidad para fijar la responsabilidad de los esposos respecto a los frutos que hubieren dejado de percibir o fraudulentamente hubieran consumido.

Artículo 1.427, que para el caso de extralimitación de poderes de uno de los esposos corresponde al otro, salvo ratificación, pedir la anulación en el plazo de dos años a contar del día en que haya tenido conocimiento del acto, y sin que pueda iniciarla dos años después de la disolución de la comunidad.

Obedece también a esta finalidad de apaciguar contiendas la exclusión del principio de la prueba testifical en las querellas relativas a la propiedad de los bienes muebles.

— *Las medidas de protección adaptadas a las necesidades de la vida.*

Contra los peligros que pueda causar a los intereses familiares un esposo irreflexivo o malévolo; de ahí la necesidad del consentimiento de los dos esposos para la realización de aquellos actos que puedan comprometer el desenvolvimiento de la familia—artículo 215—y, sobre todo, para las situaciones matrimoniales de crisis, el derecho reconocido a cada esposo de recurrir al Juez a fin de obtener las medidas urgentes y provisorias tendentes a impedir los actos jurídicos de disposición (artículos 1.426 y 1.429).

— *Las medidas que condicionan el equilibrio del régimen matrimonial.*

Es necesario para que el régimen matrimonial sea equitativo que el marido y la mujer se encuentren situados en un plano de igualdad, extremo que reviste una gran importancia en lo que concierne al aspecto económico, al recobro de las sumas adelantadas. En este sentido, el artículo 1.433 señala que la comunidad debe indemnización a los esposos propietarios cuando ha obtenido provecho de los bienes propios; admitiendo la realización de esta prueba por cualquier medio, incluso a través de testimonios y presunciones.

La indemnización de un bien perteneciente al marido se ejercitara sobre la masa de la comunidad, y si la pertenencia es de la mujer podrá dirigirse también sobre los bienes personales del marido en caso de que los comunes resulten insuficientes (artículo 1.437).

Se concede igualmente indemnización a la comunidad siempre que se tome de ésta una suma, sea para pagar deudas o cargas personales de uno de los esposos, sea para la recuperación, conservación o mejora de bienes propios, y siempre que uno de los esposos haya obtenido un provecho personal de los bienes de la comunidad.

— *Las medidas para la seguridad de los terceros.*

Tienden a evitar la resistencia pasiva de los terceros con los cuales la mujer puede contratar (Bancos, Ministerios, acreedores y compradores), ya que legitimamente éstos creen comprometer su responsabilidad o adquirir la cosa de otro si tratan con mujer casada, por lo que tienden a cubrirse con la exigencia de una doble firma. En la misma medida que el texto de la Ley limita los poderes del marido sobre la comunidad, los excluye sobre los bienes propios de la mujer, por lo que podrá igualmente de aquí en adelante nacer la desconfianza en el otro sentido.

Por consiguiente, todo lo que se podrá hacer para acrecentar la seguridad de los terceros forzosamente tiene que ser en el sentido de convertir en más efectiva la autonomía que se conceda a los

esposos, lo cual constituye la finalidad primordial perseguida por la Ley.

Respecto a los *acreedores*, sus créditos se garantizan a través de numerosos preceptos del reformado Código civil, y aparte de los ya citados cabe destacar el artículo 1.419, que mantiene en su favor la igualdad de grado para perseguir los bienes del marido, al propio tiempo que los de la comunidad; a base de la publicidad del régimen matrimonial, artículo 1.394; su derecho de oponerse a la modificación de las capitulaciones, artículo 1.392-2, etc.

E. *Disolución de la comunidad.*

Las causas de disolución se enumeran en el artículo 1.441—muerte, ausencia, divorcio, separación de cuerpos, separación de bienes—, a las que se añade el cambio de régimen matrimonial.

La separación decretada por el Juez surte el efecto—artículo 1.449—de situar a los esposos bajo el régimen de los artículos 1.536 y siguientes, relativos al sistema de separación de bienes.

F. *Liquidación y reparto de la comunidad.*

Prevía a la liquidación de la masa común es la apertura de una cuenta de indemnizaciones o recompensas—artículo 1.468—a nombre de cada esposo y de la comunidad, para hacer constar en ellas el montante de indemnizaciones que puedan deberse, sea por los esposos a la comunidad, sea por ésta a aquéllos.

Este montante de indemnizaciones—artículo 1.469—, conforme con las reglas del enriquecimiento sin causa, es igual a la diferencia existente entre el gasto realizado y el beneficio obtenido.

El problema de la evaluación de las indemnizaciones, hoy día agravado por la disminución del valor adquisitivo de la moneda, se resuelve o se intenta resolver a través de las siguientes reglas:

— Cuando el valor prestado ha servido para adquirir, conservar o mejorar un bien que a la disolución de la comunidad se encuentra en el patrimonio deudor, la recompensa será igual al beneficio que se aprecie el día de la disolución del matrimonio.

— Cuando el bien adquirido se ha enajenado durante la comunidad, el provecho se evalúa el día de la enajenación, y si un nuevo bien sustituye al enajenado, el beneficio será evaluado sobre este último.

En esta previa liquidación de indemnizaciones si la cuenta presenta saldo favorable a la comunidad, los esposos devolverán la diferencia a la masa común, y si el saldo es a favor de los esposos, aquel a quien corresponda puede elegir entre el pago en metálico o el derecho de apropiarse de los bienes comunes hasta dicha concurrencia (artículo 1.470). Derecho que se ejercitará en primer lugar sobre el dinero, muebles y subsidiariamente sobre los inmuebles de la comunidad, gozando la mujer para su ejercicio de preferencia sobre el marido, a la vez que el artículo 1.471 le concede, en caso de insuficiencia de los bienes comunes, el derecho de hacer efectivas las indemnizaciones sobre los bienes del marido.

Finalmente, después de tales detracciones efectuadas sobre las masas de bienes, el sobrante se repartirá por mitad entre los esposos (artículo 1.475).

Una vez que la comunidad se ha repartido los bienes recibidos por los esposos se unen a sus bienes propios para formar en adelante el *activo* de cada uno, siendo también previas o posteriores a esta consolidación las detracciones que al otro esposo puedan corresponder por razón de créditos personales—artículo 1.478—o de liberalidades (artículo 1.480).

Respecto al *pasivo*, como regla derivada de la solidaridad se establece que, en caso de insuficiencia del pasivo común, cada esposo puede ser perseguido por las deudas que por su causa hayan entrado en la comunidad—artículo 1.482—y que solamente podrán serlo por la mitad de las que hayan entrado en la comunidad por causa de su cónyuge—artículo 1.483—. Con esta reciprocidad se defiende tanto a la mujer de la mala gestión de su marido como a éste por las deudas profesionales y delictuales de aquélla.

Tras la formación del inventario en la forma establecida por el Código de Procedimiento—artículo 1.484—, se tendrán en cuenta las siguientes reglas para el *pago de deudas*:

— Cada esposo contribuye por mitad al pago de las deudas de la comunidad (artículo 1.485).

— El que pague más de lo que le corresponda tendrá contra el otro un recurso por la diferencia (artículo 1.487).

— Si uno de los esposos se encuentra perseguido por la hipoteca que grava la finca por deuda de la comunidad, tiene derecho a reclamar del otro la mitad de esta deuda (artículo 1.489).

-- Estas disposiciones no son obstáculo a que, sin perjuicio de terceros, se obligue por cláusula de partición uno u otro de los esposos a pagar una parte de las deudas o a satisfacer enteramente el pasivo (artículo 1.490).

G. *La comunidad convencional.*

En materia de regímenes convencionales comunitarios, la Ley de Reforma deja a salvo los tradicionales en Francia, como ocurre con la comunidad de muebles y adquisiciones y con la comunidad universal. Así establece el artículo 1.497 como regla general que los esposos pueden en su contrato de matrimonio modificar la comunidad legal con toda clase de convenciones que no contraríen lo dispuesto en los artículos 1.387, 1.388 y 1.389, ya examinados.

Pueden igualmente convenir:

1. Que la comunidad comprenda los muebles y las adquisiciones.
2. Que se deroguen las reglas concernientes a la administración.
3. Que uno de los esposos tenga la facultad de detraer ciertos bienes mediante indemnización.
4. Que alguno de los esposos tenga derecho a una mejora.
5. Que los esposos tengan participaciones desiguales.
6. Que exista entre ellos comunidad universal.

En todos estos casos, y con carácter supletorio, serán aplicables las reglas de la comunidad legal en todos los puntos que no hayan sido objeto de convención de las partes.

a) *La comunidad de muebles y de adquisiciones.*

En este régimen comunitario la composición de la masa común es idéntica a la que tenía con anterioridad a la reforma, ya que, como su nombre indica, son bienes comunes todas las adquisiciones y todos los bienes muebles presentes y futuros, es decir, todas las adquisiciones, sean de bienes muebles o de inmuebles, los muebles presentes y los muebles futuros que se adquieran a título gratuito. Este criterio es el que recoge el artículo 1.498, exigiendo únicamente respecto de los muebles que sean de la propiedad o posesión de los esposos el día del matrimonio, y en cuanto a los adquiridos a título gratuito, que el donante o el testador no los hayan excluido de la comunidad.

Son bienes propios los inmuebles, con excepción de los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.

En este artículo resuelve el Código el problema de la naturaleza del inmueble adquirido en el período comprendido entre la firma del contrato y la celebración del matrimonio. Atendiendo al deseo de evitar el fraude a la comunidad, le atribuye carácter común, a menos que la adquisición se haya realizado en ejecución de alguna cláusula del contrato de matrimonio, ya que en este caso se registrará por lo convenido.

Otra de las reformas consiste en el establecimiento de la fracción proporcional del pasivo, por ser ésta más equitativa, y así el artículo 1.499 no incluye en el pasivo de la comunidad más que una parte del pasivo de cada esposo, siempre proporcional a la parte del activo que se ingresa en la comunidad por cada uno de ellos, dejando en todo caso el artículo 1.501 a salvo los derechos de los acreedores. A lo que añade el artículo 1.500 que las deudas que la comunidad tiene como contrapartida de los bienes que recibe estarán definitivamente a su cargo.

Examinadas ya las cláusulas de la «mano común», de la «mutua representación» y de la «unidad de administración» al tratar de la comunidad legal, se establece por el artículo 1.511 una nueva, «la de detracción mediante indemnización», que en el fondo es simplemente una operación de partición, ya que los bienes detruidos son imputados—artículo 1.514—sobre la parte del esposo beneficiario, y si su valor excede de ésta habrá lugar al pago de una

indemnización. También pueden convenir que esta indemnización se impute subsidiariamente sobre sus derechos en la sucesión del cónyuge fallecido.

Consiste este derecho, por consiguiente, en la detracción que de ciertos bienes comunes puede efectuar, si así se ha convenido, el cónyuge sobreviviente o uno de ellos para el caso de disolución de la comunidad, pero con la obligación de tener en cuenta, también salvo pacto, el valor de lo detruido el día de la partición—artículo 1.511—. En defecto de pacto, el valor se fijará por el Tribunal—artículo 1.512—, caducando este derecho si no se ejercita en el plazo de un mes (artículo 1.513).

Semejante a esta cláusula, pero de la que difiere por su carácter gratuito, es la del *Preciput*, es decir, la que establece el derecho de preferencia, también convenido en el contrato de matrimonio, de que el sobreviviente pueda detraer de la comunidad antes de toda partición sea una cierta suma, ciertos bienes o una cierta cantidad de una especie determinada de éstos (artículo 1.515).

La naturaleza jurídica de esta cláusula la determina el artículo 1.516 al señalar que no puede considerarse como donación y sí como una convención de matrimonio entre asociados. Otra de las diferencias que la separan de la cláusula anterior es la de que no habrá lugar al ejercicio de ésta cuando la comunidad se disuelva en vida de los esposos, si bien el beneficiario conservará sus derechos para el caso de que aquélla se restaure, salvo que se hubiera pronunciado en su contra juicio de divorcio o de separación (artículo 1.518).

Se protege asimismo a los acreedores de la comunidad, que, de acuerdo con el artículo 1.519, podrán vender los efectos comprendidos en esta cláusula.

Por último, la «Cláusula de estipulación de participaciones desiguales», como su nombre indica, consiste en la derogación—artículo 1.520—por los esposos del reparto legal que por la Ley se establece, a base de la estipulación de que un esposo o sus herederos no tendrán más que una cierta participación en la comunidad—sea ésta la tercera o la cuarta parte—, en cuyo caso el esposo así limitado no soportará las deudas comunes sino proporcionalmente a la parte que percibiésemos del activo, siendo nula la convención por la que se obligue al esposo limitado o a sus herederos el soportar una

mayor cantidad de aquéllas o la que le dispense de soportar la parte de deudas proporcional al activo (artículo 1.521).

La atribución del conjunto de la comunidad a uno de los esposos no puede convenirse más que para el caso de sobrevivencia, sea la del esposo designado, sea la del sobreviviente. En este supuesto, el que retenga la totalidad de la comunidad está obligado a satisfacer todas las deudas. Se permite también la convención por la que el sobreviviente perciba su mitad y el usufructo de la que corresponda al fallecido (artículo 1.524).

Finalmente, según el artículo 1.525, estas cláusulas tampoco implican donación y sí convención de matrimonio entre asociados.

b) *La comunidad universal.*

Los esposos que deseen integrar todos sus bienes en una masa común podrán convencionalmente adoptar el régimen de la comunidad universal, en la que la comunidad de vida se corresponde con una completa comunidad de bienes.

En este régimen comunitario todo el *activo* presente y futuro es en principio común, con la única excepción de los bienes propios cuyo carácter personal les impida caer en la comunidad. Criterio al que responde el artículo 1.526 al hablar de los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros, integrantes de la comunidad, con la excepción, salvo pacto en contrario, de los que el artículo 1.404 declara propios por su naturaleza.

Puesto que todo el activo presente y futuro es común, todas las deudas presentes y futuras también en principio caen en la comunidad, que las soportará definitivamente.

H. *Régimen de separación de bienes.*

Los regímenes de separación, a diferencia de los comunitarios, se caracterizan por la ausencia de una masa común, no existiendo más que bienes propios de cada uno de los esposos, dejando como consecuencia intactos los poderes de éstos sobre sus bienes respectivos, ya que cada cónyuge conserva la administración, la disposición y el goce (artículo 1.536-1 y 2).

Sin embargo, sería inexacto considerar que la situación pecuniaria de los esposos no se modifica en absoluto con la adopción de este régimen, pues el matrimonio, por su propia naturaleza, crea no sólo una comunidad de existencia, sino también una familia cuyas cargas—artículo 1.537—deben asumir en común los esposos. Esta comunidad de vida provoca asimismo otra consecuencia, la de que los bienes muebles, de hecho, se encuentren confundidos, lo que trae aparejada la necesidad de una indispensable liquidación que sitúe los bienes en manos de aquel de los esposos que sea su titular. A esta finalidad responde el artículo 1.538 al señalar que, en defecto de pruebas de la propiedad privativa de uno de los esposos sobre un bien, se reputará que éste pertenece por mitades proindivisas a cada uno de los cónyuges.

Como pruebas a utilizarse para esta demostración se encuentran las presunciones de propiedad, muy frecuentes en los contratos matrimoniales, pero cuya aplicación plantea una serie de dificultades, por lo que se estima que, salvo estipulación en contrario, estas cláusulas tendrán efecto tanto respecto a los esposos como a los terceros, si bien se admite en todos los casos la posibilidad de ejercitar la prueba contraria.

En este régimen se facilita la administración de los bienes a través de la regla del artículo 1.539, ya que si durante el matrimonio uno de los cónyuges confía al otro la administración de sus bienes personales, serán de aplicación las normas del mandato, dispensándose al mandatario de la rendición de cuentas de los frutos, a no ser que a ello se le obligue expresamente. Esta norma, análoga a la de los artículos 1.431 y 1.432, se basa en la presunción de que tales frutos se han consumido en interés de su cónyuge, en el mantenimiento del hogar y en la educación de los hijos, no siendo, además, responsable—artículo 1.541—del defecto de empleo o reemplazo de los bienes del otro, a no ser que se haya entrometido en la enajenación o colocación de tales bienes o que se pruebe que las sumas por él recibidas se han tornado en su provecho.

El alcance y la responsabilidad derivada de este mandato se determinan en el artículo 1.540, que diferencia dos situaciones:

..—Cuando uno de los esposos gestiona los bienes del otro con su conocimiento y sin su oposición, se presume que ha recibido

un mandato tácito que cubre los actos de administración, pero no los de disposición. De esta gestión responde como mandatario, y la rendición de cuentas se referirá a los frutos existentes, y respecto a los que negligentemente haya dejado de percibir o fraudulentamente hubiese consumido se limita la acción a los cinco últimos años.

— Si a pesar de la oposición manifiesta uno de los esposos se inmiscuye en la gestión de los bienes del otro, será responsable de todas las consecuencias de ésta y responderá sin limitación de todos los frutos percibidos, dejados de percibir negligentemente o fraudulentamente consumidos.

I. *El régimen de participación en las adquisiciones.*

Este régimen, también designado como sistema de comunidad diferida, constituye una de las más interesantes innovaciones de la Ley de Reforma, ya que en él se combinan las esenciales ventajas de la separación de bienes—independencia de los esposos en la gestión de sus bienes durante el matrimonio—y las de la comunidad de adquisiciones—reparto de las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio—. Reúne, por consiguiente, la doble ventaja de ser inicialmente separatista y finalmente comunitario, pero también adolece del inconveniente de resultar extremadamente complicado, ya que necesita para su normal funcionamiento una detallada contabilidad.

Se permite, además, a los esposos, con la limitación del orden público y de las buenas costumbres—artículo 1.581—estipular todas las cláusulas que no sean contrarias a los artículos 1.387, 1.388 y 1.389, pudiendo también convenir la cláusula de reparto desigual o la de estipular que el sobreviviente tenga derecho a la totalidad de las adquisiciones netas efectuadas por el otro o un crédito de participación por el que pueda exigir la dación en pago de ciertos bienes de su cónyuge.

En el examen de este régimen habrá, por tanto de diferenciarse dos clases de patrimonios: el *inicial* y el *final*.

El primero comprende los bienes que pertenezcan a los esposos

el día del matrimonio y aquellos que con posterioridad adquieran por sucesión o liberalidad (artículo 1.570).

El final, todos los bienes que pertenezcan a los esposos el día de la disolución del régimen matrimonial, con inclusión de los que se hubiera dispuesto por causa de muerte y sin excluir las sumas de las que pueda un cónyuge ser acreedor frente al otro; si hay divorcio, separación de cuerpos o liquidación anticipada de las adquisiciones, el régimen matrimonial se reputará disuelto el día de interposición de la demanda (artículo 1.572).

A los bienes existentes se reunirán ficticiamente aquellos de los que los esposos han dispuesto por donación entre vivos, a no ser que el otro cónyuge no haya consentido la donación, presumiéndose igualmente que las enajenaciones a fondo perdido son en fraude de los derechos del cónyuge que no ha prestado su consentimiento (artículo 1.573).

Respecto a los *medios de prueba*, la integración del patrimonio originario se acreditará mediante inventario que no se exige sea notarial, pues basta el formalizado en documento privado, siempre que se forme en presencia del otro cónyuge y vaya firmado por éste, ya que, en caso contrario, este patrimonio se tendrá por nulo. La demostración de que el patrimonio comprende otros bienes tendrá lugar en la forma establecida por el artículo 1.402 (artículo 1.570).

El patrimonio final se acreditará en la misma forma, con la diferencia de que se fijará por el cónyuge o sus herederos con el otro cónyuge o sus herederos, habiendo de otorgarse en el plazo de nueve meses a contar de la disolución del régimen matrimonial, salvo prórroga judicial. La prueba de que comprende otros bienes podrá acreditarse por otros medios, admitiéndose la de testimonios y presunciones (artículo 1.572).

Quizá el aspecto más importante de este régimen matrimonial consista en centrar la estimación de las *adquisiciones* a través de su valor; así, en cuanto al patrimonio inicial, el artículo 1.571 declara que los bienes originarios se estimarán conforme a su estado el día del matrimonio o el día de la adquisición, y conforme a su valor el día en que el régimen matrimonial se disuelva; si se han enajenado se retendrá su valor al día de la enajenación, y si en

su lugar se han subrogado nuevos bienes se tomará en consideración el valor de éstos.

Del activo originario se deducirán las deudas que le gravan, y si el pasivo excede al activo, el patrimonio originario se tendrá por nulo (artículo 1.571).

El mismo criterio se sigue en la determinación del patrimonio final, en el que los bienes se apreciarán de acuerdo con el valor que tuvieren el día de la disolución. Si hubiesen sido objeto de donación entre vivos o se enajenaren en fraude de los derechos del cónyuge, se estimarán por su estado el día de la enajenación y por el valor que tendrían si se hubiesen conservado al día de la disolución.

Del activo así formado se deducirán todas las deudas, sin excluir las sumas debidas al cónyuge (artículo 1.574).

Esta posición adoptada por el Código civil es diferente de la que mantenía el Proyecto de 1959, en el que la participación recaía sobre las adquisiciones en *natura*, lo cual se manifestaba ya durante el matrimonio por las importantes restricciones impuestas al derecho de cada uno de los cónyuges sobre las adquisiciones. Por tanto, con la finalidad de evitar que el objetivo asignado al régimen, que es el de conceder a cada esposo una plena independencia de gestión, no se logre plenamente, se ha buscado un modelo donde la independencia de las gestiones durante el matrimonio esté más fuertemente marcada, y así, en lugar de una participación en las adquisiciones en *natura*, se ensaya la construcción de participaciones sobre las adquisiciones en valor o adquisiciones netas. Existe, por consiguiente, una participación puramente contable que se desarrolla solamente por liquidación a la disolución del régimen matrimonial y que permite a cada esposo el máximo de independencia en la administración y disposición de todos sus bienes, igual que en las adquisiciones, evitando de este modo las complicaciones inherentes a una participación en *natura*, en las que sería preciso durante el matrimonio distinguir constantemente cuatro masas de bienes.

Como consecuencia, respecto a la *administración y disposición* durante el matrimonio, cada cónyuge conservará la administración, el goce y la libre disposición de sus bienes personales, sin

distinguir entre aquellos que le pertenecían el día del matrimonio de los que más tarde le correspondan por sucesión o liberalidad o de los que hubiera adquirido durante el matrimonio a título oneroso, ya que a lo largo de la vida matrimonial este régimen funciona como si los esposos estuviesen casados bajo el sistema de separación de bienes—artículo 1.569—. Es decir, que durante el matrimonio cada cónyuge tendrá la disposición de sus bienes personales, colocará sus rentas y dispondrá a su arbitrio de los bienes sin el concurso del otro esposo.

Llegado el momento de la disolución, cada esposo tendrá el derecho de participar por mitad en el valor de las adquisiciones netas constatadas en el patrimonio del otro cónyuge y medidas por la doble estimación del patrimonio originario y del patrimonio final.

Este derecho a participar en las adquisiciones es intransmisible en tanto no se disuelva el régimen matrimonial, y si ésta tiene lugar por muerte de uno de los esposos, sus herederos tendrán los mismos derechos que su antecesor sobre las adquisiciones netas efectuadas por el otro cónyuge.

Finalmente, en cuanto a la liquidación, se comparan de una manera puramente contable ambos patrimonios inicial y final de cada uno de los esposos, y si el patrimonio final de alguno es inferior al inicial, el déficit se soportará íntegramente por éste—artículo 1.575—; por el contrario, si dicho patrimonio es superior al originario, el incremento o diferencia entre ambos representa las adquisiciones netas y da lugar a participación, ya que sólo el excedente se reparte, y de este modo el cónyuge cuya ganancia ha sido la menor es acreedor del otro por la mitad de este excedente.

El crédito de participación da lugar a su pago en metálico; sin embargo, prevé el artículo 1.576 la detracción mediante acuerdo entre los esposos o decisión judicial, de bienes *in natura*, pudiendo también el esposo acreedor ejercitar su derecho en primer lugar sobre los bienes existentes y subsidiariamente sobre los bienes que hayan sido enajenados por donaciones entre vivos o en fraude de sus derechos, teniendo que comenzar por las enajenaciones más recientes—artículo 1.577—. Esta acción de revocación no podrá dirigirse contra los terceros adquirentes a título oneroso mientras no se establezca su mala fe.

Respecto a los acreedores de los esposos, por no serles oponibles la liquidación, conservan el derecho de perseguir los bienes atribuidos al cónyuge de su deudor (artículo 1.576).

IV.—ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE REFORMA Y RÉGIMEN TRANSITORIO.

La Ley de 13 de julio de 1965 ha entrado en vigor el primer día del séptimo mes siguiente a su promulgación.

Régimen Transitorio.—Cabe diferenciar los siguientes supuestos:

1. *Esposos casados antes de la entrada en vigor de la Ley.*

1,1. *Si no han otorgado contrato* continuarán bajo el régimen matrimonial de la comunidad de muebles y adquisiciones; pero a partir de la entrada en vigor de la Ley, y sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros, corresponderá a los esposos la administración de sus bienes propios soportando las cargas usufructuarias correspondientes, sometiéndose, además, a la nueva regulación en todo lo que concierne a la administración de sus bienes comunes, reservados y propios.

También podrán mediante declaración conjunta colocarse bajo el régimen matrimonial previsto como legal.

1,2. *Si han otorgado un contrato de matrimonio* antes de la entrada en vigor de la presente Ley continuarán regidos por las estipulaciones de su contrato, pero con las siguientes modificaciones:

a) Si en su contrato previo los esposos habían adoptado el régimen sin comunidad o el dotal continuarán sometidos a las estipulaciones de los mismos, si bien durante el plazo de dos años a partir de la vigencia de la Ley podrán someterse al régimen de la comunidad legal o al de separación de bienes.

b) También podrán mediante declaración conjunta someterse a las nuevas disposiciones que regulan el régimen adoptado, dejando a salvo las cláusulas particulares que hubiesen convenido, las

cuales no podrán modificarse más que bajo las formas previstas en el artículo 1.397.

c) La Ley 65/995, de 26 de noviembre de 1965, completa esta materia al determinar que si los esposos hubiesen convenido un régimen de comunidad les será aplicable la nueva regulación en todo lo que concierne a la administración de los bienes comunes y bienes reservados, y que salvo declaración conjunta ante Notario les serán también aplicables las relativas a la administración de sus bienes propios. Sin perjuicio de los derechos adquiridos por los terceros, cada esposo tendrá el goce de sus bienes y soportará el pasivo correspondiente. El marido que por efecto de la declaración conjunta citada conserve la administración de los bienes propios de la mujer ejercerá sus poderes conforme a los nuevos artículos 1.505 a 1.515 del Código civil.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

HAMIAUT, Marcel: *La réforme des régimes matrimoniaux*. Dalloz, Paris, 1965.

FOYER, Jean: *Exposé à l'Assemblée nationale*. Séance du 26 juin 1965.

DE BROGLIE, Jean: *Exposé au Sénat*. Séance du 5 mai 1965.

MARCILHACY, Pierre: *Rapport núm. 144 annexé au procès-verbal de la séance du 29 avril 1965*.

COLLETTE, Henri: *Rapport núm. 1.475 annexé au procès-verbal de la séance du 18 juin 1965*.

DURAND, Jacques: *Conflits de Lois régimes matrimoniaux*. Fédérations des Notaires de Belgique. Bruxelles, 1963.

MAZEAUD-MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*. Montchrestien. Paris, 1963.

El artículo 121 de la Ley del Suelo ante la Jurisprudencia

I

EL SISTEMA DE EXPROPIACION

1. La expropiación total de los terrenos comprendidos en el polígono constituye uno de los sistemas de actuación de los planes de urbanismo [art. 113, párrafo 1, a)]. El ente que asume la urbanización adquiere los terrenos que integran el sector por el procedimiento expropiatorio y lleva a cabo la obra de urbanización y, en su caso, de edificación en los plazos previstos (art. 123).

2. Se trata, por tanto, de utilizar el instrumento de la expropiación en materia urbanística. Pero son tantas las modificaciones y especialidades que se introducen en el régimen general, que la institución se desnaturaliza. Todo el parecido entre la expropiación y la «expropiación urbanística» es pura coincidencia. Pues es lo cierto que estas últimas no tienen de tales más que el nombre. Las garantías esenciales del administrado, en las que se concreta la expropiación forzosa, desaparecen al aplicarse por razón de urbanismo (1).

3. Es cierto que el artículo 85, LS, remite a la legislación general sobre expropiación forzosa. Por lo que la misma regirá como supletoria, en tanto no esté previsto en la legislación especial. Pero

(1) Me remito a mi trabajo *La expropiación por razón de urbanismo*, Madrid, 1965, donde hago una crítica del régimen vigente. Sobre el problema, cfr. el completo trabajo de PERA VERDAGUER, *Expropiación forzosa en la LS*, Madrid, 1966.

las especialidades se han introducido en los aspectos básicos, concretamente procedimiento y criterios de tasación, conduciendo a unas tasaciones que son caricatura del verdadero «justo precio».

4. Aplicando los criterios de valoración previstos en las normas especiales sobre urbanismo se llega a unas valoraciones radicalmente distintas no sólo de las que constituyen el precio normal del mercado, sino de las que resultan en otros procedimientos expropiatorios. Es éste un hecho reconocido por todos, incluso por los propios defensores del sistema legal. Es decir, que según se apliquen unas y otras normas, un mismo bien, un mismo terreno puede tener tres valores distintos:

1.º El valor del mercado. Por muy imperfecto que sea el mercado del suelo, es lo cierto que existe un precio de mercado. Todos sabemos, aproximadamente, lo que vale el pie cuadrado en la avenida del Generalísimo, de Madrid, según las zonas, o en la autopista de Barajas. Cuando el propietario de uno de esos terrenos lo vende en el tráfico jurídico-privado obtiene un precio determinado, una cantidad por metro cuadrado que oscila muy poco.

Que este valor de mercado no es el que se obtiene aplicando los criterios de la Ley del Suelo lo ha reconocido la jurisprudencia. Así, una sentencia de 9 de junio de 1964 afirma «... que con estos razonamientos quedan inoperantes los dictámenes periciales que obran tanto en el expediente administrativo como en las actuaciones referentes a dicho terreno, ya que unos y otros se basan en los conocidos puntos de vista de los precios existentes en las transacciones normales de la misma zona de situación de la finca expropiada y, sobre todo, en referirse a fechas posteriores al comienzo de la expropiación, con lo cual desfiguran el *precio objetivo* que ha de obtenerse en el momento inicial de tal expediente y con arreglo a las normas de la LS ratificado nuevamente por la de 21 de julio de 1962, que pone bien claramente de relieve que *una cosa es contratar libremente los bienes y otra muy distinta valorarlos a efectos de su expropiación con fines urbanizadores*», lo que es un reconocimiento del atentado a la propiedad que ese tipo de expropiaciones supone.

2.º El valor de expropiación no urbanística. Si el propietario de suelo sufre una expropiación para fines no urbanísticos—verbi-

gracia, para la construcción de una carretera—, obtendrá en concepto de justo precio una cantidad que normalmente no llegará al valor real, salvo que la tasación se fije por los Jurados de ciertas provincias, en las que, dada su idiosincrasia especial, se llega a tasaciones muchas veces superiores al valor real.

El hecho es fácilmente explicable. Es cierto que la institución del Jurado es una. Pero su realización en cada una de las provincias españolas adopta peculiaridades muy distintas, en atención a la idiosincrasia de sus miembros, ambiente local, predominio del carácter rústico o industrial de la zona y otros factores. Por lo pronto existe objetivamente una distinción clara.

Por un lado, los Jurados de aquellas provincias en las que, dado su excesivo trabajo, únicamente puede funcionar con la agilidad que exige la Administración moderna, siguiendo los informes del llamado técnico, que no es un perito tercero, precisamente, sino todo lo contrario: un perito que depende de la Administración expropiante. Tan es así que, cuando expropia una entidad local, debe ser uno de sus técnicos. Y si no es uno de sus técnicos se produce—según jurisprudencia reiterada—un vicio esencial de nulidad. Por otro lado, los Jurados de aquellas provincias en las que, por el número de asuntos que ante ellos se tramitan, es posible un estudio minucioso y detallado que conduce a tasaciones muy cerca de las reales y, en ocasiones, hasta superiores. La realidad nos ofrece claros ejemplos en este último, aunque parezca paradójico.

3.º Y, por último, una tasación distinta—muy inferior a cualquier otra—: es la que se obtiene aplicando los rígidos criterios tasadores de nuestra legislación de urbanismo.

Hay que reconocer que, con arreglo a la legislación de urbanismo, se admite la aplicación de los criterios valorativos generales cuando se trate de terrenos en los que concurren algunas de las circunstancias previstas en el artículo 93, LS. De aquí que el problema central de toda expropiación urbanística no sea otro que el de si en el terreno objeto de expropiación se da alguna de aquellas circunstancias. Pero incluso cuando son aplicables los criterios generales, los justiprecios son inferiores a los que resultan en el procedimiento general, cuando se huye de la intervención del Ju-

rado y se acude al procedimiento de tasación conjunta, a que después nos referimos.

Esta diversidad de valores, por sí sola—sin acudir a otros muchos argumentos que podrían aducirse—, constituyen una prueba irrefutable de lo improcedente del sistema legal.

De aquí que la jurisprudencia haya intentado eludir la aplicación de los rígidos preceptos de la Ley del Suelo. Una vez en vigor esta Ley, la jurisprudencia durante unos años trató de ignorarla, acudiendo a muy distintos argumentos para justificar la aplicación de los criterios generales de la Ley de Expropiación Forzosa en la tasación de los terrenos expropiados por razón de urbanismo. Así, entre otras, una sentencia de 9 de junio de 1960 (ponente: LÓPEZ GIMÉNEZ) afirmaba que «la armonía de los artículos 85 de la vigente LE, 102 de su Reglamento y 85 de la vigente LS marcan el procedimiento a seguir para las valoraciones de los terrenos, que no es otro que el señalado por la primera de dichas Leyes, la cual, en su artículo 43, concede al Jurado Provincial de expropiación la facultad de llevar a cabo la tasación valiéndose de criterios estimativos que juzguen adecuados, distintos de los establecidos específicamente por las reglas del mismo texto que regulan la fijación del precio de los bienes expropiados». Cuando al fin la jurisprudencia llega a aplicar los tasados criterios valorativos de la legislación de urbanismo, trata de atenuar los injustos resultados a que conduciría la rígida aplicación de aquellos criterios.

Valor real es valor del mercado. Y en cuanto no sea así habremos convertido la expropiación en confiscación.

Porque si lo que la institución expropiatoria persigue es que el patrimonio del expropiado no resulte alterado, compensando la merma del valor que al mismo supuso el sacrificio expropiatorio, esto no se logrará si el expropiado no puede adquirir en el mercado una cosa análoga a aquella de que se ha visto privado. Si la cantidad que se le ofrece como justo precio sólo le permite adquirir una cosa inferior a la que fue objeto de privación, se habrá infringido abiertamente el principio de igualdad ante las cargas públicas, que—digase lo que se quiera—es el único fundamento real de la institución.

La expropiación no es—o al menos no debe ser—un juego, una lotería. No puede seriamente admitirse que el sacrificio recaiga

sólo sobre unos cuantos de aquellos a los que les toque la desgracia de tener unos terrenos dentro de la zona que unos políticos, unos técnicos o un funcionario consideran la más idónea para trazar un polígono de urbanización.

¿Por qué los propietarios de esa zona van a tener que sufrir un precio inferior al del mercado, mientras que, justamente, los propietarios de las fincas colindantes van a mantener indemne su patrimonio? En el preámbulo de la Ley de 21 de julio de 1962 se habla, entre los propósitos de la misma, de la debida atención a los principios derivados de la igualdad de los administrados. Y, sinceramente, no nos explicamos cómo se han tratado de realizar esos principios. Porque la aplicación de la Ley supone llegar a unas indemnizaciones notoriamente inferiores al valor del mercado. Lo que se traduce en un trato de manifiesta desigualdad respecto de aquellos propietarios de terrenos que no han tenido la desgracia de ser expropiados.

Y ¿quiénes son unos y otros? Este es otro capítulo sobre el que vale la pena meditar. Y vale la pena meditar sobre él porque las razones invocadas a favor de estos sistemas de tasación están teñidas de no poca demagogia.

Se habla de los especuladores de la tierra, de la urgente necesidad de suelo urbano para la casa de los humildes, de la expansión de la ciudad, etc. En definitiva, se nos pinta el panorama con unas tintas en las que se nos aparece la Administración como una fuerza bienhechora que impide los ilícitos negocios de los poderosos y crea suelo urbano para los que tienen sed de viviendas.

Si esto fuera así, aun cuando se reconociera que la indemnización que se paga al propietario no refleja el valor real del suelo, los órganos urbanísticos deberían despertar la simpatía que despertaban aquellos viejos y castizos bandoleros que robaban a los ricos para dárselo a los pobres.

Pero, en el fondo, todo es demagogia. Y puestos a hacer demagogia, creemos que se puede hacer mucho mejor en contra que a favor del sistema legal. Vamos a demostrarlo.

Como antes dijimos, la expropiación urbanística supone que unos cuantos—los menos—, los afectados, reciben por su terreno un precio muy inferior al valor del mercado, mientras que otros, los más, los que no han tenido aquella desgracia, conservan inte-

gro el valor del mercado de sus terrenos. Existen, por tanto—y aquí radica la tremenda injusticia que supone un trato desigual—, dos clases de ciudadanos propietarios de terrenos: los sacrificados—y sacrificados en considerable cuantía—y los que permanecen intocables.

5. El régimen especial de la expropiación urbanística se contiene (2):

a) En el artículo 121, la regulación de los sujetos de la expropiación, objeto y acto que legitima la expropiación.

b) En los artículos 85 a 101, Ley de 21 de julio de 1962 y Decreto de 21 de febrero de 1963, los criterios de valoración.

c) En los artículos 122, 123 y 151, el procedimiento y la reversión, con las modificaciones introducidas por la Ley de 21 de julio de 1962 y Decreto de 21 de febrero de 1963.

6. El legislador no ha sabido resistir la tentación que le ofrecía el cómodo y—aparentemente—barato sistema expropiatorio de la LS y ha extendido su aplicación a otras esferas y a otras causas distintas de la estrictamente urbanística. En especial, pueden señalarse las expropiaciones para las instalaciones o ampliaciones de las industrias que se establezcan en los Polos de Promoción y Desarrollo Industrial (Decreto-ley de 23 de abril de 1964), lo que ha dado lugar a verdaderas especulaciones, fomentadas por vía legal. Pues no ha sido infrecuente el caso de empresa que al trasladarse ha vendido los terrenos en que se encontraba a verdadero precio de mercado, mientras que en el nuevo emplazamiento ha pagado precios inferiores, como consecuencia de la expropiación—por llamarlo de alguna manera—a precios tasados a los pobres administrados que tuvieron la desgracia de tener terrenos en el sector situado en el lugar en el que se encapricharon unos políticos o funcionarios para situar un «polo» (3).

(2) La peculiaridad de la institución ha despertado el interés de la doctrina. Cfr. en especial, MARTÍN GAMERO, *Expropiaciones urbanísticas*, Madrid, 1967.

(3) Cfr. *Dictamen sobre expropiación de terrenos y uso de ferrocarril particular, al amparo del régimen especial previsto en los polos de promoción y desarrollo industrial*, RAP, núm. 48, págs. 415-450.

II

SUJETOS

1. *Expropiante.*

El párrafo 1 del artículo 121, LS, con una redacción no muy afortunada, dice que «los Ayuntamientos y demás Corporaciones públicas y personas privadas a quienes autorice la Comisión Central de Urbanismo podrán . expropiar». ¿Supone esto un reconocimiento de la potestad expropiatoria a todas las entidades y personas enumeradas? Indudablemente, no. La potestad expropiatoria sólo corresponde a la Administración territorial (art. 2, párrafo 1, LE). Las demás entidades y los particulares podrán ser beneficiarios, pero no expropiantes (4). Expropiantes sólo pueden serlo:

a) La Administración del Estado, a través de los distintos órganos con competencia para ello. Cuando sea expropiante el Estado no es aplicable el párrafo 1 del artículo 121 al exigir la autorización de la Comisión Central de Urbanismo, que sólo es requisito legitimador de la actuación de los Ayuntamientos y demás Corporaciones públicas (sentencias de 13 y 23 de febrero y 8 de abril de 1965, 27 y 28 de enero y 20 de diciembre de 1966). Cuando se aplique el procedimiento especial del artículo 3.º de la Ley de 21 de julio de 1962 tiene importancia decisiva el Consejo de Ministros, en cuanto le corresponde, mediante Decreto, la delimitación de los polígonos de actuación, la modificación de las previsiones del plan general y la aprobación de precios máximos y mínimos. No obsta a la competencia de los órganos centrales la existencia y facultades de entidades como el Consejo General de la Corporación Administrativa Gran Valencia (sentencia de 28 de febrero de 1966).

b) Las demás Corporaciones públicas territoriales pueden ser expropiantes, si bien se exige la previa autorización de la Comisión Central de Urbanismo.

(4) En el mismo sentido, MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles*, Madrid, 1964, pág. 227. GONZÁLEZ-BERENGUER, *Teoría y práctica de la LS*, Madrid, 1964, págs. 109-110.

2. *Beneficiarios de la expropiación.*

Pueden serlo, además de los entes públicos territoriales, cualquier ente público o el particular que lleve a cabo la urbanización. El artículo 121, párrafo 1, se refiere, con carácter general, a las «personas privadas».

Por tanto, no ofrece duda que los particulares pueden ser beneficiarios de la expropiación. Así se reconoce, además de en los preceptos generales, en el artículo 34, RAM, en cuyo párrafo 1 dispone: «La aprobación de un plan parcial de ordenación implicará, en su caso, a petición razonada de los interesados y previo acuerdo de la Comisión del Area, la aplicación del sistema de expropiación forzosa en beneficio de aquéllos». A tal efecto, actuarán como expropiantes «los Ayuntamientos» y la gerencia municipal de urbanismo de Madrid, sin perjuicio de las facultades de la Comisión de planeamiento del área metropolitana.

En las expropiaciones de terrenos comprendidos en los «polos de promoción y desarrollo industrial» podrán ser beneficiarios «las industrias de interés preferente, conforme a la Ley 152/1963, de 2 de diciembre, y las nuevas industrias y actividades que se establezcan en los polos» (artículo 1.º, Decreto-ley de 23 de abril de 1964).

3. *Expropiado.*

Se aplicarán las reglas generales (arts. 3.º-7.º, LE; art. 6.º, RE).

III

OBJETO DE LA EXPROPIACION

1. La expropiación urbanística se extiende a los terrenos, al suelo necesario para la urbanización. Así se establece en el artículo 121, párrafo 2, LS, si bien, como después veremos, la exigencia de que estén comprendidos en sectores del plan general ha sufrido modificaciones que desvirtúan la elemental norma de garantía del artículo 52.

2. Ahora bien, como en el terreno necesario para la urbanización pueden existir otros elementos, la razón que justifica la expropiación exige que se extienda a estos otros elementos. Así lo señala el párrafo 2 del artículo 121. Ahora bien, si respecto de estos bienes se aplica el régimen especial de las expropiaciones urbanísticas en cuanto a procedimiento, no se aplica en cuanto a valoración: se valorarán con arreglo a los criterios de la legislación general (art. 8.º. Decreto de 21 de febrero de 1963; sentencias de 10 de febrero, 29 de octubre y 5 de noviembre de 1964, 2 de febrero y 11 de marzo de 1965) (5).

IV

ACTO LEGITIMADOR DE LA EXPROPIACION

1. En principio, el artículo 121, párrafo 2, exige la existencia del plan general de ordenación. Si el plan es el que determina la declaración de utilidad pública (art. 52, LS), es lógico que la expropiación sólo sea admisible respecto de terrenos que estén incluidos en algún sector del plan. No es necesario plan parcial, según el párrafo 1 del artículo 121 (6), pero sí el plan general. Como dice una sentencia de 11 de junio de 1965, «de los términos en que aparece redactado el artículo 121 está bien claro que a estos efectos expropiatorios no es necesaria la previa aprobación del plan parcial y exigiéndose tan sólo que los terrenos que se delimiten con tales fines habrán de corresponder a sectores comprendidos en el Plan General de Ordenación Urbana». En el mismo sentido, las sentencias de 15 de febrero, 15 de marzo, 14 de mayo, 19 de junio y 16 de diciembre de 1965; 18 de enero, 7, 11 y 28 de febrero de 1966, y 14 de enero, 7 de marzo, 13 de abril y 8 y 17 de junio de 1967.

Ahora bien, este régimen general de la LS ha sufrido un atentado por la nefasta Ley de 21 de julio de 1962, en cuyo artículo 3.º

(5) GONZALEZ PÉREZ, *Las expropiaciones por razón de urbanismo*, cit., páginas 39-52.

(6) PÉREZ ORTIZ, *Sobre los polígonos de expropiación urbanística*, «Revista de Derecho Urbanístico», núm. 2 (1967), págs. 27-29.

autoriza al Gobierno para que, «a propuesta del Ministerio de la Vivienda, y previo informe de la Comisión Interministerial de Valoración del Suelo, pueda llevar a cabo la delimitación de polígonos de actuación, existan o no confeccionados y aprobados los respectivos planes de ordenación urbana» (sentencias de 23 y 28 de febrero de 1967).

2. Ahora bien, lo que sí se mantiene en todo caso es la exigencia de delimitación del polígono, para lo que, a tenor del párrafo 4 del artículo 121, ha de seguirse «idéntica ritualidad que la señalada para la aprobación de los planes» (sentencias de 9 de diciembre de 1965 y 2 de abril de 1966).

En sentencia de 20 de diciembre de 1966 (ponente: ESTEVA) se dice: «Si lógicamente debe aprobarse primero la delimitación del polígono y luego el expediente de valoraciones para la expropiación de fincas comprendidas en el mismo, en concordancia con la Ley de 16 de diciembre de 1954, que señala como parte de toda actuación expropiatoria la declaración de utilidad pública primero y la necesidad de ocupación en segundo lugar, siendo la tercera parte de ellas el justiprecio, lo que implícitamente se corrobora en el párrafo 4 del artículo 121 de la Ley de 12 de mayo de 1956, al exigir para la aprobación de un polígono la existencia de un proyecto, aprobado según el procedimiento que establece su artículo 32 al reseñar en el artículo 122 la forma de efectuar las valoraciones, que sólo puede tener efectividad una vez declarado el polígono; sin embargo, no existe impedimento legal, pues no consta prohibición expresa de ello, para que, en méritos de lograr una mayor celeridad administrativa, en beneficio del mejor servicio, puedan llevarse a cabo simultáneamente ambos procedimientos, siempre que se cumplan todos los requisitos y trámites exigidos en cuanto a ellos, a condición de que no se ultime o produzca la resolución aprobatoria de las valoraciones con anterioridad a la del polígono y su delimitación o determinación, pues sólo en este caso, al subvertir los trámites del expediente, podría producirse su nulidad, ya que no se mantendría el orden legal preestablecido, circunstancia que no se ha producido en el caso presente desde que la aprobación de la delimitación del polígono y de las valoraciones de las fincas comprendidas en él se ha efectuado en la misma fecha y por la propia resolución administrativa.»

Otra de 10 de marzo de 1967 (ponente: ESTEVA) establece: «Que según el número 4 del artículo 121, LS, el polígono se determinará mediante proyecto aprobado con sujeción al artículo 32, que dispone cómo ha de tramitarse el expediente y exige, en obligada correlación y concordante con el 35, que los acuerdos referidos al mismo sean publicados en el *Boletín Oficial del Estado* o en el de la respectiva provincia, requisitos de aprobación y publicación que no estaban aún cumplidos cuando, en 5 de agosto de 1961, se sometió a información pública el proyecto de expropiación, puesto que el de delimitación se aprobó en 30 de septiembre de 1961 y se notificó el 30 de octubre siguiente, por lo cual el polígono no estaba legalmente declarado dentro del sistema a que se refiere la sección tercera del capítulo 2.º de la LS, y como el artículo 122 dispone a *sensu contrario*, que hasta que se declare un polígono dentro del sistema a que se refiere esta sección no se podrá optar entre los sistemas de tasación individual o el de tasación conjunta, es obvio que la Administración infringió estos preceptos de derecho necesarios al disponer que se pasase a la fase de formalización del proyecto de expropiación por el sistema de tasación conjunta sin estar aún aprobado formalmente el de delimitación.»

Ahora bien, en ningún precepto se exige que para poder incoar el procedimiento expropiatorio haya que esperar a la firmeza de la orden de aprobación del polígono (sentencia de 16 de febrero de 1965), siendo admisible la aprobación simultánea de los expedientes de delimitación y de expropiación (sentencias de 23 de febrero y 5 de abril de 1965 y 28 de enero de 1966). Una sentencia de 23 de febrero de 1967 (ponente: MERINO VELASCO) dice: «... los cuales se determinarán teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.º de dicha Ley de 1962, es decir, ajustándose estrictamente a los criterios valorativos que se regulan en el Acp. IV del título II de la mencionada LS, y teniendo presente, además, cuanto se previene en la citada de 1962, habiéndose dado, mediante Decreto de 21 de febrero de 1963, las normas complementarias precisas para el desarrollo de los preceptos de la misma y en su capítulo XIV, artículos 15 a 23, los concretamente referentes al procedimiento especial antes mentado en su artículo 3.º, entre las que es de citar la del artículo 19 del Decreto, conforme al cual, a los efectos de su tramitación y subsiguiente aprobación, podrán incluirse en un

solo expediente o tramitarse simultáneamente la delimitación del polígono de actuación y la determinación del cuadro de precios máximos y mínimos de los terrenos, habiéndose aplicado la expresada normativa con justificación adecuada de las razones que la fundamentan, a la delimitación del polígono de "La Solana", de Talavera de la Reina, y a la fijación del cuadro de precios máximos y mínimos a tener en cuenta para el mismo, llevado a cabo por el Decreto de 27 de agosto de 1964, previa la tramitación de expediente sometido a información pública y con emisión de los preceptivos informes por el Ayuntamiento, la Comisión Provincial de Urbanismo y la Comisión Interministerial de Valoración del Suelo. Decreto que ha sido recurrido por los actores, sin que en cuanto a la delimitación sea objeto ahora de impugnación, efectuándolo sólo en lo concerniente a la valoración de los terrenos contenidos en el cuadro de precios máximos y mínimos incluido en el mismo y que fue realizada por la Administración con aplicación del valor expectante y razonando esa clasificación del suelo con arreglo a lo prescrito en la Ley de 12 de mayo de 1956 y en el artículo 21 del Decreto de 21 de febrero de 1963 al principio mencionados, aunque ciertamente sin aducir en rigor los recurrentes las razones o fundamentos en que asientan esa impugnación del indicado cuadro, toda vez que ni siquiera sostienen la procedencia de que dicha tasación debió efectuarse por valor comercial o por el urbanístico, según los preceptos de la LS y las normas del anexo de coeficientes, dado autorizadamente para su aplicación por Decreto de 21 de agosto de 1956, sobre cuya no pertinencia se razona suficientemente en el expediente con invocación y análisis detenido de lo preceptuado en relación con tales valores superiores en los artículos 63, 3.º, 91 y 93, LS, y artículo 7.º de la de 21 de julio de 1962, pues no se justifica la condición de solar de los terrenos conforme al primero, que haría indicada legalmente la tasación por valor comercial, si, además, demostraban hallarse aquéllos en alguna de las dos situaciones que señala el artículo 93, lo que, evidentemente, no se alega ni resulta tampoco del expediente, como igualmente aparece se hizo por la Administración en lo que atañe a la determinación del valor expectante, con arreglo a las características del polígono, extremos todos ellos acerca de los cuales no se aporta otra contradicción que la de estimar procedente la apli-

cación del justiprecio de todas las parcelas integrantes del polígono, como justo precio unitario, el de 200 pesetas metro cuadrado fijado por los actores no como consecuencia de la aplicación de los criterios valorativos de la LS, según establece el artículo 1.º de la de 21 de julio de 1962, sino con vista de los precios de venta en la misma ciudad, de terrenos que reputan análogos y que basan en certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad sobre varias compraventas, olvidando al hacerlo que ello es irrelevante al efecto comprendido, ya que dicha LS y su anexo de coeficientes sostienen normas precisas en orden a las valoraciones de los terrenos y tienden a evitar la especulación sobre los mismos según precios libres de mercado, por lo que no existen términos hábiles para acoger en Derecho tal pretensión.»

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: I. *Ley modificativa de determinados artículos del Código de Comercio relativos al protesto de letras de cambio:* 1. Su fundamento. 2. Requisitos del protesto. 3. Notificación del protesto al librado. 4. Letras con indicaciones o varios librados. 5. Retención de la letra por el Notario: su plazo, derechos que pueden ejercitar los interesados durante el mismo, y extremos y diligencias que deben figurar en el acta de protesto. 6. Derechos del tenedor de la letra y deberes del Notario y de los bancos, una vez transcurrido el plazo de retención de la letra. 7. Requisitos para el ejercicio de la acción cambiaria ejecutiva.—II. *Decreto sobre aumento de rentas en los arrendamientos urbanos.*—III. *Orden ministerial que regula el ingreso del 5 por 100 para derechos pasivos de los Registradores de la Propiedad.*

I

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 24 de julio de 1967 publicó la Ley 47/1967, de 22 de julio, la cual modifica los artículos 504 a 507 y 521 del Código de Comercio, relativos al protesto de letras de cambio.

La reforma obedece a la necesidad de adaptar la regulación del protesto a las actuales transformaciones sociales y económicas.

El número de protestos, como consecuencia del uso masivo y su aceleración creciente que se hace de la letra de cambio, se ha elevado en forma tan cuantiosa que se imponía una modificación de las normas legales establecidas en la triple finalidad de facilitar la realización del protesto en cuestión, de reforzar la posición del tenedor y de otorgar, al librado de buena fe, mayores posibilidades de defensa.

La discusión en las Cortes del proyecto gubernamental fue excepcionalmente fácil, debido al reconocimiento unánime de la necesidad de la reforma, al cuidadoso estudio del asunto que culminó en la redacción del oportuno anteproyecto y a los valiosos informes aportados por eminentes especialistas, por la Comisión de

Notarios del Ilustre Colegio de Madrid, por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y por el Consejo Superior Bancario.

No se presentó enmienda alguna a la totalidad y fueron pocas, aunque muy meditadas, las formuladas al articulado.

Para facilitar la realización del proyecto se acogió en el mismo la distinción entre el protesto propiamente dicho y su comunicación al librado. La ponencia y la Comisión de las Cortes no hicieron objeción alguna a dicha distinción implícita en el texto legal, exigiendo la intervención personal y autenticadora del Notario en el protesto propiamente dicho, por tratarse de un acto formal de reserva de derechos, pero aceptando que la notificación de dicho protesto al obligado pudiera ser realizada por el mismo Notario o delegada por éste en persona de su confianza y de cuyos actos responderá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.903 del Código civil, era inevitable admitir esta solución para llevar a cabo el número tan elevado de protestos y se encontró justificado con sólo tener en cuenta que las notificaciones judiciales llegan a los justiciables no directamente del fedatario, sino a través de funcionarios subordinados.

En cuanto a los requisitos del protesto propiamente dicho se admitió una enmienda señalando los días inhábiles con doble calificación: feriados o festivos.

Respecto a la notificación se aceptaron enmiendas relativas: a la negativa de dar su nombre al requerido, y al domicilio donde se ha de realizar el protesto, cuidando de distinguir en la designación domiciliar hecha en la letra entre el protesto por falta de aceptación y por falta de pago, pues mientras la fecha del pago puede y debe conocerla el deudor diligente, la presentación a la aceptación puede ser el primer conocimiento que del giro de la letra tenga el deudor.

Para conceder medios de defensa al librado el proyecto amplió el plazo para que aquél pueda pagar la letra o alegar lo que tuviera por conveniente, incluso la falsedad de la firma, plazo que aún siendo todo lo breve que el tráfico mercantil exige, representa para el librado un trato más equitativo que el anteriormente en vigor. También la ponencia y la Comisión prestaron su conformidad a esta innovación estimando la ampliación del plazo suficiente, puesto que aquél se dilata hasta las catorce horas del primer día hábil

siguiente y no del protesto o de la notificación, que pueden ser hechos el mismo día, sino del plazo máximo en que la notificación puede hacerse.

En interés del librador se incluyeron en el proyecto reglas conducentes a que aquél tenga noticia en breve plazo de que la letra resultó inatendida. A tal fin se admitió una enmienda señalando un plazo de cinco días, a contar desde la expiración del fijado para la retención de la letra, para que el Notario devuelva el documento objeto del protesto y entregue copia del acta correspondiente al tenedor protestante. La Comisión admitió esta enmienda que había sido rechazada por la ponencia por estimar que el precepto era más propio de un Reglamento por referirse a la diligencia del Notario en el cumplimiento de su función. Otra enmienda con la misma finalidad siguió la misma suerte: rechazada por la ponencia fue admitida por la Comisión. Es la relativa al deber de las entidades dedicadas habitualmente a operaciones de descuento o cobro de letras de cambio, de comunicar al librador la existencia de protesto por falta de pago dentro de los cinco días hábiles a aquel en que se reciban del Notario la letra y la copia del protesto. Se alegó en favor de la enmienda el que la ignorancia de la situación puede llevar a un proveedor a seguir girando letras a cargo del insolvente con el consiguiente daño de regreso. Se objetó a esta argumentación que la obligación de notificación entre los bancos y sus clientes ya existía en virtud de la relación causal establecida al descontar o entregar la letra para el cobro y que no era conveniente regular obligaciones causales cuando se contempla la letra en su sentido abstracto.

Para corregir las imperfecciones apreciadas en cuanto a la tacha de falsedad de la letra de cambio el nuevo texto no concede el efecto impeditivo de la ejecución más que cuando la falsedad de la firma es formulada de forma categórica y rotunda, y al propio tiempo, procura que la posibilidad de alegar la falsedad sea efectiva, cosa muy difícil en el sistema anteriormente en vigor.

Las modificaciones del proyecto fueron aceptadas unánimemente por la ponencia y la Comisión de las Cortes, las cuales reconocieron que la tacha de falsedad era con frecuencia utilizada por deudores de mala fe y mal aconsejados para impedir o, por lo menos, dilatar la realización del derecho del acreedor; que la re-

forma de la Ley de 16 de diciembre de 1954 ha resultado insuficiente en la práctica; que era inexcusable disponer que la tacha sólo se puede alegar en las diligencias de protesto y que ha de ser categórica la negación de la autenticidad de la firma.

También se aprobó por las Cortes que la notificación del protesto se hiciera asimismo al avalista. Surgió la dificultad técnica de que no se podía modificar el artículo 517 porque el proyecto no sometía este precepto a reforma, pero se salvó la dificultad haciendo referencia especial al mismo en el 521.

Con ello no sólo se atendía a razones de estricta justicia, sino que se ponía nuestra legislación en consonancia con las normas internacionales contenidas en el artículo 45 de la Ley Uniforme de Ginebra.

Los debates en la Comisión pusieron más de una vez de relieve la deficiencia actual del Código de Comercio, que no regula el contrato de cuenta corriente, ni la apertura de crédito, ni el descuento, ni otros contratos calificados de bancarios, ni los de publicidad, edición, etc. Pero se objetó a estas críticas que muchas instituciones están contempladas y previstas por disposiciones aisladas, recordándose por vía de ejemplo el Estatuto de Publicidad.

La Comisión, en vista de estos divergentes puntos de vista, acordó por unanimidad elevar una moción a la Presidencia de las Cortes para pedir al Gobierno una revisión a fondo del Código de Comercio.

En los siguientes epígrafes se recoge el texto legal reformado.

2. El protesto quedará válida y eficazmente formalizado si reúne los siguientes requisitos: primero, hacerse antes de las veinte horas del día siguiente al en que se hubiere negado la aceptación o el pago, y si aquél fuera feriado o festivo, el primer día hábil; segundo, autorizarse por Notario; tercero, contener copia literal de la letra, de la aceptación si la hubiere, y de todos los endosos, avales e indicaciones comprendidos en la misma; cuarto, declarar protestada la letra expresando la conminación de ser los gastos y perjuicios a cargo de quien hubiere dado lugar a ellos

3. El protesto realizado se notificará a' librado antes de las veinte horas del día de su autorización o entre las nueve y las veinte horas del siguiente hábil.

La notificación se practicará por medio de entrega de cédula extendida en papel común, firmada por el Notario y cumpliendo las siguientes formalidades: primera, en la cédula de notificación se expresará: nombre, apellidos y despacho del Notario, fecha del libramiento y de vencimiento de la letra, su importe y lugar de pago, nombre, razón o denominación social del tenedor, librador y librado, y plazo para formular las manifestaciones a que el Código autoriza: segunda, la cédula de notificación será entregada por el Notario o por quien éste designe para ello a la persona a cuyo cargo estuviese girada la letra, en el domicilio que después se señala si en éste fuere habida y no encontrándose en él a sus dependientes, criados o más próximos parientes o a cualquier persona que se encuentre en el mismo; y en defecto de todos ellos, al portero del inmueble, y si no lo hubiere, al vecino a que el Código se refiere.

El domicilio legal para practicar la notificación del protesto será el designado en la letra, si no hubiera más que uno para toda clase de protestos.

Si fueran varios los domicilios designados, se notificarán los protestos por falta de aceptación en el señalado como domicilio o dirección del librado o en el primero, si son varios los fijados.

Los protestos por falta de pago o por otra causa distinta de la aceptación se notificarán en el domicilio señalado en el cuerpo de la letra para el pago; si éste no figurase en ella se notificarán en el designado en la aceptación; si tampoco éste figurase, en el señalado en cualquier otro lugar de la letra, amparado con la firma del librado; y si no hubiese domicilio designado para pago, en el que figure en la letra como domicilio o dirección de librado.

Si en cualquiera de los domicilios mencionados no se encontrase a persona hábil a quien efectuar la notificación ésta se practicará en otro domicilio de los designados en la letra, por el orden de preferencia señalado anteriormente.

No constando el domicilio del librado en ninguno de los domicilios anteriormente señalados o no siendo posible hallarlo por cualquier causa, se acudirá a sus vecinos con casa abierta de la población donde hubiere de tener efecto la aceptación o el pago, con quien se entenderá la notificación y a quien se entregará la cédula.

En todo caso, la notificación del protesto será válida y eficaz en cualquier sitio en que la hiciese el Notario a la persona que debe ser notificada si se prestare a ello y fuera conocida o identificada por el Notario.

4. Si la letra protestada contuviese indicaciones o fueren varios los librados se enviara cédula de notificación a todos los que residiesen en la misma plaza, en la forma y con los efectos antes señalados.

Si residieren en plaza diferente, podrá reproducirse de nuevo el protesto en la localidad de que se trate dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha del protesto precedente.

5. Sea cual fuera la hora en que se hubiere hecho la notificación, el Notario retendrá en su poder la letra sin entregar ésta ni testimonio alguno del protesto al tenedor hasta las catorce horas del primer día hábil siguiente al término señalado para la notificación.

Durante ese tiempo y en horas de despacho podrán los interesados examinar la letra en la Notaría y hacer manifestaciones congruentes con el protesto. Si éste fuese por falta de pago y el pagador se presentase en dicho plazo a satisfacer el importe de la letra y los gastos de protesto, el Notario admitirá el pago, haciéndole entrega de la letra con diligencia en la misma y en el acta, de haberse pagado y cancelado el protesto. De análoga manera, si el protesto fuera por falta de aceptación, la cancelación se anotará en el acta, si la letra fuese aceptada.

En el acta de protesto se consignará el lugar y fecha de entrega de la cédula, así como a la persona a quien se le haya hecho, y si ésta se hubiese negado a hacerse cargo de la misma o a dar su nombre, se hará constar así y se tendrá por hecha la notificación. Se reproducirán también las manifestaciones que se hagan ante el Notario dentro del plazo prevenido.

6. Transcurrido el plazo fijado para la retención de la letra por el Notario, el tenedor tendrá derecho a obtener inmediatamente la letra y copia del protesto. En otro caso, el Notario procederá a dicha devolución dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Las entidades bancarias dedicadas habitualmente a operaciones de descuento o cobro de letras de cambio quedan obligadas a comunicar al librador la existencia del protesto por falta de pago, dentro de los cinco días hábiles siguientes. La omisión de lo dispuesto en este sentido afectará a los derechos y acciones que, reconocidos en el Código, se deriven de la letra de cambio.

7. La acción que nace de las letras de cambio para exigir en sus casos respectivos del librador, aceptante, avalista y endosante, el pago o el reembolso será ejecutiva, debiendo despacharse la ejecución en vista de la letra y del protesto, levantado y notificado con arreglo al Código, sin otro requisito que el reconocimiento que de su firma hagan ante el Juez el librador, avalista, o endosantes demandados. Igual acción corresponderá al librador contra el aceptante para compelerle al pago.

Las prescripciones del artículo 517 serán también de aplicación a los avalistas de las letras de cambio.

No será necesario el reconocimiento de firma para despachar la ejecución contra el aceptante que, en el plazo prevenido no hubiese puesto tacha de falsedad, negando categóricamente la autenticidad de la firma.

Tampoco será necesario el reconocimiento de firma para despachar la ejecución ante el librador, aceptante, avalista y endosantes, ni aún en el caso de haberse puesto tacha de falsedad en la aceptación cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha, por Agentes de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, o las respectivas firmas estén legitimadas por Notario.

II

El número 12 del artículo 96 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que en las viviendas no comprendidas en el número 2 del artículo 6.º, el Gobierno, teniendo en cuenta la evolución de las circunstancias económicas del país, determinará los porcentajes de incrementos de la renta, así como la forma y plazos en que los mismos han de ser abonados por el inquilino, sin que en ningún caso pueda exceder la suma de tales

incrementos de la cantidad que resultaría de aplicar a dichas viviendas los índices de revalorización que fija la Ley.

Las viviendas comprendidas en el número 2 del artículo 6.º son las ocupadas por primera vez en las fechas que se indican y devengarán mensualmente en la respectiva fecha tope como renta de inquilinato una cantidad no inferior a la que seguidamente se expresa, hasta 30 de septiembre de 1939, 500 pesetas; del 1 de octubre de 1939 al 1 de enero de 1942, 1.000 pesetas; del 2 de enero de 1942 al 31 de diciembre de 1946, 2.000 pesetas; del 1 de enero de 1947 al 31 de diciembre de 1956, 3.000 pesetas; del 1 de enero de 1957 al 31 de diciembre de 1959, 5.000 pesetas; y a partir del 1 de enero de 1960, 6.000 pesetas.

En cumplimiento de dichos preceptos por Decreto de 13 de julio de 1967—publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del día 24 de dicho mes—se incrementará, a instancia del arrendador, a partir del 1 de agosto de 1967, la renta de las viviendas no comprendidas en el referido número 2 del artículo 6.º, cuya locación esté sujeta a la Ley de Arrendamientos Urbanos y se encuentre en situación de prórroga legal.

Los porcentajes autorizados constituyen una escala que comienza en los contratos celebrados hasta el 17 de julio de 1936 y para los que autoriza un aumento del 20 por 100, y que termina en los contratos celebrados desde el 1 de enero de 1952 hasta el 11 de mayo de 1956, que pueden ser incrementados en el 2 por 100.

III

El *Boletín Oficial del Estado* de 1 de agosto de 1967 publicó una Orden del Ministerio de Hacienda de fecha 11 de julio de 1967 que regula el ingreso del 5 por 100 para derechos pasivos que deben abonar los Registradores de la Propiedad.

Acompaña a dicha Orden ministerial un modelo del certificado que: para el primer ingreso debe ser expedido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, y ordena que deben los interesados, para ingresos posteriores presentar declaraciones juradas que expresen las variaciones que se hayan producido.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

VECINDAD REGIONAL.—SU JUSTIFICACIÓN.—LA PRÁCTICA DEL EXPEDIENTE, CONFORME AL ARTÍCULO 96 DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL, PARA SU PRUEBA, CON SIMPLE VALOR DE PRESUNCIÓN, NO AGOTA OTROS MEDIOS, NI QUE NO PUEDA JUSTIFICARSE A TRAVÉS DE ACTA DE NOTORIEDAD.

ESTO SENTADO, Y APARECIENDO EL INMUEBLE INSCRITO A NOMBRE DE LA MUJER, SIN QUE RESULTE PREJUZGADA SU NATURALEZA COMÚN O PRIVATIVA, POR HABERSE PRACTICADO EL ASIENTO CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, EN SU ARTÍCULO 95, PERMITE LA VENTA E INSCRIPCIÓN DEL CITADO INMUEBLE POR ELLA, YA VIUDA, PROBADA SU REGIONALIDAD CATALANA DESDE ANTES DE CONTRAER MATRIMONIO, AL IGUAL QUE LA DE SU FALLECIDO ESPOSO (QUE LA ASISTIÓ Y DIO LICENCIA AL COMPRAR), Y PUESTO QUE EL RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL ES INALTERABLE DURANTE EL MATRIMONIO (SALVO EN LOS CASOS QUE LO PERMITE LA COMPILACIÓN).

Resolución de 3 de julio de 1967 («B. O.» de 20 de igual mes y año).

Doña C., vecina de Barcelona, contrajo matrimonio en dicha capital el 20 de octubre de 1941 con don L., residente también en la misma ciudad desde hacía más de diez años, por lo que, como aforados, su matrimonio quedó sometido a la legislación especial de Cataluña bajo el régimen de separación de bienes, por no haber otorgado capitulaciones ni hecho alegación en contrario

ante el Registro civil. Por escritura autorizada en Santa Cruz de Tenerife el 24 de marzo de 1952, doña C., con licencia y asistida de su esposo, compró a don M. un solar sito en dicha ciudad. En la escritura se atribuía a los comparecientes la vecindad en La Laguna, y la inscripción se realizó sin hacer referencia a ninguna cualidad foral. Fallecido el marido de la compradora, a requerimiento de ésta, se autorizó en Barcelona, el 27 de mayo de 1963, un acta de notoriedad acreditativa de su vecindad foral, y el 15 de junio del mismo año, mediante escritura otorgada ante el Notario de dicha ciudad, don Nicolás Verdaguer Cortés, doña C. vendió a don S. la finca a que se ha hecho referencia con anterioridad.

Presentada en el Registro de Santa Cruz de Tenerife primera copia del citado documento y denegada verbalmente la inscripción, se formalizó ante el Notario autorizante acta de notoriedad, en que comparecieron la vendedora, sus dos únicos hijos, señores B. C., y tres testigos, considerando el fedatario acreditada la vecindad catalana de los interesados y la pertenencia exclusiva como parafinales, a la viuda compareciente, de la finca vendida, según reconocieron sus hijos, que declararon a este respecto no tener nada que reclamar; y presentada nuevamente en el Registro copia de la escritura de venta, junto con los auididos documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «No practicada operación alguna con el precedente documento y consiguientes actas de 27 de mayo de 1963 y 27 de febrero de 1964, ambas ante el mismo Notario, señor Verdaguer Cortés, por las causas siguientes:

1.º Figurar la finca vendida inscrita a nombre de doña C. por compra en estado de casada con don L., con vecindad en La Laguna.

2.º No constar expresamente adjudicada la propia finca a la señora vendedora, por consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal que la misma constituyera con su finado marido

3.º Y no acreditarse por los hermanos señores B. C. la calidad de herederos del finado don L. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto apelado y la nota del Registrador, declara inscribible el documento, mediante la interesante doctrina siguiente:

Que la cuestión que plantea este expediente consiste en dilucidar si aparece justificada la vecindad regional catalana de la vendedora, que permitiría inscribir la escritura de compraventa discutida o si, por el contrario, de las declaraciones o documentos presentados no resulta probada tal vecindad.

Que la prueba de vecindad, como base para la determinación del estatuto personal, reviste gran importancia hoy día, en que por las corrientes migratorias y facilidad de comunicaciones es frecuente el cambio de domicilio o residencia, sin que ésta lleve consigo aparejada, en su caso, la modificación de la regionalidad, hasta tanto no se hayan producido las circunstancias exigidas por el artículo 15 del Código civil; pero las dificultades para su prueba son, como puso de relieve la resolución de 23 de junio de 1964, de las más arduas que puedan presentarse, ya que, en términos generales, no hay datos suficientes para estimar positivamente o basar en la inscripción del Registro civil estas circunstancias, y

por ello sería necesario acudir o a las declaraciones que los interesados puedan hacer ante aquel organismo para la conservación de la misma a la posesión de estado o, en último término, a presunciones como la establecida en el artículo 68 de la Ley de 8 de junio de 1957 o la que deriva del expediente autorizado por el artículo 96 de la misma disposición legal.

Que tanto el artículo 14 del Código civil, al disponer que los artículos 9, 10 y 11 se apliquen a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios de diferente legislación civil, como el artículo 15, al establecer el sistema de reciprocidad, no formulan ninguna presunción de que la falta de declaración de regionalidad en un acto o contrato pueda interpretarse como síntoma de que la persona es no aforada si el otorgamiento tuvo lugar en el territorio de derecho común o viceversa, aforada si se verificó en provincia foral, ya que la presunción de vecindad no depende exclusivamente del lugar del otorgamiento del acto, sino que se determinará en base a las normas reguladoras de esta materia para, una vez lograda, saber la legislación aplicable en cuanto a sus derechos y deberes de familia, así como a su estado, condición y capacidad.

Que todo ello revela la trascendencia que la vecindad tiene en la capacidad de la persona, y por eso el artículo 161 del Reglamento notarial establece que se hará constar necesariamente en la comparecencia de la escritura cuando se otorgue fuera del territorio de su región, si bien—y dadas las dificultades antes vistas—el artículo 160 del mismo Reglamento indica que su expresión se hará por lo que le conste al Notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad, lo que no sucedió en la escritura primera de compra de la hoy vendedora, pues se omitió por el Notario tal circunstancia, limitándose a establecer la licencia del marido a tal acto, y de esta forma se inscribió en el Registro, lo que, de otra parte, no quiere decir que tal bien sea común de ambos cónyuges, pues las normas del artículo 1401 del Código civil y la presunción del 1407 del mismo Cuerpo legal sólo juegan frente a esposos sometidos al régimen de gananciales, pero no en relación a aquellos que pudieran estar sujetos a otro diferente.

Que de acuerdo con los artículos 1.320 del Código civil y 7 de la Compilación Catalana, el régimen económico conyugal es inalterable durante el matrimonio, salvo aquellos casos en que la referida Compilación autoriza su modificación, sin que la posterior alteración de vecindad civil arrastre también el cambio de régimen económico matrimonial, según ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en las sentencias de 24 de octubre de 1955 y 18 de noviembre de 1964, por lo que la falta de manifestación de conservación de regionalidad catalana que pudieran haber hecho los interesados ante el encargado del Registro civil de La Laguna tendrá, a efectos de este caso concreto, escasa trascendencia—máxime cuando parece que sólo residieron unos meses—, dado que lo que interesa saber no es la que pudieron ostentar en el momento de realizar la compra del inmueble en Canarias, sino la que efectivamente tenían en el momento de contraer matrimonio, que determinaría, caso de ser catalán el marido, el sometimiento al régimen de separación de bienes, al no haber capítulos matrimoniales.

Que, con arreglo al artículo 68 de la Ley del Registro civil, habría que presumir la vecindad común del marido al ser hijo de padres sometidos a esa legislación, más, como quiera que aparece probada a través del acta de notoriedad autorizada la residencia continuada de dicha persona desde los ocho años hasta los cincuenta y ocho, momento en el que, según certificado que se acompañó, contrajo matrimonio, sin que resulte declaración alguna de querer

conservar su estatuto de origen, el transcurso de más de diez años en Barcelona, a partir de su mayoría de edad, obliga a considerarlo como aforado de esta región catalana, y lo mismo su cónyuge, de conformidad con el artículo 15 del Código civil.

Por último, que al establecer el artículo 96 de la Ley de Registro civil para la prueba de vecindad con simple valor de presunción la práctica del expediente, cuyos trámites se contienen en los artículos 325 y siguientes del Reglamento, no agota los medios de prueba de residencia a estos efectos, ni que no pueda justificarse a través del acta de notoriedad regulada en el artículo 209 del Reglamento notarial, y que, poco más o menos, exigen formalidades similares, en especial la prueba de posesión de estado, por lo que hay que concluir que al ser idóneo el medio empleado y probada la regionalidad catalana de los esposos procede la inscripción de la escritura de venta calificada, dado que el inmueble aparece inscrito en el Registro a nombre de la mujer, sin que resulte prejuzgada su naturaleza común o privativa por haberse practicado la inscripción con anterioridad a la reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959 del artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario.

* * *

Ya en otra ocasión (esta REVISTA, página 629, año 1964, comentando la resolución de 23 de junio de igual año) nos hemos hecho eco de la notable ponencia para el Congreso Registral, con motivo del centenario de la Ley Hipotecaria primitiva, que formulara HERMIDA LINARES, sobre la «Reforma de los Reglamentos hipotecario y notarial en relación con la inscripción de los bienes de la sociedad conyugal».

Con fina perspicacia intuyó el caso que nos ocupa, y por lo mismo, tras el examen de los artículos pertinentes—159 a 161 del Reglamento notarial, 15 del Código civil, 95 del vigente Reglamento hipotecario, reformado, etc.—, y reconociendo que los Notarios no están obligados a consignar en las escrituras la regionalidad de los comparecientes, deducía las confusiones y dudas que por ello pudieran derivarse, por lo que estimaba que—entre otros—debía modificarse el artículo 159 del repetido Reglamento notarial en el sentido de que se hiciera constar por los fedatarios «el régimen económico de la sociedad conyugal», y si el acto o contrato no afectase a los derechos presentes o futuros de ésta, *por regir entre los cónyuges la separación de bienes*, se haría constar esta circunstancia.

Acaso rígido, inflexible, el Registrador en la calificación y defensa de la misma, hay que reconocer lo ortodoxo de su postura, pues, como afirma al final de su dictamen, «no haciéndose alusión

alguna a la procedencia del importe del precio, practicada en consecuencia la inscripción con la presunción legal de que la finca es ganancial, sin ninguna manifestación en contrario del marido, no es posible la rectificación del asiento practicado...» A esto replica la Dirección «que las normas del artículo 1.401 del Código civil y la presunción del 1.407 del mismo Cuerpo legal sólo juegan frente a esposos sometidos al régimen de gananciales, pero no en relación a aquellos que pudieran estar sujetos a otro diferente» (*in fine*, Considerando cuarto). Si a esto agregamos la relatividad de valor de las declaraciones registrales, según se desprende de sentencia de nuestro Alto Tribunal de 9 de febrero de 1967, «que en nuestro sistema inmobiliario el principio de *legitimación registral* que consagran los artículos 1.º, párrafo tercero; 38, primer inciso, y 97 de la Ley Hipotecaria, a diferencia de lo que ocurría con la antigua *Gewere* germánica, no atribuye a sus transcripciones la facultad de producir por sí mismas efectos traslativos del dominio o derechos reales, ni los inviste de sustantividad propia para que purifiquen *erga omnes* el objeto de la *inmatriculación* (?), sino que, por el contrario, las considera como meros órganos de publicidad de los expresados derechos, y salvo en lo que afecta a las hipotecas, las niega eficacia constitutiva (sentencia de 10 de noviembre de 1954), y en ningún caso les permite convalidar los contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes (art. 33), y lo concatenamos con lo que se dice en el quinto de los Considerandos transcritos: «que, de acuerdo con los artículos 1.320 del Código civil y 7 de la Compilación Catalana, el régimen económico-conyugal es inalterable durante el matrimonio, salvo aquellos casos en que la referida Compilación autoriza su modificación, sin que la posterior alteración de vecindad civil arrastre también el cambio de régimen económico matrimonial...»; puede admitirse la doctrina sentada por nuestro Ilustre Centro Directivo en sus bien conjuntados Considerandos; pero, insistimos, sin dejar de reconocer que en puro campo hipotecario los antecedentes en que se basara y la situación tabular del inmueble justifican sobradamente la postura del Registrador máxime si, como el mismo al final de su informe indica, «adquirido—según el Registro—el inmueble con carácter ganancial, una vez fallecido uno de los cónyuges, se podía enajenar con el consentimiento del sobreviviente y los herederos del premuerto».

Ahora bien—y he aquí, además, cuestiones de orden práctico—, ello hubiera supuesto una *declaración de herederos*, que se ha evitado en economía de tiempo y dineraria, con esas actas de notoriedad, si bien nos extraña que en la segunda comparezcan los únicos hijos para declarar que *nada tienen que reclamar*. ¿Reclamar viviendo su madre, que justifica—o al menos en ello radica la médula de la cuestión—que por virtud del régimen matrimonial de separación de bienes única y exclusivamente la titular registral y vendedora es la dueña? No parece sino que lo que se pretende es disipar todo temor de lesión de derechos. Y esto así, ¿no podría interpretarse como un tácito reconocimiento de considerar ganancial la finca vendida por la hoy *viuda catalana*? Sinceramente, creemos que la comparecencia de los hijos en la segunda acta más bien es un motivo de perturbación y duda que de justificación y prueba como se pretende (1).

(1) Ultimando la precedente nota, llega a nosotros el número de junio (1967) de «Revista de Derecho Privado», en cuya primera página aparece un excelente trabajo de ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, titulado *Limitaciones del Derecho: Las antinomias jurídicas*.

Sin ánimo de polémica y con el respeto que nos merecen todas las opiniones, dada la íntima relación que con lo expuesto tiene y no por nosotros, sino por la Dirección en el citado Considerando quinto, nos lleva a rechazar la afirmación sentada por el Notario de Barcelona, de que «una familia castellana que pase a Cataluña y adquiere vecindad catalana habiendo contraído matrimonio bajo el signo *presuntivo* de la sociedad legal de gananciales, puede cambiar de sistema económico matrimonial otorgando capitulaciones matrimoniales» (pág. 503, supuesto segundo).

Su principal argumento—según nosotros, por lo que *impresiona*—para senalar tal afirmación es el que señala con la letra a), cuando dice: «Porque la prohibición de otorgar capitulaciones después no nace de la *presunción* (párrafo 2.º del artículo 1315 del Código civil), sino de las *capitulaciones ya celebradas antes del matrimonio* (art. 1.320)».

Es argumento literal, de texto, que como hemos dicho, *impresiona*, pero que a nuestro juicio—modesto juicio—se viene abajo con una serena lectura del párrafo 1.º del repetido artículo 1.315: «Los que se unan en matrimonio podrán *otorgar sus capitulaciones...*», y su enlace con el párrafo 2.º, que al decir: «A falta de contrato sobre los bienes se *entenderá...*» Nada de «*presunción*», sino afirmación rotunda utilizando el verbo *entender* para evitar toda duda. Estamos, pues, a presencia de un *acalamiento* (u otorgamiento tácito si se prefiere) que ofrece la Ley a aquellos que por conveniencia o costumbre se abstienen de «formalizar» capitulaciones.

Y sobre todo ello, a más, tenemos el artículo 1.319 del mismo Código, las sentencias a que alude la Dirección en el repetido Considerando quinto, de 29 de octubre (no 24, como en éste se expresa, sin duda por error de imprenta) de 1955 y de 18 de noviembre de 1964 (pueden verse en «Revista de Derecho Privado», que nos ha servido de guía, en las páginas 258, año 1956, la primera, y 136, año 1965, la segunda), así como la Resolución de la Dirección de los Registros (que tomamos de unos valiosos apuntes de contestaciones al Cuerpo

de Abogados del Estado, inéditos, de nuestro compañero MARCELINO PIÑEL), de 5 de mayo de 1932. cuyo penúltimo Considerando reza en parte así: .. «que del examen de diversos preceptos del Código civil y principalmente del capítulo 1.º, título 3.º de su libro IV, se deduce claramente que la Ley ha tenido el pensamiento de que el régimen económico familiar no se altere una vez celebrado el matrimonio».

Lo expuesto no quiere decir que no veamos con simpatía la postura de MARTÍNEZ SARRIÓN. Al contrario. De prosperar, con un simple cambio de residencia, cuánta imprevisión se remediaría sobre todo después de la discutida reforma del artículo 1.413 del Código civil!

PROPIEDAD HORIZONTAL.—1.º COEFICIENTE DE LAS VIVIENDAS INDEPENDIENTES Y LOCALES: LA EXPRESIÓN «CUOTAS DE COMUNIDAD O DE PARTICIPACIÓN ATRIBUIDOS A CADA UNO EN QUE SE HA DIVIDIDO LA FINCA, CON LA NATURALEZA, EL CONTENIDO, Y A LOS EFECTOS DE LA LEY DE 21 DE JULIO DE 1960», ES ADMISIBLE CONFORME A LO YA AFIRMADO EN LA RESOLUCIÓN DE 23 DE JULIO DE 1966.

2.º DESCRIPCIÓN DE LAS VIVIENDAS QUE SE FORMAN COMO FINCAS INDEPENDIENTES POR LA DIVISIÓN HORIZONTAL.—SIENDO TODAS EXACTAMENTE IGUALES Y DEL MISMO TIPO Y CARACTERÍSTICAS QUE LA QUE SE DESCRIBE, SIN MÁS DIFERENCIA QUE LA PLANTA A QUE PERTENECEN, BASTA LA REMISIÓN O REFERENCIA A AQUÉLLA EN LAS RESTANTES.

Resolución de 20 de abril de 1967 («B. O.» de 29 de mayo de igual año).

En escritura autorizada el 21 de diciembre de 1965, don J. y don F., con consentimiento de sus respectivas esposas, formalizaron la declaración de obra nueva hecha constante matrimonio sobre un solar de naturaleza jurídicamente ganancial, perteneciente a ambos por mitades indivisas, y la división horizontal de la casa resultante en locales de negocio y vivienda que se atribuyeron igualmente por mitades indivisas; en la declaración de obra nueva se describe el inmueble formado diciendo que es una «casa en Madrid, sector de El Calero, antiguo término de Canillas, calle de Manipa, número 48, con vuelta a la calle de Miguel de la Iglesia, en la que no tiene asignado número de gobierno. Su figura es cuadrangular, determinada por una línea de fachada a la calle de Manipa, por la que tiene su entrada, de 20 metros y una línea media de fondo de veinte metros. Linda: por la derecha, entrando, con los lotes números 80 y 82; por la izquierda, con la calle de Miguel de la Iglesia, y por el fondo, con el lote número 85. Su superficie es de 400 metros cuadrados. Consta la casa de planta de semisótanos, destinada en toda su superficie, excepto en una parte de ángulo del frente derecha, que está sin vaciar, a local de negocio o almacén con acceso en rampa desde la calle de Miguel de la Iglesia; de planta baja, con

portal, caja de escalera, servicios, entrada de la rampa de acceso del local de negocio de la planta de semisótanos, un local de oficina y un local comercial que ocupa el resto de la planta, rebajado en el ángulo del frente derecha en 1,10 metros de la rasante de la calle para acceso y muelle de carga y descarga, y de cuatro plantas sobre la baja, con accesos y cuatro viviendas por planta, más un patio terraza en la planta baja, con acceso desde la meseta de la escalera, para luces y vistas de las viviendas linderas y tendido de ropas de los locales de vivienda de la casa, sin excepción. Valoran la obra nueva en 3.031.665,48 pesetas.» En la división horizontal se advierte previamente que «Varios de los locales de la vivienda que se forman como fincas independientes por la división horizontal que en esta disposición segunda se formaliza, son del mismo tipo; es decir, de idénticas características descriptivas, sin más diferencia que la de la planta a que pertenece. En tales casos se hará la descripción completa de la finca sólo la primera vez, o sea, en la planta más baja, y por referencia o remisión a ella en las demás». Luego se describen en la forma normal los locales del semisótano, planta baja y primera, indicándose en todos ellos que «su cuota de comunidad es de (tantos) enteros por ciento»; al describir las viviendas de las restantes plantas sobre la baja, después de darles una denominación, como, por ejemplo, vivienda A, se dice: «Es idéntico al correlativo de la planta primera, número 4, de esta división»; y el artículo 2.º del Reglamento de la Comunidad, incluido en la escritura, contiene las cuotas de comunidad o de participación atribuidas a cada uno de los locales en que se ha dividido la finca, «con la naturaleza, el contenido, y a los efectos de la Ley de 21 de junio de 1960».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por los defectos subsanables siguientes: Primero, no determinarse la cuota de participación correspondiente a cada una de las viviendas o locales comerciales, en función al valor total del inmueble, sino en relación parcial con los elementos indivisibles o que no se dividan

Segundo, no describirse conforme a la Ley Hipotecaria y su Reglamento y a la misma Ley de Propiedad Horizontal, con sus legales circunstancias, cada uno de los locales o viviendas de las plantas segunda, tercera y cuarta, sino por referencia o remisión a las viviendas o locales del mismo tipo de la planta primera. No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado».

Interpuesto recurso por don José González Palomino, Notario autorizante de la escritura reseñada, la Dirección confirma el Auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota calificadora en méritos de la doctrina siguiente:

Que en este recurso se discute acerca de dos cuestiones. una de ellas, si la expresión «cuota de comunidad o de participación atribuidas a cada uno de los locales en que se ha dividido la finca, con la naturaleza, el contenido, y a los efectos de la Ley de 21 de julio de 1960» es ajustada a lo ordenado en el artículo 3.º b) de dicha Ley, que exige la fijación de la cuota de participación con «relación al total del valor del inmueble», y la otra, si cuando en un edificio en el que se va a establecer el régimen de propiedad horizontal hay varios pisos idénticos, cabe describir uno solo como tipo, con todos los requisitos legales,

y los restantes mediante una simple referencia, con objeto de evitar repeticiones inútiles

Que la primera cuestión fue ya objeto de debate y resuelta por este Centro en las Resoluciones de 7 de junio de 1963 y 23 de julio de 1966, en la última de las cuales se declaró que al haberse indicado expresamente en la escritura que la cuota en los elementos comunes «se fijaba a los efectos del artículo 396 del Código civil y párrafo cuarto del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria»—y referirse este último precepto a la cuota «en relación con el inmueble»—quedaba fuera de toda duda cuál fue la intención de los otorgantes, y que el pretendido defecto se reducía a no haberse ajustado el fedatario a los términos literales del precepto legal, pero sí a su recto sentido, criterio que debe aplicarse al presente caso, en donde la cláusula discutida, correctamente entendida a través de una interpretación lógica, lleva a la conclusión de que las cuotas centesimales establecidas en cada local, señaladas «a los efectos de la Ley de 21 de julio de 1960», se refieren indistintamente a la participación de los propietarios en beneficios y cargas; en el total valor del inmueble y en los elementos comunes, si otra cosa no se dice en la escritura.

En cuanto al segundo defecto, que según lo dispuesto en los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento los títulos inscribibles habrán de consignar la descripción de los inmuebles a que los mismos se refieran, al objeto de que los Registradores puedan llevar a cabo la identificación de las fincas—exigencia primordial de nuestro sistema hipotecario—y sin que normalmente su omisión pueda suplirse por la referencia a otros documentos, conforme reiteradamente tiene declarado este Centro, y también porque así los terceros pueden, sin tener que recurrir a otros medios, conocer con exactitud todo lo relativo a su descripción y demás circunstancias físicas o materiales.

No obstante que ya desde antiguo se vino reconociendo, para evitar repeticiones innecesarias, la posibilidad de que, siempre que no se entorpeciera la labor de los encargados del Registro ni se dificultase el conocimiento de la situación para todos los interesados—en relación a las particiones de herencia, permutas, divisiones de cosa común y otros supuestos análogos (art 237 del Reglamento notarial)—, que los Notarios podrían expedir copias parciales en las que se insertase todo el contenido del documento, con excepción de la parte o partes del mismo que hagan relación a la descripción de los bienes adjudicados o adquiridos por otros interesados, y de ahí la misma práctica en las escrituras matrices relativas a la división de operaciones particionales, de describir los inmuebles de la herencia sólo en el cuerpo del inventario y hacerlo por referencia en la parte relativa a las adjudicaciones a los herederos, sin que ello suponga una vulneración de lo preceptuado en los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, ya que las fincas aparecen claramente descritas y delimitadas.

Que los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, ya citados, exigen que las inscripciones en el Registro expresen determinadas circunstancias, y el artículo 172 del Reglamento notarial dispone que la descripción de los inmuebles en los documentos sujetos a Registro se haga expresando con la mayor claridad posible los requisitos y circunstancias imprescindibles o convenientes para realizar la inscripción, sin que esto último implique que la descripción de cada finca deba repetir datos que consten ya en la de las otras, pues lo único necesario es que en el título se contengan todos los elementos necesarios para la inscripción, pero no en determinado orden o

repitiéndoles tantas veces cuantas sean las inscripciones a practicar en el Registro.

Que el presente caso—división de una casa en régimen de propiedad horizontal—tiene evidente analogía con los supuestos enumerados en el mencionado artículo 237 del Reglamento notarial para la expedición de copias parciales, y de otra parte, por la fórmula adoptada en la escritura de advertir previamente que las viviendas formadas como fincas independientes, consecuencia de la división horizontal practicada, son exactamente iguales y del mismo tipo y características que la descrita, sin más diferencia que la planta a que pertenecen, aparecen, no sólo cumplidas las exigencias de los artículos 8.º, 9.º y 21 de la Ley Hipotecaria y 5.º de la de Propiedad Horizontal, sino que la concisión y sencillez con que se han plasmado en el título permiten lograr una mayor claridad que beneficia la rapidez en el despacho y la facilidad de comprensión del documento calificado.

* * *

Muy breve ha de ser nuestra glosa a la resolución que antecede.

En cuanto al primer defecto, nos remitimos a lo ya expuesto en la nota a la resolución de 23 de julio de 1966, página 1.588, número noviembre-diciembre de igual año de esta REVISTA (que remite, a su vez, a la apostilla sobre la decisión de nuestro Ilustre Centro de 7 de junio de 1963).

Respecto al segundo defecto, reconociendo cuanto de ortodoxo hipotecariamente contiene la alegación de ambos cotitulares del Registro número 8, de Madrid, en defensa de la calificación estampada en el documento, como los mismos expresan en su informe, «si bien la naturaleza y situación del edificio comprendido en la escritura calificada serán iguales para todas las plantas y locales, no pueden serlo los linderos, porque la vivienda de la planta primera izquierda lindará con la de la misma planta derecha; pero la de la planta tercera no puede lindar con la de la planta primera, como literalmente expresa la descripción, y *aunque esta deficiencia la supla el buen sentido...*» Y este buen sentido, ¿no lo previó expresamente el Notario cuando en la división horizontal advierte que «varios de los locales de la vivienda que se forman como fincas independientes por la división horizontal que en esta disposición segunda se formaliza, son del mismo tipo; es decir, de idénticas características descriptivas, *sin más diferencia que la de la planta a que pertenece...?*».

Con toda seguridad, creemos que en los sucesivos documentos de transmisión o constitución de gravámenes se precisará este

detalle de la planta con que cada local colinda, que hasta con simple instancia—art. 110 del Reglamento hipotecario—pudiera haber quedado *arreglado*, y no decimos subsanado, pues para nosotros ese *buen sentido* que invocan los Registradores y la *previsión* notarial al respecto, una calificación menos rigurosa no lo hubiese estimado como tal.

REGISTRO MERCANTIL.—INDICACIÓN «SOCIEDAD ANÓNIMA», EN FORMA DE SIGLA.—SE HALLA BIEN REDACTADA LA ESCRITURA EN QUE, TRAS MANIFESTAR LOS INTERESADOS EN LA CLÁUSULA PRIMERA QUE CONSTITUYEN UNA COMPAÑÍA MERCANTIL ANÓNIMA, SEÑALAN SU NOMBRE Y, CUMPLIENDO LO ORDENADO EN LOS PRECEPTOS LEGALES, AÑADEN LA INDICACIÓN «SOCIEDAD ANÓNIMA» EN FORMA DE SIGLA.

Resolución de 19 de junio de 1967 («B. O.» de 17 de julio de igual año).

Mediante escritura autorizada en Barcelona, el 25 de octubre de 1966, se constituyó, según la cláusula primera, «una Compañía Mercantil Anónima, de nacionalidad española, que se regirá por los Estatutos», incluidos en la misma, cuyo artículo 1.º dice así: «Artículo 1.º La Compañía se denominará "Laboratorios Labiana, S. A.", siendo su nacionalidad española. Se regirá por los presentes Estatutos, y, en lo en ellos no previsto, por la Ley de 17 de julio de 1951 y demás disposiciones de aplicación».

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que antecede por observarse el defecto subsanable de infringir el artículo 1.º de los Estatutos, el artículo 2.º de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, y el apartado letra a) del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil, que preceptúan que en la denominación de la Sociedad deberá figurar, necesariamente, la indicación "Sociedad Anónima", sin perjuicio de que si se utilizare la abreviatura "S. A." deba seguir a la denominación.—No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado.—Esta nota se extiende a petición del presentante»

Interpuesto recurso por don Luis Félez Costea, Notario autorizante de la escritura, la Dirección revoca la nota del Registrador mediante la lógica y razonada doctrina siguiente:

Que los claros y expresivos términos en que aparece redactado el párrafo a) del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil al ordenar que la abreviatura «S. A.», si se utilizare, haya de seguir necesariamente a la deno-

minación de la Sociedad que como requisito esencial señala el artículo 2.º de la Ley que regula esta clase de Compañías, no permiten otra interpretación que la que se desprende de las propias palabras empleadas, que viene a coincidir con el sentido lógico que, por otra parte, se deduce de las mismas y, en consecuencia, ha de entenderse bien redactada la escritura en que, tras manifestar los interesados en la cláusula primera que constituyen una Compañía mercantil anónima, señalan su nombre, y cumpliendo con lo ordenado en los preceptos legales, añaden la indicación «Sociedad Anónima», en forma de sigla.

* * *

Esuimamos que aun en una interpretación rigurosa, literal, de la Ley (art. 2.º, 1.º de la de Anónimas), el desenvolvimiento que en su parte segunda o apostilla a aquélla y a lo que el mismo indica precedentemente, del Reglamento del Registro Mercantil (párrafo a), art. 102), dejan las expresiones o fórmulas empleadas nitidas, sin posibles dudas, como lo ha entendido la Dirección y cual alegó el Notario es de uso en el comercio en materia de Sociedades mercantiles.

Ciertamente que, como alega el Registrador—y su nota tiene la bondad de conducir a una jurisprudencia que disipa toda duda—, a veces se presentan casos, como él mismo expone, que el empleo de la sigla tras la denominación de la Sociedad, tan sintética, como es la de letra I, puede llevar a confusión al poderse interpretar fácilmente como letras iniciales de patronímicos o apellidos. e incluso siglas de otros entes. Pero sobre la rareza del caso, o casos, que se puedan presentar y que en sano criterio de interpretación solicitando la aclaración pertinente, puede dejar toda duda disipada, está lo que indica el Reglamento [párrafo a), art. 102, repetimos], que al decir: «La abreviatura S. A., si se utilizare, deberá necesariamente seguir a la denominación», desenvuelve y matiza, cual es su misión, el artículo 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

G. C. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.

1.—JURISPRUDENCIA CIVIL

SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1967.—*Retracto familiar o gentilicio en Derecho Foral Navarro. Aplicable a los bienes adquiridos y transmitidos por el padre, si lo ejercita un hijo.*

Doña D., la demandante, es de condición civil navarra, por ser hija de padres navarros, por haber nacido en Corella, por haber casado con navarro y en Corella, donde conserva vecindad y domicilio, haber residido siempre, si bien unos meses antes de la demanda, por razones de trabajo temporal, se trasladó con su esposo a París.

El padre de doña D., don A., también navarro, adquirió durante su matrimonio con doña J. una casa en Corella, la que, al fallecimiento de su esposa, le fue adjudicada, mitad por gananciales y mitad por herencia; la misma que vendió a don J.

Doña M.-J., otra hija de don A., no es aforada navarra. Casada con un gallego que desde su infancia reside en Barcelona, la contestación a la demanda admite que esta señora y su esposo son «catalanes».

Enterada doña M. J. de la venta que su padre había hecho a don J., interesó de éste la retroventa de la casa mencionada, en virtud, dice la contestación, de su derecho de retracto gentilicio amparado por las leyes forales navarras, a lo que accedió voluntariamente el requerido, y le otorgó escritura pública de venta.

Doña D., la actora, demandó a don J. y a su esposa, y a doña M. J. y a su esposo, ejercitando su derecho de retracto gentilicio. Alegó que esa segunda escritura de don J. a doña M. J. tenía por finalidad burlar sus derechos, los derechos de la demandante.

Doña M. J. sostuvo en su contestación que el carecer del carácter de aforada navarra no le privaba del derecho de retraer.

El Juzgado de 1.ª Instancia dictó sentencia, por la que estimando la demanda de retracto gentilicio, declaró haber lugar al retracto en favor de la actora, sin expresa condena en costas.

La Audiencia revocó dicha sentencia y absolvió a los demandados sin hacer imposición expresa de costas.

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia y dicta otra confirmando la del Juzgado de 1.ª Instancia

Son sus Considerandos:

Considerando: Que si bien es cierto que el Fuero General de Navarra en su libro 3.º, título XII, capítulo XV, aplicaba solamente el retracto familiar a los bienes de patrimonio o abolorio, o sea, a los que por lo menos procedan del abuelo, siendo lógica tal determinación, que precisa dos transmisiones hereditarias para estimar entroncados los bienes a la familia, no es menos cierto que la Novísima Recopilación hizo extensivo el derecho de retracto en su libro 3.º, título III, Ley 2, pero sólo entre hermanos a los bienes adquiridos por el padre, en cuya interpretación este Tribunal en sus sentencias, entre otras, de 28 de mayo de 1928, 6 de mayo de 1958 y 19 de diciembre de 1960 determinó la aplicación de este derecho sobre los bienes conquistados o adquiridos por el padre y que este mismo vendiera a tercera persona, siempre que fuera ejercitado por alguno de los hermanos, hijos del transmitente.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina y concurriendo en el caso contemplado todos los requisitos formales y materiales para que prospere la acción entablada, la sentencia recurrida, al entender lo contrario, ha violado los preceptos citados que se denuncian en el primer motivo del recurso y debe ser casada y anulada; sin que sea obstáculo para ello el hecho cierto de que la demandada sea también hija del transmitente, puesto que la acción se refiere a la venta realizada por el padre al otro demandado, don J. S. P., y no a la que éste verificó a su codemandada libremente y no por vía retractual: todo lo que obliga a admitir el segundo motivo articulado, también por el mismo cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se denuncia la violación de las sentencias de esta Sala, que cita y que sancionan la ineficacia de las ulteriores transmisiones, producto de la voluntad de los contratantes, para enervar el retracto.

Considerando: Que, por último, se alega un tercer motivo, por el mismo cauce procesal que los anteriores, denunciando la violación en la resolución impugnada de la doctrina legal contenida en las sentencias de este Tribunal que cita y que determinan la necesidad de demandar a los compradores sucesivos del inmueble retraído, sin que tales ventas afecten al derecho de retracto y sin que sea preciso solicitar su nulidad; motivo que también debe prosperar en cuanto tales ventas posteriores no son nulas y tuvieron eficacia, aunque queden sin efecto en virtud del retracto; por lo que tampoco es preciso que se solicite la nulidad o cancelación de las inscripciones registrales de tales ventas, en cuanto si el retracto prospera se precisa el otorgamiento de nueva venta a favor del retrayente por el titular del dominio y de la inscripción que originará un nuevo asiento en el Registro.

SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1967.—*Resolución de contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago. Compatibilidad entre los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil.*

Se pactó la compraventa de un piso. La demandante pidió se tuviera por resuelto el contrato por incumplimiento del demandado al no pagar la cantidad que completaba el precio y que le fue reclamada notarialmente, y se le abonaran

daños y perjuicios, con devolución por parte de la actora de las 100.000 pesetas recibidas al formalizar el contrato.

El Juez de 1.^a Instancia dictó sentencia por la que, estimando la demanda, declaró resuelto el contrato por incumplimiento imputable al demandado, condenando a éste, a quien ha de devolverle la actora las 100.000 pesetas que de él tiene recibidas por parte de precio, a estar y pasar por tal declaración, a que indemnice a la actora los daños y perjuicios que le causó, que se concretarán en periodo de ejecución de sentencia, y a que desaloje y deje a la libre disposición de la demandante el piso, sin hacer expreso pronunciamiento de costas.

La Audiencia confirmó dicha sentencia.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación.

Considerando: Que el primer motivo del recurso y al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se denuncia aplicación indebida del 1.124 del Código civil y doctrina legal que cita, así como violación del 1.504 del mismo Código, por entender que tratándose en este caso de una venta de bienes inmuebles lo que se intenta resolver, era este segundo precepto, como específico de la materia, el que debió haber sido utilizado por el juzgador y no el primero, dado su carácter y alcance dentro de la teoría general de las obligaciones que le hace incompatible con aquél, olvidando el recurrente que el artículo 1.504, dentro de su colocación específica, tiene un valor igualmente genérico, no reducido a la regulación del llamado pacto comisorio o de Ley comisoría, en cuanto sus reglas tienen validez en esta clase de ventas, *aunque dicho pacto nubiera sido establecido* («aun cuando se hubiese estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido, tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato»), lo que significa que deberá observarse en todos los casos de resolución, es decir, tanto cuanto se convino una condición resolutoria expresa, como cuando lo convenido haya sido el referido pacto, que no es, en definitiva, sino una forma de la misma, la manera como llegó a nuestro Código desde el Derecho romano, a través de Las Partidas (Ley 38 del título 5.º de la Partida 5.ª) y se declaró por esta Sala, especialmente en las sentencias de 28 de enero, 5 de junio y 9 de noviembre de 1944, y lógicamente también en los supuestos en que no se previene cláusula alguna del género relativa a la resolución contractual; pero eso sí, requiriéndose en todo caso, por su propia naturaleza, que haya mediado el establecimiento de un plazo o término de carácter resolutorio, para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato concertado entre las partes contratantes.

Considerando: Que al no existir en el contrato que da lugar al litigio de que trae causa este recurso ninguna condición resolutoria expresa, ni haberse introducido el antes mencionado pacto comisorio, la única vía que podía tener a su alcance la vendedora para pedir la resolución contractual ante el incumplimiento de quien compró, no podía ser otro sino la de la facultad resolutoria tácita válida para todos los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas, contenida en el artículo 1.124 del Código civil, que lejos de ser incompatible con el artículo 1.504 del mismo texto legal, podía haberse complementado con las reglas que en el mismo se establezcan, si hubiese existido el plazo o término que dicho precepto exige; con la particularidad, por otra parte, de que este régimen especial está establecido exclusivamente en beneficio del comprador, que pudo haberlo utilizado enervando la acción resolutoria con el pago de lo debido, cosa que no hizo, mientras que, por el contrario, la sentencia recurrida declaró probado—sin que el recurrente haya ni siquiera intentado desvirtuar esta declaración por el único cauce adecuado del número 7 del propio artículo 1.692 de la

Ley procesal—que se efectuaron los requerimientos notariales por la vendedora con la debida antelación como igualmente, un mes antes de iniciarse el correspondiente juicio declarativo de mayor cuantía, se había demandado de conciliación al referido comprador, todo lo cual está justificado, digo justificando, el proceder del Tribunal *a quo* al aplicar el procedimiento del artículo 1124 del Código civil y obliga a la desestimación de este motivo.

Considerando: Que en el segundo y último de los motivos formulados, a través también del cauce del ordinal primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega interpretación errónea del 1128 en relación con el 1504, ambos del Código civil y doctrina legal que cita, de imposible prosperabilidad, porque lo que dice el primero de los mencionados preceptos sustantivos es que «si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujese que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarian la duración de aquél», como igualmente lo determinarán, según se añade en el párrafo 2.º, «cuando haya quedado a la voluntad de dicho deudor», alegación que se contradice con la norma del artículo 1504 que el recurrente quiere relacionar, puesto que aquí, partiendo de la necesidad de existencia de un término en la forma antes expuesta, se prohíbe al Juez que conceda otro nuevo; pero, además, porque esa naturaleza y sobre circunstancias de las que el artículo 1128 hace deducir la presencia del plazo con puras cuestiones de hecho y de hermenéutica contractual, en relación con las cuales el Tribunal sentenciador declaró con acierto que no podía deducirse la existencia de un plazo de más de siete años, durante los cuales el recurrente se abstuvo de pagar el resto del precio debido, que lo único que demuestra es la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado, frente a la natural satisfacción de sus obligaciones contractuales por quien pide la resolución, declaraciones respaldadas por la prueba que se practicó en instancia y no combatidas por las vías pertinentes del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento; a causa de todo lo cual es forzosa la desestimación del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos legales contenidos en el artículo 1748 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1967.—*El heredero voluntario no puede accionar sobre simulación referida a un contrato otorgado por su causante, pues carece de interés jurídico protegible.*

La demanda decía, en síntesis:

1.º La excelentísima señora doña F. M. F., por su matrimonio, condesa viuda de B. y baronesa de A., en virtud de la adjudicación que se le hizo al practicarse las operaciones particionales de bienes provenientes de las herencias de los condes de B, barones de A, en escritura protocolizada otorgada ante un Notario de Pamplona, el 1 de abril de 1936 era dueño de varios bienes inmuebles y censos, sitos en los términos municipales de Pamplona, Esperun, Otaño, Yarnoz, Lumbier y Carcar. 2.º Doña F. M. F., en el año 1956, y cuando a la sazón contaba ochenta y dos años de edad, sin ningún conocimiento del español y de muy rudimentaria cultura, vino a Pamplona con intención de vender sus propiedades, para con su producto invertirlo en Francia. Y así contrató la venta del coto de Esperun y Otaño en documento privado, suscrito el 27 de septiembre de 1956 y confeccionado por el entonces Notario de Pamplona don E. P. del R. 3.º Que en virtud de las dificultades surgidas por las trabas que por entonces

existían por parte del Instituto de Moneda Extranjera y el temor de que el dinero obtenido por la venta de sus bienes no le fuera posible introducirlo en Francia, donde residía, se desistió de la operación antes dicha. Esta circunstancia fue aprovechada por don S. E. T., Agente de la Propiedad Inmobiliaria, dedicado al tráfico y mediación de fincas rústicas y urbanas, quien le hizo ver que se podía encubrir la compraventa mediante la fórmula de la donación, con lo que evitaba todo posible riesgo. Convencida doña F. M. F. por el demandado, decidió realizar con éste la operación de compraventa, compareciendo a tal fin en la Notaría de don . . . de Pamplona, donde en escrituras otorgadas los días 13 y 16 de octubre de 1956, aquélla hacía donación de los bienes que en las mismas se concretan, a favor de don S. E. T., y que encubrían una compraventa por el precio cierto de un millón de pesetas. 4.º Las propiedades vendidas alcanzaban en la época de confección del contrato la importante cifra de 10.000.000 de pesetas, y hoy día se calcula su valor en 17.815.000 pesetas, no incluyéndose el importe de los censos al objeto de esta demanda. 5.º Doña F. M. F. falleció en Niza (Francia) el 3 de marzo de 1963, bajo testamento otorgado el día 27 de junio de 1960, ante el Notario de Niza Mr. D., por el que instituía heredero universal de sus bienes a su sobrino el actor. 6.º Se celebró el 1 de junio de 1964 en el Juzgado municipal número 2 de los de Pamplona, acto de conciliación con el demandado, reclamándole la diferencia entre el precio satisfecho y el justo respecto a la compraventa a que se ha hecho mención, o a su elección, la devolución por nuestra parte del dinero cobrado y entregado por la suya, de las fincas. Citó el derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando que en su día y previo el recibimiento a prueba se dictase sentencia en los términos siguientes: 1.º Se declare que la donación otorgada por doña F. M. F. a favor de don S. E. P. en escrituras de 13 y 16 de octubre de 1956 ante el Notario don . . . de Pamplona, encubre un contrato de compraventa de los bienes en ellos reseñados por el precio de un millón de pesetas. 2.º En su consecuencia, se condene al demandado a su elección, a entregar a su representado los bienes objeto de la compraventa con devolución por su parte de un millón de pesetas recibido por la vendedora o a satisfacer la diferencia que existe entre el precio justo de 10.488.500 pesetas. 3.º Con independencia de los pedimentos anteriores y para el supuesto de su desestimación y alegación por el demandado de que se trata de una donación pura y simple el negocio jurídico a que se contrae esta litis, se declare que la misma, otorgada por doña F. M. F. a favor del demandado en escritura pública de 13 y 16 de octubre de 1956 ante el Notario de esta ciudad, don . . . , es radical y absolutamente nula, por el defecto fundamental de carecer de testigos instrumentales y estar ausente de liberalidad. Todo ello con imposición de costas al demandado. Acompañó a su escrito los documentos a que el mismo hace referencia.

El demandado contestó en resumen:

Efectivamente, el 27 de febrero de 1956 doña F. M. F. concertó con sus colonos la venta del «coto de Esperun» y fincas de Otaño, por precio de un millón de pesetas, cantidad expresada en ese documento, auténtico a efectos procesales como traído por el demandante y admitido por esa parte, y que el actor silencio en su escrito inicial. Con este documento como elemento básico se promovió una demanda por doña S. G. contra doña F. M. F. y don S. E. P., que terminó por sentencia absolutoria de 9 de diciembre de 1961 del Juzgado de Primera Instancia número 1. Fracasada al fin aquella operación por supuestas interferencias del Instituto de Moneda Extranjera, los cinco arrendatarios de «Esperun» no se pusieron de acuerdo en la formalización del documento

«comprensivo de la parte que cada cual iba a adquirir de Esperun y Otaño», por lo que ante su falta de formalidad la vendedora doña F. M. F. se desligó del convenio que no llegó a cuajar en contrato definitivo. El señor E. no tuvo arte, ni parte, en todo eso, si el día 27 de septiembre de 1956 doña F. M. F. y sus colonos—que supone conocerían bien el valor de las tierras—fijaban como posible precio de venta de «Esperun» y fincas de Otaño esa suma de 1.800.000 pesetas, como quince días más tarde su precio el de los 4602.500 pesetas que fijan ahora para «Esperun», más las otras 60.00 de las de Otaño. Que en los días 13 y 16 de octubre de 1956 doña F. M. F., en acto de libérrima voluntad, otorgaba ante el Notario esas dos escrituras de donación en favor de don S. E. P. Todo lo demás es pura fantasía y bastante mala fe. Don S. E. P. satisfizo a la excelentísima Diputación, en concepto de derechos reales, por una de ellas la cantidad de 619 494 pesetas más 1.732,50 pesetas por exceso de timbre. Por otra satisfizo en iguales conceptos la cantidad de 330.044.91 pesetas por derechos reales y 1.732,50 pesetas por timbre. Total satisfizo 953.000.91 pesetas. Aceptó la condición que se atribuye al actor, de sobrino de la testadora, aun cuando les consta que doña F. M. F. carecía de inmediatos parientes, y cuando ni siquiera el nombre y vecindad parecen coincidir.

Solicitó sentencia absolutoria con imposición de costas al actor.

En la réplica, la parte actora añadió que la venta era lesiva y, por tanto, rescindible con arreglo a la legislación foral navarra, por ser lesión superior a la mitad del justo precio que el Perito fijó en la época del contrato en 10.488 500 pesetas, y que si se estimase se trata de efectivas donaciones, las mismas son nulas por el defecto fundamental, igualmente de Derecho Navarro, de carecer de testigos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró:

1.º Que las donaciones otorgadas por doña F. M. F. a favor de don S. E. T., en escrituras de 13 y 16 de octubre de 1956, encubren un contrato de compraventa de las fincas que se reseñan por el precio de un millón de pesetas. 2.º Que condeno al señor S. E. T. a que a su elección entregue al demandante los bienes objeto de la compraventa con devolución por parte del actor del millón de pesetas recibido por la vendedora o, a que satisfaga la diferencia que existe entre el precio justo de 8.492.000 pesetas y el percibido de un millón de pesetas, absolviendo al demandado de las restantes pretensiones que contra él se formulan y sin hacer pronunciamiento sobre costas.

La Audiencia estimó la falta de acción del demandante y absolvió de la demanda al demandado.

El Tribunal Supremo falló no haber lugar a la casación. Razonó así:

Considerando: Que conteses las partes en la existencia de una simulación relativa sobre la que el Tribunal *a quo* funda la falta de legitimación activa (Considerando séptimo), el motivo tercero impugna esa declaración, no pudiendo prosperar, pues según reiterada doctrina de esta Sala, recogida entre otras, en las sentencias de 30 de junio de 1944, 3 de abril y 26 de octubre de 1962, 22 de abril de 1960 y 3 y 5 de julio de 1966, los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no asistir este derecho a su causante, según resulta del artículo 1.302 del Código civil y, por consiguiente, no haberseles podido transmitir *mortis causa*, y en este sentido debe entenderse que para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien actúa procesalmente con dicha finalidad,

tinga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional, esto es, que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza, no siendo parte legítima en los autos el heredero voluntario, por falta de interés jurídico para accionar sobre la simulación, pues lo que la Ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual del accionante, que necesita ser defendido frente al acto simulado que lo lesiona. Es manifiesto que en el caso de autos no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor, porque no teniendo su causante herederos forzosos ni ninguna otra restricción en la facultad dispositiva, pudo transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo *inter vivos* o *mortis causa*, y la posición jurídica de su sobrino, como, heredero voluntario, no le atribuye otro derecho que el comprendido en el marco de su institución, que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo la causante, siquiera fuera encubriendo la compraventa en una donación.

Considerando: Que la desestimación de este motivo acarrea la de los demás, al no darse el recurso de casación contra los Considerandos que no sean base indispensable del fallo.

La posibilidad del ejercicio de la acción de simulación por los herederos del autor de ella ha sido objeto de estudio matizado y meticuloso por la jurisprudencia.

Nada mejor que copiar el resumen que de ella hace el profesor De Castro en su libro de reciente aparición, «El negocio jurídico» llamado, sin duda, a marcar hito en nuestra literatura jurídica. Se lee en el parágrafo 442: «Doctrina del T. S. sobre la legitimación activa. Cualquiera de las partes en el acuerdo simulatorio tiene interés legítimo en "patentizar la ficción mediante la acción de nulidad" (sentencia 6 febrero 1964), por ejemplo, la misma anciana que vende sus bienes y luego se ve abandonada o maltratada por los compradores que en verdad eran donatarios (sentencia 17 diciembre 1960). Acción de simulación contra la que no puede oponerse que se trata de lo hecho por el propio actor (venire contra factum proprium), por ser actos inexistentes o nulos (sentencia 22 febrero 1946, 6 abril 1954). Los herederos de los mismos pueden también interponer la acción, pues "resulta evidente que, como tales, pueden ejercitar las acciones judiciales en demanda de la inexistencia de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del "de cuius"; que no se extinguen por su muerte, según el artículo 659 del Código civil y suceden en toda titularidad que el óbito no termina, como lo expresa el artículo 671 del mismo cuerpo legal"» (sentencia 27 noviembre 1958).

Este criterio general, claro y lógico, se ha puesto en duda, respecto de la simulación relativa. Ha parecido chocante que un heredero cualquiera pueda contradecir la voluntad del causante y pedir se declare nula la donación de una finca, ocultada bajo la forma de una escritura pública de venta. Se distingue entonces, entre los herederos legítimos, que actúan ex iure proprio, en defensa de su legítima y los demás herederos. Estos, se dice, «deben acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo la causante» y se niega el interés jurídico en la acción, pues, «no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor» (sentencia 30 junio 1944, 3 abril 1962, 22 abril 1963). Doctrina que ha parecido tan consolidada, que para justificar, en su caso, la legitimación del heredero, se acude al expediente de atender a que la simulación afectaba también a un legatario, y que los legatarios «tienen la conside-

ración de terceros para estos efectos» (sentencia 11 marzo 1960). Consecuencia lógica de esta premisa será la de distinguir entre donaciones oficiosas e inoficiosas (sentencia 19 diciembre 1957); de modo que la donación de finca encubierta en escritura pública de compraventa válida, pero inoficiosa ha de reducirse en lo que lo sea (sentencia 22 marzo 1961, que en esto casa la del inferior). La legitimación de los herederos legítimos se equipara «en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación» (sentencia 12 abril 1944, 30 mayo 1958, 31 marzo 1959, 2 mayo 1959). Mas, para que caiga todo el negocio simulado parece, teniendo en cuenta lo antes dicho, que será necesario que el negocio simulado se tache de causa ilícita, aquí la de frustrar los derechos de los legítimos (sentencia 7 octubre 1958, 4 abril 1961).

Pero con lo dicho no se tendrá una idea completa de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la legitimación del heredero. Al lado de los dos motivos que impulsaron a reducir el alcance de esta legitimación, han jugado otras dos consideraciones. El hecho insoslayable de que el heredero, como tal, es el sucesor en general de las facultades de su causante, y, entre ellas, en la de pedir se declare la simulación; cuyo ejercicio quizá pudo dejarse al arbitrio del heredero. La tendencia del Tribunal a considerar inmediata e irremediablemente nulo el negocio simulado. Así, partiendo de la reiterada doctrina de la casación, que reconoce la acción de impugnación a «quien tenga un interés en ella», se precisa que «éste es indiscutible en el heredero de la vendedora, privado de la herencia por simulación, interesado en establecer la verdad jurídica para poder entrar en su disfrute» (sentencia 22 mayo 1956, también sentencia 28 octubre 1964). Afirmación que se matiza en sentencias posteriores, diciendo: «Que los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no existir este derecho a su causante, según resulta del artículo 1.302 del Código civil y, por consiguiente, no habérselos podido transmitir "mortis causa" (sentencia 3 abril 1962); por aplicación del principio del respeto a los actos propios, el heredero no podrá atacar los actos del causante, que por ser jurídicamente eficaces en sí mismos, resultan inatacables por el propio causante, mientras actúe simplemente en ejercicio de los derechos del causante y no cuando invoque derechos propios (sentencia 26 octubre 1962). De lo que resulta que se hace depender la legitimación del heredero voluntario de que correspondiera o no a su causante el ejercicio de la acción de nulidad. La fluctuación de la doctrina jurisprudencial puede esperarse termine ahora. El heredero legítimo, como el heredero voluntario, pueden impugnar los negocios tachados de simulación absoluta. El heredero legítimo podrá impugnar el negocio disimulado válido si está hecho en cantidad que afecte a su legítima, en lo que aquél resulte inoficioso. El heredero voluntario no podrá impugnar el negocio disimulado válido. Cualquier clase de heredero podrá impugnar el negocio disimulado inválido. Conforme a la doctrina dominante, de que la donación de cosa inmueble encubierta por escritura de venta es radicalmente nula, cualquier clase de heredero podrá pedir se declare la simulación de venta y la nulidad de la donación disimulada. En caso de simulación relativa (escrito privado de venta que encubre una donación) se dice que el heredero está legitimado para impugnar, dada la inexistencia de la donación por carencia de forma (sentencia 17 febrero 1966).

SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1967.—*Prescripción: Momento a partir del cual se cuenta el plazo de prescripción de la acción para exigir culpa extracontractual o aquiliana. Diligencias sumariales no dirigidas contra persona determinada.*

Afirma esta sentencia:

Considerando: Que el transcurso del plazo establecido por el artículo 1.968 del Código civil para la prescripción de las acciones que, según el 1.902 y concordantes de dicha Ley sustantiva emanan de la culpa extracontractual o aquiliana, debe contarse a partir del momento en que los hechos que la producen llegaron a conocimiento del perjudicado, como con toda claridad indica el segundo párrafo del primero de estos preceptos, por ser entonces cuando surge el *dies a quo* determinante de la situación jurídica de inactividad o inercia de su titular, que sirve de fundamento a dicho instituto y el que marca el instante en que la acción puede ser ejercitada, salvo que exista algún impedimento legal que lo obstaculice, lo que necesariamente habría de ocurrir si se hubiese seguido causa criminal sobre los mismos hechos sometidos a la jurisdicción civil, porque en tal supuesto ésta no podría emitir decisión judicial alguna sobre ellos, hasta que en aquella causa recayese sentencia firme o auto de sobreseimiento (sentencias 7 octubre 1899, 24 diciembre 1941, 21 noviembre 1955 y 16 diciembre 1961), o se declarase extinguida la responsabilidad criminal (sentencia 12 mayo 1960), de acuerdo con lo que preceptúan los artículos 111 y 114 de la Ley procesal punitiva y el principio general de derecho *Actioni nondum natae non praescribitur*, en cierto modo recogido en el artículo 1.969 del Cuerpo legal citado y por la doctrina de esta Sala consignada, entre otras, en sus sentencias de 1 de junio de 1900 y 27 de abril de 1925.

Considerando: Que la circunstancia de que las diligencias sumariales no se hubiesen expresamente dirigido contra persona individual o Corporación pública determinada, no sustrae a éstas de los efectos suspensivos que los artículos 111 y 114 imponen para la prescripción aquí estudiada, ni impide que la correspondiente acción se utilice eficazmente contra ellas, cuando concurren los requisitos necesarios para su exigibilidad, porque el obstáculo que los referidos preceptos representan para la iniciación del proceso civil, no deriva de la coincidencia de los elementos subjetivos integrantes de las relaciones jurídicas ventiladas en ambas jurisdicciones, que incluso pueden desconocerse en la represiva, como enseña el número 2 del artículo 641 de la oportuna Ley de Trámites, sino que se produce en atención a la identidad de los hechos enjuiciables en las dos, según los términos gramaticales del repetido artículo 114, por responder su finalidad al designio del legislador de evitar la posible divergencia que pudiera existir entre los fallos procedentes de los Organos judiciales.

Considerando: Que sentado lo anterior, no puede prosperar el primer motivo del presente recurso, formulado al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se acusa al Tribunal *a quo* de haber incidido en la interpretación errónea del artículo 1.968, número 2º, del Código mencionado, porque aparte de que en la resolución impugnada no se realiza ninguna labor exegética con relación a dicha norma, lo que imposibilita la comisión de ese vicio *in iudicando*, es lo cierto que, al declararse probado por el juzgador de instancia que el demandante conoció la intrusión

llevada a efecto en la cantera litigiosa el día 6 de diciembre de 1960, sin expresar quiénes fueron las personas físicas o jurídicas que la realizaron, y al afirmar, además, que los sumarios que se siguieron sobre tales hechos fueron sobreseídos en 2 de febrero y 17 de junio de 1961, respectivamente, celebrándose el oportuno acto de conciliación, el 29 de enero siguiente, la deducción a que la Sala llega en orden a la aplicación del referido artículo 1.968, es perfectamente correcta, y se deduce con toda claridad de la comparación y cómputo de esas fechas, lo que, unido a que la presentación de las denuncias por parte del actor exterioriza su deseo de destruir la apariencia del futuro inejercicio de las acciones de que es titular, en que la prescripción extintiva exclusivamente se funda, provoca el decaimiento del motivo.

Considerando: Que igualmente claudica el segundo motivo, dirigido por la misma vía formal del anterior, porque la falta de aplicación del artículo 10 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y de la doctrina legal que se cita, cuya pretendida infracción le sirve de base, carece de soporte fáctico en que apoyarse, por partir del supuesto de que el Municipio recurrente es propietario de la cantera litigiosa, por hallarse enclavada en la Sierra de Filabrés, y estar inscrita a su favor e incluida en el catálogo correspondiente, sin tener en cuenta que tales hechos los niega rotundamente la sentencia impugnada, al expresar que las fincas de los litigantes y sus respectivos asientos registrales «no coinciden en denominación, extensión, polígono y número», y que no habiéndose destruido estas manifestaciones por el cauce procesal establecido en el número 7 del indicado artículo 1.692, debe desestimarse el motivo y con él la totalidad del recurso.

B. M. B.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de septiembre de 1966.

Presentada en la Oficina liquidadora una carta de Butano, Sociedad Anónima, a la Empresa «Material y Construcciones», por la que la primera hacía a la segunda un pedido en firme sobre construcción de seis depósitos esféricos de 1.000 metros cúbicos de capacidad en un precio de 21.600.000 pesetas, con la condición de que la constructora había de incorporar la obra a medida que se fuera construyendo en los terrenos de la propiedad de la compradora, la cual facilitaría la energía eléctrica necesaria, el agua precisa para a prueba hidráulica y el peonaje, detallándose plazos de entrega de los tanques y de montaje y las condiciones de pago del precio.

La Oficina liquidadora giró a cargo de la constructora la liquidación del impuesto por el concepto de «muebles», número 46 de la Tarifa sobre las expresadas 21.600.000 pesetas al 3 por 100.

La constructora interpuso recurso económico-administrativo ante el Tribunal provincial, alegando que el contrato debía calificarse como mixto de ejecución de obras, liquidable al tipo de 2,25 por 100, y no al 3 por 100, al no concurrir en el caso la condición de habitualidad en el contratista respecto a la confección de obras o productos análogos, ya que los depósitos mencionados eran

construcciones desconocidas en España, y, en cambio, concurría la circunstancia de que la obra contratada quedaba incorporada en una cosa que no era de la propiedad del contratista; y, en su consecuencia pidió la nulidad de la liquidación y que se sustituyese por otra al tipo del 2,25 por 100 sobre la base del precio estipulado.

El Tribunal provincial desestimó el recurso fundado en que si bien la habitualidad en la confección de obras análogas era negada por a recurrente, sus argumentos no desvirtuaban la realidad de tal analogía, sin que, por otra parte, fuera de aplicación la salvedad del párrafo cuarto del artículo 18 del Reglamento, referida a los supuestos en que la obra contratada haya de ejecutarse y quedar con ello incorporada a una cosa que no sea de la propiedad del contratista, puesto que para ello era necesario que tal incorporación se realice a medida que se ejecute la obra, circunstancia no concurrente en el caso, puesto que los depósitos, una vez contruidos, se entregaban a pie de fábrica, siendo el transporte hasta el emplazamiento por cuenta de la compradora, a cuyo cargo corría la instalación, aunque con la ayuda de la constructora.

Esta, no conforme con la resolución, recurrió en alzada ante el Central, insistiendo en los razonamientos de primera instancia, y en la súplica de que se aplicase el tanto por ciento del 2,25 por 100.

El Central empieza por decir que la única cuestión debatida consiste en decidir si el contrato discutido debe liquidarse como compraventa, como entendieron la Oficina liquidadora y el Tribunal provincial, o si es procedente aplicar el tipo de 2,25 por 100 establecido en el número 22 de la Tarifa.

Esto sentado, añade que el párrafo segundo del apartado VIII del artículo 2.º de la Ley dispone que los contratos mixtos de suministro con ejecución de obras se liquidarán por el tipo de compraventas si el contratista pone la totalidad de los materiales y se dedica habitualmente a la construcción de obras o productos análogos, salvo el caso en que la obra contratada haya de ejecutarse y quedar con ello incorporada en una cosa que no sea la propiedad del contratista en el que tributarán por el concepto de contrato mixto.

Esto dicho, añade que del contenido del documento en el que se fijaron las condiciones del contrato se ve claro que la Sociedad

recurrente quedó obligada a la construcción de los seis depósitos de características determinadas y a su montaje en la factoría de Butano, S. A., «sin que pueda admitirse que ese montaje corría a cargo de Butano, S. A.», con la ayuda de la contratista, afirmación ésta inexacta, porque la mera circunstancia de que aquélla facilite a ésta la energía eléctrica y agua precisa para la prueba hidráulica y el peonaje necesario, no permite la consecuencia absoluta a que llega dicho Tribunal, antes, por el contrario, esa condición venía impuesta por el hecho de que la prueba hidráulica había de tener lugar en la factoría de la Sociedad propietaria de la obra, mientras que los materiales de la instalación propiamente dicha se obligaba a suministrarlos el contratista.

A continuación, la resolución analizada invoca las de 15 de diciembre de 1953, 6 de abril de 1962 y 28 de enero de 1966, en las que se estima que para poder nacer el contrato mixto de ejecución de obras con suministro de materiales se requiere: a) preexistencia de cosa que esté comprendida en el objeto de contrato; b) que la cosa preexistente no sea de la propiedad del contratista; c) que los trabajos y suministros del contratista se realicen en la cosa preexistente, transformándola, reparándola o modificándola en sus cualidades esenciales o accidentales, y d) que por ello la obra, con el suministro correspondiente, quede incorporada a la cosa preexistente; y esto sentado, en el caso del recurso se ve que lo contratado es el conjunto de los trabajos y materiales necesarios para la construcción y su definitiva instalación en la factoría de los seis depósitos, los cuales quedan incorporados y en servicio de la dicha factoría, y en virtud de ello, la modifica con sus cualidades esenciales, y, por consiguiente, de acuerdo con el artículo 2.º, apartado VIII de la Ley del impuesto, procede la liquidación por el concepto de contrato mixto, y no por el tipo de la compraventa.

En conclusión, el Central, en su acuerdo, revoca el del Tribunal inferior, ordenando que se aplique el número 22 de la Tarifa al 2,25 por 100, con derecho a la devolución del importe de la liquidación anulada.

Comentarios.—Nos parece tan claro el caso y tan obvios los razonamientos de la resolución que creemos innecesarios cualquier clase de comentarios por nuestra parte, puesto que es manifiesto

que las construcciones contratadas no quedaban incorporadas en cosa ajena a medida que se construían, sino posteriormente, que es lo que caracteriza la existencia del contrato mixto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de septiembre de 1966.

El Tribunal Central tiene competencia para conocer de la negativa del provincial a aplazar el ingreso de una liquidación, aunque la negativa sea de carácter discrecional, ya que las decisiones de este tipo tienen acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, según la doctrina del Tribunal Supremo.

Antecedentes.—En escritura de 3 de noviembre de 1964 se vendió una finca rústica, gravada con varias hipotecas y un embargo, todo ello por importantes cantidades, todas las cuales quedaban a cargo del comprador, el cual entregaba una parte del precio, el que, en su totalidad había de ser entregado una vez hecha la medición pericial de la finca, ya que el precio se fijaba en relación con la cabida de la misma, no precisada en la escritura de compra, como tampoco las cargas, de modo que el pago quedaba supeditado a la determinación de tales extremos.

Practicada la medición de la finca y levantada acta notarial de la medición, arrojó el contrato el precio de 1.600.000 pesetas, y se prorrogó el pago hasta que se determinasen todas las cargas que, según el contrato, pesaban sobre la finca, que eran de cuenta del comprador, según lo pactado.

A la vista de la escritura y acta dichas, la Oficina liquidadora comprobó el inmueble por el índice de los precios medios y giró el impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados al 7,40 por 100, que produjo una cuota de 309.245 pesetas, oportunamente notificada.

La liquidación fue recurrida impugnando la comprobación, así como la adición al precio del importe de las cargas, dado que ya había sido detraída del precio, reteniendo su importe los compradores, como constaba en la aludida acta notarial y en los propios

términos del contrato. Al mismo tiempo, y en escrito separado, pidieron los recurrentes la suspensión del ingreso de la liquidación, al amparo del artículo 83 del Reglamento de procedimiento, siendo denegada la suspensión por el Tribunal provincial y notificado el acuerdo sin instrucción del recurso que procedía contra el mismo.

Seguidamente, los interesados presentaron escrito recurriendo en alzada ante el Central contra tal acuerdo, pidiendo su revocación y que se cediese a la suspensión del ingreso de la liquidación impugnada.

El Central se plantea en primer término la cuestión previa de su competencia por razón de la materia y de la cuantía para conocer en segunda instancia de los actos denegatorios por los provinciales de la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo de ingreso de la liquidación controvertida.

Y ya en esta trayectoria, dice que, si bien el artículo 83 del Reglamento procesal establece que los órganos competentes para conocer las reclamaciones podrán acordar a instancia de parte la suspensión del acto administrativo impugnado mientras dure la sustanciación del procedimiento económico-administrativo, el carácter facultativo de la norma no impide que contra el acto denegatorio de la petición pueda entablarse el recurso de alzada, cuando así lo permite la cuantía del acto cuestionado, con arreglo al artículo 129 del propio texto, y ello por virtud del carácter revisor de la jurisdicción, consagrado en el artículo 46 y por la doctrina del Tribunal Supremo, con base en la Ley de 27 de diciembre de 1956, en sentencias de 13 de diciembre de 1958, 24 de octubre de 1950 y 14 de julio de 1962, según la cual lo discrecional tiene exceso a la vía contencioso-administrativa, como lo demuestra el que precisamente la última sentencia citada se dictó en recurso contra fallo de este Central y se sostuvo criterio contrario al conocimiento de los actos de administración dictados en uso de la potestad discrecional.

En méritos de lo dicho, añade la resolución, se impone a firmar la competencia para conocer el presente recurso, así como por la cuantía, ya que lo discutido no es inferior a la cantidad señalada en el artículo 127 del Reglamento de esta jurisdicción para las resoluciones recurribles.

Admitida la competencia, añade el Central, ha de establecerse

que la notificación del inferior al recurrente fue defectuosamente hecha por no haberle instruido de la precedencia de la alzada, si bien en este caso no le ha causado indefensión, la única consecuencia en el orden procesal es la declarar que el acto del inferior debe estimarse legalmente dictado en primera instancia.

Añade después la resolución reseñada que, por otra parte, y de conformidad con el artículo 119 del repetido Reglamento procesal, la cuestión controvertida debe calificarse como de especial pronunciamiento, porque no puede entenderse del asunto al conocer de alzada sobre el fondo de la reclamación, porque en dicho momento terminaría la suspensión de la cuestión incidental, lo que, a su vez, implica, según el párrafo 10 del artículo 83, en relación con el tercero del artículo 116, que el acto recurrido carece de firmeza y, consiguientemente, perdura el efecto suspensivo del párrafo octavo del precepto citado hasta la notificación del presente fallo.

Termina la resolución diciendo, en cuanto al problema planteado, no especifica el Reglamento en qué casos debe excederse a la suspensión, dependiendo de la circunstancia que en cada caso concreto ha de estimar el órgano competente que deben aconsejar la suspensión, las cuales la resolución cree que se dan, y por ello cree procedente la suspensión cuestionada y, en definitiva, revoca el acuerdo recurrido y declara procedente la suspensión solicitada, siempre que se preste la caución prevista en el artículo 83 del Reglamento procesal, retrotrayendo la suspensión al momento en que se solicitó del Tribunal provincial.

Comentarios.—Dada la amplitud y detalle de la resolución estudiada, breves han de ser los comentarios. Está claro que la cuestión, como nueva que es, puede ser examinada y resuelta, porque así lo autoriza el Reglamento de procedimiento en su artículo 46, al disponer que la reclamación económico-administrativa atribuye al órgano competente en cualquier instancia la revisión de todas las cuestiones que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados.

En segundo término, es de destacar, como apuntábamos en el encabezamiento, que el tratarse de una decisión discrecional no es obstáculo para la procedencia del recurso, porque, tanto la juris-

prudencia como la doctrina admiten que las discusiones de carácter discrecional tienen acceso a lo contencioso, como afirman las sentencias que la resolución anota y como lo reconoce claramente el preámbulo de la Ley procesal de la materia de 27 de diciembre de 1956 en el número 3 de su apartado IV.

En él se trata el tema con claridad y admite y razona el por qué el estudiar el objeto del recurso contencioso-administrativo.

Como ampliación de lo expuesto nos referimos expresamente al comentario nuestro de la resolución del Central de 18 de noviembre de 1964 en el número de esta Revista de diciembre del mismo año y páginas 1.977 y siguientes, en el cual se plantea el tema con precisión y nosotros, por nuestra parte, lo analizamos con cierta amplitud.

J. M.^a R.-V.

LIBROS

COTTA, SERGIO: *Primi Orientamenti di Filosofia del diritto*. G. Giapichelli, editor. Torino, 1966, 176 págs.

Aun cuando el autor, catedrático de filosofía del derecho en la Universidad de Roma, advierte modestamente que trata sólo de presentar a los jóvenes los problemas iniciales de la reflexión filosófica del derecho, la obra es lo suficientemente importante como para merecer su lectura por parte de todo jurista preocupado por las cuestiones que encierra esta disciplina.

En el preámbulo afirma cómo, antes de determinar qué cosa es la filosofía del derecho, se debe responder a dos preguntas:

1.^a ¿Es posible hablar de un conocimiento filosófico, o más bien, se debe reducir a una forma de conocimiento más riguroso, o sea, a la ciencia?

2.^a ¿Existe el derecho como actividad humana insustituible o es reducible a la moral o a la economía?

En cuanto al primer problema (págs. 15-57), tras señalar los ataques que se dirigen hoy al pensamiento filosófico, afirma que la ciencia no puede resolver el problema del significado de la vida, ni siquiera el de la elección respecto a las diversas posibilidades de acción ofrecidas por ella misma, es decir, en cuanto al empleo de sus descubrimientos. De otro lado, la verdad de la ciencia no resulta ser la única forma de verdad, dado que cubre sólo una parte de la experiencia humana.

Resulta imprescindible, por ello, defender hoy la antigua concepción de origen principal, pero no exclusivamente cristiano de la filosofía como prudencia, en vez de como sabiduría (pág. 27). Una filosofía como sabiduría orientada hacia el conocimiento de datos está expuesta peligrosamente a la concurrencia y a la crítica

de la ciencia. En cambio, una filosofía como prudencia no es lejana de una mentalidad científica hoy dominante, no repudia las conquistas técnicas del mundo moderno e incluso las hará objeto de una reflexión filosófica.

A la atención por los datos ofrecidos por la ciencia, la filosofía como prudencia une una atención especial por la experiencia interior del sujeto y por una experiencia histórica de la humanidad. Son estas experiencias las que ofrecen a la filosofía el específico criterio de verificabilidad de sus aserciones y que hacen insustituible su obra.

El autor pasa a estudiar la pretensión de la ciencia del derecho de sustituir a la filosofía del derecho. Varias causas han contribuido a ello, el éxito de las ciencias físico-matemáticas y el positivismo jurídico de los juristas motivado por dos hechos fundamentalmente: el mito de la soberanía popular y el de la racionalización del derecho. Sin embargo, tal tendencia está hoy siendo superada. De una parte, la experiencia de los regímenes totalitarios y de la guerra han mostrado el carácter problemático del principio de la soberanía de la ley y la necesidad de replantear la antigua cuestión de los límites de la obediencia a las leyes válidas y vigentes. De otra, se ha advertido la insuficiencia de la dogmática formalista, ya que siendo las normas de origen humano no deben ser tratadas como dogmas, sino que se debe investigar las razones histórico-sociológicas de su existencia.

Estas exigencias han debilitado la confianza de los juristas en la capacidad de su ciencia de agotar toda investigación sobre la experiencia jurídica y los han dispuesto de nuevo a un diálogo con los filósofos (pág. 41). Esto autoriza a replantear el discurso sobre sus relaciones y separación.

Presenta las soluciones propuestas para la distinción entre filosofía del derecho y ciencia del derecho. No acepta que ésta estudie tan sólo el ser del derecho mientras aquélla considera el deber ser; puesto que la labor del jurista no se puede considerar como mera descripción o interpretación automática del derecho vigente (pág. 48), sino que se presenta como un trabajo en el cual es preeminente el aspecto crítico en dos sentidos: comprensión crítica del significado y del contenido. De otro lado, la labor del filósofo del derecho consiste también en conocer el derecho positivo.

En ambos casos, concluye el profesor Cotta, el método seguido consiste en interrogar a la experiencia y en atenerse a ella, renunciando a trazar demasiadas arbitrarias distinciones entre ideal y real (pág. 52).

La distinción, según él, está basada en la diversidad de perspectiva en la cual es examinado el objeto de las dos investigaciones, es decir, el derecho, y por tanto sobre la diversidad del campo de referencia en el cual viene encuadrado.

La ciencia del derecho estudia el derecho en una perspectiva naturalística. Puede verlo con diversos modos, restringido al aspecto normativo (teoría pura del derecho) o ampliado a una completa dimensión social (jurisprudencia sociológica o realismo jurídico anglosajón). Esta perspectiva no implica que la ciencia ignore el carácter humano del dato que estudia. Sin embargo, las razones por las que la vida entra en esta forma que es el derecho, escapan a un estudio del derecho que quiera permanecer dentro de los límites de la ciencia jurídica. Por esto, el campo de referencia en el que la ciencia del derecho encuadra su objeto es el constituido por los comportamientos jurídicos (norma, instituciones, relaciones). En cuanto a su misión, consiste en definir la existencia imperativa y establecer la aplicabilidad del derecho.

La filosofía del derecho, en cambio, considera el derecho como actividad del hombre, como una modalidad de expresión de su experiencia; de ahí que venga considerado en conexión con las varias exigencias del obrar humano general, dentro del cuadro conjunto de una antropología filosófica (la cual es elaborada sobre la base de la experiencia). La misión de la filosofía del derecho es investigar qué es el derecho como actividad humana, para tratar de comprender su existencia.

Establecida la diferencia entre la filosofía y la ciencia del derecho, se manifiesta cómo ambas investigaciones se completan entre sí. En efecto, la misión de la filosofía jurídica no puede ser cumplida por la ciencia jurídica, puesto que siendo conocimiento de un determinado dato, no tiene medios para seguir y penetrar la vida del hombre en una completa dimensión existencial (página 56). Tampoco la filosofía del derecho puede pretender sustituir a la ciencia del derecho, ya que su representación del derecho es inaplicable, puesto que mira a determinar qué es el derecho y

por qué, y no qué prescriben en concreto los Ordenamientos jurídicos. Además de ello, privada del auxilio del conocimiento científico, correría el riesgo de no tener una representación adecuada y fiel de la realidad jurídica, que constituye un elemento esencial de su discurso.

Plantea el problema de las relaciones entre filosofía y filosofía del derecho. Parte de la consideración de la filosofía como conocimiento reflexivo de la experiencia humana en su efectiva realidad; de ahí que no pueda admitir la concepción filosófica sistemática, según la cual existe una parte general (metafísica, lógica) que es el fundamento de varias partes especiales, las cuales son mero desarrollo de aquélla, ya que ello supone ignorar que esta experiencia es el producto de la energía vital y creativa del hombre, que se polariza en torno a exigencias, que surgen o asumen distinta importancia, según los tiempos. Así el siglo XVIII aparece preocupado por la política y su filosofía es esencialmente política; el XIX se caracteriza por su desarrollo científico-económico-social y su filosofía se orienta hacia una concepción dinámica de la vida, inspirándose en problemas de la Historia o de la evolución biológica.

Tampoco puede aceptar la filosofía especializada, según la cual las distintas ramas de la filosofía quedan separadas entre sí, sin comunicación, pues no parece posible resolver un problema del hombre sino tratando de entender la experiencia humana, en la unidad y variedad de su actitud observándola en la totalidad de perspectivas, puesto que toda experiencia puede aparecer en grado de iluminarla en manera no obtenible en otra perspectiva.

Hoy particularmente resulta esencial para conocer al hombre estudiar el derecho, pues acabada la época de los mitos, de las posiciones de sangre, la sociedad contemporánea se viene configurando cada día más como regida principalmente por el derecho.

La parte segunda, «el derecho desde el punto de vista de la filosofía», está dividida en dos capítulos (págs. 73-174).

El primero de ellos lleva por título «negaciones y reducciones del derecho». Afirma el autor cómo a lo largo de la Historia ha estado puesta en duda la insustituibilidad del derecho como actividad humana por diversas razones. Las teorías, que podrían llamarse negativas, reconocen la existencia del «hecho del derecho

como dato histórico real, pero propugnan su abolición a favor de otro principio de acción. Este consiste en la moral, en la concepción de determinadas sectas cristianas y anarquistas; la economía, según los fisiócratas o los marxistas. Otras teorías, las reduccionistas, afirman que el derecho tiene realidad sólo si al considerarlo nos cerramos a la pura apariencia empírica, pero observado profundamente se reduce a la moral (Gentile) o a la economía (Croce).

Advierte que la respuesta que se propone dar al problema planteado, no será de tipo apriorístico, obtenida por deducción del concepto de hombre, sino de un examen de la experiencia (pág. 77).

Presenta el concepto del derecho en las tres teorías generales del derecho más importantes, la normativa (Kelsen, Bobbio), la institucional (Hauriou, Renard, Romano), la relacionista (Kant, Levi). Según él, todas ellas tienen en común:

1.º Aplicar las doctrinas procedentes de la experiencia jurídica de un campo determinado a todo el derecho.

2.º No negar la categoría opuesta por las otras, sino considerarla subordinada a la presentada por ella.

3.º Constituir más que una teoría jurídica, una concepción de la vida y de la política absolutista, comunitaria y liberal.

El estudio de las teorías generales revela ciertos caracteres primarios del derecho:

1. Ser una actividad práctica, un hacer, no un pensar.
2. Tener un carácter social.
3. Ser una actividad imperativa.
4. Ser una forma de la acción en cuanto establece aquello que en ella debe ser frenado y aquello que debe ser protegido.

Todos estos caracteres se encuentran íntimamente entrelazados. En cuanto es una actividad práctica, es social; en cuanto se introduce en la vida de relación y registra sus exigencias, se expresa en imperativos; en cuanto es imperativo, imprime una forma a la acción. Este último aspecto resume todos los anteriores.

Es necesario, no obstante, distinguir el derecho de la moral y de la economía que constituyen igualmente formas de la acción en cuanto que la limitan y la potencian.

Rechaza aquí las tesis reduccionistas de los dos filósofos, máximos representantes del hegelismo italiano, al no aceptar la forzosa división de la actividad práctica en dos momentos, particular (economía) y universal (ética), como pretendía Croce; ni su unicidad (ética), como afirmaba Gentile.

Tampoco le resulta convincente señalar (como se ha hecho en Italia por oposición a los dos filósofos antes citados) la sociabilidad como nota del derecho, ya que la moral, al prescribir conductas que hacen relación al otro, y la economía, al exigir el cambio, son sociales.

En el capítulo segundo de la segunda parte, «El derecho como actividad específica» (119-173), la experiencia jurídica se le aparece como aquella actividad que tiene por fin la creación y la conservación de la sociedad como necesaria condición de la vida del hombre (pág. 122). De ahí que la actividad jurídica no se distinga de la moral y la economía por la diversidad de su contenido, sino por la diversidad de su fin.

El presentar el derecho como actividad que tiene por fin la conservación de la sociedad, hace necesarias dos aclaraciones:

En primer lugar permite comprender mejor las razones de la multiforme variedad de contenidos de la experiencia jurídica en el curso de la Historia o en las diversas áreas de civilización (página 124). En efecto, lo único que es inmutable de la experiencia jurídica es el aparecer como categoría que informa las acciones con el fin de mantener la sociedad.

En segundo lugar, ello no implica el primado de la sociedad sobre el individuo. La sociedad es un nosotros que no puede no ser constituido por tantos yo.

Este fin del derecho imprime ciertas notas a la acción jurídica, que la distinguen de la moral y de la economía. Son:

A) Publicidad: es esencial al derecho, en cambio la acción económica y la moral sólo necesitan ser públicas cuando persiguen fines jurídicos.

B) Imperatividad-atributividad: mientras la moral sólo señala deberes.

C) Socionomía: no admite la distinción kantiana, moral (autonomía), derecho (heteronomía), ya que sin duda la moral cris-

tiana es heterónoma, y en cuanto al derecho, la heteronomía se daría sólo si la sociedad fuera un ente naturalístico, distinto y contrapuesto al individuo. Pero de hecho, cualquier tipo de estructura social tiene necesidad de un mínimo de consenso.

D) Tipicidad de la acción y del agente.

E) Garantía, mientras lo característico de la moral y la economía es el desinterés y el riesgo, respectivamente.

F) Coordinación.

Considerando la acción jurídica en su totalidad, constata dos exigencias; de un lado, la necesidad de certeza en las relaciones humanas y al cumplimiento de la misma se orientan las notas de publicidad, tipicidad y garantía.

De otro lado, la exigencia de la justicia que expresa la idea de una organización equilibrada de las relaciones sociales, sin la cual ninguna sociedad podría mantenerse; es el resultado del carácter sociológico, imperativo-atributivo y de coordinación.

De ahí que rechace dentro de su perspectiva fenomenológica todo concepto de justicia como valor por encima del derecho, estableciendo su identificación, puesto que las exigencias a las que responde el derecho y la justicia son idénticas.

Hace resaltar, sin embargo, cómo la identidad del derecho y la justicia no significa que todo derecho sea éticamente aceptable. Un ordenamiento inhumano, en cuanto es coordinamiento de las acciones, realiza la justicia, pero no es moral.

Esta inmanencia de la justicia a la actividad jurídica permite resolver la cuestión de sus relaciones con la seguridad de manera más satisfactoria. Así se ha dicho que para satisfacer la certeza el derecho acaba por sacrificar la justicia, como sucede en la cosa juzgada, la prescripción usucápica, etc., sino que la contradicción justicia-seguridad desaparece al considerar la justicia como sistema coordinado de acciones, que es impensable sin la certeza.

Pasa a estudiar los ataques que se han dirigido al derecho, considerándolo una actividad despersonalizante (pág. 161). No los acepta, ya que el fin del imperativo jurídico es precisamente salvar la acción del riesgo a que la somete la voluntad malvada del individuo. De otro lado, las intenciones y los proyectos, cuando son regulados jurídicamente, no por esto dejan de tener carácter per-

sonal, así el hecho de la regulación jurídica de la familia no impide que ésta sea vivificada interiormente por el amor.

Concluye la obra estableciendo la insustituibilidad del derecho. Una sociedad en la que sólo rigiera la ley moral sería una sociedad basada en la sola confianza, y las consecuencias, dada la imperfección humana, serían la falta de seguridad en todas las relaciones sociales, la rémora para la acción, y en suma, el desarrollo de las fuerzas inmorales (pág. 168). También la sola vigencia de la ley económica es impensable. La misma economía no podría subsistir. Un riesgo absoluto la anularía.

Estamos en presencia de una obra muy bien elaborada. Sin desconocer la absoluta independencia de pensamiento del profesor Cotta, podríamos afirmar que se encuentra dentro de la actual corriente de la filosofía jurídica italiana, que suele llamarse de la experiencia jurídica, cuyo máximo exponente es Giuseppe Capograssi († 1956), caracterizada fundamentalmente por tener en cuenta la experiencia humana total, abandonando toda vinculación al sistema hegeliano (dominante en Italia por largo tiempo) y por la conexión que predica entre el derecho y la vida superando la escisión entre forma y contenido, propia del pensamiento neokantiano.

JESÚS BALLESTEROS.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *El concubinato en el Derecho civil francés* (Prólogo de Ignacio Serrano). Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1965, 212 págs.

En la valoración doctrinal de las ventajas e inconvenientes de la codificación acaso haya pasado inadvertida una consecuencia que, no por refleja y secundaria, deja de tener interés; con menor intensidad, la misma consecuencia se produce en cualquier sistema jurídico de preeminencia de la norma escrita, aunque no esté codificada. Me refiero a la polarización y consiguiente riesgo de limitación temática que tal fenómeno produce en la doctrina. No es casual que la escuela de la exégesis floreciese con la promulgación del *Code*.

La doctrina debe dirigir su atención y su quehacer científico a lo jurídico todo: la Ley y la costumbre, la norma y la vida, la justicia y el interés; pero es lógico que, cuando existe reglamentación escrita—y más si ésta es sistemática y pretende ser exhaustiva—tienda a la exégesis; tome como punto de partida la norma y sólo desde ella lucubre sobre el supuesto fáctico, analice los resultados en función de la justicia y de los intereses en juego; con la promulgación de un Código civil es explicable la inversa proporcionalidad que a veces se conserva entre la atención doctrinal y la frecuencia estadística respecto de fenómenos reglados y no reglados, contratos típicos y atípicos, por ejemplo.

Por ello es de subrayar especialmente cualquier esfuerzo doctrinal aplicado a realidades vitales, de alguna manera jurídicas, pero no legales, para analizarlas a fondo, someterlas a la técnica jurídica, proporcionarles cauces o sugerir tajaderas. Si, además de ello, el estudio en cuestión abre ventanales hacia experiencias ajenas (cada día más fácil y frecuentemente intercambiables), y reúne condiciones intrínsecas de seriedad y criterio, preparación, dedicación y esfuerzo, bien puede ser calificado de acontecimiento.

Me atrevo a afirmar que esto, cabalmente, es lo que sucede con el libro de GARCÍA CANTERO, *El concubinato en el Derecho civil francés*, libro dedicado al minucioso—casi diría meticuloso—estudio de una realidad vital tan antigua como de difícil tratamiento jurídico, pues siempre ha tenido perplejos (en un sentido u otro, con actitudes y soluciones, expresas o tácitas, opuestas) a los Ordenamientos jurídicos. Una realidad que—como ahora gusta decir, sin conocer, muchas veces, la procedencia germánica de la expresión—«está ahí»..., aunque no esté en la Ley; una realidad directamente referible a la moral y a la justicia y en la que entran en juego intereses y valores extremadamente delicados.

Para ello GARCÍA CANTERO, pensando siempre en el Derecho español, ha tomado como campo de análisis el Derecho francés, que ofrece un cercano parentesco con el nuestro y en el que—por fortuna para nosotros—la extensión y frecuencia del fenómeno es más alarmante que en España, lo cual, por otra parte, ha determinado una copiosa e interesante jurisprudencia que es—me atrevo a decir—como la protagonista de este excelente libro.

Las virtudes científicas de la monografía me parecen evidentes,

aunque no me sorprenden conociendo al autor; como dice el profesor SERRANO en el prólogo «el libro del doctor GARCÍA CANTERO resulta apasionante, y la materia, como siempre, en toda la ya extensa producción del autor, está tratada con la agudeza de concepto y la finura de técnica que son habituales en él». Sirva, como botón de muestra, en el aspecto bibliográfico, las tesis doctorales francesas que aparecen puntualmente consultadas por el autor.

Una característica más de este libro quiero resaltar antes de pasar a su descripción aunque el tema sea de Derecho de familia —de Derecho de no familia, debiérase decir—, su exhaustivo tratamiento, su método realista sin agobios sistemáticos, y la honradez científica del autor, que no elude ni disimula los problemas concomitantes, hacen que en la secuencia del estudio del tema aparezcan instituciones patrimoniales en las que GARCÍA CANTERO demuestra, sin pretenderlo, pleno dominio.

El libro se inicia con una introducción en la que el autor analiza, para adoptar finalmente el término «concubinato», la terminología—lega¹, doctrinal, jurisprudencial—usada en la materia. Se adopta también una noción provisional y se analiza la institución a la luz de la moral católica, en el Derecho canónico y en la legislación comparada.

El capítulo I trata de los aspectos sociológicos e ideológicos del concubinato en Francia; se completa, en el capítulo II, con un fino análisis de la trascendencia jurídica de las ideologías favorables al concubinato, el nuevo planteamiento que determinan los nuevos hechos—principalmente la legislación de pensiones con el nuevo concepto de *personne a charge*—y la posición de la moderna doctrina francesa. Ambos capítulos resultan de extraordinario interés y sitúan al libro en la mejor línea, a mi juicio, de la actual metodología jurídica. El capítulo III trata del concepto—en la doctrina y en la jurisprudencia—, especies y naturaleza jurídica, entendida ésta como fundamentación jurídica del concubinato. Y el capítulo IV, de la ineficacia del concubinato, en general, en las relaciones personales, y en las patrimoniales, y de las correcciones a esta ineficacia en el orden patrimonial.

Con ello termina lo que pudiéramos llamar, convencionalmente, la «parte general». La «parte especial» se inicia en el capítulo V, que trata de las sociedades entre concubinos (con especial refe-

rencia a la doctrina de las sociedades de hecho), de la remuneración laboral de la concubina y de la comunidad de bienes entre los concubinos. El capítulo VI—de los más interesantes, a mi juicio—trata el problema de las libertades entre concubinos. El capítulo VII, de la filiación procedente de concubinato (incluida la «investigación de la paternidad»). Y el capítulo VIII, de los problemas en relación a terceros.

Termina el libro con el estudio, en el capítulo IX, de la cesación del concubinato: las causas y los efectos (el problema de la existencia de una obligación natural y el de la legitimación de la concubina para reclamar en nombre propio indemnización al tercero responsable de la muerte del concubino).

Monografía, como se deduce de esta abreviada reseña, completa y terminada, excelente. Sólo me resta añadir, para quien no conozca al autor, que trasciende a todo el libro la sólida formación dogmática y moral de este destacado civilista. Y felicitarle con toda sinceridad.

FRANCISCO SANCHO REBULLIDA.

Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Par ses élèves et ses amis. Publié avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique. Paris, Dalloz, 1964, 669 págs.

Esta obra, dedicada en gran parte a cuestiones de Derecho comparado, nos ofrece en una apretada prosa materias de gran interés jurídico, precedidas de una semblanza del homenajeado.

Su contenido es como sigue:

GEORGES VEDEL: *El decanato de Julliot de la Morandière* (páginas 1-18).

Evocación de su figura y de su fecunda y varia actuación.

MARC ANCEL: *Reflexiones sobre la utilización del método comparativo en Derecho penal* (págs. 9-22).

Presenta primero el artículo algunas consideraciones generales sobre el carácter y papel del Derecho comparado. Este, sin embargo, parece de poco alcance en Derecho penal, dado su particularismo y variabilidad de un país a otro. Mas realmente nada impide la utilización de un método comparativo, tendente, no a una uniformización, sino a un estudio ponderado, especialmente en el campo de la política criminal. Ello explica perfectamente la labor estadística y sistematizadora de la O. N. U., por ejemplo (*Section de défense sociale*, «Revue Internationale de Politique criminelle»). No hay que olvidar tampoco cómo se produjo en Europa, a partir del siglo XVIII, el nacimiento de un verdadero «Derecho penal común», que culminará en movimientos de escuelas gemelas en distintos países. Urge, pues, volver hoy a posiciones comunes, lejos ya de algunas exageraciones nacionalistas de la época de la codificación; no es ello tan difícil: así la muestra el propio viraje de la legislación soviética (1958-1960). Por otra parte, es aquí menor que en otras ramas la oposición entre sistemas continentales y de «Common Law»; las experiencias son aprovechables por todos. Naturalmente, el método comparativo tendrá su más adecuada aplicación en las instituciones eminentemente técnicas como las de la parte general; el Derecho penal especial es de inevitable variabilidad.

DANIEL BASTIAN y ALEX WEILL: *Una tentativa de unificación legislativa entre el Derecho francés general y el Derecho local de Alsacia y Lorena: el registro matrimonial* (págs. 23-36).

Dada la vigencia de la legislación alemana tras el retorno del territorio a Francia en 1918 y luego en 1944, planteábase el problema del reingreso ordenado y paulatino del Derecho francés; pero a la vez coordinado con una reforma general del mismo, entonces imperiosa.

Entre las nuevas cuestiones a solucionar figuraba el de la insuficiente publicidad del régimen matrimonial, apenas paliado tra-

tándose de comerciantes. En cambio, en los departamentos anexados manteníase el registro matrimonial de BGB, con un sistema completo y con sanciones efectivas en caso de incumplimiento. Planteóse entonces su introducción en toda Francia. A tal fin se debatió el lugar en que tal publicidad debía realizarse. Se estableció al fin el del lugar del nacimiento del marido. Acerca de su contenido, decidióse que había de hacerse un extracto del contrato matrimonial. Por otra parte, todos los antiguos medios de publicidad quedarían suprimidos.

Aprobado el proyecto por la Comisión de unificación legislativa y por la competente Dirección General, fue sin embargo rechazada por el Consejo de Estado francés, por estimarse «prematura e inútil» y por comportar excesivos dispendios. Todo ello no resultaba justificado, según los autores, malográndose así un oportuno momento de reforma.

HENRI BATIFFOL: *Reflexiones en torno a un prefacio* (págs. 37-46).

Recordando a su maestro, autor del prólogo a su tesis doctoral, hace BATIFFOL una exposición del método objetivo y realista de aquél, tendente a aproximar las cuestiones de Derecho internacional privado a las de Derecho privado interno, aunque siempre considerando su mayor flexibilidad.

BORISLAV T. BLAGOJEVIC: *La legítima (Réserve) en el Derecho sucesorio yugoslavo* (págs. 47-72).

De interés para el estudioso del Derecho comparado, por las amplias consideraciones de ese orden que hace en todo momento (distintos criterios en que se basa la sucesión legal, papel respectivo del individuo y la familia y de la sociedad, diferencias en orden a la filiación, etc.).

Pártese de un punto inicial: la libertad más o menos ilimitada del individuo para disponer de su patrimonio. En ello, tanto los Derechos occidentales como socialistas han adoptado una posición equidistante de ambos extremos bajo una modalidad u otra. Opé-

rase la restricción de esa libertad a través de la institución de la legítima. Ahora bien, varía considerablemente el número de personas llamadas en cada sistema, si bien propende a ampliarse. Así se manifiesta en la Ley yugoslava de 25 de abril de 1955 lo son los descendientes del *de cuius*, los hijos adoptivos y sus descendientes, los ascendientes, los hermanos y el cónyuge, si bien se precisa siempre tener además la condición de heredero *ab intestato*.

Estas personas se distribuyen en dos grupos: A) Las que tienen derecho a la legítima sin más requisitos (descendientes, hijos adoptivos y descendientes, padres y cónyuge). B) Las que precisan condiciones suplementarias (carencia de medios e incapacidad permanente para el trabajo). O sea, que el Derecho yugoslavo combina dos criterios, uno subjetivo y otro subjetivo-objetivo: de esta forma, al aplicarse el segundo se seleccionan automáticamente los llamados en principio a la sucesión. Ello da ocasión al autor para sistematizar todos los supuestos posibles en cuatro categorías de legitimarios.

También varía en los distintos Derechos la cuota de la legítima: su moderna tendencia es que sea aumentada, ya en pro de una conservación del patrimonio en completa integridad, ya para mejor atender a las necesidades de la persona cumpliendo así un fin social. Establece el Derecho yugoslavo cuotas distintas en cada supuesto, a diferencia, por ejemplo, del soviético; su cálculo se hará por relación a lo fijado para la sucesión intestada.

Estúdiense luego los casos de exclusión del derecho a legítima. También tras una consideración de los diversos ordenamientos, expónense las causas taxativas fijadas por el artículo 47 de la Ley yugoslava: infracción grave de obligación legal o moral; delito contra el causante, sus hijos, padres o cónyuge; delito contra el Estado o la comunidad socialista; vagancia o inmoralidad. Se precisa que la declaración del causante, apartándolo de la sucesión, revista forma testamentaria.

En conclusión, en Derecho yugoslavo es la legítima el derecho a recibir una parte determinada de la herencia (con la consiguiente facultad particional). En relación con este principio fundamental examinase un buen número de casos que pueden aparecer en la práctica, finalizando con ello el trabajo.

JEAN-DENIS BREDIN: *Notas sobre la enseñanza del Derecho* (páginas 73-87).

Resulta la colaboración de actualidad, dado el plan experimental de Valencia y Sevilla, con sus grupos de especialización jurídica. Expónense los pros y contras de toda especialización y de los sistemas optativos de disciplinas.

G. H. CAMERLYNCK: *La revisión del contrato de trabajo* (págs. 89-98).

Dividido en tres secciones: Naturaleza y fundamento jurídico de la revisión, Formas de revisión y consentimiento de las partes, Control jurisdiccional de la legitimidad de la revisión.

RENÉ CAPITANT: *La naturaleza de los actos de gobierno* (páginas 99-116).

Aborda el artículo el conocido problema de los *actos de gobierno*, tan debatido por la doctrina y la jurisprudencia administrativas, dada su diferenciación de los *actos administrativos*, susceptibles de recurso contencioso, frente a la insusceptibilidad de aquéllos.

Dicha distinción ha sido atacada por la doctrina, por estimarla contraria al principio de legalidad y propicia a la arbitrariedad. Viene así a ser como una sombra entre la general alabanza dedicada a jurisprudencia administrativa francesa. O sea, que para dichos autores el acto de gobierno es un acto administrativo como otro cualquiera, sin poseer una diferente naturaleza.

Ultimamente, sin embargo, ha querido CHAPUS esbozar otro planteamiento, como ya antes lo habían intentado CÉLIER y VIRALLY, con su teoría del «acto mixto»: el proveniente a la vez del Gobierno y de otra autoridad no sometida a la jurisdicción administrativa (Parlamento, Gobierno extranjero). Dicho más claramente: existe incompetencia del Tribunal administrativo para aplicar Derecho internacional o Derecho disciplinario. También EISENMANN

se ocupó del tema, opinando que era inexacto hablar de una «teoría del acto de gobierno», por no existir una categoría única. simplemente se da una incompetencia dados los principios jurídicos generales imperantes en Francia. Ciertamente, no son actos administrativos los actos diplomáticos, ni los de colaboración con el Parlamento. No puede utilizarse una noción tan amplia de acto administrativo.

Con todo, CAPITANT entiende que es ésta una caracterización puramente negativa.

CHAPUS quiere encontrar una diferencia entre *actividad gubernamental* y *actividad administrativa*. Mas resulta muy difícil delinear una noción autónoma de *función gubernamental*, como una cuarta entre las fundamentales del Estado. Por ello entiende CAPITANT que lo preferible será analizar separadamente los distintos actos de gobierno. Es clara, en efecto, que ni los actos del Gobierno en sus relaciones con el Parlamento (por ejemplo, presentación de un proyecto de Ley), ni los actos diplomáticos (como un decreto de ratificación de un tratado), ni un decreto de gracia del Presidente de la República conmutando una pena, son actos administrativos. Pues ni se trata de actos de ejecución de las Leyes ni están subordinados a éstas ni dimanar de la potestad reglamentaria. Así, pues, han de encuadrarse necesariamente o en la función legislativa o en la jurisdiccional. Para CAPITANT trátase de *actos de participación del Gobierno en la función legislativa*. Resulta esto sumamente claro en la actividad de gestión diplomática (negociación de tratado), pero también en la actividad de moción y dirección del legislativo y en el decreto de gracia (a manera de Ley individual). Esta es la conclusión del autor, aun advirtiendo que se aparta con ello de una concepción rigurosamente formalista a la manera de las de Kelsen o Carré de Malberg.

RENÉ CASSIN: *Las actividades legislativas de Julliot de la Morandière, Profesor y Consejero de Estado* (págs. 117-126).

Nos describe el autor como jalones importantes, entre muchos, de la obra del profesor DE LA MORANDIÈRE: su atención por las cuestiones del Derecho internacional privado, fuesen conflictos inter-

racionales o interprovinciales, siempre con un deseo de equilibrio distante del personalismo ilimitado y del territorialismo excesivo; la revisión del tratado de COLIN y CAPITANT; su intervención en la Ley sobre ampliación de la capacidad de la mujer casada; la revisión del Código civil colombiano; sus intervenciones en el Comité Jurídico y en el Consejo de Estado; la preparación del Código de la Nacionalidad de 1945; la actuación en las Conferencias de La Haya de Derecho internacional privado; su Decanato en la Facultad de Derecho de París; la presidencia de la Comisión de Revisión del Código civil; sus tareas constitucionales en el Consejo de la República y en la reforma de la norma fundamental francesa; sus trabajos sobre el estatuto personal y familiar de los musulmanes. Todo va así desfilando rápidamente, a manera de un cuadro de la reciente historia jurídica francesa.

JEAN CHABAS: *Reflexiones sobre la evolución del Derecho senegalés* (págs. 127-146).

Muestra las dificultades que un país nuevo encuentra para llegar a la unificación legislativa y a la codificación, especialmente en un caso como éste, en que coexistían tres jurisdicciones: la francesa, la indígena y la islámica. Tras ofrecernos un esquema de la nueva organización judicial delineada, el autor se refiere a la codificación civil y mercantil: de la misma se excluyó al menos para una primera etapa el Derecho de personas y familia por dificultades religiosas. El Derecho de obligaciones siguió en general las huellas de la tradición francesa, si bien no consagra la transferencia de propiedad por el mero consentimiento. En materia de responsabilidad, suprímese la distinción entre la contractual y la extracontractual, y se sustituye la noción de dominio por la de custodia en la presunción de responsabilidad por hecho de las cosas o animales. Por otra parte, se intenta servir siempre a las necesidades del comercio.

RENÉ DAVID: *El concepto de arbitraje privado y los convenios internacionales* (págs. 147-168).

Nos recuerda el autor el interés que para el comercio internacional tiene la institución, lo que explica su regulación por cuatro importantes convenios: Protocolo de 1923 sobre cláusulas arbitrales, Convenios de 1927 sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de las mismas, Convenio europeo de 1961 sobre arbitraje comercial internacional. Sin embargo, sucede que los términos fundamentales empleados en los mismos no están claramente delimitados (*cláusula arbitral, sentencia arbitral, arbitraje comercial*). Tampoco la doctrina se ha preocupado grandemente al respecto. Sin embargo, no es cosa sin importancia, dada la diversidad que en las legislaciones nacionales tiene estos términos. Por ejemplo, en el Código de procedimiento civil francés cabe distinguir el auténtico *arbitraje* de la *amigable composición*, y ambas figuras difieren del *arbitrio de un tercero* a que hace referencia el Código civil. En el Derecho inglés hay diferencia entre arbitraje y ciertas figuras de mediación a conciliación entre las partes. En Derecho soviético existe la dualidad entre un *arbitraje público* y el de la Cámara del Comercio Exterior. ¿Cómo resolver la cuestión? Estamos ante el clásico problema de las calificaciones, con su alternativa solución de hacerlas por la *lex fori* o por la *lex causae*. Tratándose de convenios internacionales, muchos internacionalistas franceses mencionan como solución la común intención de las partes, pero esta fórmula no es nada clara. Tampoco la jurisprudencia es terminante. Una cosa es evidente para el autor que los convenios no pueden interpretarse conforme a la *lex fori*.

De hacerse así, se correría el riesgo de desnaturalizar el convenio. Ya hemos visto que el Derecho francés conoce una institución que formalmente no es arbitraje; más claramente aún, el Derecho italiano distingue entre *arbitrato rituale*, solemne y formalista, e *irrituale*, el más utilizado en el comercio internacional; calificando sólo a los primeros de «arbitrajes», al aplicar el convenio internacional, quedarían excluidos casi todos los supuestos de la práctica. Lo propio le ocurriría al jurista inglés, que sólo con-

sidera verdadero arbitraje al que se dirige a una aplicación estricta del Derecho y no a una conciliación de intereses.

En suma: el término sería entendido diferentemente en cada país, destruyéndose la virtualidad del convenio o Ley uniforme.

Tampoco la calificación por la *lex causae* puede satisfacer enteramente, ante la diferente fisonomía, contractual o jurisdiccional, que el arbitraje adopta al pasar de un país a otro, con la consiguiente aplicación o no del procedimiento de ejecución de sentencias extranjeras.

En cuanto al recurso a la común intención de las partes, traído a colación también respecto a negocios jurídicos internos, no resulta hoy de gran precisión y rigor científico, dada la menor importancia que se concede al principio de la autonomía de la voluntad; sólo puede suponer un procedimiento accesorio, a utilizar tras procedimientos objetivos.

¿Acudiremos entonces a los trabajos preparatorios? Aparte de la diferente valoración que les conceden los juristas continentales y anglosajones, encontraríamos tan sólo en los autores del convenio un deseo de favorecer el arbitraje, en pro del comercio internacional, mas sin una precisión en el alcance de los términos utilizados. Realmente, éstos se encuentran en función del *objeto y fin* del convenio de que se trate. O sea, que son las exigencias objetivas del comercio internacional las que ante todo deben considerarse, auténtica *ratio legis* del convenio, impuesta por los principios del efecto útil y de buena fe.

No se olvide que en el ámbito internacional tiene la justicia sus propias exigencias, que pueden no coincidir enteramente con las internas, siendo un buen camino hacia ella el estudio comparativo de los ordenamientos. En suma, en materia de arbitraje debemos atenernos a la «naturaleza de las cosas». Indudablemente, el camino señalado será difícil y laborioso, mas ahí estará todo el valor de la labor del jurista. De esta forma, evitando toda deformación nacionalista y considerando armónicamente todos los ángulos internos e internacionales, es como la institución comportará sus grandes beneficios.

E. A. FLEICHTZ: *Por qué hemos traducido al ruso el «Precis de Droit civil» de Julliot de la Morandière* (págs. 169-174).

BERTHOLD GOLDMAN: *El reconocimiento mutuo de sociedades en la Comunidad Económica Europea* (págs. 175-198).

Se trata de un comentario del artículo 220 del Tratado de Roma, que prevé la apertura de negociaciones tendentes a ese objetivo, tan importante en orden al derecho de establecimiento. Ello resulta ciertamente necesario, por no bastar las semejanzas evidentes, en su letra y en su práctica, entre las seis legislaciones internas, ni tampoco lo establecido en tratados bilaterales ni en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado que regulan la materia. Deben resolverse tres complejos problemas; el ámbito del reconocimiento, los criterios de conexión respecto a los Estados y los efectos alcanzados, salvando el obstáculo tradicional del orden público.

SUZANNE GRINBERG: *Homenaje a Julliot de Morandière* (páginas 199-202).

Expresa su agradecimiento al profesor por su intervención en la Ley de 1938, de ampliación de la capacidad de la mujer casada.

JEAN HÉMARD: *La evolución contemporánea de la reglamentación de la competencia* (págs. 203-222).

Traza una panorámica de la evolución del problema, desde la Ley francesa de marzo de 1791 sobre el principio de libertad de comercio e industria (fin de la organización corporativa); su auge con el liberalismo del siglo XIX. Aprecióse después el peligro de una competencia sin limitación alguna, dañosa para comerciantes, productores, intermediarios y consumidores, y para la economía del país. En interés de todos fue surgiendo la legislación sobre mar-

cas comerciales, represión de falsificaciones de productos, ventas al por mayor, etc. También la jurisprudencia combatió la competencia desleal por medio del artículo 1.382 del Código civil. Y los propios comerciantes establecieron medios de defensa. Aumentó la intervención por exigencias de la guerra de 1939, llegándose finalmente a la forma intermedia actual de la Ley de 1963.

Se estudia luego la protección de los comerciantes contra los abusos de la competencia, en lo civil y penal, con especial atención al pacto de exclusiva y a la prohibición de monopolios de venta (preocupación importante de la CEE). También se analiza la protección frente a determinados procedimientos de competencia (ventas ocasionales, *dumping*; ciertas formas de publicidad). Destinase otro capítulo a la protección de los consumidores frente a insuficiencia de la competencia (precios impuestos y grupos de presión económica).

ROGER HOUIN: *Por una codificación europea del Derecho de obligaciones y contratos* (págs. 223-232).

Tomando la ocasión de este estudio al hablar de la labor de la Comisión de Reforma del Código Civil, comenta el autor un pensamiento del profesor DE LA MORANDIÈRE acerca de la oportunidad de regular el Derecho de obligaciones al unísono con la unificación económica europea. HOUIN, por su parte, la estima necesaria, oportuna y posible, pues todo proceso unificador en marcha como el europeo, precisa su propio instrumento jurídico. Algo se ha hecho, pero se precisa mucho más. Además, las viejas legislaciones de raíz napoleónica (Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo) precisan una reforma y están en trance de ella; podría, pues, realizarse conjuntamente, unificando la labor de las Comisiones. Desde luego, es realizable, pues el propio Derecho italiano, más moderno, se inspiró en gran parte en el Proyecto franco-italiano de 1929. Quizá difiera más el Derecho alemán, pero su divergencia es más técnica que sustancial, habiéndose señalado cierta aproximación de las jurisprudencias. Tampoco puede ser grave obstáculo la distinción entre Derecho civil y mercantil. Se trata, pues, de una exigencia de la actual «hora europea».

VIKTOR KNAPP: *Teoría de Derecho y cibernética* (págs. 234-242).

JACQUES LÉAUTÉ: *La frontera del Derecho de contratos y del de propiedad en Derecho penal especial* (págs. 243-252).

Los textos penales obligan muchas veces a una reconsideración de los conceptos civiles implicados, siendo interesante seguir la evolución de la jurisprudencia en este punto.

ROBERT LE BALLE: *Reflexiones sobre la reforma de la cuota disponible entre cónyuges* (págs. 253-264).

Nuevamente volvemos a las tareas de la Comisión de Reforma del Código Civil, hablándonos de las vicisitudes que en este punto ha ido sufriendo la regulación de la sucesión intestada: texto del Código de 1804, Leyes de 1891, de 1942, 1930 y 1957, «Ordonnance» de 1958.

Se ha querido evitar el contrasentido de considerar simplemente a los cónyuges como dos personas de familias distintas, con diversos obstáculos para la recepción de liberalidades o beneficios por testamento, habiéndose procedido a su mejor ubicación en las categorías de la sucesión intestada. A ello había ya contribuido decisivamente la jurisprudencia.

Estudianse también los efectos del divorcio o separación sobre la vocación sucesoria.

Llegamos, finalmente, a la Ley de 13 de julio de 1963, que permite ampliamente beneficiar por testamento al otro cónyuge, cuando no existen hijos ni descendientes, y atribuyéndole la cuota de libre disposición, amén de la nuda propiedad de la porción destinada a los ascendientes.

GABRIEL LE BRAS: *La originalidad del Derecho canónico* (páginas 265-275).

MAXIME LE TOURNEUR: *Algunas reflexiones sobre la codificación del Derecho administrativo* (págs. 277-292).

Repasa el autor las tradicionales dificultades (dispersidad, variabilidad, materias altamente técnicas, etc.) que se oponen a la codificación de esta rama jurídica, en contraste con el Derecho privado, y en general se muestra muy poco propicio a dicha codificación, incluso a la parcial, que podrá realizarse en algunos puntos, mas nunca con excesivas pretensiones de estabilidad y perfección.

GEORGES LEVASSEUR: *La acción civil de la víctima en el anteproyecto luxemburgués de Código procesal penal* (págs. 293-311).

Se trata de un análisis de las novedades técnicas introducidas por este proyecto, que se aparta algo de la tradicional línea legislativa napoleónica. Dada la identidad de situaciones con Francia y Bélgica, resulta de interés su examen comparativo.

Como epígrafes del trabajo, figuran la acción civil ante la jurisdicción penal; el objeto de la acción civil (daños no penales y daños morales); titulares de la acción (personas jurídicas, allegados de la víctima); modos de ejercicio; la acción civil ante esta jurisdicción; el problema de la prescripción; autoridad de la cosa juzgada penal en lo civil.

YVON LOUSSOUARN: *El Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a ventas internacionales de bienes muebles corporales* (páginas 313-324).

Evoca el autor el papel desempeñado por el profesor DE LA MORANDIÈRE en esta materia en las Conferencias de La Haya, de 1928

a 1951, en que se obtuvo esta magnífica conquista, no obstante dilatarse luego mucho su entrada en vigor, en parte por divergencias de Alemania. Se trata, desde luego, de un paso histórico, para la Europa en general y para la comunitaria, al conseguirse en esta materia eminentemente práctica, fundamental para el comercio y que debe estar al alcance de personas no técnicas, una unificación de los sistemas conflictuales.

De su aplicación exclúyense todas las ventas inmobiliarias y las mobiliarias referentes a bienes incorpóreos; además, las ventas judiciales o subastas y también las de buques, navíos y aeronaves. En cambio, se incluyen las ventas con entrega de documentos, dada la identidad de su función económica con la entrega del objeto. Su campo es, pues, inmenso, por comprender las ventas civiles y mercantiles, en consonancia con las legislaciones más progresivas. Mas siempre deben tener carácter internacional. Es lógico, dado el papel actual reconocido a la autonomía de la voluntad: pueden los contratantes determinar la Ley aplicable al contrato, pero nunca en ventas puramente internas. No basta la mera declaración de las partes para la caracterización de internacional, por quererse evitar todo fraude. Es preciso que existan puntos de conexión objetivos respecto a diferentes legislaciones o países.

Fin primordial del convenio es la determinación de la Ley aplicable al caso: se impone, ante todo, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, como más adecuada al comercio internacional y aceptada por multitud de países. Si las partes eligen expresamente la Ley aplicable, se entenderá que es la interna material, descartando así la aplicación del reenvío; cosa muy acertada si no queremos desvirtuar toda autonomía.

Cuestión aparte es si la autonomía privada puede tan sólo encaminarse a contratos-tipo o puede dar virtualidad a cualquier compromiso, por la mera fuerza del consentimiento. Las jurisprudencias belga y francesa se han inclinado por la negativa; hoy quizá las tendencias sean otras. Queda aquí abierta su posibilidad.

Si los contratantes no han elegido la Ley aplicable, atribúyese competencia a la Ley interna del lugar en que el vendedor tiene su residencia habitual (siendo, en cambio, la del comprador si en su lugar de residencia recibióse la oferta, directamente o por representante o comisionista). No se persiguen indicios de una vo-

luntad presunta; mejor es ir a una localización objetiva del contrato. Quizá pueda sorprender esta regla, dada la preferencia de muchos Derechos por la *lex loci executionis*; mas ésta se debió a incertidumbres ante los contratos por correspondencia. No hay aquí lugar a confusión, por estar perfectamente determinada la Ley de la formación del contrato.

No se aplica el convenio a la capacidad de las partes, forma del contrato, transferencia de propiedad y efectos respecto a terceros, cuestiones todas de gran diversidad en las legislaciones. Mas con todo estamos ante una auténtica *lex contracti* que evita la atomización de regular cada obligación convencional por norma distinta. Se ha seguido, pues, el criterio francés, antitético del alemán.

En conjunto, el autor estima que este convenio es más satisfactorio que el de 1956 sobre transferencia de propiedad en las ventas internacionales.

GÉRARD LYON-CAEN: *Caracteres originales del Derecho social europeo* (págs. 325-338).

GABRIEL MARTY: *Ilícitud y responsabilidad* (págs. 339-350).

Ocupase de la noción de acto ilícito en las distintas ramas del Derecho, intentando lograr una teoría unitaria. Dicha noción es contemplada con precisión técnica en los Códigos alemán, suizo e italiano. Hace mención el autor de la responsabilidad aquiliana romana y de la *iniuria*, y de la situación del Derecho francés, pasando luego a analizar los elementos conceptuales «culpa», «nexo de causalidad», «hechos justificativos» y «abuso de derecho», y terminando con algunas conclusiones.

YVONNE MARX: *Veinticinco años de experiencia en la práctica del Derecho comparado* (págs. 351-366).

Hab'a del funcionamiento del Instituto de Derecho Comparado de París y de su dirección por el homenajead.

HENRI MAZEAUD: *La venta de un apartamento hipotecado en garantía de un préstamo a la construcción* (págs. 367-378).

Intenta el autor hacerse eco de las repercusiones en el Derecho de este fenómeno social de nuestro tiempo, de la construcción, de la problemática de los grandes organismos de crédito, de las hipotecas sobre edificios aún no construidos, de las ventas de inmuebles con anterioridad a la devolución de su capital al prestamista.

Respecto al Derecho francés, analizase el Derecho común, constituido por el artículo 1.279 del Código civil, en los supuestos de venta total o parcial de un edificio sin haberse totalmente cancelado el préstamo, y el Derecho excepcional de los préstamos especiales a la construcción del Decreto de mayo de 1955.

LÉON MAZEAUD: *La doctrina social de «Mater et Magistra»: Derecho del trabajo y Derecho de sociedades* (págs. 379-394).

Estúdiase el influjo de la doctrina social de la Iglesia, especialmente de la Encíclica citada, en el ámbito laboral y en la participación de los trabajadores en los beneficios, propiedad y gestión de las empresas, haciendo mención de las realizaciones en Derecho francés, que no ha logrado aún resultados de envergadura.

KURT H. NADELMANN: *John (Jean) Bouvier* (págs. 395-400).

Estudia el papel de este jurista franco-americano, autor de obras de sistematización del Derecho americano, de comparación entre éste y el continental y el de los Estados de la Unión.

ROGER NERSON: *La «solemnización» de la venta de inmuebles* (páginas 401-416).

Pregúntase el autor, ante el gran número de elementos formales que deben acompañar a las ventas de inmuebles, acerca de la

conveniencia o no de mantener el concepto, puramente consensual, del artículo 1.582 del Código francés. Cree el autor en efecto que el formalismo no es algo caprichoso, sino que responde a necesidades sociales evidentes de cada época.

Se estudian de este modo los epígrafes que siguen: la solemnidad como condición previa de la publicidad inmobiliaria (para los efectos respecto a terceros); y la solemnidad como condición necesaria para la formación del contrato (al hacerse obligatoria la intervención del Notario: lo que trae un aumento de los contratos de promesa de venta, al menos hasta que se realice dicho requisito).

HAKAN NIAL: *Las cláusulas penales en los contratos de venta internacional* (págs. 417-420).

Existe el problema de la íntima relación de la cláusula con la Ley que rige el fondo del contrato, y por otro lado el problema de su moderación por los Tribunales (en este caso suecos), que tendrán que dilucidar acerca de una norma extranjera, incluso por imperativos de orden público.

YOSIYUKI NODA: *La concepción japonesa del Derecho* (págs. 421-450).

Es un estudio en gran parte sociológico, exponiéndose una cierta desconfianza, un cierto despego del pueblo japonés ante la administración de justicia y ante las fórmulas jurídicas en general. Muy interesante es la descripción que el autor hace de las reglas del *Giri*, especie intermedia entre el uso social y la norma consuetudinaria.

MAURICE PICARD: *Las cláusulas de estabilización en el seguro de incendios* (págs. 451-456).

Plantéase el problema, dada la frecuencia de las devaluaciones monetarias, que hacen que, en toda clase de seguros, no corres-

ponda su importe a lo que los particulares pretendían al contratar. De ahí el posible papel de las cláusulas, sin desconocer por ello sus dificultades.

Al ser poco satisfactorio el acudir al aumento gradual y constante de las primas, autorizóse en Francia en 1941 la inserción de cláusulas de escala móvil. Desde 1959 sólo se autorizan por relación a los costes de la construcción, prohibiéndose las referidas a salarios. Algo se ha avanzado, mas no es una solución total. Hay que seguir por ese camino.

JEAN RIVERO: *Sanción jurisdiccional y norma jurídica* (páginas 457-469).

Intenta mostrar el autor que no resulta suficiente decir que al ser violada la norma jurídica, se vuelva a la situación anterior tras la intervención jurisdiccional. El mecanismo de la sanción de la norma no es tan simple como podría creerse. En primer término, al diluirse la posibilidad de sanción, por ejemplo, ante un elevado número de transgresores, su eficacia es menor. En otros casos no puede el orden jurídico volver a la situación anterior, por imperativos de la naturaleza. En otros, el acudir al mecanismo jurisdiccional o compulsivo, puede ocasionar efectos contraproducentes en otros sentidos con el natural retraimiento de los sujetos (así, en materia sindical o laboral e incluso administrativa).

Se hace necesario considerar en todo caso que esencialmente la justicia se hace para el justiciable. Es preciso crear en el sujeto una conciencia de su participación en el orden jurídico, que él contribuye a conformar con su conducta.

RENÉ RODIÈRE: *Nuevos Códigos marítimos y proyectos del Código* (págs. 470-490).

Exhaustivo estudio comparativo de los Derechos marítimos internos y de los convenios internacionales (normas de solución de conflictos y uniformes).

ANDRÉ ROUAST: *La aportación de la Comisión de Reforma del Código civil a la legislación de adopción* (págs. 491-499).

Refiérese el autor a estos trabajos en orden a la adopción y legitimación adoptiva, que en buena parte han informado las «Ordonnances» de diciembre de 1958 y marzo de 1963, habiendo quedado definitivamente atrás la legislación excepcional de la guerra de 1939.

Se ha producido en primer término una flexibilización de las condiciones generales de la adopción, si bien manteniéndose el criterio de que la misma debe ser supletoria de la descendencia legítima. En cambio, la edad mínima del adoptante se ha fijado en treinta y cinco años, y bastando un lapso de ocho tras el matrimonio sin descendencia legítima presumible. El consentimiento de la familia de sangre del adoptado puede suprimirse cuando se desentendió totalmente del mismo.

Respecto a la naturaleza y procedimiento de la institución, se ha desterrado totalmente su figura contractual, limitándose esencialmente a un año el plazo para la oposición de tercero.

Acerca de los efectos, tiéndese a no distinguir entre partes y frente a terceros; y se crea un vínculo sucesorio entre adoptado y familia adoptante.

Finalmente, existe menos severidad en la legitimación adoptiva (edad máxima, por ejemplo).

RENÉ SAVATIER: *Cohesión de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas* (págs. 501-510).

Con interesantes consideraciones sobre los estudios de especialización y sus obstáculos; y sobre las materias económicas y jurídicas.

HENRI SOLUS: *Las preocupaciones psicológicas del Código de procedimiento civil* (págs. 511-530).

Se ocupa de las medidas que los preceptos procesales ofrecen respecto a tres tipos caracterológicos: el temerario, el malicioso, el perverso.

GASTÓN STEFANI: *El dominio de la Ley y el Reglamento en materia penal* (págs. 531-546).

Da cuenta de la innovación introducida por la Constitución de 1958, pudiéndose ahora establecerse las contravenciones por vía reglamentaria, reservándose sólo a la Ley los crímenes y delitos. Expone la resonancia de esta innovación en doctrina y jurisprudencia, sus ventajas e inconvenientes.

TOMOHEI TANIGUCHI: *Ley y costumbre en Japón* (págs. 571-582).

Expone la especial situación japonesa en que las costumbres arcaicas conservan fuerza de Ley, siendo reconocida su autoridad por los textos del Código civil. Ello puede suponer contradicciones, dado el carácter feudal de algunas, en oposición a los criterios democráticos de la reforma del Código civil de 1947 y la nueva Constitución. Se examina la situación respecto a ciertas instituciones (de Derecho de familia, Derechos reales y agrario, etc.), comentando las interpretaciones judiciales.

LOUIS TROTABAS: *La creación de nuevos órdenes de jurisdicción y las atribuciones de los Consejos de Enseñanza* (págs. 583-592).

JOHN H. TUCKER: *Tradición y técnica de la codificación en el mundo moderno: la experiencia de Luisiana* (págs. 593-616).

Tras amplias consideraciones generales sobre la evolución del movimiento, primero recopilador en el Derecho antiguo, y luego codificador, con especial atención a los Derechos francés y español (por su influencia en su país), habla el autor de los distintos Códigos de este Estado americano, especialmente del civil de 1870 y de los trabajos de su reforma de 1950.

ANDRÉ TUNC: *Por un Consejo Supremo de Derecho privado* (páginas 617-629).

Oportunidad de crear este organismo en Francia, a la manera anglosajona.

MARCEL WALINE: *La teoría civil de las obligaciones y la jurisprudencia del Consejo de Estado* (págs. 631-644).

Estudia los distintos conceptos de esta parte del Derecho civil a la luz de sus aplicaciones por la jurisprudencia administrativa, bien a falta de una teoría propia en Derecho administrativo, bien como teoría general del Derecho.

DAVID M. WALKER: *La codificación del Derecho escocés* (páginas 645-654).

Habla de las diferencias históricas y actuales de este Derecho respecto del inglés, explicando sus posibilidades codificadoras, con los inconvenientes y obstáculos, singularmente políticos, que se oponen.

B. A. WORTLEY: *La justicia y el abogado* (págs. 655-665).

PEDRO A. FERRER SANCHÍS.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo de 1967.

El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles, por Juan Vallet de Goytisolo, pp. 3 a 115.

El doble aspecto material y formal de la legítima matiza fuertemente el concepto de preterición, pues desaparecido el deber de instituir herederos a los legitimarios ya no responde a la idea romana o romanista de no instituir ni desheredar formalmente. Según el autor, la preterición se concreta en nuestro Código a los supuestos de falta absoluta de mención de un legitimario, y a aquellos otros en que se le menciona y asigna algo, pero no se reconoce, por error, su condición familiar, o viceversa, se le reconoce esa condición, pero nada se le deja a pesar de disponer íntegramente del haber relicto. En ambos casos la existencia de intención excluye la preterición. Rechaza la distinción recientemente propugnada entre preterición material y formal. Hablar de preterición material es confundir la inoficiosidad total y la preterición; aquella tiene por causa la privación de un con-

tenido material, y ésta responde a un concepto sustancialmente formal. Fijado el concepto, particulariza en numerosos supuestos dudosos. En orden a sus efectos, aborda interesantes cuestiones, como: naturaleza de la ineficacia a que da lugar, legitimación activa para pedirla y plazo prescriptivo de la acción. Estima posible la distinción entre preterición errónea e intencional, si el error o intención se infiere directamente del testamento; y no omite una detallada referencia al Derecho foral. En suma, un extenso, completo y concienzudo estudio, digno de su autor.

En torno al concepto de contrato de trabajo, por Manuel Alonso Olea, pp. 117 a 151.

El eje del Derecho del trabajo está en el contrato que lleva este nombre: forma de configurar jurídicamente una realidad socio-económica subyacente constituida por el trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena. La indagación del autor se plantea en el sentido de si las notas expuestas califican suficientemente la relación laboral o habrá que acudir a otras adicionales, como: subordinación, dependencia e incorporación del trabajador a la organización productiva.

Tutela provisional, por José Manuel Lete del Río, pp. 153 a 163.

El complejo mecanismo de la tutela no funciona al instante de producido el hecho que da lugar a ella; de otra parte, nada excluye que en la tutela ya en funcionamiento falle alguno de sus órganos. Ambas circunstancias explican la necesidad de una tutela provisional, inicial o sobrevenida, cuyas características, clases y contenido examina el autor.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 103, enero-marzo de 1967.

Sujetos del Derecho mercantil, por Jorge Barrera Graf, pp. 7 a 73.

Estudio del Derecho mejicano sobre la materia, que abarca el concepto del sujeto comerciante y no comerciante, requisitos que lo tipifican, capacidad, publicidad de su *status* y conflictos de leyes.

El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro, por Teresa Puente Muñoz, pp. 75 a 130.

El autor encuadra este pacto en la problemática de la libre competencia, por cuanto constituye un instrumento de limitación de la misma, y entre las notas de su concepto destaca la autonomía frente a la tesis general que lo califica de pacto accesorio. Examina después detenidamente los varios aspectos

de su eficacia: licitud contractual, límites de tiempo, espacio y contenido.

Varia.

Mito y realidad de la enmienda Vallón. En torno a la participación de los trabajadores en la autofinanciación, por Eduardo Polo pp. 133 a 163.

Problemas fiscales en torno a la fusión de sociedades, por Rafael Matilla Alegre, pp. 165 a 185.

Poderes de la corporación, por J. J. Santa-Pinter, pp. 187 a 196.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Número 55, enero-marzo de 1967.

Fuentes de las obligaciones, por Francisco Bonet Ramón, páginas 9 a 43.

Resumen de la copiosa doctrina y jurisprudencia que últimamente se ha ocupado del tema, precedido de una nota histórico-comparativa.

Inversiones de capital extranjero, por Ramón Fraguas Masip, páginas 47 a 60

Comprende la segunda parte de la conferencia pronunciada por el autor sobre este tema el día 26 de enero de 1965, dedicada a estudiar especialmente los principios orien-

tadores de la legislación vigente y los diversos tipos de inversión.

Usufructo sucesivo de cónyuges y cousufructo, por Alfredo García-Bernardo Landeta, pp. 61 a 111.

Cabe delimitar en el contenido del trabajo tres partes: una primera que comprende el examen del tratamiento jurídico del usufructo en los diversos regímenes, distinguiendo según sea parafernial, dotal, privativo del marido y ganancial o común. Una segunda dedicada al usufructo sucesivo y al cousufructo, diversos modos de adquirirlos (a título gratuito, *inter vivos* y *mortis causa*, a título oneroso, por vía de reserva o deductio), naturaleza jurídica de la adquisición por el segundo usufructuario y trascendencia jurídica en la liquidación de la sociedad conyugal y en la herencia. Una tercera dedicada al usufructo ganancial cuya titularidad sea atribuida a uno solo de los cónyuges y por vida del mismo, para condenar este negocio jurídico ante sus riesgos económicos.

De la «bonorum possessio» a la posesión civilísima, por Manuel García Garrido, pp. 113 a 170.

Extensa exposición sobre el difícil e irresuelto tema de la posesión por el heredero de los bienes hereditarios. La sucesión del heredero en la posesión *ipso iure* y sin necesidad de aprehensión material, se conoce ya en el Derecho romano clásico, y se refuerza con las prác-

ticas del Derecho romano vulgar que al confundir propiedad y posesión aplicando a ésta las reglas de la *traditio* llevan a una concepción espiritualizada de la misma, sobre todo en el ámbito de los bienes de la Iglesia. Posteriormente, los glosadores y comentaristas aplican esta idea al nuevo derecho de la sociedad feudal, llegándose a la noción de la posesión civilísima. En el Código civil, la posesión civilísima queda muy limitada en su aplicación práctica, pues sus únicos efectos son legitimar al heredero para el ejercicio de los interdictos y para accionar frente al arrendatario. Pero si el ejercicio de estas acciones supone aceptación tácita de la herencia, la regla del artículo 440 podría sustituirse por otra más precisa que dijera: «El heredero adquiere la posesión de los bienes de la herencia con la aceptación expresa o tácita», y si no la supone, bastaría decir, como el Código italiano, que «el llamado a la herencia puede ejercitar las acciones posesorias para la tutela de los bienes hereditarios», sin necesidad de aclarar que no hace falta aprehensión material, pues las acciones posesorias presuponen en muchos casos que esa aprehensión no existe. En definitiva, entiende el autor que la posesión civilísima nace de prácticas vulgares, y en ellas se desarrolla, no aportando nada nuevo que pueda servir al progreso del Derecho.

La escuela de la exégesis y los comentaristas del Derecho positivo, por Francisco Rodríguez Valcarce, pp. 153 a 169.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Mayo de 1967.

Apuntes en tema de enajenación de herencia, por Antonio de la Esperanza Martínez Radó, pp. 383 a 403.

El autor, que empieza denunciando la desmesurada elaboración doctrinal sobre un tema no acreedor a ella ni por su relevancia práctica ni por la complejidad de las cuestiones que plantea, apoya su estudio en dos presupuestos: intransmisibilidad de la cualidad de heredero y triple separación de efectos, internos (entre comprador y vendedor), medios (comprador, vendedor y herencia) y externos (comprador, vendedor y acreedores). Aborda únicamente la enajenación onerosa a través del contrato traslativo típico, haciendo especial hincapié en las cuestiones de técnica notarial a que puede dar lugar la raquítica normativa de nuestro Derecho positivo.

Naturaleza jurídica del llamado endoso de las certificaciones por obras ejecutadas a la Administración, por Manuel Cid López, páginas 403 a 411.

La sustitución, generalmente bancaria, en la cobranza de estas certificaciones, no entraña, en la forma que habitualmente se hace, una cesión de créditos. A juicio del autor, la obligación originariamente nacida entre el contratista y la

Administración subsiste, siendo el banco «endosatario» un mero comisionista de cobranza.

Junio de 1967.

Limitaciones del Derecho: las antinomias jurídicas, por Angel Martínez Sarrión, pp. 489 a 511.

Según el autor, la verdadera importancia de las antinomias no afecta a las propias, fácilmente solucionables con reglas de hermenéutica, sino a las impropias; aquellas que aparecen a la hora de aplicación, las que vienen a actuar como verdaderos asaltantes a nuestras concepciones, rompiendo lo que nuestro sentido jurídico nos hace presentir como armonía del Ordenamiento jurídico. Como ejemplos, que afectan directamente al campo profesional del notario señala: el decreto de 3 de junio de 1965 sobre viviendas de protección oficial; la fijación de la vecindad civil y su conexión con el régimen matrimonial de bienes y los derechos testamentarios; y como epílogo, los efectos que a la preterición errónea atribuye la compilación catalana.

La publicidad del régimen matrimonial de bienes, por Antonio Soto Bisquet, pp. 511 a 536.

La nueva normativa del Registro Civil ha venido a paliar la insuficiencia del sistema anterior de publicidad, pero la reforma, a juicio del autor, no es suficiente, pues la simple indicación del régimen ma-

trimonial obliga a acudir a otros lugares para poder obtener un conocimiento completo. De otra parte, el sistema general de publicidad del Registro Civil queda subordinado a los especiales del de la Propiedad y Mercantil. En caso de choque, vencerán los terceros cuya protección dimana de estos últimos, a los que habrá que añadir aquellos cuya protección derive del Derecho mobiliario a través del régimen de la posesión.

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Número 58, enero-marzo de 1967.

Las migraciones interiores españolas y su repercusión sobre la población agraria, por Alfonso G. Barbancho, pp. 3 a 32.

Movilidad de la mano de obra agrícola, por Federico Ruiz de Lobera, pp. 33 a 48.

La emigración y su influencia sobre el desarrollo del campo, por Miguel Siguán Soler, pp. 49 a 72.

Nota sobre migraciones rurales internas y disparidades regionales en el medio rural, por Víctor Pérez Díaz, pp. 73 a 84.

Efectos de la emigración rural en España, por José López de Sebastián, pp. 85 a 98.

La influencia de la movilidad de la mano de obra agrícola en la empresa agraria, por Arturo Camilleri, pp. 99 a 136.

La influencia de las migraciones de la mano de obra agrícola en la empresa agraria, por Angel María Maqueda, pp. 137 a 152.

El impacto de las migraciones de la mano de obra agrícola en las pequeñas y medianas explotaciones de la meseta castellana, por Miguel Bueno Gómez, pp. 153 a 163.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 272, mayo de 1967.

Ley de Reforma tributaria de 1964. Impuestos indirectos, por Manuel Rodríguez García, pp. 378 a 390.

Comprende el impuesto sobre el lujo, renta de aduanas y otros impuestos especiales.

Legitimación activa para el ejercicio de acciones dimanantes de la Ley de Propiedad horizontal, por Juan V. Fuentes Lojo, pp. 391 a 393.

Entiende el autor que cualquier propietario está legitimado tratándose de acciones que afecten a su propiedad privativa, no en cambio si hacen referencia a los elementos comunes, porque sobre éstos no existe una verdadera copropiedad, y porque en el orden práctico es peligroso conceder una legitimación de este tipo, existiendo un representante encargado del ejercicio de las acciones.

Número 273, junio de 1967.

Ley de reforma tributaria de 1964.
Impuestos indirectos, por Manuel
Rodríguez García, pp. 474 a 484.

Comprende monopolios y tasas
fiscales, tributos parafiscales, dis-
posiciones comunes y un resumen
de los impuestos indirectos.

*La pluralidad de sujetos en el arren-
damiento de inmuebles*, por An-
tonio Astorqui, pp. 485 a 493.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Abril-junio de 1967.

Problemas de «L'Engany a Mitges»,
por Encarnación Roca Trias, pá-
ginas 263 a 300.

*La jurisdicción del Tribunal de las
Comunidades europeas en mate-
ria contractual y extracontrac-
tual*, por J. Pellicer Valero, pági-
nas 301 a 320.

*La regulación de la quiebra en Ita-
lia*, por Pietro Pajardi, pp. 321
a 330.

*En torno a la prórroga de los arren-
damientos rústicos especialmente
protegidos*, por Angel Santos Pas-
tor, pp. 333 a 336.

Aunque el decreto de 22 de julio
de 1966 amplía la prórroga que ve-
nían disfrutando estos arrenda-
mientos, lo que pretende en el fon-
do es forzar al diálogo a propieta-
rios y colonos para poner término
a una antigua situación arrendati-
cia, que subsistirá únicamente si
los propietarios no ejercitan su de-
recho al cultivo directo.

F. M. C.

