

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVII

Mayo de 1941

Núm. 156

La reforma del Derecho privado en Alemania (★)

(CONFERENCIAS DEL CATEDRÁTICO DON NICOLÁS PÉREZ SERRANO)

VIII

DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO SUCESORIO

Dada la expectación e interés que habían despertado en el mundo profesional las lecciones del profesor Pérez Serrano, y como algunos catedráticos y demás elementos destacados del Derecho no habían podido asistir a todas las conferencias, la Junta de Gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación dispuso que esta última lección fuera dada en sesión pública, en lugar de hacerlo, como las anteriores, en la Sección correspondiente, y que se hiciera un resumen de las conferencias anteriormente pronunciadas.

Esto llevó al Sr. Pérez Serrano a compendiar las materias objeto de esta disertación, y, en cambio, en el resumen final se pudieron fijar claramente las ideas que había ido exponiendo.

Para cerrar el estudio de las diversas instituciones de Derecho privado, quedaba el examen del Derecho de familia y del Derecho sucesorio, materia de esta conferencia.

La primera cuestión que se plantea en Alemania es la de averiguar si el Derecho de familia y el Derecho sucesorio pueden considerarse como tema del Derecho privado. En materia de sucesiones, cabe aplazar de

(★) Véanse los números 154 y 155 de esta REVISTA.

momento la cuestión, porque como enlaza con dos instituciones determinadas, que son la propiedad y la familia, hasta que hayamos estudiado las nuevas orientaciones de ésta, no cabe pronunciarse en ningún sentido concreto. Por otra parte, una vez estudiada la propiedad y al abordar ahora el Derecho de familia, sentamos las premisas de las que surgirán las soluciones que se puedan dar al problema de la sucesión.

No obstante esta afirmación, no es tan claro el planteamiento del problema, porque siempre cabe discutir si el Derecho sucesorio tiene mayor afinidad con el Derecho de propiedad o, por el contrario, está más íntimamente enlazado con el Derecho de familia, pues según se adopte una u otra posición, serán diferentes las conclusiones a que haya que llegar.

Cabe también discutir en el Derecho sucesorio si pertenece al Derecho público o al privado, no siendo indiferente la solución que se dé, ya que imperará más o menos el *jus cogens*.

Pero en Derecho de familia no cabe plantear ninguno de estos problemas. La primera pregunta que debe hacerse es si constituye una rama del Derecho social. Los autores, desde luego, lo excluyen de la esfera del Derecho privado. Binder dice terminantemente que del campo del Derecho privado habrá que eliminar todo lo referente al matrimonio y a la familia. Nipperdey, por su parte, sostiene que los precedentes abonan, desde luego, la inclusión en el Derecho privado del matrimonio y de la familia en general, pero que hoy no se pueden considerar como tal, ya que en estas instituciones no hay intereses propiamente dichos, sino meramente obligaciones del más puro carácter ético. Y aduce como prueba definitiva, no solamente el predominio de las obligaciones sobre los derechos, sino también que los preceptos de la parte general no tienen aplicación dentro del campo de las instituciones familiares. Por tanto, concluyen estos autores, la codificación del futuro Código del Pueblo debe limitarse solamente al Derecho de tráfico.

Pese a lo fundado de estos razonamientos, esta posición, sin embargo, no ha prevalecido, y tanto el matrimonio como la familia en general se insertan en el nuevo proyecto de Código popular, pero modificando ambas instituciones fundamentalmente, porque van desprovistas del carácter privado que hasta ahora las ha informado, es decir, se aplica con todo rigor el fenómeno, ya estudiado en conferencias anteriores, de la publicitación del Derecho.

Hay que hacer notar que este sentido publicitario del Derecho en lo

referente a la familia, es una preocupación general de los Estados totalitarios. Barassi ya hace notar paladinamente el sentido público que impregna las instituciones familiares. En el Código civil italiano se nota, a lo largo de su articulado, una constante preocupación por la educación fascista de los hijos, y en Portugal se da a la familia el carácter de institución constitucional.

Aparte de lo expuesto, quedaba aún un problema previo para los legisladores alemanes, problema que tiene una cierta importancia. Es el de determinar el lugar que en el futuro Código iba a ocupar la familia. Si se le considera como dotada de una propia personalidad, su lugar sería dentro del libro destinado al estudio de las personas. Si por el contrario se le considera como una comunidad, habría que llevarla al último libro. La solución que ha prevalecido no ha sido una ni otra. Han preferido los legisladores considerarla como un núcleo, y este núcleo constituido por el Derecho de familia unirlo íntimamente al libro de las personas, y en lugar primario.

A este propósito recuerda Lange que en el B. G. B. iba la familia colocada en segundo lugar, mientras que ahora sube a lugar primario en la sistemática del Código. Esta preponderancia no es un azar, sino toda una consecuencia de la preocupación que sienten los países totalitarios en orden al fortalecimiento de la familia, tanto por considerarla como núcleo fundamental del Estado, como por reacción contra las doctrinas liberales disgregadoras de la familia.

La orientación liberal en este orden de cosas era efectivamente disolvente. Partía de conceder a la mujer iguales derechos que al hombre, y lo que empezó siendo un derecho de sufragio terminó con borrar la autoridad marital, en una emancipación de los hijos, en una disminución de la potestad de los padres, etc., todo lo cual indica un proceso deliberado de relajación de los vínculos familiares. Contra este estado de cosas ha reaccionado la moderna ideología, como veremos más adelante.

Esta preocupación del Movimiento Nacionalsocialista puede en algún momento originar ciertas dificultades, porque si la familia es una institución natural, al pretender regularla de diferente manera a como ha venido siéndolo, pueden originarse ciertos rozamientos que no es éste el momento de exponer.

MATRIMONIO

La crisis del matrimonio, admirablemente expuesta hace ya años por el profesor Castán, sigue en la actualidad y se pone de relieve en ocasión de crisis políticas, como las que vive el mundo en estos momentos.

Referente al matrimonio, cabe adoptar una de estas dos posiciones:

1.^a Posición *individualista*.—Para los individualistas el matrimonio es un contrato, y nada más que ello. Juegan dos voluntades autónomas y soberanas, que en un momento coinciden en orden a crear una familia. Estando previamente determinados los fines, el Estado no tiene más intervención que sancionar solemnemente las declaraciones de voluntad de los contrayentes y dejar al arbitrio de los cónyuges toda la regulación, salvo, claro es, los motivos de orden público. Hay un consentimiento, hay un objeto y una causa, y, por tanto, es un contrato, como uno más de los que se regulan en el campo del Derecho civil.

2.^a Posición *universalista*.—Dentro de esta posición, no se juzga al matrimonio como unión de dos voluntades, sino que, por el contrario, se considera como unión de vidas. Bergmann dice que el Estado no puede desentenderse de cómo se crea una familia, cómo se cumplen las obligaciones propias de ella, cómo se educa a los hijos, etc., problemas todos que no interesan únicamente a los esposos.

Para el Movimiento Nacionalsocialista, el matrimonio es una unión perdurable, que constituye una protocélula del Estado y en donde por primera vez se inserta el individuo en el seno del pueblo. Es el matrimonio, en la concepción actual germana, algo más que un organismo éticoespiritual: es un elemento constitutivo del Estado y obedece a motivos fundamentales de raza.

En este sentido se ha orientado la abundante legislación nazi sobre el matrimonio, reunida luego en la ley de 1938 (*Ehegesetz*). En primer lugar conviene destacar la ley de 23 de noviembre de 1933, dictada para corregir y frenar abusos en el uso de nombres patronímicos, prohibiendo el tráfico de apellidos ilustres que venía realizándose por medio de matrimonios o de adopciones. Sobre esta ley cabe discutir si tiene iguales efectos para la nacionalidad. Las disposiciones de ella tienen efectos retroactivos a partir de noviembre de 1918.

La ley de 14 de julio de 1933 es una de las más conocidas y quizá

la que más agrias polémicas ha despertado en derredor. Contiene una serie de disposiciones regulando la esterilización por causa de taras patológicas transmisibles por herencia, como sífilis, locura, etc. Entre sus muchas especialidades hay que hacer notar que la decisión respecto a si las taras patológicas son de las que exigen aplicar la esterilización para evitar sean propagadas, corresponde a un Tribunal con mayoría de médicos, cuyos componentes todos actúan como jueces, no como peritos.

La ley de 15 de septiembre de 1935 trata de la protección de la sangre y del honor alemán. Prohíbe el matrimonio con judíos y con razas de color.

La ley de 18 de octubre de 1935 instituye lo que en nuestra Patria se ha llamado la "Vicaría médica". Establece una serie de prohibiciones, de fundamentos biológicos, para contraer matrimonio, el cual queda prohibido a los enfermos contagiosos, a los incapaces, a los débiles mentales, a los que padecen sordera o ceguera hereditaria, a los esquizofrénicos, etc. Para asegurar la efectividad de estas disposiciones se exige un certificado médico prenupcial.

Estas leyes, en especial la última, contienen, además, preceptos de índole penal para los infractores, siendo algunas veces las sanciones de gravedad. Por otra parte, plantean una serie de problemas técnicos de gran interés y que no podemos entrar a detallar. Por ejemplo: el párrafo 1.333 del B. G. B. admite como causa de nulidad del matrimonio el error sobre condiciones personales. Cabe hoy, por consiguiente, preguntarse si se puede invocar el error y, en su consecuencia, pedir la nulidad del vínculo, si uno, contrajo matrimonio con mujer que creyó aria y que luego ha resultado que no lo es.

Además se plantean una serie de problemas de otra índole, pues la regulación del Tribunal competente podría perjudicar a mujer alemana casada con extranjero, y por eso el Convenio de La Haya referente a esta materia ha sido denunciado por el nuevo Estado Nacional-socialista.

Para acabar este esbozo de las nuevas orientaciones matrimoniales en Alemania se puede recoger una definición oficiosa que da los rasgos fundamentales de la institución tal como la concibe el Movimiento. Dice así: *"Comunidad de vida permanente y reconocida por la Comunidad nacional, que se funda en la fidelidad recíproca, amor y respeto de dos personas de sexo distinto, sanas y pertenecientes a una Raza, y cuyo fin estriba en procurar y fomentar el bien colectivo mediante labor con-*

corde, y lograr prole sana de igual raza, educándola para que los hijos sean miembros útiles de la Comunidad del Pueblo."

También puede citarse algún precepto del Decálogo para elección de consortes, formado por elementos oficiales, y de cuyos Mandamientos conviene destacar éstos:

- 1.º Piensa que eres alemán.
- 2.º Estando sano, no debes quedarte soltero.
-
- 5.º Como alemán que eres, no elijas para consorte a quien no sea de tu misma sangre o de raza nórdica.
-

DIVORCIO

Esta institución, tan discutida por los juristas y sociólogos, especialmente durante el siglo XIX y el primer tercio del siglo XX, no podía pasar sin ser meticulosamente revisada por los juristas de Alemania.

Reconocido al matrimonio un fin trascendente, del cual deriva toda una serie de obligaciones recíprocas fundamentales para la vida del Estado, y puesto que dicho fin no puede cumplirse sin la permanencia del vínculo, la tendencia jurídica triunfante en Alemania afirma en principio la indisolubilidad del matrimonio.

Pero inmediatamente se preguntan si esa indisolubilidad mantenida a todo trance no puede ir en algún momento contra el propio matrimonio por llegar a ser contraria a la comunidad de vidas que se crea. Lange dice que "si la unidad se ha roto entre los cónyuges, ese matrimonio no es ya unión fecunda, sino lucha cotidiana, con el consiguiente resultado de fuerzas perdidas estérilmente para la colectividad", y Bergmann afirma: "La Comunidad del Pueblo no tiene interés ninguno en que se mantenga una unión matrimonial infecunda, e incluso puede felicitarse de que, mediante el divorcio, procreé en otra unión el cónyuge capaz de reproducción."

Por ello, en cierto sentido podemos afirmar que hay una cierta tendencia favorable al divorcio cuando se rompe la comunidad de vidas o no se puedan realizar los fines raciales que fundamentan el matrimonio. Ya sabemos la vieja pugna entre el catolicismo, manteniendo en todo momento la permanencia del vínculo matrimonial, y la tendencia liberalsocialista, que trata por todos los medios de anularlo, favoreciendo

el divorcio, ya que llega a admitirlo por mutuo disenso. El Movimiento Nacionalsocialista no mantiene una ni otra posición.

Partiendo, como ya hemos dicho, de la indisolubilidad del matrimonio, admite el divorcio por razones biológicosociales, y cuando, perdido el fundamento moral de la unión, su mantenimiento no resulta ya deseable para el interés público. Es verdad que toda esta materia está un poco confusa, pues si bien hay varios proyectos, todavía no ha cristalizado esta materia con la claridad de otras instituciones ya estudiadas. No obstante lo cual, podemos sentar como seguramente incluidas en el futuro Código del Pueblo las siguientes conclusiones:

1.^a No cabe admitir el divorcio por manifestación unilateral de la voluntad de uno de los cónyuges.

2.^a Tampoco cabe admitir el divorcio por mutuo disenso.

3.^a Sólo cabe, por consiguiente, admitir el divorcio por decisión judicial cuando medie causa suficiente para ello. Las causas que hasta ahora han admitido los juristas alemanes son por razón de *culpa*, como dirían nuestros civilistas. Estas causas son:

a) Adulterio.

b) Conspiración contra la vida o libertad del otro cónyuge.

c) La condena impuesta a uno de los cónyuges por delitos contra la honestidad; y

d) La negación al comercio conyugal, por ir contra el fin esencial del matrimonio.

Se discutió también la admisión de alguna causa objetiva, pero no tuvo aceptación, y parece en definitiva rechazada.

Interesa destacar una posición sobremanera original, que ha sido establecida en algún proyecto de los presentados. En las uniones de tipo malsano, en las que la mujer suele ser encubridora o cómplice de la actividad delictiva del marido, puede el Ministerio Fiscal ejercitar de oficio la acción de divorcio. Se trata, pues, de un ejercicio público de esta acción, y hay que hacer notar que se da con muchas limitaciones. Sólo procede cuando se trata de una asociación delictiva públicamente, sin lugar a dudas, y que se comprenda que el matrimonio solamente se contrajo pensando en esta finalidad. Aquí no se puede decir que hay divorcio a instancia de alguno de los cónyuges, sino más bien contra su voluntad, ya que lo natural es que no quieran separarse (1).

(1) Esta causa de divorcio, caso de aceptarse, será muy raramente ejercitada por el Fiscal. No solamente por lo restringido de su uso, sino porque en la mayor parte

FILIACIÓN

Es, quizá, el punto más difícil que suscita la regulación de la familia y el que plantea las cuestiones más espinosas.

Dentro del matrimonio, puesto que se fundamenta éste en un fin racial y demográfico, cabe preguntarse qué destino reservará la futura legislación del Reich a los matrimonios sin hijos. ¿Puede admitirse que se disuelvan, ya que uno de los dos cónyuges puede procrear contrayendo nuevas nupcias? La dignidad del matrimonio y la propia persona lleva en este caso a la conclusión de que hay que mantener al matrimonio, aunque sea estéril.

Y sin duda alguna el escollo inevitable surge al tratar de la regulación de los hijos ilegítimos. Son los "hijos del pecado", pero a su vez son inocentes. ¿Qué situación tendrán en la futura legislación de la Alemania nazi? ¿Serán equiparados a los hijos legítimos? Se impone desde luego la consideración de que al comparar las dos clases de filiaciones se comparan magnitudes desiguales. Pero, aparte de las consideraciones morales que plantea esta cuestión, partiendo de postulados puramente racistas, hay que concluir en que no pueden de ninguna manera equipararse los hijos legítimos a los nacidos *extra matrimonium*.

Es cierto que a primera vista parece que esa consideración racista y la política demográfica iban a llevar a una conclusión opuesta, ya que, nazcan como nazcan los hijos, importa al Estado su número y la raza; pero también se comprende fácilmente que los hijos ilegítimos no pueden convenir a la Alemania nazi, toda vez que su existencia va contra el matrimonio, que está elevado a una gran altura, reconociendo su importancia como ningún otro régimen del pasado siglo, y, sobre todo, porque el nacimiento de hijos ilegítimos, si se equiparan a los legítimos, sería una manera de burlar todos los requisitos impuestos al matrimonio, en especial en lo que respecta al certificado médico prenupcial y a la necesidad de mantener una pureza de sangre y raza.

de los casos existirán taras fisiológicas en uno ó en los dos contrayentes que impedirán el vínculo por aplicación de los preceptos de la *Ehegesetz*. Parece más racional que a los impedimentos dirimientes ya examinados de índole biológica se añadan otros de índole moral, basados precisamente en el sentimiento del honor que tanto reivindica el pueblo alemán, ya que la gente capaz de estas uniones malsanas es lógico, que sean conocidas por las autoridades locales como de más que dudosa moralidad, sin contar los antecedentes penales y las taras fisiológicas que arrastren consigo.

Lo que ocurre dentro del criterio racista es que, por razón de raza, podrá ampliarse el número de casos en que proceda la investigación de la paternidad y hacer ésta escrupulosamente, a los fines, por ejemplo, de comprobar una ascendencia aria.

Por otra parte, la filiación legítima, si bien no puede construirse como en Derecho romano, tampoco debe admitirse que con la mayor facilidad puedan relajarse los vínculos afectivos y darse el espectáculo doloroso de que un hijo lleve a sus padres a situación de concurso, quiebra, etc.

La legislación alemana a toda costa trata de evitar estas situaciones dando, además, una base económica suficiente a la familia mediante la creación de patrimonios familiares, según vimos en conferencias anteriores al estudiar la *Reichserbhofgesetz*.

RÉGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

Tal como queda concebido el matrimonio y dada la orientación general del nuevo Derecho alemán, el régimen matrimonial de bienes pierde casi toda su importancia. En efecto, estima la doctrina que en matrimonios bien avenidos no hay por qué dar regulaciones minuciosas, ya que nunca habrá lugar a disgustos, porque se trata de cumplir deberes y no de ejercitar derechos de carácter económico.

No obstante esto, es indiscutible que cabe plantearse, como se ha planteado, el problema de cuál pueda ser el régimen económico de bienes más adecuado al nuevo concepto del matrimonio. Sin entrar en detalles de las diversas opiniones sustentadas, se ha concluido que el régimen de comunidad es preferible al de separación de bienes, y aún mejor que ambos, un régimen de comunidad restringida a determinados bienes, que pueda coexistir con patrimonios propios, es decir, algo análogo a nuestra sociedad de gananciales.

En cuanto a las facultades de cada uno de los cónyuges en orden a la administración y demás facultades sobre estos bienes, Boehmer opina que la administración doméstica y la responsabilidad por estos actos corresponde a la mujer. En el matrimonio, en realidad, hay funciones específicas para cada uno de los cónyuges. La del marido es el trabajo y la de la mujer la actividad doméstica. Estas son las funciones

primarias, que claro es que no se oponen a otras secundarias según los diversos momentos de la vida en común.

Hay que diferenciar también en orden a la responsabilidad, la familia auténtica, restringida, la que existe entre padres e hijos, de la amplia, en la que el afecto y los vínculos familiares están por regla general muy relajados. En la familia estricta, más que de relaciones individuales hay que hablar de relaciones colectivas.

En todo caso, a la mujer le corresponde el llamado *poder de llaves*, pero no como mandataria del marido, sino por su propio derecho.

Por último, ni el marido ni la mujer pueden en el futuro Derecho alemán comprometer la integridad del patrimonio familiar. Sobre todo se quieren impedir los abusos de la compra a crédito o a plazos, etc.

EUGENESIA

Es otro problema que hay que abordar al establecerse una base biológico-social del matrimonio. Los autores alemanes se duelen un poco de que el viejo B. G. B. no hable de las medidas eugenésicas en su articulado.

No es tampoco nuevo el problema. Nuestro Huarte de San Juan ya decía que "reducir a arte perfecto la manera que se ha de tener para que los hombres salgan de ingenio muy delicado, es una de las cosas que la república más ha menester".

El problema de la eugenesia plantea un límite difícil de mantener, en cuanto la materia bordea una zona de naturaleza espinosa de estudiar. Baste, pues, decir que la Alemania nazi se ha preocupado de problemas eugenésicos, según hemos visto en las leyes ya citadas en esta conferencia y otras sobre castración, leyes todas ellas que tienen remotos precedentes en el Derecho general y territorial de Prusia, en donde hay preceptos que impiden el matrimonio de los epilépticos y de los afectados de contagio venéreo.

SUCESIONES

En materia de sucesiones han revisado los autores alemanes todos y cada uno de los conceptos fundamentales. Cabe plantearse previamente

una serie de problemas en cuanto se refiere al ser o no ser. En Alemania se ha discutido si se admite el derecho sucesorio o se rechaza totalmente: si se admite el testamento o, por el contrario, hay que repudiarlo, ya que el primitivo Derecho germánico repugnaba la libertad de testar, y, en todo caso, el testamento es una creación del Derecho romano y, por tanto, exótica. Cabe también discutir si pertenece al Derecho privado, como hasta ahora se ha considerado, o, por el contrario, entra de lleno en la esfera del Derecho público. En fin, pueden apuntarse hoy direcciones doctrinales tan varias respecto a estos puntos, que sólo podemos enunciar los temas discutidos, pues de lo contrario se haría esta exposición interminable.

Hay que recoger ahora el problema previo que se planteó al principio de esta conferencia, de si las sucesiones están predominantemente influidas por la familia o por la propiedad. ¿De qué forma se articula en el Derecho alemán el Derecho sucesorio? En nuestro Código civil no es más que un *modo* de adquirir: pero ¿es rigurosamente cierta esta opinión? La moderna construcción jurídica alemana rechaza esta posición por completo. Para el Movimiento Nacionalsocialista el Derecho sucesorio es simplemente un complemento del Derecho de familia.

La primera consecuencia que se plantea es, por consiguiente, la discusión en orden a la libertad de testar. Ya sabemos que en Derecho sucesorio cabe seguir sistemas diversos según los principios en que se inspiren las legislaciones. En el genuino Derecho germano se seguía un sistema de parentelas, es decir, legitimario, mientras que en el Derecho romano tiene todo su valor y amplitud el testamento, de donde ha llegado hasta nuestros días.

Cabe preguntarse si hay que mantener al heredero legitimario, que se considera como un verdadero acreedor a la herencia, o, por el contrario, tiene preferencia el nombrado por el testador como heredero. Y ambas direcciones tienen defensores de prestigio. Así, Kant cree que hay que dar preferencia a la libertad de testar, mientras que Hegel prefiere el predominio de la sucesión legitimaria (y aun entre los discípulos de este último hay serias discrepancias).

Parece que la doctrina germana abandona el rigor de la sucesión forzosa del viejo Derecho germano, y ha comprendido que es beneficioso el juego de un mínimo de voluntad, y al mantenerse ésta, resulta que se da la preferencia a la sucesión testada, si bien no con el rigor que se reguló en Derecho romano, ya que este principio se atenúa y casi se

desvirtúa con la aportación de nuevas instituciones en el orden familiar y sucesorio.

En cuanto a la sucesión legítima, mantienen los autores, sin excepción, la necesidad de acortar los llamamientos de parientes. No puede ser una ficción la familia respecto a los derechos sucesorios y mantener una serie de llamamientos ilimitados desprovistos de toda realidad. Kübler dice muy gráficamente que "sólo el que lllore al muerto tiene derecho a su herencia". Más concretamente, Pallandt propugna la limitación de los llamamientos al segundo grado de línea colateral.

Complemento de esta tendencia es la anticipación de la sucesión del Estado, no en virtud de una posesión de bienes mostrencos o vacantes, sino en virtud de un verdadero llamamiento *jure societatis*.

También se han ocupado los juristas alemanes de la suerte del cónyuge viudo, llegando a afirmar Steinhaus que hay que terminar con la tristeza de que "una madre pueda sacar adelante a diez hijos, pero diez hijos no puedan sostener a su madre". De ahí cierta tendencia a cuotas viduales generosas

Por otra parte, la sucesión en Alemania se orienta según una serie de principios que sólo podemos enumerar brevemente de la siguiente manera:

1.º Admitida la sucesión testamentaria, no puede de ninguna manera admitirse un testamento que por una u otra causa pueda causar el más mínimo daño a la comunidad del pueblo.

2.º En cuanto al testamento en general, y aparte de discutir la conservación del ológrafo, la doctrina se plantea una serie de problemas de orden técnico, como son el de si cabe estimarlo como una declaración de voluntad de tipo recepticio, con tanta mayor razón si se piensa en la posibilidad de los pactos sucesorios. Se discute asimismo si cabe la institución de heredero sujeta a la condición de no impugnar el testamento, etc.

3.º En orden a la libertad de disponer, se distingue entre los patrimonios recibidos y los formados en vida del causante, defendiendo una mayor vinculación de la voluntad individual en los primeros, hasta quedar prácticamente suprimida, y consintiendo, en cambio, más amplitud de actuación en los segundos.

4.º En cuanto a los bienes de la herencia, no hay por qué estimular una igualdad a ultranza de todos los herederos. Además, debe procurarse no matar las explotaciones bien regidas y atender con justa dife-

renciación, dentro de la medida humana, a individuos peor dotados para la vida o premiar a los hijos que lo merezcan.

5.º Gran estímulo a favor de la Beneficencia, como copartícipe en todas las transmisiones hereditarias.

6.º Los litigios que se susciten con motivo de las sucesiones entre los coherederos se llevarán a una jurisdicción no contenciosa.

7.º No cabe admitir la arbitrariedad de los muertos, como lo hacía la vieja legislación del B. G. B., y en general todas las inspiradas por las orientaciones liberales. El causante es sólo un fiduciario entre el hoy y el mañana.

RESUMEN

El Movimiento Nacionalsocialista parte de una posición filosófica que rechaza por igual al positivismo y al idealismo subjetivo. Afirma, por el contrario, el idealismo objetivo.

Funda el Derecho en el sentimiento de la raza y del honor, de la sangre y el suelo. En todo momento la suprema voluntad del pueblo está ejercida por el Führer, cuya figura se complementa con la adición del séquito.

El individuo sólo es persona jurídica en cuanto se inserta a través de la comunidad nacional. Por otra parte, el Derecho sólo es aplicable al nacional. Al extranjero no se le puede conceder una relación jurídica, sino simplemente un Derecho de hospitalidad, es decir un *Gastrecht*.

Se suprime la parte general del Código y se sustituye por unos principios en los que, más que normas concretas, se contienen orientaciones generales.

El concepto de cosa se hace más dinámico, mientras que, por el contrario, se populariza en cierto modo el Derecho: se remodela el concepto de negocio jurídico para huir de la abstracción de los Códigos liberales; se antepone el concepto del deber al del derecho: se sustituye la expresión—y el concepto—de *derecho subjetivo* por el de *situaciones jurídicas*.

El Derecho de propiedad se hace también más dinámico, y después de revisar a fondo el concepto, se hace una distinción entre propiedad mueble y propiedad inmueble, dando normas especiales para la propiedad agraria, con la importante ley de patrimonio familiar.

El Derecho obligacional, llamado "Derecho de tráfico", es la única

materia que tiene propiamente sustantividad dentro del campo del Derecho privado. Se destacan como innovaciones fundamentales el predominio del interés social y el propio concepto del contrato, en el que el elemento moral se eleva a categoría de *pretensio* con inmediatos efectos jurídicos.

El Derecho de familia aumenta en importancia, y se establecen una serie de impedimentos dirimentes para el matrimonio de índole biológico-social. Se establecen medidas esterilizadoras para los enfermos tarados y se dictan toda una serie de medidas eugenésicas.

El Derecho sucesorio se orienta dentro de un predominio familiar y estatal, y si bien se respeta el testamento y la voluntad privada, todo ello queda supeditado al interés de la comunidad del pueblo. Disminuye la extensión de la familia en orden a los llamamientos para suceder, reforzando, por el contrario, los vínculos de la familia estricta. La autonomía de la voluntad, ya muy atenuada en todo el campo del Derecho privado, desaparece cuando se trata de la sucesión en los bienes constitutivos del patrimonio familiar.

Tales son las principales orientaciones que informarán al futuro Código del Pueblo del III Reich.

CONCLUSIONES

De nada serviría esta breve incursión por los proyectos de reforma del Derecho privado en Alemania si de ello no pudiéramos deducir consecuencias de aplicación inmediata en nuestra Patria.

Es de considerar, en primer lugar, el esfuerzo ingente realizado por la técnica privatista, que no ha vacilado en arrojar lejos de sí todo un cúmulo de trabajo de muchas generaciones, y, libre de las conclusiones de la Escuela histórica y de los pandectistas, ha buscado nuevas rutas para la regulación de la vida del pueblo conforme a las necesidades actuales.

Hoy existe en Alemania un verdadero Renacimiento del Derecho privado, que parecía abandonado un poco a partir de la promulgación del B. G. B. Pero acaso lo más admirable es la persistencia de la labor, a pesar de que atraviesa Alemania una guerra decisiva para su destino histórico. Han sabido buscar la esencia del pueblo alemán y arrojar lejos

de sí el lastre de todo lo extranjero para revitalizar las orientaciones del viejo Derecho germano.

En la vida de los pueblos hay *momentos de anclaje*, y uno de estos momentos ha aprovechado Alemania para emprender la tarea de reformar su Derecho privado.

La vida de España tiene ciertas similitudes con los momentos de Alemania. Tanto en uno como en otro país hay hoy un resurgir de la conciencia nacional y un buscar en el pasado la esencia íntima del propio destino histórico. Tanto uno como otro Pueblo han sido víctimas de un largo proceso de desnacionalización liberaldemócrata.

Pero para que la tarea de España en orden a la revisión revolucionaria de nuestro Derecho privado sea fecunda y eficaz, no puede limitarse, como se ha hecho tantas veces, a una copia más o menos afortunada de leyes extranjeras. El ejemplo de Alemania tiene precisamente un gran valor porque parte de su propia Historia para construir un genuino Derecho indígena.

El Profesor Pérez Serrano terminó sus admirables conferencias con un cálido y patriótico llamamiento a los profesionales del Derecho para que emprendan una verdadera cruzada en pro de nuestro viejo Derecho, cegado por el transcurso de los siglos de desnacionalización.

ELISO GARCÍA DEL MORAL

Notario

Miembro del Instituto de Estudios Políticos

La institución de heredero en usufructo sin designación de propietario

Instituto heredero usufructuario de todos mis bienes, derechos y acciones presentes y futuros a A.

Si admitimos, con el profesor Theodor Sternberg (1), que "el Derecho no se halla nunca de antemano, sino que se hace por medio de la decisión moral y el juicio libre del alma humana"; "que la función del Derecho se hace perceptible en los casos jurídicos particulares", y que ello constituye lo que llama "la influencia pacificadora del Derecho", séanos permitido contribuir a esta influencia pacificadora con la exposición de un vacío real o aparente de la ley, que podría ser llenado con ese juicio libre y esa decisión moral de que nos habla el aludido profesor.

No es corriente: tal vez en raras ocasiones se podrá presentar, pero el caso puede existir: una designación de heredero en usufructo de todo un patrimonio: una omisión del heredero propietario que haya de heredar después, y ya tenemos los elementos principales que han de engendrar el problema.

La solución aparente (dejando aparte otros problemas, que pueden ser objeto de ulteriores monografías) la da el sentir general: donde no hay institución de heredero testamentaria, entra la sucesión intestada con toda su compleja máquina, y nada más sencillo que acudir a la legislación civil, que, como de la mano, nos ha de dar el nombre de ese heredero propietario omitido nominalmente, pero cuya designación flota ya en el ambiente: el pariente más próximo del testador.

(1) *Introducción a la Ciencia del Derecho.*

Mas una experiencia ininterrumpida nos ha mostrado que los casos de apariencias más sencillas son los más complejos de resolver, tal vez porque todos, familiarizados con ello, no han llegado a entrar en la entraña del problema.

Don A., cañado sin hijos, instituye heredera usufructuaria de todos sus bienes a su esposa doña B.

¿Quién es el propietario de esos bienes? He aquí el problema.

No existen parientes de los marcados en los artículos 930 al 951 del Código civil.

Primera solución. — Es la más sencilla, la más atractiva, porque elude aquella decisión moral y aquel juicio libre de que nos hablaba Sternberg: El testador tenía un *todo*; ha dispuesto sólo de *parte* de él (el usufructo); queda, pues, para los herederos abintestato el *resto* (la nuda propiedad). Y nada más lógico que acudir al Código civil, que nos dice, en su artículo 657, que “los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”. En su artículo 912, que “La sucesión legítima tiene lugar: ... 2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero... en parte de los bienes o no dispone de todos los que corresponden al testador; en este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto”. Y, finalmente, el artículo 952, que establece que “a falta de hermanos y sobrinos, hijos de éstos, sean o no de doble vínculo, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no estuviese separado por sentencia firme de divorcio”.

No hay duda: los bienes deben pasar en toda su integridad, por corresponderle el usufructo y la nuda propiedad, a la viuda de A., o sea B., y con exclusión de los parientes más lejanos comprendidos en el artículo 954 del mismo Código, que lo son C., D. y F.

Segunda solución. — Realmente, el problema quedaría aquí si una meditación, un *juicio libre del alma humana*, una *decisión moral*, no hiciera esta pregunta: ¿Y qué diría A. si viviera, y viera a su esposa, dueña absoluta de sus bienes, disponiendo a favor de sus parientes? ¿Aprobaría esta decisión, o, por el contrario, creería que su voluntad quedó suficientemente expresada con la institución de heredera en usufructo a favor de su esposa B.?

En la institución de heredero propuesta hay que considerar: 1.º, un usufructo; 2.º, una propiedad.

A) USUFRUCTO

1.º CREACIÓN DE UN USUFRUCTO.

El testador, haciendo uso de un libérrimo derecho a disponer, ha establecido un usufructo que (art. 468 del Código civil) se constituye por la voluntad de un particular manifestada en última voluntad.

Ha constituido, pues, un derecho a favor de la heredera a disfrutar bienes *ajenos*, con la obligación de *conservar* su forma y sustancia (artículo 467 del Código civil). Adquiere el usufructuario, al decir de Bemmelen (1), el *jus utendi*, mientras que el propietario pierde al mismo tiempo el *jus utendi* y el *jus abutendi*.

Es el concepto clásico: *jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* (2).

Hay, pues, una disposición clara en la mente del testador: un disfrute por la heredera usufructuaria de cosa *ajena*, esto es, que en definitiva no sea nunca de ella en plena propiedad, y una obligación de *conservar* esta cosa, impidiendo su destrucción o su enajenación o transmisión a tercero por acto voluntario exclusivo de la usufructuaria.

Es decir, que se transmite un *todo*, siquiera este *todo* esté sujeto a unas reglas previamente fijadas por el testador al darle forma de usufructo. Este concepto coincide en sustancia con el que nos da el profesor Giacomo Venezian en su obra *Usufructo, uso y habitación*, al decir: "El usufructo de todos los bienes o de una parte de los mismos (constituído por testamento) no constituye una cuota parte de aquéllos, porque toda cuota debe ser numéricamente determinada de un modo cierto con relación a un todo, y la relación entre el usufructo y el conjunto de los bienes no puede ser representada por un número, porque es fundamentalmente variable e incierta. Para fijar el valor del usufructo de un patrimonio, o del usufructo de una cuota de él, es preciso fijar además la relación entre el valor capital y el valor renta y hacer un cálculo de probabilidades sobre la *duración del usufructo*. También se distingue el usufructo de un patrimonio o de una cuota, de aquellos legados que tienen una determinación absoluta e independiente de la totalidad del patrimonio, pues la determinación del usufructo depende

(1) Derecho civil.

(2) Párrafo inicial, tit. IV, lib. 11, Inst. de Justiniano.

de dicho patrimonio. Esta es la causa de que a los beneficiarios se exija que contribuyan al sostenimiento de las cargas."

Se trata, pues, no de una adjudicación de *una parte de patrimonio*, sino de una adjudicación total de ese patrimonio bajo *una modalidad*: la del usufructo, concepto que coincide con el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1929: "Las facultades del usufructuario difieren notablemente de los derechos del condueño, por lo que no puede admitirse que sea copartícipe en la comunidad."

Y es que, como sigue afirmando Veneziam en su obra citada, "con la constitución de un usufructo logra el propietario asegurar la utilidad de que son capaces sus bienes a *dos clases* sucesivas de personas: *primero*, al usufructuario; *después de la muerte de éste*, al heredero o legatario de la propiedad. Esta función misma fué un tiempo desempeñada en el Derecho romano por la institución del fideicomiso., elevando a obligación jurídica el *derecho temporal* del disfrute del llamado primeramente".

2.º TEMPORALIDAD DE ESTE USUFRUCTO. SU DURACIÓN.

El carácter de temporal del derecho de usufructo se desprende de toda la legislación civil española.

El artículo 469 del Código civil establece: "Podrá constituirse el usufructo en todo caso, desde o hasta cierto día." Forma de constituirse que, según Manresa (1), es un verdadero derecho *a plazo*, agregando que "el usufructo constituido por la vida del usufructuario es un usufructo *hasta cierto día*, y que el fin del usufructo, si no se fija otro término, es su fin natural por muerte del usufructuario". Como dice Goyena, es por lo regular vitalicio, y lo será siempre que se establezca puramente. Véanse los artículos 513, núm. 1.º, y 521 del Código civil, que establecen como fin del usufructo la muerte del usufructuario.

Sigue diciendo Manresa, en su obra citada: "La *temporalidad* o limitación en cuanto al tiempo es, pues, lo que en el usufructo hace compatible el derecho del dueño con el derecho del usufructuario."

No es preciso esforzarse mucho para tener que admitir este carácter de temporalidad, de duración limitada del usufructo, y ello conviene tenerlo muy presente, como *condición esencial* de la institución testamentaria que nos ocupa, por constituir, no una modalidad de un

(1) *Comentarios al Código civil*, t. IV.

derecho, sino algo que forma su misma esencia y el móvil más destacado de la voluntad del causante: que el heredero disfrute *un cierto tiempo*, pero que pasado ese tiempo sigan su camino natural, pasando a otras personas, siquiera éstas no estén designadas nominalmente.

Hay dos momentos a distinguir: el de la muerte del causante, que determina el comienzo del derecho de usufructo, y el de la muerte del usufructuario, que determina el fin del usufructo. A estos dos momentos nos hemos de atener para considerar cuál fué el alcance de la cláusula testamentaria y su fin de que, cesado el usufructo, pasaran los bienes a otra persona distinta del que los gozó hasta ese momento y que le sobreviviera, persona que de forma alguna podría ser el mismo usufructuario.

3.º LEY QUE RIGE EL USUFRUCTO.

Constituído un derecho de usufructo por voluntad de un particular manifestada en testamento (art. 468 del Código civil), éste será la ley que lo rija. Por ello, el Código, de forma que no admite duda, establece en su artículo 470: "Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en los artículos 471 y siguientes."

Y esta ley, que el usufructuario debe acatar y cumplir, le obliga a disfrutar bienes *ajenos* con la obligación de *conservar* su forma y sustancia y que *cese* a la muerte del usufructuario.

El usufructuario debe, pues, limitarse al disfrute de su derecho en la forma dicha, sin que le preocupe oficiosamente la designación de un propietario que sólo a su fallecimiento podrá hacerse cargo de los bienes, sin que le sirva de justificación a su deseo de proveer rápidamente el titular de una nuda propiedad que necesariamente sabe ha de recaer en él, para que con ello se considere burlada la voluntad concluyente del testador, que, si bien omitió el nombre del propietario a la muerte del usufructuario, no expresó su voluntad de forma tan oscura que permita al mismo beneficiado, en primer lugar, violentarla, dando a los bienes para siempre un camino diametralmente opuesto al que marcó su causante, y que en todo caso es clarísimo *no quiso* que la herencia pasara en propiedad al primeramente llamado.

Y es tan diáfano el problema, que se llega a la conclusión de que el punto que sirva al usufructuario para desviar el camino lógicamente

marcado a los bienes por el testamento es su prisa en que sea designado el propietario, prisa que contrasta con la lentitud que en otros casos se tiene para conocer ese presunto propietario.

Dos ejemplos demostrarán la verdad de nuestro aserto:

A. instituye heredero en usufructo a B. (menor de edad), indicando que a su muerte pasarán los bienes a sus hijos, si los tuviere. En este caso, B. no tiene hijos, y aún no se sabe si los tendrá, y, sin embargo, chocaría con la esencia de la institución del usufructo la apertura de la sucesión intestada para la designación del propietario, aunque fuera pendiente de la condición resolutoria de que B. muriera sin hijos; ni menos sería tolerable que éstos nudo propietarios, como tales, hablaran de consolidación.

A. instituye heredero usufructuario a B., y nudo propietario a C., pero a éste con la condición de que si premuere a la usufructuaria pasaran los bienes a sus hijos. C. no tiene hijos, y no se sabe si los tendrá, y, sin embargo, esta propiedad, pendiente de una condición (la supervivencia de C. a B.), no admite la apertura de la sucesión intestada para designar la persona que en su caso pueda adquirir los bienes si C. no tiene hijos.

Es, pues, incuestionable que en el orden lógico y moral del respeto de los derechos primeramente debe ser respetada íntegramente la voluntad del testador, y sólo cuando el hecho de la muerte de la usufructuaria plantee el problema de la designación del sucesor en los bienes es cuando habrá que recurrir a los preceptos legales que rigen la sucesión intestada.

4.º PERSONA BENEFICIADA CON EL USUFRUCTO.

No ofrece duda este extremo: el titular del usufructo es la persona designada por el testador, a tenor del artículo 469 del Código civil; puede constituirse el usufructo a favor de una o varias personas simultánea o sucesivamente (art. 469 del Código civil).

B) PROPIEDAD

1.º COEXISTENCIA NECESARIA DE LA PROPIEDAD CON EL USUFRUCTO.

Si el usufructo da derecho a disfrutar los bienes *ajenos* con la obligación de conservar su forma y sustancia, es indudable que en todas las

legislaciones, aun desde la romana, al lado del usufructuario han dibujado la figura del propietario, mero propietario o nudo propietario.

Y empleamos el término *propietario* porque nos parece, además de más legal (por ser el empleado por el Código civil), más exacto. Propietario que *siempre*, para que haya usufructo, ha de ser persona distinta del usufructuario.

Ya Manresa, en su obra citada, dice: "La temporalidad o limitación en cuanto al tiempo es, pues, lo que en el usufructo hace compatible el derecho del dueño con el derecho del usufructuario." Es, pues, indudable que al constituirse el usufructo que nos ocupa, no sólo es compatible la existencia de dos titulares, uno del usufructo y otro de la propiedad, sino que es preciso que existan (ya queda citado el artículo 467 del Código civil, que fija la condición de que el usufructo recaiga sobre bienes ajenos).

Añade el mismo Manresa, comentando el artículo 787 del Código civil: "Ya el ilustre Goyena, comentando el artículo 638 del proyecto de Código de 1851, decía, con su indisputable autoridad, que en esta clase de disposición no hay en realidad una verdadera sustitución, sino dos donaciones, una del usufructo y otra de la propiedad, y que si bien es cierto que *la segunda no surte plenamente sus efectos sino después de expirar la primera*, el donatario de la propiedad no es sustituto del usufructuario, el cual nunca adquirió dicha propiedad."

Finalmente, y por no incurrir en nuevas repeticiones, el citado Manresa admite que el nudo propietario perciba del usufructuario el dominio útil *al llegar el término impuesto* a su goce por el testador.

De todo lo antes dicho se deduce incuestionablemente: 1.º Que para la existencia del derecho de usufructo establecido por el testador precisa la coexistencia del propietario, que debe ser persona distinta del usufructuario. 2.º Que el propietario, sin embargo, no hace efectivo su derecho hasta la muerte del usufructuario, en que tiene lugar la extinción del derecho.

En parecidos términos se expresa Veneziam en la obra que antes queda citada, al indicar que la compatibilidad del usufructo con la propiedad sobre la que se constituye *exige* que ésta subsista, siendo cualitativamente la misma susceptible de *recobrar* (1) su integridad consolidándose.

(1) Obsérvese que Veneziam habla de que sea el propietario y no el usufructuario el que *recobre* la integridad, consolidándose.

3.º DURACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD. CONSOLIDACIÓN.

En lo expuesto hasta ahora ya queda fijada, como características de la mera propiedad, su existencia desde la creación del usufructo, como algo distinto y separado de éste y su final, que necesariamente no puede ser otro que su consolidación con aquel derecho.

Dos momentos que conviene no olvidar para una adecuada interpretación de la voluntad del testador, en cuya mente flota, sin duda alguna, un deseo de que sus bienes fueran usufructuados por su primera heredera instituída, y luego pasaran a otra persona que, si bien no nombró, se atisba con relativa claridad: sus parientes más próximos existentes al fallecer la usufructuaria.

Habla Morell y Terry: "En ningún Código se expresa la condición de ser ese derecho (el de usufructo) temporal, y, sin embargo, así es siempre. El propietario no se desprende en absoluto de la facultad de gozar; *lejos de eso, se la reserva para un tiempo más o menos lejano.*"

Veneziam se expresa en términos que hacen admitir que si la institución de heredero o el legado están subordinados a un acontecimiento que deba coincidir con la muerte del beneficiado, sea cualquiera el tiempo que ocurra, en este caso constituye tal subordinación una condición imposible.

Ello nos lleva a reconocer que mal puede ser la idea del causante la de admitir una ulterior consolidación (que necesariamente tenía que ser a la muerte de la usufructuaria) en la persona de la misma usufructuaria, por constituir, como queda dicho, una condición imposible de cumplir.

El artículo 469 del Código civil confirma los dos momentos de que antes se ha hecho mención: el de la defunción del testador y el de la muerte de la usufructuaria.

Son argumentos que aseveran la imposibilidad de que la usufructuaria pueda ser la llamada a tal propiedad o nuda propiedad la circunstancia de que, siendo ella ya la titular del usufructo, si se le adjudicara la nuda propiedad no se verificaría en ella la consolidación de que nos habla la ley: a) porque parece desprenderse de la voluntad del testador el deseo de que el usufructo tenga como final el lógico de la muerte de la usufructuaria; b) porque ya Morell, en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, dice que si bien cabe que en el usufructuario

se consolide la nuda propiedad, este caso es posible, pero anormal. Hipotecada la nuda propiedad, dice, no es aplicable el artículo 107, números 2.º y 3.º, de la ley Hipotecaria; mantiene que en este caso el usufructo *no se extingue*, sino que subsiste y se une con la nuda propiedad. Sólo al morir el usufructuario cabe hablar de extinción de usufructo: luego si admitimos esta *consolidación al revés* violentamos el proceso normal de la vida del derecho de usufructo, que desde ese instante nunca podría ser considerado como consolidado en el momento, en la forma y en las personas que atisbó el testador, aunque su expresión no fuera feliz en la forma.

Una rápida ojeada al artículo 107, números 2.º y 3.º, de la ley Hipotecaria robustece las argumentaciones expuestas hasta ahora. El derecho de usufructo *no atrae* al de la nuda propiedad; por el contrario, la mera propiedad atrae para su consolidación el de usufructo.

Conclusión: La idea del testador es, pues, que un nudo propietario, cuyo nombre omitió, pero que en ningún caso es el heredero usufructuario, sea el que consolide, ya que éste, por lo que queda dicho, no realizaría una verdadera consolidación, y adelantaría además el momento natural de realizarse ésta, o sea precisamente el momento de morir tal usufructuario.

3.º LEY QUE DEBE REGIR LA PROPIEDAD.

Dicho queda al hablar del usufructo que hay una ley que rige de modo capital el derecho creado: el testamento del causante. Éste, ello es cierto, adolece del defecto de omitir la designación del propietario; pero, en cambio, la regulación del usufructo es lo suficientemente clara para que podamos deducir los preceptos que han de regular la propiedad.

Y esta ley, esta voluntad, quedan, a nuestro modo de apreciar el problema, expresados de modo concluyente: Hay una nuda propiedad que debe esperar el fallecimiento del usufructuario, como modo natural de extinguirse el derecho de usufructo, para consolidarse en persona distinta de tal usufructuario.

Es, como dice el profesor Paúl Oertmann (1), que puede suceder que el antecesor transmita *solamente* al sucesor un derecho de menor

(1) *Introducción al Derecho civil.*

extensión que el que aquél tenga sobre la cosa (sucesión *constitutiva*., como cuando se otorga un derecho de usufructo).

Sentados los antecedentes expuestos, hemos entrado, sin sentir apenas la gravedad del problema, en la entraña del mismo. Se trata de dilucidar si el testamento, ley básica que regula el usufructo, marca, como derecho complementario que es el de la nuda propiedad, las normas a seguir para ésta, y sólo queda flotando en la duda el nombre de la persona o personas que han de adquirir los bienes a la muerte de la usufructuaria, misión que habrá de encomendar a los preceptos legales que regulan la sucesión intestada, pero *siempre conservando incólume la voluntad del testador de mantener un usufructo sobre cosa ajena temporalmente y consolidable al extinguirse en persona que no fuere la usufructuaria*; o, por el contrario, hay que reconocer que el testamento sólo regula el usufructo, y, por tanto, hay que buscar en las reglas que regulan la sucesión intestada la persona que *inmediatamente* se ha de hacer cargo de ese nuda propiedad vacante, aunque esta persona, dado el orden de suceder establecido por la ley civil, coincida con la titular del usufructo, produciendo con esta absorción de derechos por una misma persona, no una verdadera consolidación (según queda dicho), sino una reunión de derechos que da al traste con el usufructo, le quita su verdadero carácter, pasa a ser derecho de disfrute sobre cosa propia del que la disfruta, sin obligación de conservar (puesto que podría disponer por actos *intervivos* y *mortis causa*), y desde luego anula y priva a los otros parientes del testador de todo derecho y esperanza de adquirir en su día los bienes, con lo cual ha quedado deshecha y anulada la voluntad del causante.

Con estos antecedentes se ha de examinar el artículo 912 del Código civil:

“La sucesión legítima tiene lugar: ... 2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes.”

Desde luego, el artículo es de exacta aplicación para determinar la persona que ha de suceder a la usufructuaria en el goce de los bienes, puesto que el testamento no contiene la institución de ese heredero. Sin embargo, hay que considerar:

a) Que el testador ha creado por su exclusiva voluntad y con carácter de ley que ha de regirlo, un derecho claro y perfectamente definido con todas las características que antes han sido objeto de nuestro estudio: el derecho de usufructo.

b) Que ese derecho creado por el testador tiene como caracteres esenciales, que *hay que conservar a todo trance*, la obligación de disfrutar bienes ajenos y que, por tanto, han de pasar al propietario, como persona distinta, aunque se omita su nombre, y la obligación de conservar los bienes, con lo que cualquier aplicación que se haga de los principios que rigen la sucesión legítima han de ir limitados por estos dos principios sentados por el testador.

Un rápido examen de los fundamentos de la sucesión intestada servirán para convencernos aún más del fundamento de cuanto hasta aquí queda dicho:

Primero: "Sólo procede la sucesión intestada a falta de la testamentaria, porque la voluntad presunta sólo puede prosperar *a falta de la voluntad expresa*." Segundo: "La sucesión intestada se funda en la presunta voluntad del causante" (1).

Como dice Alonso Martínez en su obra *El Código civil en su relación con las legislaciones forales*, "el verdadero fundamento de la sucesión intestada ha sido siempre, es todavía y debe ser en lo futuro el principio de familia, con el cual está, por lo general, en armonía el sentimiento de la *voluntad presunta del difunto*".

Pretender, pues, suplantar la voluntad del testador de un modo absoluto y claramente manifestada al *no haber instituido al heredero llamado expresamente en pleno dominio, y sí sólo en usufructo, no habiendo impedimento alguno para que así lo hubiera podido establecer*, por una mal llamada voluntad presunta, y que sustituyera de un modo total y absoluto la designación de heredero por otra que, lejos de complementar lo dispuesto en el testamento, lo desvirtuara en su naturaleza, sería tanto como infringir el artículo 912 del Código civil.

Una atinada aplicación de la sucesión intestada al caso presente equivaldría: a) a mantener en primer lugar el derecho creado de usufructo; b) a admitir la existencia de un segundo heredero que (como dice Manresa al definir el nudo propietario) *se ve privado temporalmente* del disfrute de los bienes; c) a esperar la terminación de ese derecho de usufructo por fallecimiento del usufructuario, acontecimiento que necesariamente ha de llegar, aunque se ignore cuándo, y que, por tanto, constituye un plazo, para *entonces* determinar de modo cierto quién sea la persona llamada por la ley para gozar de esos bienes, toda vez que no está designada nominalmente por el testador.

(1) Manresa: *Comentarios al Código civil*, t. VII.

La admisión como heredero llamado por la ley en cuanto al pleno dominio de los bienes es adelantar un momento que todavía no ha llegado, desobedecer la voluntad del testador y vincular en un solo individuo lo que por derecho debió pertenecer a dos.

4.º PERSONA BENEFICIADA CON LA PROPIEDAD.

Resulta hasta cierto punto ya innecesaria la expresión de la persona que deba beneficiarse con la propiedad.

Según Veneziam, el propietario es la persona a la que vuelve el dominio *después* del tiempo durante el cual se haya concedido a *otra* la utilidad de la cosa.

Según Morell y Terry, el que se ve privado temporalmente del disfrute se denomina por unos propietario y por otros nudo propietario (propiedad desnuda, separada de la cosa). Es la persona en la que reside la facultad de disponer, como persona distinta del usufructuario que absorbe la facultad de gozar las cosas y usa, disfruta, posee la cosa, la tiene en su poder y obtiene de ella cuantos beneficios sea susceptible de proporcionar sin salir de las manos del que la posee.

En el concepto de nudo propietario está implícitamente la idea de esperar el momento de que cese el usufructo, y hasta ese momento no se sabrá quién sea el que realmente entra en el disfrute de los bienes, es algo semejante a lo que para las instituciones fideicomisarias estableció la sentencia de 9 de julio de 1927.

Aunque la jurisprudencia concretamente no ha resuelto un caso idéntico al propuesto, que sepamos, examinaremos aquellas sentencias o resoluciones que puedan aportar algún dato de interés:

La sentencia de 22 de octubre de 1902 admite la posibilidad de que se ignore quién sea el propietario; luego no es absolutamente preciso buscar al nudo propietario sino hasta el momento de morir el usufructuario.

La resolución de 10 de junio de 1910 resuelve un caso de institución de heredero en usufructo sobre bienes que pasarían a determinadas personas, que incluso se ignoraba si existían al fallecer el testador, lo que prueba la posibilidad de que exista el derecho de usufructo, sin que de momento sea preciso determinar concretamente el presunto propietario, bastando que haya datos bastantes para determinarlo en su día.

Más concreta la resolución de 15 de julio de 1881, estableció que la desmembración de dominio que lleva consigo la constitución de un usufructo supone la constitución de la de nuda propiedad a favor de persona que había de integrar *en su día* la totalidad de los derechos dominicales, ya que lo que importa *no es el nombre, sino la esencia de las cosas*. En su virtud, puede un nudo propietario transmitir a sus herederos los derechos a su favor *para cuando llegare la muerte del usufructuario*, y es inscribible tal adjudicación o transmisión.

Sin embargo, la sentencia de 29 de diciembre de 1917 estableció, y puede aplicarse por analogía, que es condición precisa que el segundo heredero sobreviva al primer instituido, puesto que debe tener capacidad *al morir* el testador y *al morir* el instituido en primer término.

¿Y qué diríamos si una concepción todavía más atrevida de la interpretación testamentaria nos dijera que había elementos bastantes para adivinar quién es ese nudo propietario, cuyo nombre calló el testador?

Demonstratio plerumque nominis vice fungitur (1). Aunque no se exprese su nombre, si se designa quién sea el heredero, es igual. "Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución." (Art. 772 Código civil.)

En el caso que nos ocupa hay una expresión clara de exclusión en la voluntad del testador, que al designar un heredero en usufructo indica que el propietario será una persona cualquiera de las llamadas por la ley, menos el usufructuario.

Y, para terminar, el claro precepto del artículo 1.009 del Código civil veda el subterfugio a que podría recurrir el instituido en usufructo por testamento, ya que creemos que el precepto es terminante: no queda, pues, al heredero usufructuario el camino de renunciar al usufructo al que es llamado por testamento, para quedar como único heredero legítimo y entrar en el pleno goce de la totalidad de la herencia en absoluto dominio.

Prueba inequívoca, la del aludido artículo 1.009 del Código civil, de que la ley, respetuosa en primer lugar con la voluntad testamentaria, no admite la renuncia de las condiciones puestas por el testador para

(1) Dig., lib. XXXIII, tit. V, ley 9.ª párrafo 8.º, y lib. XXXV, tit. I, ley 34, párrafo inicial.

acogerse al cómodo cauce de la sucesión intestada, sin trabas de ninguna clase.

C) EXAMEN DE ALGUNA JURISPRUDENCIA RELATIVA AL PROBLEMA

No hemos encontrado sentencia alguna exactamente aplicable al caso propuesto, esto es: a) institución de un heredero usufructuario; b) carencia absoluta de determinación del heredero que haya de adquirir los bienes en propiedad. Sin embargo, pueden citarse como relacionadas con el problema las siguientes:

La sentencia de 6 de mayo de 1931.—Cierta persona otorgó testamento a favor de su esposa, en usufructo, y después a sus hermanos, y si éstos morían sin descendientes, a sus sobrinos. Fallecidos los hermanos sin descendientes, así como la viuda usufructuaria, se planteó el problema de a quiénes debían pasar los bienes. Los parientes dentro del quinto grado del testador, alegando ser *sobrinas*, pedían ser consideradas herederas testamentarias, y en su defecto, nombradas herederas abintestato.

Los herederos de la viuda se opusieron, y el Tribunal Supremo declara: a) Que para la interpretación de los testamentos, las palabras usadas por el testador deben entenderse llanamente como suenan, sin que la palabra “sobrino” alcance a parientes más remotos. b) Que procede la sucesión intestada en el caso del artículo 912 del Código civil, ya que por premoriencia de los instituidos en propiedad a la usufructuaria, *no es posible cumplir la voluntad del testador*, y abierta la sucesión intestada, corresponde la herencia a la viuda, y por su muerte a sus herederos.

Del examen de esta sentencia parece que la razón fundamental en que se apoya es precisamente en que el testador llamó para que en su día fueran propietarios de su herencia, *a sus sobrinos* y no a otro pariente más lejano, por lo que éste no puede ser llamado. Está la voluntad tácita del testador, deducida del contexto llano de sus palabras; y, además, en que de la aplicación estricta de los principios de la sucesión intestada resulta hay que llamar a la viuda en pleno dominio, pues de llamar a otros parientes más lejanos, se infringiría el deseo del testador de que sus bienes *no pasaran a otras personas que no fueran sus sobrinos*.

Sin entrar a analizar los fundamentos de la transcrita sentencia, sí hemos de comentar la sentencia posterior del mismo Tribunal Supremo, la de 29 de diciembre de 1933, que establece: a) Que en materia de sucesión testamentaria, es la voluntad del testador la primera y principal regla a que ha de acomodarse el juzgador para decidir los litigios que se susciten entre los que se crean con derecho a determinados bienes hereditarios: y para interpretar y acatar debidamente aquella voluntad, es norma legal la inexcusable observancia del artículo 675 del Código civil, por virtud del cual deberá entenderse toda disposición testamentaria en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador; y en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme con la voluntad del testador, según el tenor del mismo testamento. b) Que es claro que la voluntad del testador fué dejar determinados bienes a su cónyuge para que los disfrutara *mientras viviera*, y a su *fallecimiento* pasaran en pleno dominio a los parientes más próximos del testador. c) Que calificar una cláusula así concebida de confusa y difusa, para buscar métodos de interpretación que notoriamente contradicen, lo mismo en su sentido literal que en su espíritu, conduce a un evidente error de hecho y da como resultado una interpretación contraria en absoluto a lo que fué la voluntad del testador, puesto que, deseando él que los bienes de que se trata pasaran a sus parientes más próximos *que existieran al fallecimiento del usufructuario*, por aquella interpretación errónea se habrían de transmitir a un extraño como derecho habiente de persona que premurió al usufructuario.

En esta sentencia el Tribunal Supremo busca más directamente que en la anterior la voluntad del causante, tanto en el sentido literal como en su espíritu, y rechaza la interpretación, para buscar la persona del propietario, que pueda conducir a la solución errónea de que los bienes pasen: 1.º A persona que no sobrevive al usufructuario; 2.º A persona que sea extraña al testador.

Si pues en el caso objeto de nuestro estudio se trata no de buscar un propietario *en defecto del designado por el testador*, cuando esta designación marque el camino a seguir en la busca, sino un propietario cuando el testador *nada ha dicho de él* y, por tanto, no se trata de que no sea posible cumplir la voluntad del testador (caso de la sentencia de 6 de mayo de 1931), sino de que está expresada de un modo

negativo (1), podría, con alto espíritu de justicia, aplicarse la doctrina de la sentencia transcrita de 29 de diciembre de 1933 y estimar: 1.º que la voluntad del testador es que su cónyuge disfrute mientras viva sus bienes; 2.º que a su fallecimiento pasen esos bienes a sus parientes; 3.º que esos parientes sean los que vivan al fallecimiento del usufructuario.

Y esta doctrina, sana doctrina a nuestro parecer, aparece confirmada por la sentencia (también posterior a la primeramente citada) de 17 de marzo de 1934, que también establece que los propietarios llamados al goce después del usufructuario han de ser los que *vivan al fallecimiento de éste*.

Es bastante claro que en todo llamamiento en usufructo vitalicio está inequívoca la voluntad del testador del establecimiento de un pleno dominio, cuya eficacia pende de una condición suspensiva fijada en el hecho de existir los propietarios al ocurrir el fallecimiento del usufructuario.

Y esta doctrina de la imposibilidad de designar de modo absoluto y sin condición como propietario a personas que fallezcan antes o simultáneamente que la usufructuaria, la desarrolla la repetida sentencia de 17 de marzo de 1934 en forma que no podemos menos de transcribir:

“Considerando: Que siendo esencial de la condición suspensiva la dilación en la formación de un derecho en tanto pende la realidad del hecho ordenado de un estado jurídico de incertidumbre respecto del nacimiento de aquél, que no desaparece sino con la ocurrencia del evento puesto como condición, sin la cual no hay adquisición de los derechos, como dice el artículo 1.114 del Código civil; es por esto por lo que dicho cuerpo legal, en su artículo 759, dispone que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, pues no es el presente un caso de fijación de un término ni de que la suspensión afecte a la sola ejecución de lo dispuesto por el testador, sino de la suspensión de la disposición misma, y por ello la aplicación del último citado artículo y no del 799 del propio Código.

(1) En el caso de no designarse heredero en propiedad, el testador sólo ha expresado una voluntad clara: que no sea el usufructuario el que consolide el pleno dominio. Cualquier persona que sea designada como tal propietario encajará más con la voluntad del testador que el llamamiento del usufructuario como heredero en propiedad.

Considerando: Que la doctrina que se deja establecida no supone la existencia de un derecho sin titular ni quebranta la constantemente sustentada por el Supremo Tribunal de que donde hay un usufructo hay un nudo propietario, porque no deja de haberlo, pendiente de la condición, ya que durante el tiempo del usufructo la nuda propiedad en tales circunstancias está en la situación regulada por los artículos 801 al 804, inclusive, del Código civil, de un modo eventual y variable, representada por los herederos existentes al fallecer el testador, y en tanto existiesen o, *en su defecto, por los herederos legítimos; también éstos, con la incertidumbre de derecho nacida de la condición* (1) establecida, hecho que si es suspensivo para el nacimiento del derecho de los designados propietarios plenos, es resolutorio para los provisionales nudo propietarios; pues a unas y otras afecta la expectativa de derecho *pendente conditione*."

* * *

Hubiéramos querido que plumas más atinadas y de mayores merecimientos que la nuestra se hubieran ocupado de este tema, que no por raro merezca ser menospreciado; pero el estímulo de prestar una modesta contribución al amplio campo del Derecho civil nos movió a hacerlo.

Puede ser atrevida y tal vez exceda de los límites del discreto opinar, pero sirvan en nuestro descargo aquellas palabras del profesor Theodor Sternberg: "El jurista no ha de ser ordinariamente un repetidor escolar de sentencias directamente transmitidas y al que sólo en alguna ocasión le sea permitida una libre creación, sino que, por su profesión, debe ser un pensador social y sólo excepcionalmente debe estar encadenado a la Ley" (2).

ANTONIO VENTURA GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad

(1) Es, pues, indudable que es también aplicable la limitación y condición a los herederos legítimos, según establece el Tribunal Supremo en la sentencia que estudiamos, y, por tanto, ellos *deben sobrevivir a la usufructuaria*.

(2) *Introducción a la Ciencia del Derecho*.

OBSERVACIONES

El anterior trabajo pone de relieve una materia que no había sido tratada en el Derecho español hasta que el Sr. Casso (D. Ignacio), en el número correspondiente a octubre-diciembre de 1940 de la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (pág. 5) le dedicó una tan clara como breve exposición, con referencia al Derecho alemán.

Vamos, por lo tanto, a resumirla, y después veremos el engrane que presenta con el artículo del Sr. Ventura.

Desheredación (1) significa tanto como exclusión de un heredero forzoso por motivos *legales* taxativos, o del presunto heredero *abintestato* por motivos *voluntarios*, que dependen únicamente del arbitrio del testador. Esta última tiene lugar propio en el testamento (o contrato hereditario) (2), y puede ser total o parcial.

Los más frecuentes modos de excluir son dos: 1.º llamando a otros herederos, y 2.º excluyendo al heredero llamado por la Ley. No hace falta que el testador, en este documento puramente *negativo*, indique la causa. Para excluir al Fisco hay que emplear la primera forma, o sea instituir otro heredero. También pueden ser excluidos de la herencia los legatarios *legales*, tales como el cónyuge en cuanto a su derecho de prelevación (Voraus), los familiares con derecho a alimentos (casa y mantenimiento durante treinta días)... Sin embargo, tal exclusión no parece posible en el Derecho español cuando se trate del lecho conyugal, ropas de uso ordinario, lutos, alimentos por razón de dote o alumbramiento...

(1) Los comentaristas alemanes usan este término (*Enterbung*) cuando se refieren a los que nosotros denominamos herederos forzosos. (Véanse los artículos 848 y siguientes de nuestro Código civil), y el de exclusión (*Ausschliessung*) en los supuestos del artículo 1.938 del B. G. B.: El testador puede excluir de la sucesión a un pariente o a su cónyuge, sin instituir heredero en el testamento. Sin embargo, Kipp (*Das Erbrecht*, párrafo 7.º) emplea la palabra *Enterbung*, en general, al referirse a cualquier exclusión. (Véase también párrafo 9-I-1 b: "Die Enterbung: der Ausschluss eines Verwandten oder Gatten von der gesetzlichen Erbfolge, párr. 1938.)

(2) Kipp niega que pueda formalizarse la exclusión en un contrato hereditario (*nicht auch durch Erbvertrag*); pero como los autores admiten que el artículo 2.278 del Código civil alemán debe interpretarse en el sentido de que *unilateralmente* pueden adoptar los contratantes disposiciones que no sean propiamente instituciones, legados o cargas, de aquí que apliquen el artículo 1.938 (que no habla más que del testamento) a los contratos hereditarios.

Es interesante el problema relativo al alcance de la exclusión (si se extiende a los descendientes y sucesores del excluido). "Esta duda—dice el actual Director de los Registros—la resuelve la jurisprudencia alemana negativamente, en principio, o sea a menos de que otra cosa se deduzca de una manera *expresa* o *implícita* del testamento en el que se hizo la exclusión."

Y aquí entra el empalme con nuestro asunto. De la institución en usufructo de la viuda ¿se deriva su exclusión como heredera abintestato?

De un modo general asegura Herzfelder (1): Las exclusiones hereditarias no se presumen. Pero no necesitan ser hechas *expresamente*; pueden ser *tácitas*. Aunque de una disposición de última voluntad quepa deducir con certeza la exclusión, se traspasan los límites de la interpretación admitida cuando de circunstancias exteriores o de manifestaciones hechas sin compromiso por el testador se quieren obtener conclusiones que no se apoyan en el contenido del testamento."

En algunos casos de Derecho transitorio se ha discutido si el dejar a un cónyuge menos de lo que le corresponde, equivale a una exclusión parcial. "Una voluntad en tal sentido—dicen los Magistrados comentaristas del artículo 1.931 del B. G. B. (2)—sólo debe ser aceptada cuando especiales circunstancias la robustezcan. De que el testador haya dejado al cónyuge menos de lo que le corresponda, no puede deducirse tal voluntad." El R. G. decidió el 18 de diciembre de 1911 (3) que el Tribunal inferior no se había equivocado al ver en una disposición en que se dejaba la legítima y algunos valores más al viudo, que se le quería excluir de la sucesión.

Volviendo a España, aunque los principios fundamentales son los mismos: libertad con limitaciones (art. 763 del C. c.) y compatibilidad de las herencias testada e intestada (art. 912), es necesario proceder con mucha prudencia. La exclusión es posible, pero ha de ser *expresa* o *indubitada*. Cuando el testador deje a su cónyuge el usufructo de todos los bienes y a un hermano la nuda propiedad de los mismos, si este último premuere y por aplicación del artículo 952 del Código civil es llamado a la herencia intestada el cónyuge sobreviviente, ¿cómo vamos a rechazarlo fundándonos en una exclusión tácita?

En la generalidad de los casos tenemos por seguro que los Tribu-

(1) En los Com. de Staudinger, V, 56 de la 7-8 edic. München und Berlin, 1914.

(2) Das B. G. B. erl. von Busch., 7.ª edic., 1929. Berlin und Leipzig, pág. 20.

(3) Das Recht, núm. 607, Zu., § 1938, B. G. B.

nales, dada la significación en el hogar de la viuda, no la privarían de sus derechos. Véase, si no, el precedente sentado en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1896.

Dos hermanos solteros que vivían juntos, disfrutando en común su caudal, otorgaron testamento declarando que en la alacena de la habitación de uno de ellos se hallaría una Memoria que contendría mandas, declaraciones, etc., y ordenaban que este documento se estimase parte integrante de su testamento, y en el remanente de todos sus bienes se instituían recíprocamente herederos usufructuarios, disponiendo que, por muerte del último de los dos, llevarían los bienes el destino que declararía la Memoria reservada. Saqueada la casa y no habiéndose, al parecer, redactado de nuevo la referida Memoria, a la muerte de uno de ellos, pidió y obtuvo el otro la declaración de heredero único abintestato y en propiedad de su hermano. Más tarde, muerto el que había sobrevivido, sus parientes entablaron pleito contra su viuda, que había sido instituída por él heredera universal, sosteniendo que los bienes habían pertenecido al sobreviviente solamente en usufructo y que se había ocultado la Memoria.

La viuda fué absuelta en las dos instancias, y se interpuso recurso de casación sobre los siguientes fundamentos: 1.º Los hermanos se habían instituído recíprocamente herederos usufructuarios, y el sobreviviente resultaba excluído de la nuda propiedad; 2.º El abintestato debió abrirse a la muerte del hermano usufructuario, pues éste no tenía el carácter de heredero absoluto intestado de los bienes, que expresamente se le habían dejado en usufructo; 3.º La Memoria no quitaba fuerza al testamento, y en éste los hermanos se excluyeron de la herencia; y 4.º El mejor derecho de los parientes a la apertura del abintestato era indiscutible.

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia recurrida, considerando que la Memoria no se había encontrado, y que al fallecer uno de los hermanos bajo la expresada disposición testamentaria, murió *testado* en cuanto al usufructo de los bienes, e *intestado* respecto a la nuda propiedad, sucediéndole su hermano en el primer concepto por voluntad del testador, y en la nuda propiedad por ministerio de la ley, como heredero legítimo en virtud de la declaración de sucesor abintestato hecha por el Juez a su favor como más próximo pariente del causante, viniendo con esto a refundirse en él el pleno derecho de los bienes hereditarios, con facultad, por tanto, para disponer de ellos libremente,

según lo hizo por testamento en favor de su esposa, por no tener herederos forzosos.

* * *

El problema se plantea sobre principios totalmente diferentes en las regiones que conservan el Derecho romano más o menos adulterado.

La heredera vitalicia o en usufructo, por la universalidad de la institución y por la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada y por el adagio *semel heres, semper heres*, se consideraba heredera universal y perpetua. La limitación por razón del tiempo desaparecía, no era un impedimento: *vitio temporis sublato, manet institutio* (1). Y así se deduce de la ley XIV, título III, de la Partida 6.^a, antes de ser modificada por la ley única, título XIX, del Ordenamiento de Alcalá, que suprimió el acrecimiento forzoso por razón de la máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, discutiéndose si el testador podía prohibir al instituido *in re certa* tomar algo más de sus bienes.

Nuestro texto legal, que acaso nunca estuvo vigente en dicha materia, dice: "Este atal deve aver todos los bienes del testador, maguer fuesse establescido en una cosa señalada tan solamente." Y aunque Bartolo, reputando viciada la institución por la cláusula prohibitoria, llamaba a los herederos abintestato, Dino aseguraba que el instituido sucedía *in totum*, y Saliceto, cuya opinión es grata a Gregorio López, concedía toda la herencia al instituido, pero con la obligación de restituir los bienes a los herederos abintestato.

En la ley siguiente, que prohíbe la institución de heredero "fasta tal día", Gregorio López vuelve sobre la institución de la mujer mientras viviere (*donec vixerit*), para declarar que la *adición de tiempo* debe ser suprimida.

Lo que ya no está tan claro es la libre disposición de la heredera vitalicia. Menochio enfoca directamente el problema: *testator instituit uxorem in usufructu donec vixerit, et post eius mortem nullum alium instituit haeredem*, y lo decide considerándola heredera *in totum* o universal, sin dar valor a la limitación impuesta por el usufructo (*detracta temporis mentione, pura remaneat institutio*). Sólo que en vez de man-

(1) Véase la magnífica monografía de Martí i Miralles: *Principis del Dret succeŝori aplicats a fórmules d'usufruit vitalici i d'herencia vitalicia*. Barcelona. 1925.

tener, como luego hará nuestro Gregorio López, que sigue siendo heredera después de morir, se apoya en la opinión de Bártolo más arriba indicada, para imponer a la viuda el gravamen de restituir (*gravatam esse onere fideicommissi*). Mantica se opone, y declara la institución pura, perpetua y transmisible. Martí i Miralles termina inclinándose al texto legal (ff. 34, tít. 5.º, lib. 23, Dig.). que le parece de mayor valor que las discusiones de los expositores: "La viuda instituída usufructuaria o heredera vitalicia tendrá que reputarse según *dret comú, i per tant segons Dret catalá, hereva universal i pura i de lliure disposició de l'herencia del seu marit*."

Dios me libre de querer intervenir en esta discusión; pero, admitidos los fideicomisos tácitos y el sistema de conjeturas, no veo la dificultad de dar valor a los *añadidos* del testador (*rei mentione*), cuando de ellos se desprende directamente un derecho a favor de tercera persona que pueda ser apoyado en las reglas del fideicomiso (1).

Solamente cuando procediera la aplicación del Código civil tropezaríamos con la exigencia de que los llamamientos sean *expresos* (artículo 783) y de que la sustitución se haga de una manera expresa, ya dándole el nombre de fideocomisaria, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes al segundo heredero.

J. G.

(1) Véase Dernburg: *Pandekten*, III, 165, 7.ª edic. Windscheid: *Pand.*, III, párrafo 553, especialmente nota 8.ª, c.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1941.—*Administración de hecho de bienes parafernales por el marido; arrendamiento rústico.*

Que dadas la legislación sobre arrendamientos rústicos vigente a la fecha de celebración de los contratos impugnados y las estipulaciones convenidas en éstos sobre término de vigencia y anticipo de rentas, es manifiesto que tales contratos constituyeron actos de administración, por lo cual, a virtud del carácter de representante legal de su cónyuge, que le atribuía el artículo 60 del Código civil, y de su situación como administrador de hecho de los parafernales, pudo el marido ceder válidamente a título de arrendamiento el uso y goce de las fincas, sin necesidad de invocar de manera expresa el concepto en que intervenía, manteniéndose, como lo hizo, en el ámbito señalado por el artículo 1.548 del citado Código, en relación con el 2.º número, 5.º de la Ley Hipotecaria.

Que celebrados los arriendos por el marido como administrador de los bienes parafernales y representante legal de su cónyuge, no puede en manera alguna ser calificada ésta de “tercero” con relación a aquéllos; y, en consecuencia, no existe vulneración del artículo 31 del Reglamento de 30 de marzo de 1926, ni cabe tampoco estimar quebrantado precepto alguno de los contenidos en las leyes de 27 de julio de 1933 y 15 de marzo de 1935, puesto que tales normas no habían sido promulgadas aún el día en que los contratos fueron presentados a inscripción ni en el que aparece interpuesta la demanda.

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1941.—*Bienes gananciales, etc.*

Quedaba solamente como punto de discrepancia una cuestión jurídica; a saber, si, como aprecia la Sala sentenciadora, las expensas o

mejoras hechas en los bienes de propiedad de uno de los cónyuges de cargo de la Sociedad de gananciales constituyen solamente un crédito a favor de dicha sociedad que se ha de tener en cuenta al hacer la liquidación, o si además afectan, como lo cree el recurrente, a la capacidad de disponer de dichos bienes modificando su condición jurídica. Pero comoquiera que los arts. 1.401 y 1.407, citados como infringidos, no resuelven esta cuestión, han de tenerse como inadecuados para fundar en ellos la supuesta infracción; y en cuanto al art. 1.404, también citado, que dispone que serán gananciales los edificios construídos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca, es evidente que no se puede aplicar al presente caso en que no se construyó ningún edificio nuevo. Por lo expuesto es de apreciar que dichas mejoras o ampliaciones no anularon ni mermaron la facultad de disponer de la finca referida que como herencia paterna correspondía al poderdante, facultad, que tampoco pudo quedar restringida por el fallecimiento de su esposa, puesto que el supuesto de tal restricción no podría apoyarse en ningún precepto legal ni principio jurídico, y habiendo transmitido esta facultad mediante poder a su hijo pudo éste usar de ella como efectivamente lo hizo.

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1941.—*Acciones que nacen de la propiedad. Carga de prueba.*

La tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa especialmente a través de dos distintas acciones muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro Derecho, a saber, la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y la acción de mera declaración de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo abroga; y aunque no se contengan en la Ley normas especiales acerca de la prueba de la propiedad en ambas acciones, les es aplicable el principio general (que tiene un reflejo en la regla del artículo 1.214 de nuestro Código civil) según el cual quien suscita la aplicación de una norma jurídica tiene la carga de la prueba de aque-

llos hechos (los llamados *hechos constitutivos*) que integran el supuesto de la norma misma; de donde resulta que es el propietario quien ha de suministrar la prueba del derecho de propiedad que pretende pertenecerle mediante la demostración de estos tres elementos y circunstancias: que media un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; que la persona-que acciona es aquella que es sujeto de la relación; y que la cosa sobre la que se pretende la propiedad de aquélla es objeto o sustrato de la indicada relación; habiendo de agregarse todavía a estas demostraciones, cuando se trata de acción reivindicatoria propiamente dicha, la de que la persona contra la que se acciona tiene la posesión o tenencia de esa cosa sobre la que recae el derecho del actor. En el caso presente la acción ejercitada por los demandantes ha sido dirigida a que se declarase en favor de las herencias de sus bisabuelos S. M. y M. P., en cuya representación dicen accionar, el derecho de propiedad que estiman les corresponde juntamente con los demás herederos de aquéllos sobre determinada casa. En el recurso de los demandantes contra la sentencia desestimatoria del Tribunal *a quo* defienden los recurrentes la tesis, de que, una vez probada la adquisición del dominio por el primitivo causante, no tienen que probar los que traen causa sucesiva de él por título de herencia, la permanencia del derecho en el patrimonio de dicho causante y en el de sus sucesores; criterio este último a todas luces insostenible, pues si bien es verdad que el actor, obligado a probar que se ha verificado a su favor la adquisición de la propiedad, no lo está, en cambio, a demostrar que lo adquirido le sigue perteneciendo, toda vez que el estado de derecho adquirido se presume continúa en tanto que no se demuestre (y la carga de esta prueba pesará sobre el demandado) que ese preexistente estado de propiedad ha sido sustituido por un estado jurídico diverso, no es menos cierto que no cabe llevar más lejos la argumentación y establecer un mecanismo de presunciones de proindivisión y de subsistencia del derecho de propiedad a través de una serie de sucesivas transmisiones hereditarias, que no está autorizado por ningún concepto legal y contra el que se alcen los conceptos básicos de herencia, comunidad hereditaria y derecho hereditario, que se desenvuelven siempre alrededor de la idea de una sola transmisión, la del patrimonio relicto en cada herencia, que pasa, formando un haz, del respectivo causante a su heredero o herederos; aparte de que este Supremo Tribunal ha declarado repetidas veces que el título universal de he-

rencia es por sí solo insuficiente para reivindicar fincas determinadas si no se justifica que forman parte éstas de la herencia de que se trate; y siendo así todo ello, caen por su base las supuestas infracciones de los artículos 609, 657, 658, 659, 660, 671 y 1.214 del Código civil. Otro motivo del recurso, que cita como infringido el art. 348 del Código civil, sobre la base de que en el caso de autos concurren no sólo los supuestos requisitos de la acción reivindicatoria sino también los de la publiciana, ambas amparadas por el referido precepto, es igualmente desestimable; pues si bien la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala han dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la acción publiciana, no con la fisonomía originaria y peculiar que ostentó en Derecho romano sino como una de las facetas de la propia acción reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título que puede derivarse de la mera posesión reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho, es bien notorio que en el caso de esta litis la Audiencia estima, sin impugnación eficaz en el recurso, no que los actores tengan un título de propiedad más o menos defectuoso, sino que no han probado su título de propiedad actual, ni han identificado el terreno que pretenden reivindicar ni han demostrado tampoco que ellos ni sus ascendientes lo poseyesen exclusivamente o en concepto de dueños durante los treinta años anteriores a 1916 en que fué aprobado el deslinde administrativo del monte atribuido por la Administración forestal al Ayuntamiento de Molinicos, y, consiguiente, tales circunstancias impiden que la demanda haya podido prosperar, aunque se la considere referida y enfocada a una cuestión de mejor derecho a la posesión, según los moldes de la acción publiciana.

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1941.—*Operaciones de dobles.*

Se trata de una demanda del Comité liquidador del Banco de Cataluña contra un agente de aduanas. El demandado había contratado con el Banco tres operaciones de ventas de libras esterlinas, que el vendedor demandado debería entregar contra pesetas efectivas en cheque sobre Londres dentro del plazo de un mes, que respectivamente finía en los días 14 de marzo, 6 y 17 de abril. Una de las cláusulas del contrato versa así: "En el caso de que la totalidad del ajuste de referencia no fuese liquidada al finir el plazo del mismo, queda entendido que podrán proceder a cancelar la operación cobrando o entregando la diferencia que

hubiere lugar." Como el demandado no cumplió la obligación que le incumbía, verificó el Banco de Cataluña los ajustes al cambio bancario del día 5 de agosto con el resultado de adeudar el demandado al Comité liquidador la suma reclamada. El demandado opone que se trata de operaciones de las denominadas "de dobles" en el tecnicismo bancario, porque con precedencia inmediata a cada una había comprado y pagado en pesetas efectivas al Banco las libras esterlinas que seguidamente le vendió para liquidar a los treinta días cobrando o pagando la diferencia entre el cambio concertado en ellas y el de las fechas de vencimiento, las cuales tenían que regir para la liquidación, de la que al practicarse así resultaba un saldo favorable al demandado, siendo inadmisibles que la parte actora se supusiera autorizada para prolongarlas a su conveniencia. El demandante se apoya sobre el verbo "podrán" en la cláusula anteriormente transcrita, para demostrar lo meramente facultativo de la fecha alegada por el demandado como obligatoria. La Sala sentenciadora de instancia resolvió la cuestión en el sentido de estimar, fundándose en la apreciación del texto de los Boletines o contratos suscritos por el demandado y en la de los elementos de juicio y pruebas aportadas al pleito, que las operaciones discutidas fueron de especulación de moneda extranjera, de las denominadas de dobles o liquidables forzosamente a la fecha de su vencimiento según el cambio a ella correspondiente, sin que la misma hubiera podido ser demorada por la voluntad de una de las partes contratantes, por lo que, practicadas por la actora las liquidaciones con arreglo a unos tipos de cotización que no correspondían a los de las fechas de los respectivos vencimientos, procedía absolver de la demanda al demandado sin que fuese permitido determinar la cantidad resultante a favor de él por haber desistido el mismo de formular reconvencción. El Tribunal Supremo aprueba la sentencia recurrida en todos sus puntos. Rechaza la referencia del demandante recurrente a la citada cláusula del contrato, porque el sentenciador de instancia se valió manifiestamente para su interpretación de las normas señaladas en los arts. 1.282 y 1.287 del Código civil, con vista a las resultancias de las pruebas y apreciación conjunta de ellas, que no puede ser combatida fraccionando los elementos que la integran, y sin citar precepto sustantivo alguno referente al valor y eficacia de los medios probatorios.

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1941.—*Interpretación de un contrato de seguro.*

La discrepancia de los litigantes surge al fijar el sentido que ha de darse a lo convenido en el art. 2.º de la póliza, esto es, si los términos en que está concebida expresan suficientemente, que el registro del personal se llevará en un libro que contenga todos los datos, incluso el de salarios, que especifica el artículo como entiende el asegurador, o si la obligación debe tenerse por cumplida llevando un libro registro del personal con los datos aludidos, salvo el de salarios devengados que se anota en un fichero coordinado con el del libro-registro, al que sirve de complemento, según se alega por el asegurado; siendo también motivos concretos de discrepancia si los obreros de la Sociedad "Hulster Faibie" que realiza labores por administración en las minas de Cardona y cede su personal a la demandada "Unión Española de Explosivos", cuando aquélla no puede facilitarles trabajo, quedaron excluidos de la relación de salarios que la asegurada tenía que dar a la demandante "Urbana y el Sena", domiciliada en París, con posibilidad de que fueran cargados a ésta los siniestros de aquellos obreros; y si el asegurado se negó el día 9 de mayo de 1931 a exhibir los libros y comprobantes a que alude el art. 2.º. Así planteadas las cuestiones del pleito, bien se advierte que no se discuten requisitos *ad solemnitatem*, sino que se trata de materia *ad probationem*, ligada con el tema de interpretación del art. 2.º, que, al no fijar taxativamente en su expresión literal las solemnidades extrínsecas del registro del personal, requiere, que se precise la intención de los contratantes acerca de este particular; y tanto en la cuestión *ad probationem* como en la materia de interpretación no hay en la póliza limitación alguna de prueba, ni norma interpretativa que en forma de condición pudiera ser elevada a la categoría de requisito formal, ni hay ni puede haber en la Ley precepto alguno que constriña al juzgador a examinar exclusivamente el documento contractual que por sí solo no le permite formar una convicción, sino que en estos casos entran en juego todos los medios de probanza que autorizan los artículos 48, 51 y 53 Código de Comercio en relación con el 1.215 y concordantes del Código civil. El Tribunal de instancia había resuelto todos los puntos discutidos a favor de la demandada. El Tribunal Supremo rechaza el recurso de la demandante por no llegar a la demostra-

ción de errores de hecho y de derecho a los efectos del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1940.—*Reivindicatoria*.

Obsta al normal ejercicio de la acción reivindicatoria la falta de título de dominio, exigido como requisito inexcusable por la uniforme doctrina establecida alrededor del artículo 348 del Código civil, no pudiendo sustituirse este título por el resultado de una prueba de confesión hecha en el mismo pleito.

SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Ratificación y confirmación; causa; cláusula "rebus sic stantibus"*.

El 19 de enero de 1934 se celebró un contrato entre Altos Hornos de Vizcaya, por un lado, y uno de los herederos de D. Luis Núñez, por el otro, en virtud del cual la Sociedad demandante y recurrida tiene obligación de adquirir 50.000 toneladas de mineral a 18 pesetas la tonelada de los herederos de D. Luis Núñez, los que, a su vez, tienen obligación de venderlas. Los herederos demandados y recurrentes se niegan a cumplir dicho contrato. En primer lugar, alegan su nulidad por no haber tenido el heredero contratante la representación de los demás herederos. Sin embargo, hay que considerar el contrato ratificado, según el artículo 1.259 del Código civil. Con esta ocasión, sienta el Tribunal Supremo la siguiente doctrina: "Que aunque presente no pequeñas dificultades en la doctrina, y sobre todo en nuestro Derecho patrio, la construcción jurídica de la ratificación de los negocios jurídicos concluidos por el representante en nombre del representado sin autorización representativa o extralimitándose del poder, no cabe duda de que dicha *ratificación*, prevista en el segundo apartado del artículo 1.259 del Código civil, no menos que en el también segundo apartado del artículo 1.727, no puede ser confundida con la *confirmación* de los contratos anulables, a que se refieren los artículos 1.309 a 1.313 del propio cuerpo legal, ya que esta última significa subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo, empero, de un vicio que origina su invalidez, mientras que la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer *a posteriori*, cual es el

consentimiento del principal o representado; lo que no obsta para que la ratificación tenga en algunos puntos marcadas coincidencias con la confirmación, pudiendo, como ésta, ser tácita, según explícitamente lo admite el artículo 1.727, apartado 2.º, de la repetida ley sustantiva, y siéndole propio un efecto retroactivo análogo al de la confirmación, según fué declarado por la sentencia de este Tribunal de 7 de mayo de 1897." En segundo lugar, alegan los recurrentes la inexistencia actual de una causa en vista de la alza de los precios en el mercado. Frente a este motivo, afirma el Tribunal Supremo que, al poner a disposición de Altos Hornos el resto de la producción sobre las 50.000 toneladas de minimum, se trataba de una compensación de las seguridades y garantías que aquella Sociedad ofrecía a los demandados y hoy recurrentes al comprometerse a adquirir el mínimo de 50.000 toneladas, y que no puede invocarse la inexistencia de causa como sobrevenida con posterioridad, porque siendo la causa, en la concepción de nuestro Código civil, uno de los elementos constitutivos del contrato necesarios para darle nacimiento, hay que referir su existencia a ese momento creador del vínculo, y la prolongación de la teoría de la causa más allá del momento de la formación del contrato, invadiendo el terreno de otras figuras jurídicas más o menos relacionadas con aquélla, pero que la desplazan de sus términos legales estrictos, aun cuando guarde conformidad con algunas orientaciones de la moderna doctrina científica, no encuentra apoyo alguno en nuestra ley civil vigente. Finalmente, alegan los recurrentes nulidad del contrato en cumplimiento de la célebre cláusula *rebus sic stantibus*. El Tribunal Supremo desestima también este motivo: "Que la teoría jurídica—tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa—que supone implícita en los contratos la cláusula *rebus sic stantibus*, no está admitida hasta el presente, como norma general y bien perfilada, en el Derecho español, siquiera pueda registrarse en el Código mismo y en la legislación del nuevo Estado, con relación a determinados casos, algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella; y aun cuando cupiera tenerla en principio por admisible y eficaz, carecería de base suficiente en el caso actual, en el que la alteración de precios, debida a circunstancias más o menos transitorias, no ha llegado a dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio, ni cae dentro de lo totalmente imprevisible, ni se ha demostrado que por tal cambio de circunstancias la parte demandada haya quedado reducida a la imposibilidad absoluta o equi-

parable a ella de cumplir el contrato, ya que si tal mudanza de circunstancias puede perjudicarle en cuanto a la venta de las 50.000 toneladas que la Sociedad demandante tiene obligación de adquirir, le favorece en cuanto al resto, que puede calcularse en más de las dos terceras partes de la producción, pues en ella obtiene el 75 por 100 de la diferencia entre el precio de 18 pesetas por tonelada y el que en el mercado rija."

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Prescripción en el Derecho catalán.*

La doctrina sentada por el Tribunal a que, en punto a la prescripción extintiva con singular aplicación al caso en litigio, contradice abiertamente la que, por modo tan reiterado como uniforme, tiene establecida este Tribunal, ya que, a tenor del artículo 14 en relación con sus concordantes del Código civil, es aplicable a las obligaciones que, como la reclamada por la recurrente, se contraen en territorio catalán por personas vecindadas en el mismo, la doctrina del Usatge "Omnes causa" (tít. II, lib. VII, vol. I), que con carácter general establece la prescripción de treinta años para todas las causas, sean buenas o malas, o acciones civiles y criminales; lo que, si permite, según el parecer de los más autorizados fueristas, la coexistencia de la prescripción por plazos menores de diez años y mayores de treinta, establecidos por el Derecho regional por haberse limitado el Usatge a refundir en la de treinta años las de diez y veinte establecidas por el Derecho anterior, y no excluye en algunos supuestos la aplicación de Derecho común, no faculta, en cambio, para afirmar, como lo hace el Tribunal sentenciador, que por tener carácter personal la acción ejercitada en la demanda ha de someterse al régimen que para las de su clase establece el artículo 1.964 del Código civil.

SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1941.—*Propiedad industrial.*

En el escrito inicial del pleito se solicita la nulidad de una marca por razón de la *propiedad industrial* del demandante. Por lo tanto, resultan competentes los Tribunales de Justicia (véanse artículos 13 y 268 del Estatuto de la Propiedad Industrial). La marca puede adquirirse por prioridad de uso (art. 1.º del Estatuto). El certificado de concesión constituye sólo una presunción *juris tantum* de propiedad, con-

solidándose el dominio de la marca a los tres años de efectuarse la inscripción y de su explotación no interrumpida o de la quieta y pacífica posesión con buena fe y justo título (art. 14 del Estatuto). Estas circunstancias no concurren a favor del demandado, según la apreciación inimpugnada del Tribunal de instancia. Finalmente, prohíbe el Estatuto, no sólo la absoluta identidad de marcas, sino también su semejanza o parecido ocasionales de la confusión que quiere evitarse. En el caso de autos existe tal semejanza, puesto que las marcas se distinguen sólo por el distinto idioma en que aparecen escritos los lemas.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1941.—*Interpretación de contratos.—Obligaciones alternativas.*

En el caso de autos se trata de un contrato en que un deudor promete o el pago de una determinada cantidad o la enajenación de cierta finca. El Tribunal de instancia declaró el contrato nulo en virtud del párrafo segundo del artículo 1.289 del Código civil, por no estar suficientemente determinada la finca en cuestión. El Tribunal Supremo anula la sentencia impugnada por dos razones:

1.^a “Aun en el supuesto de que en el evento litigioso se hubiese suscitado un conflicto entre la voluntad declarada y la real, no era dado al juzgador pronunciar una nulidad solicitada extemporáneamente con agravio del principio de rogación, sin poner en juego las normas que le ofrecían los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, ni omitir esfuerzo dialectivo para inquirir la verdadera voluntad, a lo que venía obligado por imperio del artículo 1.284, ya que, de proceder de ese modo, examinando en todos sus aspectos el contrato discutido en orden a lo que había sido objeto del mismo, hubiese llegado a la conclusión de que en tal contrato se señaló claramente por su ubicación (en la dehesa de la Parra) y por el término municipal en que estaba enclavada (Santibáñez el Alto) la finca acerca de cuya identidad se ha discutido, lo que hacía posible la aplicación del expresado artículo 1.281; que de no haberse podido aplicar esa norma, hubiese podido traerse a colación la contenida en el artículo 1.282 del propio Código, puesto que los actos posteriores al contrato (el acto conciliatorio, la demanda entre otros) ninguna reserva hicieron para definir mayor la finca objeto de la convención; y aun tomar en consideración la cuantía de la obligación dineraria exigible en relación con el valor de las fincas.

en causa, con el designio de deducir cuál fué en realidad la que quiso venderse, apoyándose para ello en el principio de la reciprocidad de intereses a que alude en su párrafo primero el artículo 1.289 del mencionado cuerpo legal". De ahí resulta la aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 1.289 del Código civil.

2.^a "Pero aun en el supuesto que se niega, que la finca haya sido claramente determinada, la Sala no procedió con lógica al decretar la nulidad total de un contrato en que se contenían alternativamente dos obligaciones, debiendo dejar subsistente la de pago, cuya claridad, validez y eficacia nadie había puesto en tela de juicio."

SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1941.—*Artículo 1.303 del Código civil: moneda; notoriedad; documento auténtico.*

El 20 de abril de 1937 concertaron un contrato en Bilbao el demandante y el demandado. Por esta razón entregó el demandante al demandado, como precio, la cantidad de 309.565,86 pesetas. Por no haber intervenido de parte del demandado sus órganos representativos genuinos, fué anulado dicho contrato. El demandante exige la devolución del precio, a base del artículo 1.303 del Código civil. El demandado se opone, puesto que el dinero que le fué entregado era dinero rojo. El Tribunal Supremo adopta el punto de vista del demandado. Las certificaciones libradas por la Caja de Ahorros Vizcaína y por el Banco de Vizcaya y la certificación obrante en el folio 60 del apuntamiento de la Caja de Ahorros constituyen documentos auténticos. De ahí resulta que el demandante abonó la cantidad reclamada con talones de su cuenta corriente en el Banco de Vizcaya, que figura ingresada en la cuenta del demandado entre el 20 de abril y el 14 de mayo de 1937; y que el demandante, el 18 de julio de 1936 sólo tenía de saldo en la expresada cuenta, contra la cual libró los talones, 34.637 pesetas, cantidad que fué extraída por el demandante al liberarse Bilbao. Por lo tanto, pagó el demandante al demandado en dinero rojo, bloqueado conforme al artículo 1.º de la Ley de 13 de octubre de 1938. Por consiguiente, infringe la sentencia recurrida, al condenar al demandado a la devolución de la indicada cantidad, el artículo 1.303 del Código civil. Es notorio que no es lo mismo la moneda roja bloqueada, depreciada en el mercado y por la legislación vigente del Estado español, que la moneda legítima nacional, sobre todo una

vez que fué publicado el Decreto-Ley de 12 de noviembre de 1936, que creó la peseta nacional contra la roja; por otro lado, no puede interpretarse el artículo 1.303 tan literalmente, pues la palabra "precio" significa, según el Diccionario de la Lengua, el valor pecuniario en que se estima una cosa, y, por tanto, no puede aplicarse ese nombre, con todas sus consecuencias, a lo entregado por el demandante, puesto que no lo hizo en la moneda legítima, y, además, no representaba la estimación que el demandado hiciera de los terrenos objetos del contrato, por no haber intervenido en éste sus órganos representativos genuinos, y por ello fué anulado.

SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1941.—*Testamentaria, etc.*

Hechas extrajudicialmente y protocolizadas las operaciones particionales de los bienes relictos, no es lícito a uno de los herederos promover, desentendiéndose de ese hecho, el juicio de testamentaria de los causantes de la sucesión. En el evento de haberse iniciado tal procedimiento, deben anularse las actuaciones practicadas, sin perjuicio del derecho que asiste a las partes para impugnar las operaciones divisorias en el juicio declarativo que corresponda.

SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1941.—*Interpretación de un contrato.*

En la sentencia que tenemos a la vista aprecia el Supremo Tribunal una serie de hechos, declarados probados por el Tribunal de instancia, de diferente manera que éste. El Tribunal de instancia había aceptado un contrato de depósito, mientras que el Tribunal Supremo comprueba que se trata de un contrato de compraventa.

SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1940.—*Competencia.*

El demandante reclama indemnización por motivo del incumplimiento de un contrato concertado con el representante del demandado. El demandado afirma la nulidad de dicho contrato por haberse extralimitado su representante al celebrarle. El Tribunal Supremo declara que, para el solo efecto de la competencia, los contratos han de considerarse como existentes y ciertos. Tratándose, finalmente, de acciones acumuladas, de igual naturaleza y sin que ninguna de ellas merezca la

calificación de principal o de básica respecto a las demás, debe atribuirse la competencia para conocer de todas ellas al Juzgado del lugar en que debe cumplirse el mayor número de las obligaciones reclamadas.

SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Competencia.*

El 2 de junio de 1913 vendió el actor una finca de su propiedad a la demandada, la que ésta vendió, a su vez, el 28 de octubre de 1933 a otra persona, también demandada. El actor hace valer la nulidad de la escritura de venta por él celebrada, por razón de simulación, y exige, entre otras cosas, declaración de dominio referente a la citada finca, indemnización de daños y perjuicios, etc. El problema recae sobre la naturaleza de la acción decisiva para resolver el conflicto competencial. Se trata de acciones personales (nulidad de contrato, indemnización) y reales (reivindicatoria) acumuladas en virtud del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La acumulación de acciones personales y reales no da como resultado una acción mixta. Más bien debe buscarse para la resolución del conflicto competencial la acción principal. La acción principal consiste, en el presente caso, en la nulidad de la compraventa, puesto que de ella dependen todas las demás acciones. Por lo tanto, reside la competencia en el fuero de las acciones personales.

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Competencia.*

Las estipulaciones impresas al dorso del conocimiento de embarque dicen que cargadores y receptores se someten, con renuncia de su propio fuero, a la jurisdicción de los Jueces y Tribunales de Barcelona o Cádiz, indistintamente y a elección de la Compañía porteadora. Esta sumisión resulta ineficaz, pues el artículo 57 de la Ley Rituaria exige para su existencia, además de la renuncia clara y terminante al fuero propio, la designación concreta y precisa del Juez a quien las partes se someten, y esta segunda circunstancia falta en el aludido pacto desde el momento que queda al arbitrio de una de las partes concretar el Juzgado que ha de conocer del asunto.

SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1941.—*Competencia.*

Los efectos de la sumisión a determinado Tribunal han de alcanzar no sólo al cargador que concertó el transporte, sino también a quien,

como el ahora demandante, trae causa de aquél en concepto de cesionario.

SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1941.—*Competencia.*

Quien se somete a los “Tribunales de Villaverde de Madrid” no se somete sólo al Juzgado Municipal de dicho pueblo, único organismo judicial radicante en él, sino también al Juzgado de Primera instancia de Getafe, que ejerce también jurisdicción en el repetido pueblo y tiene atribuido el conocimiento de los asuntos de cuantía superior a 1.000 pesetas.

SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1941.—*Competencia.*

Que promovida la cuestión de competencia por el Juzgado de Aranjuez, al que por el de Torres de Cotilla, que conoció de la demanda, se confió la citación del demandado, el conflicto aparece promovido tan sólo mediante instancia del representante del Ministerio Público y no por solicitud del demandado mismo, a quien no se citó, y que, por ser parte legítima en el juicio, había de serlo también en la cuestión incidental; y al proceder de ese modo con notoria infracción de lo dispuesto en la Ley procesal y menoscabo positivo del derecho que a los interesados en el asunto les asiste, se incurrió notoriamente en un vicio que obliga a estimar mal formada la competencia y justifica la imposición de costas al Juez municipal que dió lugar a su comisión, por obra de lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1941.—*Competencia.*

Es indudable que, aun cuando el demandado niega que la firma es suya, existe un principio de prueba, que ha de surtir sus efectos en orden a la decisión de competencia.

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia económico-administrativa

CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL.—*Cámaras Oficiales de la Propiedad.* Carecen de competencia para entablar reclamaciones en asuntos que afecten a los intereses particulares de sus asociados. (12 de junio de 1936.)

CONTRIBUCIÓN SOBRE UTILIDADES.—*Líneas de tranvías propiedad de Ayuntamientos explotadas por la Sociedad que fué concesionaria hasta su reversión.*—La participación en los beneficios de la Sociedad explotadora, atribuida en virtud de concesión al Ayuntamiento, está sujeta a tributación por la tarifa 3.^a, sin que quepa atribuirle el carácter de tasa de equivalencia. (26 de mayo de 1936.)

Incremento de valor de los elementos del activo.—No puede estimarse como ingreso para la determinación del beneficio el que no luce en la contabilidad del ejercicio a que la liquidación impugnada se refiere. (2 de junio de 1936.)

Amortización de valores en cartera.—No tienen el carácter de beneficio, sino, por el contrario, el de gastos necesarios del negocio, las cantidades destinadas a la amortización del valor de acciones en cartera de otra Sociedad, si su depreciación es efectiva y se contabiliza. (9 de junio de 1936.)

Fondos de reserva.—Las cantidades a ellos destinadas por una Sociedad comanditaria simple con exceso sobre la proporción de los beneficios establecida por pacto social, están sujetas a tributación por la tarifa 2.^a, con deducción de la cuota correspondiente a la tarifa 3.^a (9 de junio de 1936.)

Multas.—Es improcedente su exacción cuando no exista cuestión acerca de las cantidades declaradas por el contribuyente, sino disparidad de criterio en cuanto a la aplicación de preceptos tributarios. (9 de junio de 1936.)

Dividendos libres de impuestos de Sociedades españolas con negocios en el extranjero (Chade).—A la parte de su total importe sujeta a tributación en España ha de adicionarse la contribución de utilidades correspondiente a esa parte, y aun siendo el acto administrativo anterior a la Orden ministerial de 1 de junio de 1935, es aplicable por su carácter interpretativo, y, en su virtud, debe excluirse de la base de liquidación el impuesto de timbre de negociación. (9 de junio de 1936.)

Amortizaciones (Babcock & Wilcox).—Tienen la consideración de amortizables los gastos de otorgamiento de la escritura de constitución de Sociedad e impuesto de Derechos reales correspondiente y los de adquisición de negocios, patentes y clientela cedidos por una Empresa extranjera a una española, los cuales están comprendidos, según su índole, en los conceptos de "Constitución" e "Implantación", así como los originados por la adquisición de planos y experiencia técnica para la instalación de máquinas, que tienen carácter de gastos de explotación, y, por el contrario, no tienen el carácter de amortizables a efectos fiscales los originados por publicidad, jornales y viajes del personal, por no representar valores del activo susceptibles de depreciación. (23 de junio de 1936.)

Liquidación provisional por cuota mínima.—Tiene tal carácter la practicada en virtud del balance social, aun cuando no exista declaración expresa del capital imponible, y por ello, no puede adicionarse partida alguna a la cantidad que como capital figure en dicho documento. (23 de junio de 1936.)

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—*Condición suspensiva.*—Como tal ha de calificarse la que hace depender la adquisición del pleno dominio de unos bienes, de la muerte sin sucesión del heredero usufructuario, y, por consiguiente, para la práctica de la liquidación ha de atenderse al valor de los bienes y a la tarifa vigente en el momento de su cumplimiento. (12 de mayo de 1936.)

Adjudicación de bienes para pago de deudas.—Procede liquidar por ese concepto sobre el importe del pasivo social cuando al disolverse una Sociedad hayan de satisfacerlo el socio o socios a quienes se adjudique el activo. (Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1935.)

Reducción de capital social.—La liquidación por tal concepto ha de girarse sólo sobre el importe de la cantidad devuelta a los accionistas, aun cuando se trate de acciones preferentes o privilegiadas y a pesar de ello soporten totalmente la pérdida sufrida por la Sociedad. (12 de mayo de 1936.)

Cesión de derechos de acciones preferentes.—Por tal concepto ha de liquidarse la diferencia entre la cantidad reembolsada y el valor nominal, más el importe de una prima de amortización dejada de percibir, a consecuencia de pérdidas sociales, por unas acciones privilegiadas que tenían derecho a ser reembolsadas por su nominal y dicha prima con preferencia a otras series de acciones. (12 de mayo de 1936.)

Devolución de liquidaciones que deban ser sustituidas.—Debe realizarse por formalización el ingreso de las que hayan de girarse por importe menor que el de las que se anulen, verificándose la devolución a metálico de la diferencia que resulte a favor del contribuyente. (12 de mayo de 1936.)

Prestaciones señoriales.—Su abolición tiene, a los efectos del impuesto, el concepto de extinción de censo cuando con tal carácter aparecen inscritas en el Registro de la Propiedad. (2 de junio de 1936.)

Multas.—Es improcedente la exacción de las establecidas para los casos de investigación cuando en el Registro de la Propiedad tiene entrada oficialmente el documento liquidable, debiendo procederse a presentarlo de oficio a la liquidación del impuesto. (2 de junio de 1936.)

LA REDACCIÓN

VARIA

LEONARDO PRIETO CASTRO.—*Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, tomo I, 1941 (Librería General, Zaragoza. Biblioteca de Iniciación Jurídica, pág. 344).

Escribimos en esta REVISTA hace poco (1940, pág. 742) las siguientes palabras, con ocasión de una reseña bibliográfica de las "Instituciones", de Chiovenda: "Tan agradecidos como somos los juristas españoles a toda publicación de índole científica, creemos de más utilidad todavía el esbozo de Manuales del Derecho positivo español." Afortunadamente estamos hoy en la feliz situación de poder presentar una exposición del Derecho procesal civil de España. Su autor se ha dado a conocer por obras originales, como, por ejemplo, "La acción declarativa" (Madrid, 1932)—acción que debe sustituir la anticuada acción de jactancia—, y por las traducciones de los Derechos procesales civiles de Kisch y de James Goldschmidt (en 1932 y 1936, respectivamente). Mencionemos también su traducción del Derecho procesal penal, de Florian (Barcelona, 1934), libro que, entretanto, ha llegado en Italia a su tercera edición (Torino, 1939, pág. 637). Prieto, finalmente, tampoco es un desconocido para nuestros lectores (véase REVISTA, 1940, Suplemento 389, y págs. 365, 367, 368 y 625 a 642).

El tomo, que ya ha salido a luz, consta de tres libros. El primero trata de las teorías generales: el segundo aborda el procedimiento en general: el tercero estudia los procedimientos ordinarios en primera instancia. El primer libro, a su vez, se subdivide en dos secciones, de las cuales la primera expone el Derecho procesal, sus fuentes y su formación, mientras que la segunda analiza "el impulso para la actividad jurisdiccional y la Jurisdicción". En la historia del Derecho procesal, Prieto no menciona el proceso ático. Bien es verdad que no se sabe mucho del Derecho procesal griego; mas hubiera podido hacerse una referencia, por ejemplo, a Max Alsberg, "Der Prozess des Sokrates im Lichte moderner Jurisprudenz und Psychologie" (1926), y a Franz Lämmli, "Das attische Prozessverfahren in seiner Wirkung

auf die Gerichtsrede" (Paderborn, 1938). El esbozo del Derecho romano es breve, pero contiene todo lo esencial para los estudiantes de la asignatura. Sin embargo, hubiera sido tal vez útil prender en el curso del libro, con ocasión de los diferentes problemas, las ideas del Derecho romano con más extensión. Piénsese, por ejemplo, en el problema de la acción. Romanistas recientes atacan la teoría de Windscheid de la supremacía de la "actio" sobre el Derecho subjetivo. Giovanni Pugliese ("Actio e Diritto subiettivo", Roma, 1939; v. la reseña bibliográfica en *Savigny-Zeitschrift*, tomo 60, págs. 255 y sigs.) mantiene la tesis de que en los Derechos relativos la "actio" existía antes que el Derecho subjetivo, pero que debemos aceptar la relación inversa con respecto a los Derechos absolutos. Pugliese cree, con Koschaker, que la "actio in rem" tenía al principio el carácter de una acción meramente declarativa. También revelan las "formulae in jus conceptae" la fe en Derechos subjetivos preexistentes (1). En el proceso visigodo manifiesta el autor el valor de la Lex Visigothorum, como primer monumento jurídico de la nacionalidad española. El desarrollo de la historia de la Ley de Enjuiciamiento civil es muy interesante y contiene numerosas apreciaciones nuevas. En la segunda sección se ocupa Prieto consecutivamente de la acción, de la Jurisdicción, de los Tribunales, de su competencia y de las partes. Como se ve, no coloca Prieto la teoría de las partes en pie de igualdad con los Tribunales como "elementos personales del proceso". En efecto, no existe una coordinación entre partes y Tribunales (lo que ya evidencia la misma ortografía, que exige letra mayúscula para iniciar el último término y minúscula para el primero). Prieto esboza con igual maestría los problemas prácticos (por ejemplo, los de la competencia) que los temas teóricos atinentes a la acción (como Derecho independiente de la pretensión civilística y que asume la forma de una pretensión de tutela jurídica), o los referentes a las partes (capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación de las partes—tema desarrollado en la conocida tesis de Angel Enciso [*Rev. Der. Priv.*, 1936, págs. 121 y siguientes]—, postulación y representación procesal, pluralidad de partes y de intervinientes en el proceso, cambios de partes). El segundo libro perfila en dos capítulos los rasgos esenciales de los principios y de los actos procesales. Al principio de este libro investiga el autor los

(1) Satta: "Ultime tendenze della teoria dell'azione", en *Rivista Internazionale della Teoria del Diritto*, tomo 20, fasc. 1.

podere de las partes y del Tribunal. No deja de mencionar la valiosa tesis del catedrático de Barcelona Jaime Guasp: *Juez y hechos en el proceso civil* (1940), desgraciadamente inédita, en contra del principio dispositivo. Sea mencionado de paso tan sólo que la abolición del principio dispositivo en el proceso civil tendría quizá repercusiones en el Derecho penal, puesto que el castigo de la llamada "estafa procesal" se basa, según algunos autores, en su existencia (v. Marsico: "Frode processuale e giurisdizione volontaria", en *Riv. Pen.*, 1940, fasc. 10; reseña bibliográfica en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1940, páginas 563-564). Luego expone los principios de escritura y de oralidad, así como ciertas consecuencias del principio de escritura: orden legal de los actos, preclusión y eventualidad, incomunicación entre las personas del proceso, etc. También encuentra su debido lugar el principio de concentración, que tiene la finalidad de evitar la diseminación del procedimiento en una serie de actuaciones separadas, y el de mediación, en virtud del cual toda la discusión se efectúa frente a frente entre partes y Juez. El capítulo termina con el análisis de la publicidad y del impulso procesal. Los actos procesales pueden ser actos de las partes, actos del Juez o actos del Secretario y del Ejecutor judicial. El tercer libro consta de dos secciones: la primera se dedica al juicio de mayor cuantía, mientras que la segunda es consagrada al estudio de las especialidades de los juicios de menor cuantía y verbal. La primera sección, a su vez, se subdistingue en tres partes, que tratan de las fases expositiva, probatoria y final del proceso, respectivamente. La primera parte abarca los acontecimientos procesales desde la demanda hasta el complemento del material instructorio, mediante los escritos de réplica, dúplica y ampliación. Prieto analiza con su habitual densidad las excepciones y los presupuestos procesales, origen de tantas y tan fecundas discusiones teóricoprocesales. Al exponer la reconvencción, Prieto demuestra cierta hostilidad contra ella. La amplitud con que la admite la Ley de Enjuiciamiento civil se explica por la escasez de comunicaciones y el hecho de que los Tribunales no funcionaban en los tiempos pasados permanentemente. Así era natural que se usase con gran extensión de la oportunidad del juicio pendiente para plantear otro contrario al demandante. Desaparecidas las mencionadas causas, no tiene ya razón de ser la reconvencción en su extensión legal. Por este motivo rechaza el autor la admisibilidad de la reconvencción a la reconvencción, aunque en sí debiera deducirse su admisibilidad, habida

cuenta del carácter de la reconvencción como verdadera demanda. Podría Prieto invocar, para corroborar su tesis, el canon 1.690, párrafo 2.º del Codex Juris Canonici, que declara expresamente: "*Reconventio reconventionis non admittitur.*" La parte segunda elabora los conceptos generales sobre la prueba y los medios de prueba en especial. Descuella en esta parte el capítulo sobre la carga de la prueba y las presunciones legales. Prieto distingue la carga de la afirmación y la de la prueba. La utilidad de este distingo se revela en un ejemplo, en que la carga de afirmación y la de prueba discrepan. Piénsese, por ejemplo, en un hijo desheredado, que reclama como demandante una parte de la herencia. En virtud del artículo 850 del Código civil, corresponde al hijo desheredado negar la existencia de una justa causa de desheredación: en cambio, corresponde la prueba de su existencia a los herederos. No se debe objetar que en este caso la carga de afirmación se refiere a la falta de una justa causa de desheredación, y la prueba recae sobre su existencia. El objeto de la afirmación y de la prueba es idéntico y consiste en la causa de desheredación, cuya existencia es negada por la afirmación del desheredado y probada o no probada, según el resultado de la prueba, por los demás herederos. La carga de prueba, fundamental en un proceso dominado por el principio dispositivo, pierde mucho de su importancia en un proceso, en el que el Juez de oficio explora la verdad. En el campo de las presunciones, distingue Prieto, conforme con la doctrina (y la legislación), las presunciones legales y judiciales. Al mencionar la prueba "*prima facie*", hubiera podido aludirse al "*principio de prueba*", a los efectos de fijar la competencia de un Tribunal. En la lucha en torno del objeto de la declaración testifical (hecho exterior o representación subjetiva del hecho exterior) no se decide Prieto con claridad (a pesar de lo dicho páginas 286-287), y es importante respecto del delito de perjurio.

La tercera parte distingue la terminación del proceso por actos de las partes o sin sentencia y la terminación por sentencia contradictoria. En la primera hipótesis caben tres posibilidades: renuncia y desistimiento del actor, transacción y caducidad. La renuncia se refiere a la acción; el desistimiento, en cambio, al proceso comenzado. Hemos de destacar el capítulo sobre la transacción judicial. Ha de hacerse constar en los autos. Su revocación se lleva a cabo ante el Tribunal donde se hizo la transacción, el que también continúa el proceso si la transacción llega a ser revocada. Al exponer los efectos de la sentencia, Prieto

distingue, con la doctrina moderna, la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. El primer efecto consiste en la inatacabilidad de la sentencia en el mismo proceso mediante recursos, y podría llamarse también "firmeza de la sentencia". El efecto de cosa juzgada material consiste en el efecto descrito en los artículos 1.251, 1.252 del Código civil. La votación de la sentencia ha dado lugar a dos teorías, que el autor no menciona. Se discute si la votación debe realizarse respecto al fallo o respecto a los resultandos y considerandos. La legislación española parece adoptar una solución ecléctica. Así dice el artículo 344 de la Ley de Enjuiciamiento civil: "El Ponente someterá a la deliberación de la Sala los puntos de hecho, las cuestiones o fundamentos de derecho y la decisión que deba comprender la sentencia, y previa la discusión necesaria, se votará sucesivamente." El artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento criminal menciona sólo la votación de las cuestiones de hecho y de derecho. Sin embargo, puede desprenderse del artículo 163, que la votación recaerá también sobre la decisión que ha de dictarse. En Alemania, al votar las sentencias civiles, se vota separadamente respecto a cada hecho, que se hizo valer como medio de ataque o de defensa. También se decide mediante votación separada sobre cada interpretación dudosa de cualquier término legal. En cambio, no se vota sobre los diferentes considerandos (v. James Goldschmidt: *Zivilprozessrecht*. Berlín, 1929, pág. 113; Schoenke: *Zivilprozessrecht*. Berlín, 1938, pág. 58, no trata de nuestro problema). Respecto a las sentencias penales, discútese en Alemania apasionadamente si la votación debe recaer sólo sobre el fallo o si debe referirse a los fundamentos (v., por ejemplo, Beling: *Reichsstrafprozessrecht*. Berlín, 1928, páginas 245 y sigs., que es partidario de esta última opinión, en contra del conocido comentario a la Ley Procesal criminal de Loewe-Rosenberg: Berlín, 1914, págs. 1.088 y sigs.) (1). El "Codex Juris Canonici" prevé una discusión de las conclusiones (can. 1.871, par. 3). Sin embargo, permite también el establecimiento de los motivos mediante resolución mayoritaria (can. 1.873, par. 2). Un ejemplo revelará las dificultades del problema. Figurémonos que ante un Tribunal de tres Jueces un prestamista reclama la devolución del préstamo. El Juez A opina que el demandante no ha probado suficientemente la entrega del

(1) Véase también Sachse: "Die Abstimmung ueber die Schuldfrage im Strafgericht", en *Zeitschrift fuer die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1928, tomo 49, páginas 306 a 315.

dinero al prestatario: B cree que el préstamo llegó a efectuarse, pero que el prestamista condonó la deuda; C coincide con B respecto al nacimiento del préstamo, pero lo cree cancelado por compensación. Ahora bien; en la votación de los fundamentos (resultandos y considerandos) se acepta en primer lugar, por los votos de B y C contra A, la existencia del préstamo. Luego se rechaza la extinción de la obligación por no haber ni condonación (C y A contra B) ni compensación (B y A contra C). En consecuencia, hay que condenar al demandado, aunque ninguno de los tres Jueces esté conforme con el fallo. Según la teoría de la votación del fallo, los tres Jueces decidirán unánimemente la desestimación de la demanda, aunque encuentren dificultades insolubles para justificar este fallo. La teoría ecléctica llega a una sentencia en que los fundamentos no justifican el fallo, puesto que desestiman la demanda, aunque el resultado lógico de las votaciones sobre los motivos debiera ser opuesto. Probablemente se habrá de distinguir: 1.º Sentencias en las que el fallo constituye una consecuencia obligada de los fundamentos. Así ocurre, por ejemplo, en el citado caso. Para esta hipótesis hay que adoptar la tesis que defiende la votación de los fundamentos. Bien es verdad que se llega a un fallo con el que ninguno de los tres Jueces está conforme; pero no lo es menos que la mayoría afirma el préstamo, y que no se encuentra ninguna mayoría para afirmar cualquier modo determinado de extinción. 2.º Resoluciones que o no poseen fundamentos o en las que el fallo posee valor independiente frente a los fundamentos. La determinación de la pena en las sentencias de lo criminal nos ofrece, sobre todo, un ejemplo de la última clase. He aquí el campo de la teoría de la votación del fallo.

El libro de Prieto se ciñe al Derecho positivo español. El autor hace ampliamente uso de la jurisprudencia. La densidad de la obra es admirable. Su utilidad, aumentada por un índice de materias y otro de fuentes, es indiscutible. En resumidas cuentas, podemos brindar a la obra de Prieto la máxima alabanza: el manual de Prieto es para el Derecho procesal lo que el manual de Garrigues es para el Derecho mercantil (1).

(1) La utilidad del libro de Prieto se demuestra de la manera más contundente por el número de citas que en un solo mes se han hecho. Véase, por ejemplo, REVISTA CRÍTICA, núm. 153, en los comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo del 28 de noviembre y del 9 de diciembre de 1940; *Revista de Derecho Privado*, 1941, páginas 101, nota 3, y 105, nota 11.

Teoría jurídica della "Azienda Commerciale".

El profesor La Lumia, según nos anuncia la *Revista del Diritto Commerciale* (1940-9), está publicando un tratado de Derecho mercantil, del cual son las ideas que a continuación se extractan, encuadrándolas en el capítulo relativo a la división de las cosas.

1. *Cosas simples*, en el sentido económico y jurídico, son aquéllas cuyos elementos están fundidos, formando una individualidad unitaria y homogénea en donde pierden su originalidad.

Complejas, son de dos clases: *cosas compuestas* (ex pluribus cohaerentibus), engendradas por la cohesión material o física de los elementos reconocibles y que pueden adquirir autonomía, y *universalidades* (ex pluribus distantibus) cuyos elementos constitutivos permanecen independientes, aunque enlazados por su destino económico. Rechaza el autor las teorías que fundan la distinción de *universitates facti* y *universitates juris* en la homogeneidad y heterogeneidad, respectivamente, de los muebles agrupados, o en que aquéllas se forman por la voluntad humana y éstas por mandato de la Ley, y, en fin, las que distinguen ambas universalidades por el contenido: de cosas corporales o de relaciones jurídicas. El punto de vista que adopta es el siguiente: la *universitas juris* es una situación jurídica patrimonial, cuyo ejemplo más notable es la herencia, mientras las *universitates facti* son complejos de cosas unidas por el destino económico.

2. a) *Las universitates facti como complejos de cosas heterogéneas*.—Además de la universalidad de cosas homogéneas (biblioteca), pueden existir las universalidades de cosas heterogéneas, que comprenden tanto las cosas en sentido estricto (entidades naturales susceptibles de apropiación), como las energías o servicios, el trabajo y sus resultados (*opus y opera*) y los derechos patrimoniales.

3. b) *El problema de la unidad jurídica de la universalidad*.—Partiendo del supuesto de que las universalidades constituyen unidades económicas que absorben las cosas simples y pueden ser objeto independiente de relaciones jurídicas, afirma Carnelutti: "La *universitas rerum* es un solo objeto jurídico por la misma razón que la *universitas personarum* es un solo sujeto de derecho." Pero La Lumia, con otros jurisconsultos, se opone a esta concepción porque en las *universitates facti* hay pluralidad de bienes, la posición del titular frente a los variados componentes crea obstáculos graves a la unificación y es necesario

que la Ley declare cuándo y en qué relaciones ha de estimarse la materia de modo unitario (*sub specie universitatis*). Pero aunque las teorías unitarias no merezcan pleno asentimiento, en atención a que ciertas universalidades, sólo en algunos casos y bajo determinados aspectos son tratadas como unidades, no cabe sostener, con las teorías atomísticas, que siempre estamos en presencia de una pluralidad de cosas. La verdad se halla en la solución intermedia: deben reputarse *unidades* las universalidades que sean disciplinadas como tales por el ordenamiento vigente, en los casos o relaciones procedentes:

4. *La hacienda comercial*: a) *Concepto*.—Sostiene el autor la separación de hacienda y empresa, no porque la primera comprenda los elementos objetivos, y la última los subjetivos (personas físicas o jurídicas), ni porque en aquélla prevalezca lo estático y en la última lo dinámico, sino porque la empresa es una forma de ejercicio de la hacienda, que económicamente podemos contraponer al oficio (artesano), como organización más compleja y adelantada. Las haciendas pueden ser, atendiendo al sujeto: individuales (persona física), colectivas o sociales (persona jurídica); y según la especie de la actividad económica: agrícolas, extractivas, industriales, comerciales y de transportes. Todas ellas (excepto la agrícola) caben bajo la denominación hacienda comercial, en su más amplio sentido, cuando existe empresa (no si se trata de talleres de artesano, de carreteros o de barqueros aislados).

5. *Elementos constitutivos*.—Comprende los servicios y actividades de los colaboradores y los medios o instrumentos reales: inmuebles por naturaleza (almacenes, fábricas) o por destino (máquinas), y cosas muebles (mercaderías, materias primas), fungibles (dinero, títulos) y no fungibles, cosas corporales e incorporeales (patentes) y, en general, todas las que puedan ser objeto de organización para la finalidad económica perseguida. Conviene separar de la hacienda (medios e instrumentos) el patrimonio hacendístico (créditos y deudas), aunque éstos pueden ser transferidos con aquélla mediante pacto expreso.

6. *El llamado "avviamento"*.—Se ha discutido mucho, a), su concepto y, b), su posición respecto de la hacienda. a) Mossa lo define "organización de la misma", pero el *avviamento* presupone, además, el efectivo funcionamiento de la hacienda. No es una esperanza subjetiva del lucro futuro, sino la potencialidad objetiva de producirlo: un resultado de múltiples coeficientes (habilidad, bondad del producto, situación de los locales, arreglos de la ciudad, modas). No puede divi-

dirse en subjetivo y objetivo, porque el *avviamento* es un concepto unitario, ni debe confundírsele con la clientela (que, como el crédito, es un signo o índice revelador, y, por otra parte, sirve de propaganda), ni con las plusvalías de los elementos, que nace de su organización. b) Para Carnelutti, el *avviamento* es una cualidad de la hacienda o, mejor, como obra del ingenio, una idea cristalizada a fuerza de voluntad, pero lo integran también valores debidos a la casualidad. Obra de factores múltiples, puede enajenarse con separación de sus elementos, como bien inmaterial *sobrevenido* y autónomo.

7. *El "avviamento" como fundamento jurídico de la represión de la concurrencia desleal.*—La construcción expuesta nos permite fijar esta conclusión. Cuando varios sujetos ofrecen al público bienes o servicios idénticos o análogos, para que la Ley establezca límites a la actividad respectiva, no basta que exista daño de uno de ellos; se necesita, además, que se lesione un derecho subjetivo nacido de cláusulas expresas o tácitas o de prohibiciones de competencia (véase el artículo 136 de nuestro Código Mercantil), o que exista culpa extracontractual por transgresión de una norma primaria. ¿Cuál será ésta? No hay ninguna que proteja a la hacienda como objeto jurídico, ni a la personalidad, puesto que los frutos protegibles del trabajo se resuelven en intereses patrimoniales. Tampoco cabe apoyar la reacción sobre la defensa de los llamados signos distintivos de la hacienda que tienen por sí tutela autónoma (sin cubrir todos los supuestos de la competencia desleal), ni sobre una norma abstracta que ordene a todos la abstención de ciertos actos contrarios a los usos honestos de la industria y del comercio. El fundamento de la represión será, pues, el derecho a la instalación (*avviamento*), no en el sentido de propiedad comercial oponible al dueño del edificio, sino en el de organización en marcha de una actividad mercantil.

8. *Elementos diferenciales o signos y medios de identificación.*—Entre los elementos constitutivos de la hacienda existentes desde un principio (originarios) o que aparecen cuando está en marcha (sobrevenidos), se encuentran: la *razón objetiva* o nombre (congruente o de fantasía) y el *emblemata*, signo grabado en la correspondencia, listas, facturas, carruajes, que identifican a la entidad; la *muestra*, que llama la atención sobre el establecimiento, y la *marca de fábrica* o la *comercial*, que garantiza la procedencia y pureza del producto. Son todos objetos jurídicos autónomos que engendran derechos subjetivos particu-

res, transferibles aisladamente si con ello no se engaña al público, y cuya función distintiva encuentra una adecuada tutela por razón de la materia explotada, de la zona territorial o del ramo en que la industria figure. Entre dichos elementos no se comprende el nombre *comercial* (razón o firma subjetiva), que, como el nombre *civil*, distingue a la persona, no a la actividad objetivada, y por no existir fuera del titular, no es objeto de propiedad, ni puede ser transmitido o utilizado sin mención expresa del cambio sobrevenido.

9. *Naturaleza jurídica*.—La hacienda comercial no se halla dotada de personalidad, ni su patrimonio es independiente del patrimonio mercantil o civil del titular; pero éste, sea persona física o social, puede tener varias haciendas. Tampoco cabe catalogarla como acto complejo o conjunto de relaciones jurídicas, porque la estructura anatómica tiene aquí tanto interés como el aspecto funcional.

Concebida la *hacienda comercial* como un complejo de medios o instrumentos personales y reales, organizados por una persona, para el ejercicio de cierta actividad productiva, no es una *cosa compleja*, porque el vínculo que une las partes es funcional, no físico, ni puede ser incluida entre las *universitates juris*, ideales y abstractas, que a veces hasta carecen de contenido económico. Para el autor, la *hacienda comercial* figura entre las universalidades *de hecho*, sin que importe que los bienes agrupados sean heterogéneos, y no constituye una cosa jurídica autónoma y distinta de sus componentes, sino un complejo de bienes enérgicamente enlazados por vínculos económicos que el Derecho somete, en algunos casos y desde algunos aspectos, a una disciplina unitaria. De aquí la posibilidad de que, por un lado, entre como objeto unitario de un contrato de seguros y, en cambio, no pueda ser transferida en bloque, necesitándose formas múltiples y especiales para consumir la enajenación, usufructo, prenda y arrendamiento de los elementos que la integran.

LA REDACCIÓN