

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO IX
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLVI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

EL ANUARIO no se solidariza con las
opiniones sostenidas por los autores de
los originales publicados.



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

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

Interferencias de las Leyes Fiscales en los negocios jurídicos privados(*)

CIRILO M MARTIN-RETORTILLO
Abogado del Estado

I

EL INTERVENCIONISMO, CAUSA PRINCIPAL DE TALES INTERFERENCIAS

El intervencionismo creciente del Estado plantea al jurista un sinfín de problemas de orden técnico, y muy particular en el terreno jurisdiccional, que están reclamando adecuada regulación. En definitiva, el intervencionismo no implica que el Estado se aparte o se sobreponga a la norma jurídica, no; lejos de ello, salvo las excepciones irregulares que puedan darse, y que en cierto modo confirman la regla, es perfectamente compatible con el Estado de derecho, con todas las garantías jurídicas más eficaces y amplias. El intervencionismo no es otra cosa que el Estado interviniendo hoy en más cosas que ayer, actuando cual gigante colosal de mil cabezas que toca todo lo económico y patrimonial, impulsando y robusteciendo la acción privada, limitándola, coadyuvando a ella o en muchos casos desplazándola no siempre con el asentimiento y agrado de los particulares, y todo con un triple afán de mejoras y de progreso, buscando la seguridad jurídica, la seguridad material y la seguridad social, como demanda incesantemente la masa popular en mil oportunidades, cuyas aspiraciones han alcanzado la categoría de dogma en los tratadistas de derecho público, y que, tras detenido estudio y meditación por los hombres de Gobierno, han merecido su aceptación, y en muchos casos del Romano Pontífice, creando una fuerte corriente de opinión que propugna por imponerla en la organización del Estado moderno.

Ello motiva cambios súbitos en las leyes ante las apremiantes exigencias de la realidad, principalmente con un afán de ayuda ciudadana y de tutela social, y para su realización coadyuvan todos los servicios públicos de todo orden, tanto los fiscales como

(*) Al eminente jurisconsulto y prestigiosísimo Abogado del Estado, Jefe en Sevilla, don Baldomero Campo Redondo, como homenaje de sincero afecto y devoción, con motivo de su jubilación.

los de carácter técnico del Ministerio de Agricultura, con su planificación en marcha, que motiva variaciones radicales en la estructura estatal, casi siempre con cercenamiento de la autonomía individual, así como los de Gobernación, etc.

Según Bárbara Wootton, la planificación consiste en «la elección consciente y deliberada de prioridades económicas por alguna autoridad pública» (1). El Estado, consciente de las angustias del vivir presente, va a la planificación como medio necesario para lograr un bienestar público, un mejor vivir de sus súbditos y un acrecentamiento en los medios que garanticen la existencia social y política del propio Estado, no exento de preocupaciones de tipo espiritual y religioso para vencer o al menos contener el materialismo, las ruindades y egoísmo ambiciosos que desgraciadamente surgen poderosos, y a la vez frenen los desbordamientos de una plutocracia archipoderosa que amenaza aplastar no sólo a las clases humildes, sino también a la clase media.

Fuera de las actividades de la política económica de fomento, quedaron, como acertadamente dice el señor De Torres, las medidas de política social, que luego después habían de tener un frondoso desarrollo. Empero la política social tiene todavía un parentesco más estrecho que la política de fomento, con la política financiera. Según la tesis brillantemente expuesta por De Torres, el problema de la política social es el mismo que el de la política fiscal; la diferencia entre ambas es sólo de matiz, pues mientras aquélla acentúa o debe acentuar su interés por la distribución, la política fiscal, atenta a la obtención de medios para la satisfacción de las necesidades públicas, tiene que preocuparse, en primer término, de su aspecto recaudatorio, aunque no puede descuidar jamás los efectos de sus medidas sobre la distribución (2).

Uria, acertadamente, se ocupó en 1944 del tema «Derecho fiscal y Derecho mercantil», haciendo atinadas consideraciones sobre el peligro de deformación de la técnica jurídica por efecto de las leyes fiscales. Lo cierto es que los tratadistas de derecho público vienen legitimando las expansiones de la actividad del Estado en el orden financiero, con menoscabo de lo que hasta el momento venía siendo privativo del derecho privado.

Sayagues Laso dice que el derecho público consagra una serie de potestades o prerrogativas excepcionales en relación al derecho privado, que se explican y justifican únicamente porque están en juego de intereses colectivos (expropiación, servidumbres, etc.). En todo el mundo se observa el mismo fenómeno, aun en los de más tradición individualista; el Estado intenta «inmiscuirse en la actividad económica, subordinando al súbdito aque-

(1) *Libertad y Planificación*.

(2) *Teoría y Práctica de la Política Económica*. Edi. Aguilar. 1955, página 110 y siguiente.

llos de sus problemas más apremiantes que él aisladamente no pudo conseguir».

El fenómeno dicho se advierte muy acusado en España, y así apreciamos cómo la actividad legislativa de orden secundario, desde los distintos Ministerios, propende a modificaciones esenciales en las creaciones clásicas, en las instituciones venerandas de nuestro Derecho civil, integrando ya un voluminoso conjunto de normas legales sobre relaciones en orden al derecho de propiedad y a buen número de contratos, al margen del Código civil y en muchos casos con motivación y sentido totalmente contrario a tan fundamental ley. Ciertamente que en muchas ocasiones lo han impuesto las circunstancias imperiosas del momento presente, pero sería conveniente que esta legislación «de urgencia» surgiese meditada y reflexiva, por cauces jurídicos que asegurase la mayor armonía entre las normas de derecho y que fuesen las mismas circunstancias jurídicas las que evitasen excesos y contradicciones en esa legislación modernísima. Acertadamente ha dicho Federico de Castro que el Derecho positivo presupone una actividad política (3); ello es evidente, pero no debe ser obstáculo para que su elaboración se efectúe con una correcta técnica jurídica que mantenga la unidad y armonía con las normas preexistentes, muy especialmente con las de rango superior, como es el Código civil. Examinemos brevemente algunas de esas manifestaciones en que la legislación fiscal, con miras preferentemente «extrafiscales», altera y cambia la situación jurídica existente.

II

EL CONTRATO DE PRÉSTAMO Y EL IMPUESTO DE UTILIDADES

La Ley de 16 de diciembre de 1940, denominada *Ley de Reforma Tributaria*, dispuso en su artículo 33 que, sin perjuicio de la retención indirecta prescrita en el artículo 7.º de la Ley reguladora de la Contribución sobre las Utilidades (de 22 de septiembre de 1922), se declara prohibido para lo sucesivo el pacto en virtud del cual el deudor tome a su cargo el pago del Impuesto de Utilidades sobre los intereses de los préstamos.

Quiso el legislador que la carga de este impuesto sobre utilidades del capital gravitase sobre el receptor de las mismas. La reforma, inspirada en elevados fines, modificaba una situación de hecho y de derecho que arrancaba nada menos que de la Ley de 27 de marzo de 1900, cuando Villaverde estructuró ya con criterio técnico la contribución sobre las utilidades, ya que el artículo 5.º de la mencionada Ley gravó con el 3 por 100 los intereses de los préstamos hipotecarios, tomándose como base para la

(3) *Derecho Civil de España*. 1942. pág. 30.

liquidación el rédito legal cuando no se hayan pactado intereses. Dispuso, además, la Ley Villaverde que esta contribución se recaudaría mediante retención directa e indirecta o por exacción a virtud de declaración jurada del contribuyente, y en el Reglamento de 18 de septiembre de 1903, en su artículo 32, se dispuso que los *deudores* por préstamos con hipoteca están obligados a retener la contribución y a satisfacer a su presentación el oportuno recibo. Es decir, que la Ley Fiscal, celosa en la garantía de los derechos del Estado, impuso una retención del Impuesto de Utilidades a cargo del sujeto que no las obtenía, pero que, por ser titular del patrimonio que garantizaba el débito, aseguraba al Estado la percepción del impuesto evitando posibles situaciones de fallidos, y esto sirvió para que tomase carta de naturaleza en esta clase de operaciones lo que ya en realidad venía aconteciendo, y es que fué sacado del prestatario el pago del impuesto. Es decir, que la legislación no declaró, como en ocasiones se ha dicho, que la carga del impuesto recayese sobre el deudor. La legislación especial sobre utilidades se limitó a imponer como medida cautelar, en defensa de los intereses del Tesoro, una *retención* a cargo del deudor hipotecario, como fórmula recaudatoria que aseguraba la efectividad de la contribución, pero sin que ello implicase obstáculo alguno para que el acreedor hipotecario, que era el receptor de las utilidades del capital que había dado el préstamo, reintegrase a su deudor de lo que éste había pagado por su cuenta y cargó. Lo cierto es que este sistema de retención legalizó el sistema de que los recibos de contribución por utilidades de préstamos hipotecarios se extendiesen a nombre del deudor, del prestatario, quien de esta manera venía a ser el obligado al pago, y sufría todas las incidencias de un procedimiento recaudatorio cuando no se hacían efectivos los mismos, y de esta forma tuvo una legitimación formal lo que mediante convención privada era práctica usual de que el prestamista quedase liberado de todo pago, tanto los que se referían a la perfección del instrumento notarial, al de inscripción en el Registro de la Propiedad y también a los de carácter fiscal e incluso a los de tipo judicial, mediante el señalamiento de una cifra no siempre prudencial para el pago de posibles costas, que precisamente era objeto de especial mención y garantía hipotecaria.

La Ley de 1940 «declara prohibido para lo sucesivo el *pacto en virtud del cual el deudor tome a su cargo el pago del Impuesto de Utilidades sobre los intereses de los préstamos*», todo ello sin perjuicio de la retención indirecta que expresamente establecía el texto de la Ley de 22 de septiembre de 1922, que no hizo otra cosa que recoger lo ya preceptuado en normas anteriores. De una manera concreta vino esta Ley a consagrar el derecho que al deudor asiste para ser reintegrado del importe de las utilidades; él satisfacía las correspondientes al rendimiento que el capital prestado producía al acreedor. Pero este precepto legal ha tenido una re-

percusión en la práctica verdaderamente extraordinario, que han modificado en cierto modo las características normales del negocio jurídico de tipo privado, de orden civil, que venían siendo peculiares de los préstamos hipotecarios.

Al momento se suscitó la polémica inevitable respecto al alcance que tuviera esta Ley de Orden Fiscal. ¿Tendrá virtualidad para modificar en el régimen civil de las obligaciones lo convenido por las partes?, o ¿la efectividad de esta Ley queda limitada al ámbito puramente fiscal? Estas fueron las interrogantes que bien pronto suscitaron diversidad de pareceres.

Por tratarse de una Ley de Reforma Tributaria, se interpretaba que sus preceptos no afectaban al libre juego de la voluntad de las partes, a la validez de lo convenido por el prestamista y prestatario y que única y exclusivamente la prohibición contenida significaba que cualquiera que fuese lo pactado, a efectos tributarios, se consideraría inexistente el pacto que impusiera al deudor la carga de las utilidades, sin perjuicio de que los efectos civiles de lo convenido se mantuviese en toda su extensión y se permitiera su efectividad ante los Tribunales.

Frente a esta posición, esencialmente civilista se mantuvo el criterio de considerar que, por tratarse de una Ley de la Jefatura del Estado, no podía limitarse su aplicación al ámbito meramente fiscal, y, por ende, que los negocios jurídicos de préstamos que se configurasen en contra de sus preceptos tuviesen validez, por estimar que les era de aplicación lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, que declara nulo los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez.

Lo cierto es que bien pronto, inmediatamente, tuvo repercusión esta Ley en la práctica, en la que se advirtió una decidida repulsa al sistema de mayor técnica contributiva que establece la Ley de 1940, y frente a esa técnica fiscal, la técnica contractual, empeñada en mantener las posiciones de privilegio que, aparte de la consagración que habían tenido en lo que había transcurrido de siglo, era consecuencia, en cierto modo, de la especial naturaleza de estos contratos, en los que el prestatario de ordinario acepta, sumiso, estas gabelas, que ciertamente van siendo onerosas, reaccionan hábilmente para burlar el precepto legal, ideando procedimientos que tienen de común el haber aminorado considerablemente los rendimientos que el Tesoro venía percibiendo por este concepto tributario, a tal punto que en la última fase, que luego señalaremos, llegaron a la total anulación de los mismos, siquiera se llegase a una transformación de estos negocios civiles con modificación sustancial de lo que hasta entonces había sido, en cierto modo, nota característica de los préstamos civiles.

Apoyaban su tesis los que propugnaban por la ineficacia del precepto fiscal, en relación a los contratos civiles, en la doctrina jurisprudencial, que nuestro Tribunal Supremo insistentemente es-

tableció especialmente a partir de la sentencia de 11 de mayo de 1903. Resolvió esta sentencia que aun cuando el contrato no se extiende en el papel timbrado correspondiente, ello no se opone a la eficacia de dicho contrato, ya que esta cuestión de forma hace relación a otros efectos de carácter fiscal, que no alteran la fuerza obligatoria de los contratos», doctrina que se reiteró en aquellos casos en que se omitió el aportar el recibo de la contribución industrial, etc., etc.

Pero esta argumentación es viciosa, ya que esta doctrina se refería única y exclusivamente a la omisión o infracción de algunos requisitos de tipo fiscal concurrentes en el negocio jurídico, y aun cuando ciertamente en las leyes particulares para la exacción de tributos, por ejemplo, el artículo 186 del vigente Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, que preceptúa que no se admitirán por los Tribunales, Juzgados, Oficinas, etc., documentos en que se hagan constar actos o contratos sujetos al Impuesto, sin que conste en los mismos la nota correspondiente puesta por el Liquidador, y lo propio acontece con otras reglamentaciones de otros tributos, éstos no afectan para nada a la sustantividad y validez del negocio jurídico, que, en definitiva, es lo que ha declarado el Tribunal Supremo, ya que se trata sencillamente de medidas cooperadoras a la buena gestión del tributo, imponiendo una colaboración a los Tribunales y Organismos públicos, en evitación del fraude fiscal.

No es, por tanto, atendible la posición de los que consideran inoperante la prohibición de una norma fiscal en orden a la contratación civil (4). Conocida es de todos la distinción entre normas de *Derecho necesario* y normas de *Derecho voluntario*; las primeras son imperativas e inderogables por la voluntad de las partes, mientras que las segundas se limitan a suplir dicha voluntad encauzándola o complementándola en otros casos. Nos encontramos ante una norma de Derecho necesario fiscal, y toda violación o quebrantamiento de la misma implica la nulidad de tales actos.

(4) Nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de enero de 1955 de la Sala 1.ª, que reproduce doctrina ya establecida en la de 13 de junio de 1950, hace ya la distinción que la doctrina científica tiene elaborado hace años, referente al llamado «Derecho necesario» y declara «que la legislación especial de arrendamientos urbanos, tiene el carácter de Derecho necesario y por eso en ella se proclamó el principio de que sus disposiciones no podían ser derogadas por la voluntad de los particulares, careciendo de eficacia aquellos pactos que las partes convinieran en los contratos en oposición a las disposiciones legales, y en su consecuencia los beneficios otorgados por tal legislación a los arrendatarios, no podían ser renunciados por éstos, porque de otro modo no se conseguiría la finalidad protectora de los mismos que tales disposiciones se proponían alcanzar»; en la propia sentencia se declara que en esa misma norma de derecho, en la Ley de Arrendamientos Urbanos, dentro del carácter de Derecho necesario, se atenuó el principio de irrenunciabilidad de los beneficios otorgados por la misma en favor de inquilinos y arrendatarios distinguiendo las viviendas y los locales de negocios, admitiendo que eran renunciables los beneficios conferidos a los arrendatarios de locales de negocio.

III

CONTRATO ILEGAL.

Messineo configura esta categoría de contrato en los términos siguientes: Llama ilegal el contrato contrario a normas *imperativas* (coactivas), especialmente *prohibitivas* (de Derecho privado, de Derecho público o de Derecho penal); lo que denomina *contra legem agere* (5).

La contrariedad a normas imperativas, característica exclusiva del contrato ilegal, es la que se resuelve en contrariedad del *fin* económico-práctico (causa) del contrato a normas imperativas; es decir, estriba en el hecho de que las partes persiguen un fin, o sea una causa contractual, que el ordenamiento jurídico no permite que se consiga y que, precisamente mediante normas imperativas (de carácter prohibitivo), veda explícita o implícitamente. La ilegalidad del contrato está en la tentativa hecha por las partes de *realizar ese fin, a pesar de la prohibición*.

Es decir, que las partes utilizan el contrato, no para conseguir el fin al que ha sido destinado, sino para conseguir fines ulteriores que la ley no permite.

Hay que hacer especial consideración con respecto al tipo de norma imperativa-prohibitiva, cuya violación torna ilegal el contrato. No todas las contrariedades a una norma prohibitiva implican, sin más, la ilegalidad del contrato; tal es el caso de violación de la prohibición provista de *sanción* (civil) de la invalidez; la ilegalidad puede afectar también solamente a una o varias cláusulas, dejando firme las demás.

Distinto es, según Messineo, el llamado contrato prohibido, entendiéndose por tal «el que tenga una *finalidad* (causa) *prohibida*, porque se dirige contra el orden público; es decir, contra los principios fundamentales y los intereses generales, deducibles de las normas coactivas de la ley (aunque no estén formulados en normas concretas), sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado, y que, por tanto, ellos mismos son imperativos e inderogables».

Entiende Neppi que el contrato es ilícito sólo cuando se lleve a realización para conseguir una finalidad subjetiva no identificable con la finalidad típica y connatural a él.

Moral y jurídicamente, la voluntad del hombre no es absoluta; su voluntad creadora, aun en el orden jurídico, está limitada, reglada y conducida por normas legales, cuyo acatamiento se impone, en unos casos, de manera absoluta, y en otros, con relatividad variable.

(5) *Doctrina General del Contrato*, tomo I, «Ed. Jurídicas Europa», Buenos Aires. Trad. de Sentis Melendo, pág. 484.

La libertad de contratación está limitada, en ocasiones, por los llamados preceptos indeclinables de la Ley, a los que se da el nombre de Derecho coercitivo (*jus cogens*). Pero, como dice Von Thur (6), estos preceptos forman excepción dentro del campo de las obligaciones en que la gran mayoría de las normas vigentes tienen carácter dispositivo o supletorio. Según el Código suizo de las Obligaciones, tienen carácter coercitivo todos aquellos preceptos cuya transgresión o inobservancia sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a los derechos de la personalidad. Ciertamente que no son modelo de precisión estos supuestos, máxime, por lo que se refiere al primero de ellos, ya que la idea de orden público, influida muy especialmente por la idea política, se muestra cambiante en el tiempo y muy diversa en los distintos pueblos. No es de este lugar recoger la controversia latente sobre este particular, por lo que, siguiendo a Thur, incluiremos entre las normas de orden público «aquellos preceptos de Derecho privado que el Estado y la Sociedad se hallen interesadas sustancialmente en que prevalezca»; es decir, aquellos principios que, sin afectar a la personalidad humana y aunque aparentemente sean circunstanciales, pueda el Estado estimar básicos a los fines y funciones que propugna en un período determinado.

Otros límites a la libertad de contratación es la norma según la cual se consideran nulos los contratos contrarios a la ley o al Derecho estatuido. El contrato es ilícito, según Thur: a), cuando la conducta comprometida por el deudor sea contraria a la Ley, y principalmente cuando tenga carácter punible; b), cuando la Ley no prohíbe, precisamente, el acto sobre que versa, sino su misma celebración (7).

También Betti (8) aborda este problema, condensando en acertada síntesis la posición de los tratadistas modernos. Frente a la autonomía privada—dice—el orden jurídico puede conducirse de tres maneras diferentes. Ante todo: a), puede tomar una actitud de indiferencia, considerando intrascendente, o sea, no jurídico, el acto de autonomía privada, porque no juzga su función merecedora o necesitada de sanción jurídica. O bien, puede adoptar una actitud normativa y atribuir al acto de autonomía privada una trascendencia jurídica. En la medida en que sea atribuida al negocio eficacia positiva se opera una recepción de la autonomía privada en el campo del Derecho y se confiere a los particulares una competencia dispositiva. En tal hipótesis, el Derecho puede subordinar la trascendencia a la observancia de ciertos límites y al cumplimiento de determinadas cargas. El incumplimiento de dichos

(6) *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I, Madrid, «Ed. Reus», 1934, página 177.

(7) *Obra citada*, pág. 172.

(8) *Teoría General del negocio jurídico* (traducción Martín Pérez). «Ed. Revista de Derecho Privado», Madrid, pág. 94.

límites y cargas dan lugar a la figura del negocio ilegal; es decir, no conforme al tipo legal de negocio que trata de reflejar. Precisamente por esta deficiencia el negocio ilegal es, en su consideración jurídica, un negocio inválido, o sea, inidóneo para desplegar los efectos que acompañan al tipo legal.

Distingue Betti tres situaciones: negocio intrascendente, negocio ilegal y negocio ilícito, que tienen de común la concurrencia o interferencia entre una exigencia (de licitud, de legalidad, de trascendencia) que el orden jurídico establece, y el supuesto objetivo de un acto de autonomía privada, acaso dotado de algunos elementos que podían por sí disfrutar de reconocimiento jurídico, pero que se diferencian por las respectivas consecuencias. Sólo el negocio ilícito provoca propiamente una sanción jurídica, mientras que el ilegal (cuando no concurre la ilicitud lo que no está excluido) no tiene otro resultado que la invalidez del acto.

En la figura del negocio ilícito se comprenden, «tanto el negocio contrario a normas imperativas de ley o al orden público, como el choque con las buenas costumbres, en cuanto protegida por el Derecho; tanto el negocio contrario a la letra de una norma jurídica, como el que viole su espíritu y configure un *agere in fraudem legis*».

Según Enneccerus, el contrato contrario a una prohibición legal es nulo, y el ámbito de esta regla «alcanza no sólo a los contratos, cuya *conclusión* está prohibida (convenio de intereses o de no responsabilidad por dolo futuro), sino también, en principio, a aquéllos cuyo efecto sería contrario a una Ley; en cambio, estima que el contrato que infrinje una prohibición legal es válido si puede desaparecer ese carácter de contrario a la Ley (9).

En nuestro Derecho la doctrina científica, bastante depurada en los tiempos modernos, que sintetiza y recoge de modo admirable Castán (10), y la resume De Buen, al estudiar la teoría de las imperfecciones en los actos jurídicos, de los que hace los tres grupos siguientes:

Actos inexistentes, en los cuales falta un elemento esencial (uno de los requisitos establecidos en el art. 1.261).

Actos nulos, o sea aquéllos en los que se viola un precepto legal (cláusula de un contrato contrarios a la moral, a la ley y al orden público: art. 1.255).

Actos anulables, cuyo vicio consiste en que la manifestación de voluntad, alma del contrato, adolece de alguna imperfección; siendo la rescisión una modalidad de los actos anulados y que se caracteriza por que su nulidad no es inmediata.

(9) *Derecho de obligaciones*, vol. I, «Doctrina general», Barcelona, 1933 (trad. Pérez y Alguer), pág. 158.

(10) *Derecho de obligaciones*. «Ed. Reuss», 1953, t. II, pág. 607 y ss.

El tratadista argentino Cirilo Pavon acepta estas diferencias al estudiar la ineficacia del negocio jurídico (11).

Resulta claro que en nuestro régimen jurídico se produce la ineficacia del contrato cuando éste se realiza en oposición a un mandato o prohibición legal; concretamente cuando el objeto de la prestación está terminantemente prohibido por la Ley, produciéndose una situación de nulidad radical y absoluta, que no puede ser convalidada ni confirmada ni siquiera por prescripción. Por eso, ante el precepto terminante de la Ley Fiscal aquí contemplada, el pacto que contraviniese la prohibición que establece dicha norma legal sería nulo de pleno derecho, como comprendido en el precepto terminante del artículo 4.º del Código civil.

La cuestión tan debatida en la doctrina la resuelve nuestro Código civil con bastante precisión, conjugando el párrafo 1.º del artículo 4.º y el 1.275, siquiera no prevean de manera expresa los distingos y supuestos que la doctrina plantea.

Conforme al artículo 4.º, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma ordene su validez. El precepto es categórico y de aplicación general; ya nadie limita sus efectos a las leyes propiamente civiles, sino a toda Ley en general, incluso a las meramente adjetivas. Así lo viene entendiendo el Tribunal Supremo, habiendo declarado la sentencia de 1 de abril de 1931 que la nulidad de este artículo se deriva de la infracción de *leyes prohibitivas*, y en la de 4 de enero de 1947 concreta la posibilidad de confirmación a los contratos meramente anulados; pero no aquéllos que por haberse celebrado contrariando una prescripción legal, fundadas en motivos de orden público, son nulos con nulidad absoluta o de pleno derecho. La sentencia de 18 de diciembre de 1947 de la Sala 4.ª declara de una manera categórica: «que los pactos contrarios a la Ley no tienen efecto».

La Sala 3.ª, en sentencia de 15 de octubre de 1946, declara que este artículo 4.º es aplicable en todas las materias, criterio corroborado por posteriores sentencias.

En la de 17 de mayo de 1949, la Sala 1.ª resuelve un caso muy discutido, estableciendo que el convenir en la compra-venta precio superior al de tasa establecida para la venta de camiones, es acto contrario a la prohibición legal, y, por tanto, nulo *ipso iure*, según el artículo 4.º, con nulidad absoluta, sin posibilidad de convalidación.

El artículo 1.275 es terminante sobre el particular; según el mismo, los contratos sin causas o con causas ilícitas no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. En el concepto de causa ilícita comprende nuestro Código la meramente ilegal, es decir, la que contraría un precepto legal prohibitivo. Así, la sentencia de 14 de diciembre de 1940 nos dice que

(11) *Contratos en el Derecho civil argentino*. Buenos Aires, 1927, pág. 69.

lo que caracteriza la ilicitud de la causa es la lesión de un interés general de orden jurídico y moral, y la de 9 de abril de 1941, más expresiva a este efecto, declara que el concepto de la causa ilícita permite cobijar no sólo las convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo, sino también múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto, declarando la de 6 de noviembre de 1947 que la ilicitud de la causa a que alude el segundo párrafo del artículo 1.275 del Código civil es una cualidad objetiva inherente a la prestación que se exige u ofrece, que, al ser por sí misma inmoral o contraria a la Ley, determina la ineficacia del contrato.

No hay duda, por tanto, que a virtud de la prohibición tajante del artículo 33 de la Ley de 16 de diciembre de 1940, el pacto de que el Impuesto de Utilidades sobre intereses de los préstamos los satisfaga el deudor, es un pacto contrario a Ley con causa ilícita, y, por ende, con una absoluta ineficacia, sin que pueda admitirse que los efectos de tal prohibición se circunscriban exclusivamente a lo meramente fiscal.

IV

EFFECTOS DE TAL PROHIBICIÓN

La citada Ley de Reforma fiscal vino a trastornar la mecánica de los préstamos hipotecarios, sin lograr beneficio alguno para el deudor, a quien parece intentó tutelar, y, por añadidura, determinó una minoración considerable en el tributo, con indudable perjuicio para el Tesoro Público.

Tenía muchas raíces en nuestro régimen jurídico el contrato de préstamo, con sus perfiles bien determinados en el Código, en armonía con las normas fiscales promulgadas desde Villaverde hasta nuestros días para la exacción de este impuesto sobre las utilidades del capital prestado; de ahí el choque que produjo la reforma fiscal, a la que las partes no se sometieron. Entonces se produce esa situación de clandestinidad en los negocios jurídicos, en que las partes, como decía Thur, pretenden burlar la Ley cuando ésta declara nulo un contrato o lo prohíbe y los lleva a desviar la trayectoria legal, y en vez de celebrar el contrato arraigado en las prácticas y costumbres sociales, pero que la Ley, por altos motivos de moral o de técnica fiscal, declara nulo, buscan otros caminos jurídicos que conducen a idénticos resultados que el reprobado por la Ley.

Algo de esto ha sucedido en nuestro caso. Cabe advertir dos etapas distintas en cuanto a la elaboración de estos préstamos, encaminados a evitar que el prestamista satisfaga la contribución de utilidades, son las siguientes:

V

A) NEGOCIO ABSTRACTO

En una primera fase, promulgada la Ley, los préstamos se hacían con interés reducidísimo, bien incrementando la cantidad prestada con la carga de interés omitido en las cláusulas de la escritura y lo que calculaban por impuesto, o confeccionando a la vez un imaginario reconocimiento de deuda por el montante del interés real más el impuesto. Se creaba así un contrato abstracto, entendiendo por éstos, conforme a la doctrina moderna, los que se celebren sin guardar relación alguna con un fundamento o causa jurídica determinada. Los créditos nacidos de tales contratos son, por lo general, independientes de la existencia y naturaleza de la causa a que responde. Estos créditos abstractos tienen para el acreedor la gran ventaja de que le permiten sustanciar la demanda sin aludir para nada a la causa. Ventaja más teórica que real, puesto que en la práctica la investigación judicial en un proceso declarativo podía poner en claro la ilicitud de la causa al contravenir un dictado prohibitivo de la Ley. En esta fase ya se redujo considerablemente el impuesto, ya que por este negocio independiente, aunque derivado del principal, encajado en el tipo de «reconocimiento de deuda», se escapaban de tributar gran número de casos en que el deudor obraba de buena fe, aunque el acreedor percibiera íntegramente intereses muchas veces mayor de los que antes de la Reforma se estipulaban en las escrituras por el que se extendían las fichas y la Administración de Rentas liquidaba el impuesto correspondiente. El deudor, el presunto favorecido con dicha ley de *Reforma tributaria*, ningún beneficio obtenía, puesto que si le interesaba el préstamo tenía que someterse a las exigencias del prestamista y suscribir «el reconocimiento de deuda», aparte lo que agravaba su situación, viéndose sometido a un posible pleito para la efectividad de esta deuda derivada del préstamo principal, que se mantenía en pleno vigor con los refuerzos hipotecarios que al acreedor le ofrecía la inscripción de la hipoteca.

Esto traía en la práctica graves dificultades, y en muchos casos determinó que no se ultimasen las operaciones de créditos por escrúpulo del propio prestamista, motivando ello cierto enrarecimiento en esta fórmula de crédito real, que tanto arraigo tiene en nuestra sociedad.

VI

B) PACTO DE NO DEVENGAR INTERÉS

La segunda fase corresponde a esta modalidad. Bien pronto aparecieron en las escrituras de préstamos hipotecarios el pacto expreso concebido en estos o parecidos términos: «este préstamo no

devengará interés alguno»; estimuló mucho esta solución la sentencia de 20 de marzo de 1945 que dictara la Sala tercera del Tribunal Supremo, en la que, después de declarar que la Ley de Utilidades de 22 de septiembre de 1922, no sujeta a tributación los capitales dados a préstamos, sino la retribución de los mismos al tipo correspondiente de la escala que se fija, contienen el siguiente Considerando:

«Que en el caso actual no es que se haya pactado interés, sino que expresamente se hace constar por la cláusula primera de la escritura que no se devengará, tratándose, por tanto, sin el menor género de duda, de un préstamo gratuito que cae fuera del ámbito de la Ley de Utilidades, porque lo que ésta grava es la retribución del capital, o sea los intereses, y aquí no existen ni el prestatario se obligó a devolver cantidad superior a la recibida, y no dándose, por tanto, ninguno de los supuestos a que se refiere la regla 2.ª del epígrafe 3.º de la Tarifa 2.ª de la Ley, estas disposiciones no pueden tener aplicación a este caso concreto, y debe revocarse el acuerdo que las interprete erróneamente, dándole una expresión en perjuicio del contribuyente que no autoriza su literal contexto y que pugna, además, con lo que constituye principio o razón fundamental de esta Ley, de que sólo donde existe un beneficio nace la obligación de contribuir por él.»

Discutida en extremo fué esta sentencia, cuya doctrina se apoya en fundamentos excesivamente privatísticos; pero es lo cierto que estimuló el que se generalizase el pacto de no devengar intereses, de tal forma que lo que en un principio fué modalidad concreta en algunas comarcas, no tardó en difundirse, consagrándose como práctica general de la contratación en todas las provincias españolas. De esta forma la quiebra del tributo al Tesoro por este concepto fué absoluta. Cuando los historiadores enjuicien este período de la vida económica nacional y se limiten al estudio de los documentos meramente notariales, tendrán que poner de relieve esta enorme paradoja de que los capitales se entregaban a préstamos sin devengo de interés precisamente en un período de acusado materialismo, en el que, como dicen nuestros autores ascéticos, «el interés es el único móvil de las acciones humanas» y el espíritu de lucro impera y se advierte por doquier, y de esta forma, aparentemente, nos encontraríamos con que el espíritu de generosidad, de magnanimidad o caridad, había logrado tal arraigo, que los capitalistas, sin excepción, renunciaban a cobrar intereses con los capitales prestados (12).

(12) Por Orden de 28 de diciembre de 1954 (B. O. 4 de enero de 1955), se mandó la formación de una estadística de préstamos hipotecarios por el «interés que presenta el conocimiento de la cuantía y característica de los préstamos hipotecarios». Ordenando que los señores Registradores de la Propiedad facili-

Desgraciadamente no hubo móviles tan elevados al generalizarse la cláusula de renuncia de interés, pues lo inspiró única y exclusivamente un móvil nada altruísta, sino todo lo contrario, cual es el defraudar al Tesoro en sus legítimos devengos. La situación del prestatario con esa apariencia de generosidad se agravó considerablemente y tomó carta de naturaleza en estas escrituras otra cláusula éxponente de la transformación que se operaba en este negocio jurídico con las miras defraudatorias que quedan dichas. En efecto, en casi todas estas escrituras figuraba la cláusula en que limitaba la duración del préstamo a un año. De esta forma el préstamo civil, que normalmente tenía una duración larga, esto era esencial en la generalidad de los casos, pues sólo así el prestatario podría lograr la cancelación del préstamo, se transformaba en una operación a corto plazo, medio único de asegurar al prestamista un interés, verdaderamente compensador que le estimulase a la movilidad de sus capitales, que venciese la contracción que se advertía en esta manifestación crediticia.

Se otorgaban los préstamos «sin interés» escriturario, pero por un año de duración; así no se tributaba por utilidades y el prestamista cobraba un crecido interés en mil casos, sobre todo, en algunas provincias andaluzas y catalanas, hartó oneroso, y, además, cobraba dicho interés por adelantado; al momento de firmar la escritura ya percibía el interés de la anualidad primera, es decir, el correspondiente a la vigencia de dicho préstamo. Cuando éste vencía, la situación del prestatario era de absoluto desamparo, porque o pagaban por anticipado el subido interés convenido, al margen de la escritura, o, en otro caso, el prestamista ejecutaba con todos los terribles inconvenientes que para el deudor suponía la incoación del procedimiento ejecutivo que el acreedor tenía en sus manos.

No es objeto de este trabajo estudiar el aspecto económico y fiscal de este asunto. Nos limitamos a señalar la situación a que antes aludíamos, de la total quiebra del tributo, ya que por el procedimiento dicho, a partir del año 1945 principalmente, se generaliza el tipo de contrato de préstamo civil a plazo corto con la cláusula de que no se devengan intereses. Como consecuencia de ello dejaron de tributar por el impuesto de utilidades la casi totalidad de estas operaciones, consumándose así la transformación del préstamo civil que, como antes decimos, se hacía generalmente para varias anualidades, con objeto de que el deudor movilizase sus recursos económicos convenientemente, y que ahora se convertía en una operación casi bancaria, por la duración limitada de un año,

ten al Servicio de Estadística los datos que la citada disposición ministerial completa, obtenidos de las escrituras de préstamos que para su inscripción se presenten, aun con todo el esmero y cuidado característico de los Registradores de la Propiedad en estos servicios, será poco aleccionadora la estadística mandada confeccionar, ante la simulación constante que se advierte en las escrituras en cuanto al tipo de interés que en las mismas se estipulen.

que, en muchos casos, creaba una situación de desamparo o al menos de verdadero apuro económico para dicho deudor, ya porque la cosecha ese año no fuese buena, o sencillamente por una coyuntura económica adversa, y, por otra parte, se perdía totalmente el impuesto de Utilidades sobre los intereses realmente devengados, que aparecían inexistentes, desde el punto de vista formal y externo.

Para poner remedio al enorme fraude que esta reforma provocó, la Ley de 16 de diciembre de 1954, en su artículo 3.º, ha tenido que derogar los criterios jurisprudenciales que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Económico Administrativo Central habían establecido, con lo que se legalizaba una grave evasión fiscal, dando a la regla 2.ª de la tarifa II de la Ley de Utilidades, la redacción siguiente:

«A los efectos de la imposición por este número se estimará que los préstamos devengan, como mínimo, el interés legal del dinero, aunque exista pacto expreso de no devengo de interés, o el estipulado sea inferior al interés legal.»

Con esta reforma se rescatará para el Tesoro Público parte pequeña del impuesto perdido. Ella será objeto de otro comentario, ya que su aplicación ha suscitado la duda si la derogación de la cláusula «de no devengo de intereses» tendrá aplicación sólo para el impuesto de Utilidades, como parece, sin posible aplicación al Impuesto de Derechos Reales, y la repercusión que ello pueda tener en el orden civil, al que, dado los términos de esta Ley, entendemos que no afecta bajo ningún concepto, ya que la propia norma concreta sus *efectos* a los puramente fiscales.

En efecto, esta Ley se contrae exclusivamente a declarar sujetos a tributación determinado negocio jurídico, pero sin que sus pronunciamientos afecten para nada a los que las partes pacten. En cierto modo, mediante esta inhibición se consiente por ella que los contratantes operen libremente, actuando conforme lo dispone el artículo 1.755. Limita sus efectos, como decimos, al orden meramente contributivo, a la relación tributaria y en este sentido, si no derogatoria del artículo 1.755 del Código civil, se desentien- de del mismo. Según dicho artículo, no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado; este precepto del Código civil pierde sustantividad y queda totalmente inoperante, a los efectos del impuesto de Utilidades, ya que a virtud de la Ley de 16 de diciembre de 1954, no solamente cuando no se pacten intereses, sino aun pactando expresamente el que no se devenguen tales intereses, en el orden fiscal se estima inexistente tal precepto para someterlos a tributación, buscando como base para ello el interés del 4 por 100, que es el legal, hoy vigente. A virtud de esta Ley, se dará en muchos casos el supuesto que el préstamo, conforme a lo pactado, no devengue interés para el prestamista; pero, en cambio, se

estimaré por imperativo legal semetido a tributación del impuesto de Utilidades, a razón del 4 por 100 indicado.

Esta Ley acusa, como antes decimos, un sentido realista y acude a poner remedio a la evasión sistemática antes advertida; pero limita sus efectos al orden meramente fiscal, y, aun dentro de éste, en relación al impuesto de Utilidades, ya que, dados los términos precisos del texto legal, ni aun siquiera a efectos del impuesto de Derecho Reales, pueden ser tenidos en cuenta. De esta forma el préstamo civil pierde una de sus características clásicas; ya no hay préstamos gratuitos a efectos fiscales, tanto en los casos en que se omita la expresión del devengo de intereses como en aquel supuesto en que expresamente se pacte «el no devengo» de los mismos. El sentido realista que caracteriza a esta disposición legal lo estimamos acertado en extremo, pues la realidad es que el supuesto contemplado por el legislador del Código civil de la gratuidad del préstamo hoy no se da. Pasaron los tiempos románticos en que los móviles altruistas se dejaban sentir y facilitaron que por un sentimiento de pura y buena amistad se efectuasen estas operaciones sin lucro alguno; pero los tiempos que corren, caracterizados por un acusado materialismo, en lo que impera un afán desmedido de especulación, de egoísmo, no es fácil encontrar que nadie preste su capital sin la debida compensación económica, mediante el cobro de intereses, en muchos casos harto elevados y onerosos. Así se pone término a las simulaciones operadas con miras defraudatorias principalmente.

VII

LA RENTA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

Vamos a considerar brevemente otras de las interferencias de una Ley Fiscal en un contrato civil tan clásico como es el de arrendamiento, *enunciación que no agota los casos que vienen produciéndose*, y que en un buen régimen jurídico debieran evitarse.

Como es sabido, ya las leyes sustantivas habían limitado considerablemente la autonomía de las partes contratantes en los arriendos de viviendas y locales de negocios; pero se mantenía, con alguna restricción, el libre juego de la voluntad de las partes, en cuanto a la fijación de renta o alquiler en estos arrendamientos. Desde la primera guerra europea se había acusado fuertemente el intervencionismo del Estado, dando a estos arrendamientos urbanos unas características por motivos y razones de tipo social, distintas de las que tipifican el arrendamiento clásico, planteándose en todas las legislaciones, tanto europeas como americanas, el problema del dirigismo, que Jousserand distingue en *jurisprudencial y legislativo*. Entre los casos de dirigismo legislativo, el tratadista francés citado señala los siguientes: los términos de

gracia, las moratorias, la suspensión en la ejecución de deudas, la continuación o renovación de contratos y la modificación de sus prestaciones.

En el Derecho español tenemos, en nuestra legislación civil, casos concretos de estas determinaciones estatales especificadas por Jousserand, impuestas todas ellas por las exigencias derivadas de nuestra guerra de liberación; pero no se había llegado a la anulación de la voluntad de los contratantes en cuanto a la fijación de renta, que quedaba, salvo limitación muy concreta, a la libertad de las partes.

Fué la Ley de 16 de diciembre de 1940, conocida con el nombre de *Reforma tributaria*, la que alteró sustancialmente el régimen contractual, y, ante las exigencias del momento—acababa de terminar nuestra cruzada, con las enormes devastaciones ocasionadas—, un celosísimo y prestigioso Ministro de Hacienda acude a poner remedio a la angustiosa situación del Erario nacional, con medidas verdaderamente radicales, siquiera alguna de ellas en la práctica ningún resultado positivo alcanzase en el orden fiscal, no obstante la enorme perturbación que en la contratación civil que en los negocios jurídicos privados habrían de ocasionar. Concretamente, nos referimos a lo preceptuado en el artículo 12 de dicha Ley, en el que se concede a los inquilinos el derecho a consultar la declaración de renta que los propietarios con quienes les ligue contrato de arrendamiento hubiese presentado en el Registro Fiscal comprobado, y solemnemente preceptúa «que cada inquilino afectado tendrá derecho, cualquiera que sean los pactos o contratos que le ligen con el dueño, a limitar su alquiler por todos los conceptos a la cifra figurada en el estado, entendiéndose al efecto novado el contrato», sin que el propietario pueda enervar la acción del inquilino, intentando, con posterioridad, la rectificación del líquido. No es para dicho la repercusión que esta disposición tuvo en la práctica. Al aplicarse retroactivamente se produjeron miles de pleitos; los choques entre la propiedad y el arrendatario se multiplicaron en grado sumo; la propiedad urbana se sintió herida de muerte, y los capitales que normalmente se invertían en edificaciones nuevas se desplazaron a otros campos de la economía, y, por otra parte, los refuerzos buscados para el Tesoro no se lograron, puesto que fueron muchísimas las rentas congeladas como consecuencia de tal disposición.

Los términos de dicha Ley eran categóricos, y de esta manera se impuso como alquiler una renta predeterminada por la Ley: la llamada *renta fiscal*, aboliendo en este punto concreto la libertad de contratación, que sobre cuestión tan trascendental existía.

Los preceptos de esta norma de orden tributario pasaron íntegramente a la Ley de Arrendamientos Urbanos, quedando incrustada en la Ley sustantiva estas determinaciones, que, como luego veremos, iban a contribuir de una manera poderosa a hacer

insoluble el terrible e inquietante problema de la escasez de viviendas. La reforma no tenía precedente, pues el Real Decreto de 1 de enero de 1926, que negaba acción al arrendador para cobrar renta superior a la catastrada, se estimó por los Tribunales y tratadistas que era una norma de tipo fiscal que no trascendía al terreno contractual privado.

Se multiplicaron los litigios, se pusieron en juego muchas veces las malas artes y, en una palabra, se perturbó la convivencia, al menos cordial, de caseros e inquilinos, creándose un estado de recelos y desconfianza perturbadora grandemente en las relaciones de los contratantes.

Bien pronto surgen fórmulas, impuras en su mayor parte, para burlar los dictados de la Ley. Se inicia ello en las grandes capitales, para correrse luego hasta los más apartados lugares. Ya, cuando se contrata un local o vivienda, se prescinde de alterar la renta, se mantiene la que figura a efectos fiscales; pero la codicia y egoísmo, en unos casos, y en otros, el mero afán de obtener compensaciones, que se negaban a la propiedad urbana, cuando las restantes producían pingües ingresos, idea la forma de «la prima», de lo que en unas comarcas llaman «la entrada» o «el guante», y no se hace arriendo alguno urbano si no es cobrando por adelantado miles y miles de pesetas, en ocasiones miles de duros. Tanto se generalizó el mal, tal daño causó en la vida social española estos manejos, nada elevados, que hubo de promulgarse la Ley de 27 de abril de 1946, declarando delito el *percibo de primas por el arrendamiento o subarriendo de viviendas*. Ciertamente se provocó un estado de desagradados ciudadanos, perfectamente perceptible; las gentes que buscaban viviendas sabían que para obtenerla habían de dar diez, veinte o cincuenta mil pesetas «de entrada», y ante la generalización del abuso, se promulgaba la citada Ley de 27 de abril de 1946, cuyo artículo 1.º dispuso que el que para arrendar, subarrendar, traspasar o, de otro modo, ceder, total o parcialmente, el uso de vivienda, cobra en concepto de prima cualquier cantidad, además de la que pretenda percibirse por su alquiler, cometerá el delito a que se refiere el artículo 540 del Código penal, y serán coautores del mismo cuantos traten de lucrarse o se lucren con la dádiva; y en el artículo 2.º, que el agio, cuya ilicitud declara el artículo anterior, se reputará fraude sobre objetos de primera necesidad, siendo de aplicación a todos los efectos el artículo 541 del Código penal.

Especial difusión tuvo este Decreto; la Radio y la Prensa insistentemente se ocuparon de esta nueva figura de delito, e incluso hubo circular del excelentísimo señor Fiscal del Tribunal Supremo para ver de evitar esta nueva lacra social, y si realmente se multiplicaron las denuncias en los Juzgados de guardia y en las Comisaría de Policía, según la información que hemos recogido, no llegaron a una docena los sumarios incoados, que terminaron casi todos sin llegar a dictar auto de procesamiento.

VIII

LA SUPUESTA VENTA DE MUEBLES

Tan pronto como se promulga la Ley de 27 de abril de 1946, estableciendo el delito de ilícita especulación para el alquiler de los pisos, se advierte una reacción para evadirse de tales peligros y se busca el subterfugio encubridor de la prima prohibida mediante la fórmula plasmada en un aparente negocio jurídico de ventas de muebles usados o el más hábil de enajenación de un objeto artístico, aun cuando sea un vulgar lienzo pintado con apariencias de «bodegón» o de unas «flores mustias» sin mérito artístico alguno. Se alquila el piso, se mantiene la renta fiscal, pero se cobra la cuantiosa «entrada» utilizando la fórmula de considerarla como precio por unos muebles que el arrendador vende a su futuro inquilino. El sarcasmo fué tan grande como la indignación que ello produce, que un ingenioso artista ridiculizó en una acabada caricatura aparecida en el periódico de Barcelona «La Prensa». En ella aparecían dos personajes, el portero con sus clásicos atributos; el blusón largo, un plumero de gran tamaño, y un caballero de buen porte contemplaban una desvenajada silla, y al pie aparecía esta leyenda: «Le ha gustado al señor el piso.» A los que el señor contestaba: «Mucho me ha gustado el piso, pero me parece muy cara la silla en cuarenta mil pesetas.» Lo triste es que si quiso ocupar el piso, manteniendo el alquiler equivalente a lo declarado en Hacienda, el atribulado ciudadano tuvo que «comprar» la silla en las cuarenta mil pesetas.

Cualquier repertorio de jurisprudencia de estos años muestra un número de sentencias bastante considerable; en ellas el Tribunal Supremo, apegado rígidamente a la letra de la Ley, ha tenido que sancionar situaciones de verdadera injusticia, ya que, por una falta de tipo administrativo fiscal, por la omisión de una declaración de renta, se han confirmado alquileres notoriamente improcedentes, gravemente lesivo para los derechos de la propiedad urbana al imponer como precio de tales arriendos cantidades irrisorias que figuraban a efectos fiscales declaradas en Hacienda, pero que jurídicamente no merecieron nunca la calificación de precio por el uso de una cosa fijada especialmente, como tal y por la voluntad de las partes contratantes tras las deliberaciones que preceden a la ultimación de todo contrato.

Tanto en el Congreso Internacional de la Propiedad Urbana, celebrado hace tres años en Valencia, como en las distintas ocasiones en que las Cámaras de la Propiedad Urbana se han dirigido a los Poderes Públicos, insistentemente se ha manifestado el clamor pidiendo que desaparezca este sistema de *precio fiscal* del arriendo, solicitando que se vuelva a la libertad en cuanto a la determinación convencional de los alquileres. Hasta los propios autores de la Ley de Arrendamientos Urbanos han reconocido las

consecuencias funestas que se derivan del sistema vigente. En reciente conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios Jurídicos, sobre el tema «Ante la posible reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos», uno de sus destacados autores, Reyes, abogado por «la necesidad de suavizar la sanción, que resulta en ocasiones brutal e injusta, del artículo 133 del vigente texto legal, que, en definitiva, no hizo más que incorporar lo dispuesto en las Leyes de presupuestos sobre esta cuestión», y añade que debe otorgarse a los Tribunales la facultad de moderar la grave sanción implícita en la adecuación entre las rentas fiscalmente declaradas y las percibidas que contienen aquella norma, todo ello sin perjuicio de imponer al arrendador culpable las sanciones administrativas pertinentes, «pero no mantener la actual, que equivale a una sanción civil de por vida, cuya inflexibilidad crea situaciones absurdamente impuras». Tan atinada consideración coincide con las expuestas en términos análogos por otros doctos juristas que se han ocupado de este problema, e incluso por los sociólogos que tratan de buscar solución a la escasez de viviendas, que consideran urgente derogar el sistema «de alquiler fiscal» que impuso la mencionada Ley de Reforma Tributaria. Todos los autores coinciden en que es tarea exclusiva de la Administración Fiscal perseguir y descubrir el fraude en los tributos, y estiman recusable que una declaración hecha estrictamente con carácter fiscal, vinculadora de la propiedad con el Fisco, tenga efectos constitutivos fuera de esa órbita que alcance a las relaciones de la propiedad con tercera persona, a la que concede el uso de su predio mediante un precio que el propio arrendatario estima y considera justo, y, no obstante ello, se le impone forzosamente una renta declarada a efectos tributarios exclusivamente en consideración a la contribución urbana y recargos municipales, y se le impone como alquiler que el arrendatario haya de pagar, no obstante considerar éste que es inferior al que real y efectivamente corresponde, habida cuenta las circunstancias físicas del inmueble y el valor medio que en la respectiva localidad tienen pisos análogos al que es objeto de arrendamiento.

En el orden meramente económico, la reforma del «precio fiscal» tuvo una repercusión funestísima, que ha motivado seria preocupación incluso en el orden bancario, por la merma de garantía crediticia que se reflejó en la estimación que hubo de hacerse de los edificios urbanos. En el año 1953, uno de los más prestigiosos directores de Banco nacional se expresaba en estos términos: «El mercado de la propiedad urbana a penas existe; las transacciones sobre inmuebles son cada vez más escasas, y se comprende por el panorama tan poco prometedor de esta clase de inversión, con ser tan sólida, postergada, como lo ha sido, por el duro trato de que se le ha hecho objeto con la Ley de Arrendamientos Urbanos.

«Fuera de las viviendas—añade—que se edifican en régimen

de ayuda oficial, la construcción se halla en colapso, y esta paralización en buena parte se debe a la extrema rigidez de esta Ley, que bien puede calificarse de *maltusianista*, porque esteriliza la construcción, impidiéndola, y hasta maltusianista en el aspecto familiar, cuando tantas viviendas hacen falta para atender al crecimiento de la población y permitir una existencia digna y humana a tantos cientos de miles de españoles.»

Lo cierto es que, como consecuencia de la interferencia fiscal denunciada, que luego refrendó la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, los contratos de alquiler que se otorgan especialmente en las grandes urbes, precisamente donde los alquileres alcanzan cifras más elevadas, ofrecen la particularidad de que el *precio* o *rentas* consignados en los mismos no reflejan la verdad, y de esta forma un requisito esencial y básico queda falseado y, por ende, inservible para posteriores consecuencias jurídicas durante la vigencia de dichos contratos. Basta considerar la perturbación que ello implica si hubiese lugar a la venta de pisos, tanto para el ejercicio del retracto por el arrendatario como para la determinación del precio fijado para la venta del mismo. Perturbación que puede referirse tanto al propietario como al arrendatario mismo, en casos de expropiación forzosa, bien por reformas urbanísticas o por otras razones de utilidad pública invocada, si no por la Administración Pública, por entidades concesionarias de servicios públicos investidas de potestad para expropiar. Consideremos un supuesto todavía más grave: el caso de que, enajenado dicho inmueble, el adquirente que no tuvo participación en el percibo de los «extras», sea en concepto «entrada» o de precio simulado por unos muebles, invocase la necesidad de ocupación del citado piso, ofreciendo como indemnización una cantidad a base del arriendo «figurado» que se consigna en el contrato. El conflicto tiene difícil solución, y fatalmente motivaría nuevos litigios. Por otra parte, figurando en los contratos precio de escasa rentabilidad, ello se traducirá en una inmovilización de la propiedad urbana, ya que los posibles adquirentes en muchos casos no se decidirán a la compra ante la baja retribución del capital de costo del inmueble, ya que la generalidad de los probables compradores rehuyen tener que formular peticiones para lograr la elevación de esas rentas consignadas en los contratos.

No son estos casos que hemos considerado los únicos que ofrece la legislación moderna, muy al contrario; aun en las leyes recientes cabría señalar estas interferencias, máxime si consideramos los avances refrendados en orden a las Haciendas locales, cuya penetración, cada día más incisiva en el patrimonio privado, está provocando continuos problemas.

IX

ÁMBITO DE LAS LEYES FISCALES

Coinciden todos los tratadistas modernos en reconocer que en el Estado hay una actividad financiera que debe ser regulada, encauzada y dirigida por leyes, por normas de tipo financiero. Se denomina actividad financiera el conjunto de operaciones preordenadas por el Estado para sus finanzas, o sea, para procurarse los medios para los gastos públicos y para la consecución de sus fines, según expone Griziotti (13).

Hay una actividad financiera extrafiscal que, junto a la finalidad de procurarse entradas para objetos fiscales, así llamada porque interesan al fisco, o sea, al Estado, entendido como ente patrimonial, las operaciones de la actividad financiera pueden servir también para fines extrafiscales, o sea, para el logro directo de los fines del Estado, considerado no ya solamente como sujeto patrimonial, sino en la plenitud de su personalidad y de sus tareas relativas a la política económica, social y demográfica o al orden público.

La actividad financiera es, por tanto, un instrumento fundamental de la política, es decir, del comportamiento del Estado para la consecución de sus fines.

Según Minghetti, el método de imposición influye sobre el desarrollo de la riqueza y de las condiciones sociales. En una palabra, la actividad financiera es un medio para cubrir los gastos públicos y éstos son un medio para proveer, por tanto, a los fines del Estado.

La Ley Fiscal actúa sobre realidades vivas, capta las creaciones expresivas de algún contenido económico, elaborada o utilizada por los hombres, para someterla a tributación para exigir, de una forma u otra, la participación económica que estime precisa en el momento histórico a los fines del Estado. Pero la Ley Fiscal no define ni construye los negocios jurídicos, esto es propio y peculiar de la Ley civil, de las leyes sustantivas que establecen el módulo de los actos y negocios jurídicos realizados por los hombres, que luego la legislación fiscal recoge y somete a determinada prestación en forma de tributo. Por eso se habla con indudable acierto que la exacción de éstos deberá efectuarse con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato.

No se diga que nuestras leyes civiles, elaboradas en su mayor parte en el pasado siglo, no están a tono con las transformaciones que ofrece el Estado moderno, ya que es constante la rectificación que viene haciéndose de las instituciones de Derecho civil, que marcan en sus avances un paralelismo con los que se observan en

(13) *Principios de política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*, trad. Rodríguez Mata. «Ed. Reus. S. A.», 1935, pág. 130.

el Derecho público. Todo ello es posible con la facultad indiscutible que el legislador fiscal tiene de crear asimilaciones o aplicar el principio de analogía para captar situaciones afines o las tipificadas en las leyes sustantivas, asimismo para evitar evasiones fiscales si el contribuyente de mala fe pretendiera desfigurar o falsear de alguna manera el contenido jurídico de sus actos o el verdadero significado de los hechos económicos de los negocios privados sometidos a tributación. Esto no significa limitar los avances a que la legislación fiscal se vea impelida, máxime cuando así lo impongan exigencias de tipo social, ya que puede hacerlo respetando las características típicas de los negocios privados, nunca como ahora pudiera repetirse aquel pensamiento de Ihering que condensaba la evolución latente de las instituciones jurídicas: «Por el Código civil, pero más allá del Código civil», frase que transformó con el mismo pensamiento Saleilles en la expresión siguiente: «Más allá del Código civil, pero por el Código civil.» Tiene, por tanto, la Ley Fiscal la posibilidad de crear tributos más o menos onerosos, pero no debe invadir la zona reservada a la Ley civil para configurar y definir los negocios jurídicos con sus requisitos y peculiaridades permisivas para que la voluntad de las partes pacten lo que convengan.

Ciertamente que cada vez se ensancha más la actividad financiera extrafiscal, a impulso de una política social generosa de ayuda y tutela, tanto a los territorios como a los individuos indotados; pero conviene tener presente que, como acertadamente escribe el ilustre civilista Federico de Castro, en «la generosa afirmación de un *derecho de los débiles*» no hay más que el ansia de escapar a la falsa y superada concepción individualista que convertía al Derecho civil en el muro de acero defensivo del egoísmo y en el derecho del hombre abstracto.

El Fisco, que, según O. Mayer, es simplemente un fase del Estado mismo, es indiscutible que puede en un estado de derecho imponer y exigir las percepciones, las aportaciones económicas que demandan las necesidades del propio Estado, siempre según normas jurídicas, respetando las definiciones dadas por la Ley para aquellas instituciones que alcanzaron arraigo social. Recordemos aquella admirable expresión que de la Ley daba San Isidoro, cuando nos decía: «Ha de ser la Ley *honestá*, que ordene lo bueno; *justa*, que lo ordene por igual a todos los que en ese orden son iguales; *posible*, que ordene lo hacedero al común de los hombres; la Ley no debe mandar a cada criatura humana que realice la santidad o el heroísmo, pues esas cualidades son extraordinarias y, por eso, excepcionales; *según la naturaleza*, lo que va contra ésta no es contra natural y, por eso, malo, o excede, por sublime, a lo natural y no exigible al común de las criaturas humanas; *según lo acostumbrado por la gente*, pues cuando el criterio social se ha pronunciado ya de un modo, tiene una pre-

sunción de acierto que no es prudente contrariar sin asegurarse mucho de que es mala, y aun entonces pocas veces tendrá éxito contra ella el ataque directo mediante una Ley productiva; *necesaria*, tal que responda a la consecución de un bien social no satisfecho; la sociedad suele condenar a desuso las leyes que no corresponden a un anhelo suyo; *útil*, tal que su aplicación produzca ventajas sociales; *manifiesta*, patente a todo, porque todos la conozcan y así puedan cumplirla; *que no dé lugar a confusiones por oscuridad*, pues su fin es guiar, no confundir; no dictada para el interés particular de algunos, sino siempre para el bien común de todos, que es la suma de intereses individuales o incidentes que llamamos bien público.»

Precisamente en nuestro régimen jurídico está perfectamente diferenciado el cometido de unas leyes y otras; los Manuales de Derecho, aun los más elementales, suelen distinguir y consagrar la clasificación de la Ley en civil, penal y administrativa, «según que tenga por objeto fijar las relaciones de los ciudadanos arreglando la forma y efectos de sus actos y convenciones civiles, o que definan los delitos y faltas y establezcan las penas, o que determinen los deberes y atribuciones de la autoridad administrativa u organice los servicios públicos.»

Otto Mayer, explicando las repercusiones que las transformaciones de Derecho público y de sus instituciones tienen en el orden privado, sostiene que algunas de sus instituciones tienen la finalidad inmediata de producir, por imperio del Poder Público, un cambio en las relaciones de Derecho civil existentes entre los súbditos. La Administración—añade—obra de este modo para abolir cargas feudales, para integrar tierras cultivables, para crear derechos de goce o recursos de agua privados, etc. El acto administrativo en sí mismo pertenece al Derecho público de la misma manera que los derechos individuales que crea pertenecen al Derecho civil. Es posible que se vinculen a los efectos del Derecho público, producido entre el Estado y el súbdito, para éste y para terceras personas, relaciones de Derecho civil dependientes de estos efectos, como de su condición, pero que tienen por causa directa una norma de Derecho civil.

Al Derecho financiero incumbe definir sin limitación alguna la obligación fiscal y definir y determinar los supuestos que hayan de tributar, fijando el conjunto de normas y el mejor sistema para la efectividad del tributo, así como también establecer las medidas necesarias en evitación de toda evasión, tanto en los actos tributables como en la estimación en su contenido económico movilizado conforme a criterio técnico, siempre sometido a reglas de derechos, los servicios y elementos de investigación que imposibilite o al menos reduzca lo más posible toda postura defraudatoria.

Pero a nuestro pobre criterio deberá abstenerse de inmiscuirse en el ámbito de las leyes sustantivas modeladoras de las institu-

ciones y definidoras de los negocios jurídicos típicos del Derecho civil, según los criterios clásicos, muchos de ellos elaborados perfectamente por el Derecho romano, ya que en otro caso se fomentaría la inseguridad en las relaciones jurídicas y, como consecuencia, se fomentaría el desorden social.

Hay que evitar que, por un afán meramente recaudatorio, se acuda a incitar la delación ciudadana y, lo que es más grave, a que la gente se acostumbre a poder quebrantar sus contratos impunemente, pues nada hay más antijurídico que se niegue efectividad a los convenios libremente aceptados por una mera infracción fiscal, que un Estado de Derecho fuerte debe corregir y evitar como medidas eficientes de orden legal. Tengamos en cuenta que, como dijo Cornil, «sería desastroso quebrantar la fe en la palabra dada», máxime en España, con su espléndida tradición jurídica de respeto a lo pactado, aunque sea meramente de palabra, que no debe ser borrado por un excesivo formalismo con ribetes de protección social (14).

Dispuso el artículo 2.º del Código suizo de 1907 que cada uno de los contratantes está obligado «a ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la Ley». Comentando este precepto Rossel afirmaba que no cabe reconocer a un contratante el derecho de separarse del contrato cuando la situación bajo cuyo imperio había sido celebrado se ha modificado más o menos profundamente. En definitiva, el sistema legislativo que eliminase la noción de los derechos subjetivos para sustituirla con la de la función social rompería bruscamente con una tradición inmemorial (15).

Por ello hay que huir de incitar desde las leyes fiscales a que se incumplan los contratos, pues tal medida implica una provocación a la pendencia, a la discordia, en una palabra, a la quiebra del Derecho (16). Si los contratantes convienen y aceptan un precio de arriendo, no se les puede consentir que, so pretexto de una irregularidad fiscal, se provoque la «novación del contrato» y se quebrante lo que unos días antes aceptaron, pues ello motivaría la disputa, el enojo entre los contratantes, con la consiguiente des-

(14) *El Derecho privado*. Ensayo de sociología jurídica, «Ed. Reuss», página 82.

(15) *Manuel de droit fédéral des obligations*, I, 1920, núm. 690.

(16) DE CISNEROS BERNAL (*Hacia la unificación de las reglas de interpretación tributaria*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», diciembre 1955) afirmaba que no puede ser el impuesto una institución de Derecho privado, ni tampoco puede su establecimiento estar sustraído a las normas jurídicas, con lo que replica a los que consiguieran el impuesto como una de las múltiples manifestaciones de la soberanía ilimitada del Estado, y consideran la obligación de pagar el impuesto por los súbditos como un deber cívico, independientemente de toda otra razón por la necesidad de ser del Estado y por la obligación que tienen aquéllos de someterse a su autoridad, cuya tendencia ha impugnado brillantemente Grizzotti en la obra citada.

esperación y desaliento, que les llevaría a posiciones de rebeldía y belicosidad social. «Nadie puede ir contra sus propios actos» es uno de los principios de Derecho de mayor arraigo en nuestro régimen jurídico, y en Aragón ha sido dogma de todos los tiempos que «trato vence fuero»; por tanto, no deben las normas fiscales conculcar esos postulados básicos de la convivencia y seguridad jurídica y social sin perjuicio de que, a los fines de justicia tributaria, se establezcan en las mismas medidas y determinaciones precisas, siempre conforme a principios jurídicos, en evitación del fraude o de las irregularidades tributarias a que los malos hábitos y la falta de espíritu ciudadano puedan intentar llegar los contribuyentes.

Conforme que, como sostiene Bossi, el Derecho tributario ha adquirido ya los caracteres de una rama autónoma de las ciencias jurídicas con peculiaridades que le son propias y responden a los principios jurídicos, surgidos al impulso de fenómenos sociales, políticos y económicos que exigen soluciones y plantean problemas de índole distinta y especial (17). Ello, no obstante, no puede implicar desconocer la sustantividad del Derecho privado con sus normas jurídicas básicas en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de los negocios y actos que los hombres elaboran en el campo del Derecho privado, que no pueden desconocerse ni reducirse en demasía (18).

(17) *Anteproyecto del Código tributario para provincias*. «Revista Facultad de Derecho de Tucumán», Argentina, 1954. En este anteproyecto que ha elaborado Bossi con los contadores nacionales Guardia y Haurigó, se introducen modificaciones de importancia y variaciones de redacción al anteproyecto que formuló Giuliani Fonrouge, dando al artículo 2.º la redacción siguiente: «Los actos hechos o circunstancias sujetos a tributación, se considerará conforme a su significación económica financiera en función social, prescindiendo de su apariencia formal, aunque ésta corresponda a figuras o instituciones regladas por otras ramas de Derecho.»

Destaca Bossi el hecho de que las nuevas exigencias han dado lugar a una política de sentido económico-social, apoyadas en cimientos teóricos de probada solidez, entre los que destaca el llamado principio social por su orientación hacia una finalidad retributiva de la renta nacional, pero consagrando en forma absoluta el principio de legalidad, *nulum tributum sine lege*.

(18) El profesor de París, J. Hamel, en un interesante trabajo sobre *Las tendencias generales de la doctrina francesa de Derecho privado a mediados del siglo XX*, publicado en el número 1 de los cuadernos de Derecho francés que publica el Instituto de Derecho Comparado en Barcelona, examina en un punto de vista general este problema haciendo atinadas observaciones de las que entresacamos, a modo de conclusiones, las siguientes: Es indiscutible que el Estado interviene hoy en la vida de los particulares en condiciones mucho más estrechas que en el curso del siglo XIX. Esta intervención del Estado en el Derecho privado, constituye indudablemente uno de los fenómenos más característicos de nuestra época.

La doctrina ha reaccionado y pueden perfilarse dos posiciones básicas: en primer término considera que la intervención del Estado en las relaciones entre particulares, supone una intromisión del Derecho público en el Derecho privado. En los regímenes de economía dirigida y de planificación social, el Derecho público gana, al parecer, terreno sobre el Derecho privado. La línea de demar-

Como acertadamente ha dicho Messineo, la nueva legislación privadística no ha abolido el confín entre Derecho privado y Derecho público, ni ha conducido a la llamada «publicización» del Derecho privado. Mientras se continúe reconociendo derechos subjetivos al individuo, *en cuanto individuo*, se tendrá derecho privado, aun cuando la disciplina de esos derechos subjetivos se informe en el criterio de la subordinación de ellos a los intereses generales.

No hay que perder de vista—añade—(19) que los intereses de los individuos han de considerarse no sólo en su contraposición y *subordinación* a los intereses generales, sino, además, en sus *mutuas relaciones*; es decir, que existe también un círculo de relaciones *entre individuos*, las cuales se desarrollan *sobre un pie de igualdad*, porque están en juego *intereses* opuestos que *no son generales*, y, respecto de los que el Estado se limita a prestar imparcialmente, la tutela jurisdiccional sin ingerencias en favor de uno más bien que del otro, y que a estos intereses corresponden derechos subjetivos esencialmente *privados*, en cuanto confieren un *poder* (más o menos amplio) *de autonomía*, que es equivalente

cación entre las dos grandes disciplinas jurídicas, se establece en el lugar donde comienza la intervención de la Ley o del Reglamento en la vida de los ciudadanos.

En una concesión opuesta, la línea de demarcación entre Derecho público y Derecho privado, pasa siempre los mismos puntos: en Derecho privado regulando todas las relaciones entre los individuos, y en Derecho público rigiendo las relaciones de los ciudadanos del Estado. Bastaría decir que nuestra época es testigo de un cambio en los principios básicos del Derecho Privado; mientras que en el siglo precedente este Derecho reposaba esencialmente en la autonomía, la libertad de la persona humana, el centro del siglo xx asiste a un movimiento que tiende a eliminar el individualismo como fundamento de las relaciones entre particulares para sustituirlo por una socialización en la cual el Estado habría de intervenir para hacer triunfar siempre en estas relaciones el interés general de la colectividad. Hoy en día parece ser que esta segunda tendencia sea la preponderante en la doctrina francesa de Derecho privado. Sin embargo, ciertos autores se inquietan—y con razón añade el profesor Hamel—por esta creciente intervención del Estado en los sectores de la vida privada, y son de opinión de que quizá convenga distinguir dos aspectos: por una parte habría que afirmar que en la vida privada, propiamente dicha, la intervención del Estado debería ser la más restringida posible. Convendría mantener en ese terreno, más fijo que nunca, el carácter sagrado de la persona humana tal y como fué fundado por la filosofía griega, interpretada por los jurisconsultos de Roma y por el pensamiento cristiano ilustrado por el Derecho canónico.

Por otro lado, en la vida económica, es decir, cuando el individuo ejerce una actividad como productor o distribuidor de riqueza, convendría aceptar, limitándolas eficazmente, ciertas tendencias contemporáneas hacia la intervención del Estado. Quedaría así constituido un Derecho económico que saldría del Derecho privado propiamente dicho, comprendiendo en su órbita todos los aspectos en que el hombre produce y distribuye riqueza, reconocería que la ingerencia del Estado en la vida económica, es un fenómeno indiscutible de las sociedades contemporáneas. (Traducción de Romero Valenzuela.)

(19) *Manual de Derecho civil y comercial*. Traducción de Sentis y Melendo, t. I, pág. 58.

jurídico del concepto *económico de iniciativa privada* (círculo de la coordinación entre intereses o entre derechos).

Es indudable, por tanto, la sustantividad de las normas jurídicas de Derecho privado que se traducen en la práctica en negocios de esta índole, que las normas de Derecho tributario pueden valorar en todo su alcance y someter a unas indeclinables obligaciones de tipo fiscal, pero para ello no precisa el entrometerse en el contenido estructural de dichos negocios regidos por las leyes y principios de Derecho civil.

Acertadamente se ha dicho que la obligación tributaria no puede quedar aminorada por el abuso de las formas y posibilidades contractuales de Derecho civil, principio que responde a una perfecta técnica fiscal y de un elevado principio de justicia que mantiene en su integridad la obligación tributaria frente a los manejos de un excesivo formulismo encaminados al fraude; pero ello se consigue respetando las modalidades clásicas de los contratos y demás negocios de Derecho privado mediante una regulación eficiente que impida toda manifestación de fraude fiscal. De esta manera se evitarán los inconvenientes que prácticamente derivan de un entrometimiento imprudente de las normas de Derecho fiscal en la configuración de las instituciones de derechos privados, aun cuando no se evite como apuntaba Ballesteros, que la influencia del Derecho fiscal se traduzca a veces, prácticamente, en un estímulo destructor de la libertad concedida por las leyes jurídicas privadas. No olvidemos que, según K. BALL, el concepto jurídico privado contiene un «debe» y un «puede», mientras el concepto tributario del objeto fiscal se atiene al «es» (20).

Su Santidad Pío XII, el 20 de mayo de 1948, en la audiencia que concedió a los miembros del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, se expresó en estos términos:

«No se podría, en efecto, pretender unificar el Derecho privado de los pueblos sin estar, primero, convencido de la existencia ineluctable y doquier válida de este Derecho. Por otra parte, ¿cómo se podía estar convencido de su existencia y de su valor universal sin estarlo de la necesaria irradiación de la personalidad humana sobre las múltiples relaciones de los hombres entre sí, incluso, y sobre todo, en el terreno de los bienes y de los servicios? Sólo aquellos que no quieren ver en el individuo sino una simple unidad que hace números con una infinidad de otras igualmente anónimas, un simple elemento de una masa amorfa, de un conglomerado, que es lo diametralmente opuesto a una sociedad, pueden adormecerse en la vana ilusión de regular todas las relaciones entre los hombres únicamente sobre la base del Derecho público. Sin contar con que el mismo Derecho público se desmorona desde el momento en que la persona cesa de ser considerada.

(20) P. BALLESTEROS: *El Derecho tributario y el Derecho privado*, en «Revista de Derecho Privado», febrero 1934.

con todos sus atributos, como el origen y el fin de toda vida social.»

Y, tras otras muy atinadas reflexiones, concluía el Santo Padre: «Sin embargo, la falta de escrúpulos con que hoy se violan derechos privados incontestables, no solamente en la conducta particular de ciertos pueblos, sino hasta en convenciones internacionales y en intervenciones unilaterales, es como para alarmar a todos los vigías calificados de nuestra civilización» (21).

(21) *Colección de Encíclicas de documentos pontificios.* «Acción Católica Española», Madrid, 1955.

La vigente Ley de Arrendamientos y nuestro Derecho histórico (*)

PEDRO ARAGONESES ALONSO Y GREGORIO PASCUAL NIETO

Jueces Municipales de Madrid y Valencia

SUMARIO: 1.º Consideraciones generales.—2.º El Derecho tradicional y el vigente Código civil: A) Fuero Viejo. B) Fuero Real. C) Las Partidas. D) Leyes de Estilo. E) Resoluciones de 27 de octubre de 1564, 15 de junio de 1576 y 25 de febrero de 1569. F) Real Cédula de 19 de septiembre de 1601. G) Privilegio concedido a Madrid en 8 de mayo de 1610. H) Pragmática de 27 de noviembre de 1680. I) Decreto de 22 de septiembre de 1750. J) Provisión de 20 de diciembre de 1771. K) Real orden de 26 de agosto de 1784. L) Real orden de 8 de febrero de 1790. LL) Real orden de 11 de marzo de 1790. M) Real orden de 22 de mayo de 1793. N) Auto acordado de 31 de julio de 1792. O) Ley de 9 de abril de 1842.—3.º Derecho histórico y antecedentes inmediatos de la vigente Ley de Arrendamientos urbanos. Artículo 1.º. Art. 2.º. Art. 3.º. Art. 4.º. Art. 5.º. Art. 6.º. Art. 10. Art. 11. Artículo 12. Arts. 14 a 32. Arts. 33 a 43. Arts. 44 a 56. Arts. 57 a 62. Art. 70. Artículo 71. Art. 72. Art. 73. Arts. 76 a 101. Arts. 102 a 117. Art. 118. Artículo 119. Art. 120. Art. 122. Art. 123. Art. 126. Art. 127. Art. 133. Art. 135. Artículo 136. Art. 137. Art. 139. Art. 142. Art. 144. Art. 145. Art. 149. Arts. 150 y 151. Art. 155. Art. 156. Disposición transitoria 19. Disposición transitoria 23.

(*) No hacemos referencia al Derecho romano por existir sobre el particular un magnífico trabajo de RODRÍGUEZ SOLANO, titulado *El contrato de inquilinato en el Derecho romano*, publicado por «Información Jurídica», 1949, pág. 161 y siguientes.

Sobre la materia arrendaticia urbana desde el año 1855 se han publicado en Revistas españolas unos 500 trabajos, de ellos, salvo el de RODRÍGUEZ SOLANO, no se ha ocupado ninguno directamente de nuestro Derecho tradicional, aunque sí, en alguno de ellos, se hacen someras referencias históricas.

Por razones de espacio, ya que ocuparía más de treinta páginas, nos abstenemos de reseñar la citada bibliografía. La misma podrá consultarse, en breve, en la obra que Editorial Aguilar tiene en prensa *Bibliografía de Derecho civil, mercantil, y procesal civil*, de GREGORIO PASCUAL NIETO, en la voz «arrendamientos urbanos», que es una de las 10.000 voces en que se recogen más de 60.000 fichas bibliográficas.

I.º CONSIDERACIONES GENERALES

Siendo indudables las influencias de nuestro Derecho histórico en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, hemos de lamentar la poca atención que el legislador de 1946 ha prestado a nuestro Derecho tradicional, en materia tan importante como la de arrendamientos urbanos.

Importante es una materia jurídica, cuando los problemas que en ella se contemplan son básicos para las relaciones humanas; y tal importancia no viene derivada, exclusivamente, de la complejidad jurídica. La amplitud del sector social que reglamenta es un factor de extraordinaria relevancia; y en este supuesto podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que a todos: a unos, como propietarios; a otros, como inquilinos y a otros, en figuras subordinadas nos afecta la Ley a que nos referimos.

La jurisprudencia, exponente máximo de la extensión e intensidad en la aplicación del Derecho, nos lo demuestra cumplidamente. Al Tribunal Supremo sólo llega una pequeña parte de los problemas arrendaticios urbanos, salvo el caso del recurso «en interés de la Ley», que por falta de efectividad, prácticamente no tiene ninguna virtualidad. Sin embargo, basta el más ligero examen de cualquier colección jurisprudencial de estos últimos años para convencernos que la jurisprudencia que se ocupa de cuestiones arrendaticias es tan numerosa, como la que dicta la Sala primera en el resto de las demás materias jurídico privadas. En Justicia Municipal, especialmente en los Juzgados Municipales, puede afirmarse, sin ningún género de dudas, que casi el 60 por 100 de los procesos civiles en ellos tramitados se refieren a cuestiones arrendaticias urbanas.

La profusión extraordinaria de esta clase de asuntos demuestra no sólo la extensión de los afectados por problemas arrendaticios, sino también la virulencia y el encono en los intereses contrapuestos que muchas veces no tienen su fundamento en apetencias egoístas, sino en la defensa de intereses vitales, que generalmente son irreconciliables. Por ello, es poco frecuente que la realización del derecho se haga voluntariamente; las partes han de acudir a que la situación jurídica sea declarada e impuesta por la efectividad y fuerza de una sentencia judicial.

Pues bien, si es un hecho irrefutable la extraordinaria importancia de esta materia, ¿por qué el legislador no ha tratado de contemplarla a la luz del Derecho tradicional patrio? Si en las soluciones legislativas a los problemas arrendaticios urbanos se hubiera tenido en cuenta nuestro Derecho histórico, posiblemente, se hubieran sacado consecuencias de la máxima utilidad y en algún caso

nos habríamos evitado el tropezar en la misma piedra que nuestros antepasados.

A este respecto, la Ley de 31 de diciembre de 1946 contiene una declaración en las primeras líneas de su Exposición de motivos, que no ha podido por menos de sorprendernos; así dice: «Desde el 21 de junio de 1920 en que se dictó el *primer* Real Decreto que reglamentaba los arrendamientos urbanos...». No es posible justificar esta afirmación de la citada Exposición de motivos de tan importante Ley. Solamente cabría disculpar tal afirmación si se remite a la disposición de 21 de junio de 1920, como primer Real Decreto, pero es injustificable si se refiere a ese Real Decreto como primera disposición de carácter especial sobre arrendamientos urbanos.

Estas benévola interpretación hemos de confesar que nos produjo gran alivio, pero solamente nos duró el tiempo que tardamos en examinar detenidamente el artículo 2.º de la vigente Ley. Cuando estuvimos en presencia de este artículo ya no nos quedó la más mínima duda de que el legislador había prescindido de todo precedente anterior a nuestro Código civil. Dice literalmente el citado artículo 2.º: «Quedan excluidos de la presente Ley y se regirán por lo pactado y por lo establecido con carácter necesario en el Código civil o en la *legislación foral*, en su caso, y en las leyes procesales comunes, los arrendamientos, cesiones y subarrendos de viviendas o locales de negocio, con o sin muebles, de fincas situadas en lugares en que el arrendatario no tenga su residencia habitual y limitados a la temporada de verano o a cualquiera otra». De este precepto, examinándolo conjuntamente con el artículo 1.º de la misma Ley, se desprende, que cuando los arrendamientos urbanos están excluidos de la Ley especial, la legislación aplicable es la común o la foral en cuanto al derecho material. Sobre la aplicación de la legislación común no tenemos nada que objetar. Pero nos quedan serias dudas sobre la posible aplicación de la legislación foral a esta materia. Estimamos que tal afirmación de aplicación del Derecho foral no es correcta y tal equívoco, sólo puede tener como causa el desconocimiento del Derecho arrendaticio anterior a nuestro Código civil.

Posiblemente olvidara el legislador de 1946 que en 9 de abril de 1842 se dictó una Ley especial arrendaticia urbana, que según su artículo 1.º había de regir, «en la Corte como en los demás pueblos de la Península e Islas adyacentes». Esta Ley de 1842 era de carácter general ya que obligaba tanto a las regiones sometidas al Derecho común como a las aforadas. Para llegar a esta conclusión no es necesario remover fósiles jurídicos, basta consultar recientes tratados de Derecho civil. Así el «Derecho civil de España», de Federico de Castro, cuya primera edición del primer tomo tiene poco más de diez años, en su página 195 asigna a la Ley de 1842 ese

carácter general (1), y por si ello fuera poco lo fundamenta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1896 (2).

Si ese carácter general de la Ley de 1842 es reconocido por su propio artículo 1.º, por los comentaristas de aquella época, por los contemporáneos e incluso por el Tribunal Supremo, sobre el particular existen pocas dudas.

La Ley de 1842, consiguientemente, fué derogada por el vigente Código civil. Los preceptos de la citada Ley fueron sustituidos por los del Código; y como consecuencia, por aplicación del artículo 12 del mismo Código civil, según reiteradísima jurisprudencia, el Código civil es ley general que ha de observarse en toda España al sustituir el citado Código, a otra Ley de general aplicación, como era la de 1842.

La remisión a la Ley foral hecha por el legislador de 1946, como hemos dicho, tiene su origen en la poca atención prestada a los antecedentes históricos anteriores al Código civil. Solamente se tuvieron en cuenta las disposiciones especiales sobre esta materia posteriores a nuestro Código civil, y de ellas tomó la vigente Ley la remisión al Derecho foral; así, en el número 3.º del ar-

(1) También CASTÁN, en su *Derecho civil español común y foral*. (Notarias), 5.ª edic., 1941, pág. 44.

MANRESA, en sus *Comentarios al art. 1.567 del Código civil* se refiere a la Ley de 1842.

SALINAS, en *Fuentes de Derecho civil navarro*, Tudela, 1946, pág. 69, dice: «Sin embargo hay una multitud de artículos formando título, sección y aun esporádicamente diseminados dentro del Cuerpo legal común que examinaremos, cuya aplicación es preceptiva en Navarra, bien por tratarse de normas de carácter procesal, bien por versar sobre materias de regulación general para toda la nación. En su pág. 76, cita la Ley de Inquilinatos de 1842.

LACARRA, en sus *Instituciones de Derecho civil navarro*, recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1896, por la que se consideró a la Ley de 1842 de carácter general y sustituida en todo el territorio español por el Código civil.

(2) En la *Exposición y comentario de los Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, pág. 557, ISABAL dice: «En mi opinión, verdaderamente oposición entre la Ley de 1842 y el Fuero no la hay, como no sea en puntos poco fundamentales. Sin embargo de ello, la Audiencia declaró (Sentencia 13 de marzo de 1866), que la Ley de Inquilinatos de 1842 fué derogatoria de todo el Fuero, como lo habían sido la de Enjuiciamiento y las demás generales de España, después de la Constitución del Estado en que se estableció la unidad legal de la Monarquía. Tal carácter general de la Ley fué confirmado por el Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de septiembre de 1867).

El propio autor, en la pág. 558 dice: «El Tribunal Supremo, en pleito procedente de la Audiencia de Barcelona, declaró que la Ley del 42 fué de carácter general y que la derogó el Código civil. No espero que sea viable la pretensión de atenerse a Fuero en vez de cumplir las disposiciones del Código en esta materia».

título 2.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 y el número 3.º del artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 (3).

El Real Decreto de Gabino Bugallal de 21 de junio de 1920 no fué la primera disposición proteccionista; hay otras muchas, unas de carácter general y otras de carácter especial que trataron de esta materia.

Reglamentaciones generales sobre arrendamientos urbanos, aparte de las del Derecho romano (4), especialmente el D.gesto, pueden citarse en nuestro Derecho el Fuero Viejo (5), el Fuero Real (6), las Partidas (7) y las Leyes de Estilo.

En cuanto a disposiciones especiales sobre arrendamientos urbanos, merecen ser citadas las Resoluciones de 27 de octubre de 1564, 25 de febrero de 1569 y 15 de junio de 1576, sobre tasa de alquileres; la de 19 de septiembre de 1601, sobre la misma materia; el privilegio concedido a Madrid en 8 de mayo de 1610, el Auto acordado de 30 de junio de 1620, la Pragmática de 27 de noviembre de 1680, el Decreto de 22 de septiembre de 1756, la Provisión de 20 de diciembre de 1771, la Real Orden de 26 de agosto de 1784, la de 8 de febrero de 1790, la Real Orden de 9 de noviembre de 1797, el famoso e importantísimo Auto acordado de 31 de julio de 1792, la Real Orden de 3 de junio de 1805 y la tan repetida Ley de 9 de abril de 1842.

También son de citar los precedentes contenidos en las Constituciones de Cataluña (8) y en el Fuero General de Aragón (9).

De esta mera relación de disposiciones arrendaticias puede deducirse claramente que no fué el Decreto de Bugallal de 21 de junio de 1920 la primera disposición sobre arrendamientos urbanos, como se hace constar en la Exposición de Motivos de la vigente Ley (10).

(3) Así la de 1942, «Los arrendamientos de establecimientos industriales cuyo disfrute o aprovechamiento se hace ordinariamente por temporadas o con variedad de elementos, como teatros, cinematógrafos u otros espectáculos. Tanto unos como otros quedan sujetos a la legislación común o foral y podrán, en su consecuencia, ser otorgados con absoluta libertad».

La de 1931, «Todos los contratos comprendidos en este artículo quedan sujetos a la legislación civil, común o foral».

(4) Lib. IV, tit. III, leyes 1.ª y 2.ª

(5) Lib. III, tit. XVIII, leyes 2 a 9.

(6) Especialmente en la Partida V, tit. VIII, leyes 1.ª a 25.

(7) Ley 250.

(8) XXXIII, tit. XIII, lib. I, y tit. XI, lib. IV.

(9) Fuero 1.º, «Locati et conducti», lib. IV, de 1247 y Observancia «Locati et conduci», del lib. IV, de las Observancias de Aragón de 1473.

(10) Sobre el Real Decreto de BUGALLAL, de 21 de junio de 1920, resulta muy curioso el leer el artículo aparecido en el periódico de Madrid «El Imparcial», de 20 de julio de 1920, con el título de *El pleito de las viviendas*.

CASTRO, paladín de nuestro Derecho tradicional, con evidente acierto, dice (11): «Al estudiar nuestro Derecho vigente no se pueden perder de vista sus antecedentes históricos; no se trata de convertir el estudio del Derecho civil en Historia del Derecho, sino de tener en cuenta las corrientes de pensamiento que vivifican el Derecho vigente. El pasado continúa existiendo en lo que ha llegado a ser parte de la vida nacional; la tradición no es el peso muerto de instituciones que se revelaron ineficaces ni de anticuados prejuicios: es la memoria de la realidad española a través del mudar histórico. El Derecho español como modo español de buscar la justicia para el convivir de españoles es afán de perfección de la realidad jurídica, manifestado en el vivir histórico de España.» Si esto puede decirse en cuanto al Derecho civil, en general, con mayor motivo hemos de afirmar la importancia del Derecho histórico en la materia arrendaticia.

La finalidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos supera la de cualquier otra reglamentación. La Ley especial persigue, además, el fomento de nuevas construcciones; así lo reconoce su Exposición de Motivos: «Por ser de todo punto necesario el excitar la construcción...», y posteriormente: «Cierto que el texto elaborado no resuelve el angustioso problema de la escasez de viviendas que se padece en nuestra patria, como en el resto del mundo. Por ello sería necesario edificar a ritmo acelerado, en lo que intervienen factores ajenos en absoluto a una Ley reguladora de la relación arrendaticia urbana, que sólo indirectamente y cumpliendo la finalidad primordial de llevar la tranquilidad a las partes intervinientes en los contratos que reglamenta puede coadyuvar al logro de tan trascendental contenido.» De estas afirmaciones de la Ley de Arrendamientos puede claramente deducirse que su finalidad sobrepasa la de la mera regulación de las relaciones arrendaticias, pues tiende a un fin, también, de menor entidad jurídica, pero de extraordinaria importancia, cual es el fomento de la construcción, con el laudable propósito de evitar el pavoroso problema actual de la vivienda.

Dada esta pluralidad de fines, hubiera sido muy conveniente

Arrogancia de pocos y negligencia de muchos. Así como la entrevista de un redactor del Estado diario, con el entonces Ministro de Justicia, don Gabino Bugallal, que se publicó el día 30 de julio de 1920, y la campaña de prensa que dió lugar a la citada disposición proteccionista.

Fuero: numerosas en esta época las reuniones de inquilinos para protestar de los abusos de los propietarios, reuniones éstas que tenían un carácter mitinesco. Estos incidentes como los citados artículos periodísticos vienen recogidos en la *Novísima recopilación sobre arrendamientos urbanos*, de CLEMEN-TE TRIBALDOS, Reus, 1940.

(11) *Derecho civil de España*, 1.ª edic., pág. 103.

conocer e indagar los resultados obtenidos por las anteriores legalidades, pues ellas, sin duda, fueron producto de necesidades parecidas a las actuales. El traslado de la Corte a Madrid produjo un gravísimo problema de alojamiento en esta villa muy similar al actual.

Pero el legislador prefirió apartarse de la Historia, fundamentando la actual ordenación por las necesidades del momento; así, en su misma Exposición de Motivos, se dice: «... la Ley se inspira en directrices de equidad y de justicia social, desentendiéndose, por tanto, de lo que pudiera convenir a particulares intereses, que inflexiblemente quedan supeditados al bienestar de la comunidad nacional». Son los imperativos de equidad y justicia social los inspiradores de nuestra vigente Ley, los precedentes históricos ni pesan ni pueden nada sobre el particular, cuando son precisamente esos antecedentes históricos los que demuestran que nuestro Derecho tradicional, que no conocía de esa parte del Derecho que se llama «social», los que sentaron las bases en que se fundan los principios básicos de nuestra vigente Ley.

Las limitaciones del principio de la autonomía de la voluntad en la vigente Ley tratan de justificarse con ese ambiguo Derecho social, que según VILLAR Y ROMERO (12) es creación de socialistas más o menos declarados, cuando la realidad prueba que tenemos un derecho histórico que junto con las necesidades actuales son suficientes para justificar los preceptos de la vigente Ley de Arrendamientos.

Aparte de los principios de equidad derivados de las necesidades del momento, vamos a tratar de demostrar en el presente trabajo que la vigente Ley tiene una justificación histórica en el sentir tradicional de nuestro pueblo.

La tradición jurídica, aunque se desconozca, aunque quiera ignorarse, es superior a nuestra voluntad, y esto es lo que ocurre en la Ley de 1946, que no obstante prescindir de los antecedentes al Código civil, al encontrarse éstos en el sentir nacional tuvo que recogerlos siquiera de modo inconsciente.

La regulación de viviendas, locales de negocio, almacenes, subarriendos, cesiones, traspasos, las causas de necesidad, congelación de rentas, revisiones periódicas de las mismas, régimen de mayor libertad para nuevas construcciones, no uso, imposición de arrendar en las viviendas desarrendadas, rehabilitación del contrato en la falta de pago, preavisos, entre otras cuestiones, fueron reguladas por nuestro Derecho antiguo.

(12) *Distinción entre Derecho público y Derecho privado*, Reus, I. 942. página 31.

2.º EL DERECHO TRADICIONAL Y EL VIGENTE CÓDIGO CIVIL.

A) *Fuero Viejo*.—Contiene este Fuero (13) dos leyes relativas a los arrendamientos urbanos. En la primera se establece un derecho de preferencia o prelación a favor del arrendador por los créditos que éste tenga contra el arrendatario por las rentas que le adeude. Se concede al propietario el citado derecho de preferencia sobre los muebles y enseres que tenga el arrendatario en la casa arrendada. En cierto aspecto, puede esta disposición considerarse como precedente del número 7.º del artículo 1.922 del Código civil y del artículo 1.602 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

La Ley 2 de este Fuero se refiere al supuesto de comunidad de vivienda o local. Sienta el principio de la indivisibilidad, de tal manera que los copropietarios han de arrendarla en común a quien más diere por ella, percibiendo cada uno parte proporcional de la renta. También faculta a cualquier comunero para arrendar para sí la casa, pagando la renta del que más ofrezca, o, como dice la citada Ley, «pagando lo que otro cualquiera».

Considera el Fuero, en términos generales, la indivisibilidad de las casas, por lo que cabe comparar su preceptos con los artículos 401 y 402 del Código civil. Es este precepto muy interesante y puede servir de apoyo para mantener la tesis de que el contrato de arrendamiento es indivisible. La mayor importancia del mismo puede surgir de las particiones hereditarias, y del mismo puede deducirse que si una finca urbana o parte de la misma se halla arrendada en un solo contrato a una sola persona como arrendatario, los coherederos no pueden obligar al arrendatario a dividir su contrato de arrendamiento en tantos contratos como sean los adjudicatarios de la cosa, por lo que ha de mantenerse la situación de comunicar o proceder conforme a lo establecido en el artículo 1.062 del Código civil.

B) *Fuero Real*.—La Ley 2.ª (14) contiene un precedente del número 3.º del artículo 1.500 del Código civil, al obligar al arrendador a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo de duración del contrato. Lo es también del número 1.º del artículo 1.569 del citado Código civil, en cuanto el arrendador no puede desahuciar al arrendatario hasta el término del plazo contractual. Así, dice la citada Ley del Fuero Real «que el arrendador no puede quitarla hasta que se cumpla».

No obstante, el Fuero Real establece las siguientes excepciones:

1.ª Cuando el arrendador «quiera hacer obra necesaria», excepción ésta al plazo contractual que tiene analogía con el artículo 1.558 del Código civil.

2.ª Si el arrendatario causa daños a la finca, precedente del número 2.º del artículo 1.555 del Código que obliga al arrendata-

(13) Tit. III, lib. IV.

(14) Tit. XVII, lib. III.

rio a usar la cosa como un diligente padre de familia, en relación con el artículo 1.569 del mismo.

3.ª La falta de pago de la renta convenida de dos años consecutivos, cuando el arrendamiento es por anualidades. En la Ley 4 se establece que si antes de ser desahuciado el inquilino paga las rentas debidas no puede ser lanzado de la casa arrendada. Es de hacer resaltar que el Fuero Real concede al inquilino una mayor protección que nuestro Código y que nuestra Ley procesal, ya que cuando el arrendamiento es por anualidades no se puede proceder al desahucio hasta que se adeuden dos de ellas. También en cuanto que el pago hecho en cualquier momento anterior al lanzamiento impide el desahucio, limitándose los efectos propios de la mora y reconociéndose, por primera vez, la posibilidad de enervar la acción resolutoria por falta de pago mediante el abono de los descubiertos de renta.

Correlativamente se impone al arrendatario, en la Ley 2.ª, la obligación de respetar el plazo contractual de tal manera que unilateralmente no puede cesar en el arrendamiento mientras no venza el término contractual. Principio éste que concuerda con nuestro Código civil.

Por excepción, en el Fuero Real el arrendatario podía resolver el contrato sin esperar al vencimiento del plazo contractual en los siguientes casos:

1.º Cuando el arrendatario abonase al arrendador toda la renta correspondiente al plazo pactado.

2.º Cuando sean necesarias obras o reparaciones en la cosa arrendada y habiendo sido requerido el arrendador éste no quisiere realizarlas. Concuerda este precepto con los artículos 1.255 y número 2.º del 1.554 de nuestro Código civil.

Sanciona la Ley 7.ª la subrogación de los herederos del arrendador en las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento. Otro tanto establece en cuanto a los herederos del arrendatario, lo que es equiparable a lo establecido, entre otros, en los artículos 657, 661 y 1.257 del Código civil.

En cuanto al plazo de duración, la citada Ley 7.ª determina que el arrendamiento puede hacerse por cierto tiempo o «para siempre». Por el contrario, en nuestro Código la temporalidad del arrendamiento es requisito esencial, como se desprende del examen de los artículos 1.543 y 1.581, en que se exige el tiempo cierto y se fijan las reglas cuando no se determina el plazo contractual.

La tácita reconducción sancionada en el artículo 1.566 de nuestro Código también recogida por el Fuero Real en su Ley 8.ª, en cuanto a los arrendamientos temporales, ya que, como es natural, la misma no procedía en los arrendamientos perpetuos. Pero mientras el Código exige el transcurso de quince días, el Fuero Real determina que se da la tácita reconducción, «si después de cumplido el término lo consiente el dueño», y ésta se entiende he-

cha solamente por el siguiente año, a diferencia del Código, en que su duración depende del plazo contractual.

En la Ley 9.^a se reconoce al arrendador un derecho de garantía y preferencia sobre los objetos que el arrendatario tenga en la casa arrendada, «que se entienden empeñados a su dueño para el pago del alquiler», y aunque en el contrato no se pacte tal garantía. Estimamos se trata de un caso de prenda legal sin desplazamiento.

C) *Las Partidas*.—Existen en este monumento jurídico algunos preceptos aislados sobre esta materia (15), pero la verdadera ordenación arrendaticia está contenida en el título VIII de la Partida V, a cuyas leyes son a las que nos vamos a referir.

En la Ley 1.^a emplean las Partidas los vocablos *arrendamiento*, *alquiler* y *arrendamiento*. Esta variedad de nombres proviene de los distintos usos o disfrute de las cosas (16). *Alquiler*, adalteración de *locatio*, tiene dos significados: el arrendamiento de servicio y el arrendamiento de cosas. *Alquiler* puede considerarse como el género, mientras que la voz *arrendamiento* es la especie, ya que viene referido exclusivamente a las cosas o derechos. Sin embargo, cuando el arrendamiento es de naves, recibe el nombre de *arrendamiento*.

Nuestro Código, en su artículo 1.542, reconoce que el arrendamiento puede ser de cosas, o de obras, o de servicios, con lo que existe gran semejanza con las Partidas, si bien en ésta expresamente se reconoce la posibilidad del arrendamiento de derechos, que estimamos también es posible dentro de nuestro Código.

Los conceptos *arrendador* y *arrendatario*, claramente diferenciados en nuestro Código al decir su artículo 1.546: «Se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutando la obra o prestando el servicio, y arrendatario al que adquiere el uso de la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga pagar», no tiene una significación tan clara en las Partidas, ni en las disposiciones posteriores, ya que se emplea la palabra *arrendadores* tanto para designar al locador como para el conductor. Tal confusión no es explicable cuando ya el Derecho romano distinguía entre el que da en arriendo o locador y el que recibe en arriendo o conductor (17).

La Ley 1.^a exige para la existencia del contrato de arrendamiento el precio en metálico, al decir la misma que si el precio no consiste en metálico el contrato no es de arrendamiento, y se trata, en este caso, de un contrato innominado. Es de tener en cuenta

(15) Ley 45, tit. VI, Partida I; Ley 9, tit. XVII, Partida I; Ley 73, título XVIII, Partida III; Ley 74, tit. XVIII, Partida III; Ley 76, título XVIII, Partida III; Ley 79, tit. XVIII, Partida III; Ley 22, tit. XXIX, Partida III y Ley 5, tit. XXX, Partida III.

(16) V. BENITO GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, pág. 400. Madrid, 1877.

(17) V. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. 2.º, pág. 405. Madrid, 1861.

que las Partidas sólo atribuían fuerza de manera absoluta a los contratos nominados. Por el contrario, de los artículos 1.543, 1.546 y 1.555, entre otros, de nuestro Código se desprende que éste solamente exige la existencia del precio cierto, y éste puede darse en los casos de renta en especie o en prestaciones.

La Ley 2.^o regula la capacidad, sentando el principio, suavizado por sus comentadores, de que solamente tienen capacidad para arrendar los que la tienen para comprar y vender. A diferencia de la legalidad vigente, en que no se exige la capacidad de disposición para poder arrendar.

Se establecen una serie de prohibiciones para ser arrendatario: «a los caballeros y oficiales de la Corte del Rey, porque no se distraigan de su oficio». Prohibiciones éstas que estimamos no eran aplicables a los arrendamientos urbanos, máxime cuando hasta en los rústicos los comentaristas entendían que podían serlo cuando sus asalariados realizaban las labores.

El tiempo de duración, al igual que en nuestro Código, había de ser determinado. Pues por tal ha de entenderse no sólo en el caso de plazo contractual cierto, como en el caso que se concertase por el tiempo de vida del arrendatario o arrendador, así definen: «e para tiempo cierto, o para en su vida del que la rescibe la cosa a loguero, o del que la loga».

El plazo de duración, como en el Fuero Real, y en nuestro Código, obligaba a los herederos del arrendador y del arrendatario.

El principio de autonomía de la voluntad estaba sancionado en esta Ley 2.^o y también fué consagrado por el artículo 1.255 del Código vigente.

La Ley 3.^o determina las cosas que pueden ser arrendadas, y no conoció la prohibición contenida en el artículo 1.545 de nuestro Código sobre las cosas consumibles.

La propia Ley 3.^o contiene un precedente del artículo 480 del Código, ya que, como regla general, establece que el arrendamiento se extingue por muerte del usufructuario.

En la Ley 4.^o se dice que, a falta de pacto, el precio del arrendamiento debe satisfacerse por anualidades vencidas.

La Ley 5.^o sanciona la falta de pago de la renta y concede al arrendador un derecho de retención sobre los bienes que en la casa arrendada tuviere el arrendador. Sirve de precedente del número 2.^o del artículo 1.569 del Código e indirectamente del 1.602 de la Ley de Enjuiciamiento. No obstante, las garantías concedidas al arrendador sobre este particular en las Partidas son de mayor efectividad que las del derecho vigente. Este derecho de retención no solamente se concedía por los descubiertos de renta, sino que, además, se daba en el supuesto de daños ocasionados a la finca.

La Ley 5.^o parece estar en abierto desacuerdo con la 6.^o. La primera establece que la falta de pago en el plazo estipulado es

causa de desahucio del arrendatario. Por el contrario, la Ley 6.^a determina que, arrendada la casa por cuatro o cinco años, pagándose la renta por años, si pasaren dos sin satisfacerla, «dende adelante puede e echar della». GREGORIO LÓPEZ (18), sobre tal antinomia, recoge las siguientes opiniones:

1. Si el arrendamiento se hizo por más de dos años, ha de aplicarse la Ley 6.^a; si por menos tiempo, la Ley 5.^a

2. Al amparo de la Ley 5.^a, lo que se puede conseguir es el desalojo momentáneo del inquilino o arrendatario hasta que satisfaga la renta debida y menoscabos. La Ley 6.^a se refiere al desahucio definitivo, y en este caso el arrendatario no tiene derecho a volver a ocupar la casa arrendada. Según esta opinión, era factible la rehabilitación del contrato cuando las rentas debidas eran menores de dos años.

3. Que solamente ha de aplicarse la Ley 6.^a cuando en el contrato existe pacto expreso de no desahuciar al arrendatario.

Sea cual fuere el criterio que siguiésemos, las diferencias con nuestro Código y Ley procesal son evidentes.

La propia Ley 6.^a determina otras causas de resolución del contrato de arrendamiento, que podemos clasificar de la siguiente manera:

1) Cuando el dueño carezca de casa en que vivir por ruina de la suya o por otra causa grave, como la enemistad con los vecinos o la circunstancia de haber contraído matrimonio o haberse hecho caballero algún hijo del arrendador. Estas causas de resolución por necesidad son desconocidas por nuestro Código; de ellas nos ocuparemos con más detenimiento al hablar de la vigente Ley de Arrendamiento Urbanos.

2) Si después de otorgado el contrato de arrendamiento se tuviese necesidad de hacer reparaciones en la casa arrendada. Sobre el particular, GREGORIO LÓPEZ es de la opinión de que, concluida la reparación, el arrendatario podía volver a la finca arrendada. Tanto en este caso como en los anteriores de necesidad, el arrendador debía facilitar al arrendatario otra casa en que poder instalarse, o descontarle la parte proporcional del alquiler. Esta resolución por reparaciones puede estimarse como precedente del artículo 1.558 en relación con el 1.556 del Código, al estimar los comentaristas que, recíprocamente, y al amparo de esta Ley, debe reconocerse la facultad al arrendatario de poder desalojar la casa cuando, necesitando urgentes reparaciones y requerido el propietario, éste no las realizase.

De la Ley 6.^a se deduce que las Partidas regulaban también los locales de negocio, al decir: «alogando vn ome a otro casa, o tienda». Para ambos se daba idéntico tratamiento, a diferencia de los arrendamientos de almacenes de los que se ocupó la Ley 25. En nuestro Código también existen referencias expresas a estas

(18) V. la glosa de estas dos leyes.

tres clases de arrendamientos, como puede comprobarse con la lectura del artículo 1.582 del mismo.

La Ley 7.^a imponía al arrendatario la obligación de cuidar la cosa arrendada como si fuese propia, y si por culpa del arrendatario la finca sufre algún daño, éste ha de pagar, al arbitrio del juez y de los hombres buenos, el daño causado. Concuerda en parte con los artículos 1.555, 1.556, 1.559 y 1.564 de nuestro Código.

Pero además, las Partidas hacían responsable al arrendatario de los daños ocasionados a la finca por los enemigos de éste. En el vigente Código sólo se hace responsable al arrendatario por los daños causados a la cosa arrendada por las personas de su casa, como establece el artículo 1.564.

En la Ley 8.^a se reconocía el principio de que las cosas perecían para su dueño, salvo en los casos de culpa del arrendatario, tal como sucede en el Código, artículo 1.105, en relación con el 1.561, si bien en éste se establece una presunción de culpabilidad del arrendatario en el artículo 1.563.

En las Partidas, por excepción, es responsable el arrendatario en los siguientes casos:

1. Si se hubiere comprometido a responder del caso fortuito. También en nuestro Código, conforme al artículo 1.105.
2. Si el arrendatario se hubiese constituido en mora. Igualmente en el Código, conforme al artículo 1.096.
3. Si hubiere acaecido la pérdida por culpa leve del arrendatario. Exactamente igual que en el Código en que se sanciona el principio de responsabilidad por culpa leve, como se desprende del número 2.^o del artículo 1.555, al obligar al arrendatario a usar la cosa como un diligente padre de familia.

La Ley 18, como el artículo 1.561, impone al arrendatario la obligación de devolver la cosa una vez cumplido el plazo contractual, y, como en el artículo 1.101, nace en el arrendatario la obligación de indemnizar en caso de morosidad.

La Ley 19, como el artículo 1.571 del Código, permitía al dueño vender la cosa arrendada antes de concluir el arrendamiento, facultando al comprador para desahuciar al arrendatario. En las Partidas se recogían dos excepciones a este principio, en el caso de que mediara pacto en contrario y cuando el arrendamiento hubiese sido hecho por toda la vida del arrendatario o para siempre.

La tácita reconducción del artículo 1.566 fué sancionada por la Ley 20, con la notable diferencia de que en esta tácita reconducción la misma se da solamente por los días en que el arrendatario siguió ocupando la vivienda.

En la Ley 21 se sientan análogos principios que los contenidos en el número 3.^o del artículo 1.554 y 1.560 del Código, en lo que se refiere al goce pacífico de la cosa arrendada.

En la Ley 25 se regula el arrendamiento de almacenes y se

establece que si el dueño de un almacén lo da en arrendamiento, sin prometer al arrendatario conservar las cosas almacenadas, no está obligado el arrendador a indemnizar al arrendatario en caso de pérdida de las mismas, a menos que se probase que se perdieron por su culpa o engaño.

D) *Leyes de Estilo*.—La Ley 250 sanciona un principio similar a los contenidos en los artículos 1.214 del Código y 1.579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la carga de la prueba. De esta Ley de Estilo se desprende que, en la falta de pago de la renta, la carga de la prueba de la existencia del contrato incumbe al arrendador, mientras que la de la excepción del pago ha de soportarla el arrendatario. Pero, conforme a esta Ley citada, al arrendador le basta con probar el contrato de arrendamiento, y el arrendatario es el que ha de probar la duración del mismo, ya que, de no probar que la duración es menor a la reclamada, el actor es creído en juicio y el arrendatario no puede ser absuelto de la demanda.

Es de hacer notar que al expresar la Ley 250: «si alguno arriende cosa a otro, como cien ovejas o sus esquimos, por cinco años y por cierta cantidad en cada uno...», no quiere decir que el precepto sea aplicable solamente a ese caso concreto, sino que ha de entenderse que viene enunciado por vía de ejemplo.

E) *Resoluciones de 27 de octubre de 1564, 15 de junio de 1576 y 25 de febrero de 1569 (Ley 22, tit. IV, «Nov. Recop.»)*.—Con estas disposiciones se da principio a la tasa de alquileres, y con ellas se reconoce lo que hoy se llama renta legal y revisión de renta. La tasa de alquileres, según estas disposiciones, se impone de manera forzosa, «aunque las partes no la pidan». Con ellas se inauguran unas series de limitaciones a la propiedad que habían de durar hasta la Ley de 1842, o sea, cerca de trescientos años.

F) *Real Cédula de 19 de septiembre de 1601 (Ley 23, tit. IV, «Nov. Recop.»)*.—Estableció que: «por quanto se ha entendido el excesivo precio que los dueños de las casas llevan a los que las alquilan, en que conviene dar forma como se tasen precisamente todas las casas, o la parte de ellas que hubiere de alquilar». En esta disposición se fija el procedimiento para tasar las casas, de cuya función están encargados tres tasadores, un alcalde de Casa y Corte, un aposentador y un regidor, sin que el propietario pueda cobrar la renta hasta que se produzca esta tasa. Sobre el precio tasado el arrendador no podía cobrar cantidad alguna, «ni so color de reparos, ni adobo ni comodidad, ni de otra causa ni razón directa ni indirecta».

El incumplimiento de lo establecido en esta disposición era sancionado, la primera vez, con multa equivalente a la tasa, para el propietario; y la mitad de la citada multa, al inquilino. La segunda vez, «la misma pena, y en dos años de destierro de esta nuestra Corte y cinco leguas». A la tercera infracción, «la dicha

pena, y que se pueda proceder a pena corporal conforme a la calidad de la persona». Esta rigidez debió de ser debida, sin duda, a la inobservancia de las disposiciones anteriores, dada la escasez de viviendas en la capital de España.

Se dan reglas sobre los medios de prueba y su valor probatorio: «no pudiendo hacer probanza penaria, se hará tomando juramento al dueño de la casa, y al que la alquila, para saber si exceden; y bastará el juramento del que la alquila con un testigo, y se tendrá por probanza entera».

Contiene una concreta y expresa limitación del principio de la autonomía de la voluntad: «y si lo contrario se executare, o renunciare a lo en esta cédula contenido, sea en sí ninguno y de ningún valor qualquier contrato, concierto o renunciación».

Se impone también la obligación de tasar las casas de huéspedes: «los alcaldes no den licencia para tener huéspedes, donde los hospedan, sin que primero tasen la casa, ropa y servicio en todo o en parte, y la dicha tasa la hagan cada mes una vez por lo menos».

Sobre el contenido de estas disposiciones no hay nada correlativo en nuestro Código civil.

G) *Privilegio concedido a Madrid en 8 de mayo de 1610.*—Es más beneficioso para la propiedad que el anterior. En esta época, vencido el término contractual, el propietario veía limitado su derecho por los prolongados «amparos» que se concedían a los inquilinos por los alcaldes. Facultades éstas que fueron limitadas, al no poderse conceder en ningún caso al inquilino «amparo» que excediese de cuarenta días. Si el requerimiento fué hecho por notario, los cuarenta días habían de contarse desde la fecha del requerimiento.

Se ocupa, además, de la tasa y retasa de alquileres, y en él se reconoce que «se hacen muchos agravios a los dueños de las casas, haciéndoles volver lo que ya tenían gastado», puesto que, conforme a la Real Cédula de 1601, el propietario estaba obligado a devolver al inquilino lo que excedía de la tasa.

Se fija un nuevo procedimiento para la tasa, y ésta no impide al arrendador la «vía ejecutiva» que tenía el dueño para cobrar el alquiler.

Se determinan los procedimientos que se pueden seguir para la tasa de alquileres y se facultó a los jueces para que a su arbitrio juzguen cuando el arrendatario «hubiere vivido en una casa por tiempo de mucha consideración, de manera que al cabo de él parezca que el pedir la tasa se funda en alguna pretensión particular o pasión».

H) *Pragmática de 27 de noviembre de 1680.*—Con esta disposición vuelve a agravarse la situación de la propiedad; en ella no solamente se recuerda la obligación de la tasa, sino que, además, en cuanto a las edificaciones antiguas se reducen los alquileres: «el precio de los alquileres de todas las casas, tiendas, po-

sadas y mesones, de cualquier parte y calidad que sean, que se alquilen en esta Corte, se reduce y modera el precio, que sus dueños y los interesados probaren por medios legales tenían, y ganaban el año 1660, y en el interin que los dichos dueños e interesados lo justificaren, cumplan los inquilinos que las viven y ocupan con pagar una cuarta parte menos de lo que actualmente ganan y en que están arrendadas». En cuanto a las que se hubieren edificado o reconstruido con posterioridad a 1660, éstas han de tener la renta en que fueren tasadas, cuyo precio «se pague y no más, moderándose a él el mayor precio a que están actualmente arrendadas».

Sobre el particular no contiene ninguna regla nuestro Código.

I) *Decreto de 22 de septiembre de 1756*.—Sanciona este Decreto el principio consagrado por el número 2.º del artículo 1554 del Código, en virtud del cual incumbe al arrendador la obligación de hacer en la cosa arrendada las reparaciones necesarias, a fin de conservarla para el uso a que ha sido destinada. El citado Decreto tuvo su origen en una tormenta que sufrió Madrid y que ocasionó la rotura de gran cantidad de vidrieras, obligándose a los propietarios a repararlas por su cuenta. En nuestro Código existe un precepto más favorable para el arrendador, al establecer su artículo 1.563 una presunción de culpabilidad en el arrendatario.

J) *Provisión de 20 de diciembre de 1771*.—Determinó que en el arrendamiento de las casas de la Universidad de Salamanca debían ser preferidos los catedráticos a los meros doctores, maestros y licenciados.

K) *Real Orden de 26 de agosto de 1784*.—Estableció que el Fiel de descargas, ni empleado alguno de rentas goza de privilegio que impida al dueño el libre uso de su casa, ya que aquel solamente tendría preferencia cuando el dueño pretendiera arrendarla y fuese precisa la casa para el despacho y custodia de los géneros y efectos de la Real Hacienda, por no existir otra proporcionada en la población.

L) *Real Orden de 8 de febrero de 1790*.—Se concede preferencia para arrendar las casas de Madrid a los que fuesen destinados a la Corte a empleos reales.

LL) *Real Orden de 11 de marzo de 1790*.—Esta y la de 3 de junio de 1805 concedieron preferencias a los militares para el arrendamiento de casas.

M) *Real Orden de 22 de mayo de 1793*.—Estableció que no podía lanzarse a nadie de una casa para establecer en ella un dependiente de rentas, si bien éste en caso de nuevo arrendamiento sería preferido, y con el beneficio a su favor de la tasa, cuando sin razón, quisiera elevarse el precio.

N) *Auto acordado de 31 de julio de 1792*.—El Establecimiento de la Corte en Madrid dió lugar, por lo que puede apreciarse de las anteriores disposiciones y de la presente, a una extraordi-

naría escasez de viviendas y, como consecuencia, a los ya tradicionales abusos de los propietarios y también de los inquilinos o arrendatarios.

Un ligero examen de este Auto acordado nos dará idea de su gran importancia y de su gran parecido con la vigente Ley de arrendamientos urbanos, por ello al hablar de ésta nos ocuparemos con más atención de esta disposición.

Se suprimieron las preferencias a las que se referían las Reales Ordenes citadas anteriormente, salvo la que afectaba a los Alcaldes de Casa y Corte (19).

El artículo 2.º estableció, «que muerto el inquilino, pueda continuar en la misma habitación su viuda, y si no la tuviere o no quisiere, uno de sus hijos, en quien se convinieren los demás, y no conformándose, el de mayor de edad». Este precepto no puede equipararse a la Ley 7.ª, título XVII, libro III del Fuero Real, ni a la Ley 2.ª, título VIII de la partida V, pues en éstas, al igual que en el Código civil, el arrendamiento a favor de los herederos había de respetarse solamente por el plazo contractual. Mientras que en ésta, al reconocerse la prórroga forzosa, los continuadores podían ocupar la cosa arrendada indefinidamente. Además se establece un orden de preferencia que es desconocido por nuestro Código.

Demuestra que este Auto estableció la prórroga forzosa su artículo 2.º al decir, «Para precaver los daños y perjuicios que la continuación de estos inquilinos podría causar a los dueños de las casas, que así como por la Ley precedente (20) pueden los inquilinos usar del derecho de la tasa, le tendrán en los mismos términos sus dueños, pasados diez años de la habitación, y de la misma facultad podrán usar, si continuaren habitándola por otros diez, y empezándose a contar desde la publicación de este Auto, porque en este largo tiempo puede haber variado el valor del precio de las habitaciones».

Estas revisiones periódicas son desconocidas por nuestro Código, sin embargo, hay cierta analogía con el reciente proyecto de reforma de la Ley de arrendamientos urbanos.

El artículo 4.º prohíbe el subarriendo, cesión o traspaso, «a no ser con expreso consentimiento de los dueños o administradores, y se anulan los que estuvieren hechos sin esta circunstancia». Sus diferencias en este punto, con el Código civil son notables, ya que el artículo 1.550 sienta el principio contrario al permitir el subarriendo mientras no se prohiba expresamente. Se facultó al arrendador para percibir un sobreprecio por causa del subarriendo, así se decía, «...con tal que el inquilino principal se le rebaje la cantidad

(19) Los Alcaldes de Casa y Corte eran Jueces togados de un Tribunal existente en Madrid. Fueron suprimidos al crearse la Audiencia de Madrid por Decreto de 26 de enero de 1834.

(20) Ley 24. tit. XIV, lib. III, Nov. Recop.

del subarriendo que hizo, ya ha de percibir el dueño de la casa», supuesto éste que tampoco es contemplado por el Código civil.

En el artículo 5.º se estableció que el plazo contractual no obligaba al arrendatario, así «...el inquilino que ha de habitar la casa, anticipa el importe de medio año; si se verificase que antes del cumplimiento la dejare, el dueño o administrador le devolverá a prorrata la cantidad que corresponda al tiempo que faltare para cumplir el medio año, y lo mismo se entiende en las habitaciones que se pagan por meses». Sin embargo, en nuestro Código, el plazo contractual obliga tanto al arrendador como al arrendatario (artículos 1.558, 1.561 y 1.568 en relación con el 1.124).

El artículo 6.º prohíbe a los propietarios «tener sin uso y cerradas las casas aunque se diga y alegue no poder arrendarlas por estarles prohibido por fundaciones u otros motivos».

El artículo 7.º sanciona el no uso, «las personas que salieren de la Corte con destino o por largo tiempo, no pueden retener sus habitaciones ni con pretexto de dejar en ellas parte de su familia; pero esta prohibición no deberá entenderse con los que se ausenten por falta de salud, comisión u otra causa temporal de corta duración». Conforme a nuestro Código y al amparo de los artículos 1.555 y 1.569 ha querido verse una sanción al no uso por el arrendatario del inmueble arrendado.

En el artículo 9.º se contiene un precepto curioso, «ningún vecino puede ocupar ni tener dos habitaciones, como no sean tiendas o talleres necesarios a su oficio o comercio». Sobre el particular no hay correlativo en nuestro Código.

En el artículo 10 se contiene una excepción al plazo contractual, así, «cuando los dueños intentaren vivir y ocupar sus propias casas, los inquilinos las dejen y desocupen sin pleito, en el preciso y perentorio término de cuarenta días, prestando caución de habitarlas por sí mismos, y no arrendarlas hasta pasados cuatro años». A diferencia de las Partidas en que se exigía la necesidad de la ocupación por el propietario, de este Auto no se desprende fuese necesario acreditar la citada necesidad, bastaba con que el propietario pretendiera vivir en ella, para que una vez transcurrido el preaviso de cuarenta días el inquilino se viese forzado a desalojarla. Tampoco en nuestro Código existe nada parecido.

El artículo 11 se ocupó de los locales de negocio y no se reconoce en el traspaso ni el fondo comercial ni el patrimonio mercantil, ya que en el precio del traspaso sólo podían estar comprendidos, «los efectos, enseres, anaqueles y demás que se compongan, sin llevar por vía de adehala, ni otro pretexto cantidad alguna; y en la casa en que estuviere situada, vaya con el precio que pagaba el inquilino».

O) *Ley de 9 de abril de 1842.*—Implica esta Ley la derogación del proteccionista Auto acordado de 31 de julio de 1792. Su gestación fué bastante laboriosa. Ya en las Cortes de 1820 se trató de implantar el sistema de libertad contractual, lo que no

llegó a prosperar. En las Cortes de 1837 y a petición de los propietarios de las casas de Madrid, apoyados por su Ayuntamiento, se volvió a suscitar esta cuestión, siendo en 1841 cuando comenzó la discusión de lo que había de ser esta Ley de 1842, que estuvo en vigor hasta la publicación del Código civil.

El artículo 1.º de esta Ley sanciona el principio de autonomía de la voluntad que posteriormente fué también reconocido por el artículo 1.255 de nuestro Código, con lo que se puso fin a la tendencia proteccionista que imperaba hasta ese momento.

El ámbito espacial rebasó al de las disposiciones especiales anteriores, ya que en su mismo artículo 1.º determinó que esta Ley había de regir en todos los pueblos de la Península e Islas adyacentes, con lo que se puso fin a disposiciones municipales y costumbres locales. También esta Ley derogó el Derecho foral sobre esta materia por ser una Ley de carácter general. Este carácter general le fué reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 16 de septiembre de 1867 y 16 de junio de 1896.

El artículo 2.º estableció, «si en estos contratos se hubiese estipulado tiempo fijo para su duración, fenecerá el arrendamiento cumplido el plazo, sin necesidad de desahucio», precepto este que concuerda esencialmente con los artículos 1.543, 1.569 y 1.581 del Código. Pero el propio artículo de esta Ley regula otros supuestos al decir, «mas si no se hubiese fijado ni pactado desahucio, o cumplido el tiempo fijado, continuase de hecho el arrendatario por consentimiento tácito de las partes, el dueño no podrá desalojar al arrendatario, ni éste dejar el predio sin dar aviso a la otra parte, con la anticipación, que se hallare adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de cuarenta días», lo que implica una gran diferencia con el artículo 1.581 del Código. También existen notables diferencias entre la tácita reconducción de esta Ley y la del artículo 1.566 del Código.

Este plazo de cuarenta días que ya era admitido por el Auto acordado de 1792, quiso ampliarse por el Senado, pero tal enmienda no prosperó.

El artículo 3.º de esta Ley sienta un principio de irretroactividad absoluta, puesto que los contratos en vigor a la publicación de la misma, han de regirse por el derecho anterior.

3.º DERECHO HISTÓRICO Y ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA VIGENTE LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Artículo primero. El artículo 1.º no contiene un concepto de lo que sea el arrendamiento, tal concepto ha de deducirse de nuestro Código civil.

Las Partidas (21) definían el arrendamiento: «Aloguero es pro-

(21) Ley 1.ª, tit. VIII, Partida V.

piamente, quando vn ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia; o otorgar vn ome a otro poder de vsar de la cosa, o de seruirse della, por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados. Ca si otra cosa recibiesse, que non fuessen dineros contados, non seria logrado, mas seria contrato innominato: asi como diximos en la postrimeria ley del titulo de los cambios. E arrendamiento, segun el lenguaje de España, es arrendar heredamiento, o almodxerifadgo, o alguna otra cosa, por renta cierta que den por ella».

El Código civil define el arrendamiento en su artículo 1.543, al decir que es el contrato por el cual, «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce de una cosa por tiempo determinado y precio cierto».

Ni en la vigente Ley, ni en ninguna de las disposiciones especiales anteriores ni posteriores a nuestro Código se contiene, acertadamente, el concepto de lo que sea el arrendamiento urbano.

Mas si es misión de la Ley especial el regular el ámbito de aplicación de la misma, así la vigente regula, en primer lugar, tanto el arrendamiento de viviendas como el de locales de negocios.

En las Partidas (22), se comprendía en su regulación tanto las viviendas como los locales de negocio, así se dice: «alogando un ome a otro casa, o tienda...». En la Real cédula de 19 de septiembre de 1601 se refiere su regulación a todas las casas, y concretamente, también se habla de las casas de huéspedes.

El Auto acordado de 31 de julio de 1792 hace referencia expresa de las viviendas y de los locales de negocio, así su artículo 9.º decía: «ningún vecino pueda ocupar ni tener dos habitaciones, como no sean tiendas o talleres necesarios a su oficio y comercio», el artículo 11, «las cesiones o traspasos que se hicieren de las tiendas de cualquier especie...».

La Ley de 9 de abril de 1842 no se refería expresamente ni a las viviendas ni a los locales de negocio, pero al ser esta Ley derogatoria del Auto acordado de 31 de julio de 1792, en su contenido han de considerarse incluidas tanto las viviendas como los locales de negocio, así puede desprenderse de su artículo 1.º, en que se decía: «los dueños de casas y otros edificios urbanos».

El Código civil se refiere tanto a las viviendas como a los locales de negocio, así en su artículo 1.582, se dice: «Cuando el arrendador de una casa, o de parte de ella, destinada a la habitación de una familia, o de una tienda...».

Igualmente la Ley de enjuiciamiento civil se refiere tanto a las viviendas como a los locales de negocio en sus artículos 1.563 y 1.569.

Las disposiciones posteriores al Código comprenden tanto las viviendas como los locales de negocio, así el artículo 1.º, 5.º del Real Decreto de 21 de junio de 1920 en que se habla expresamente de viviendas y de establecimientos mercantiles e industriales. Igual-

(22) Ley 6. tit. VIII. Partida V.

mente el artículo 1.º de la Real Orden de 13 de julio de 1920, los artículos 3.º y 4.º del Real Decreto de 13 de diciembre de 1923, los artículos 3.º y 15 del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, los artículos 3.º, 5.º, 7.º y 16 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, el artículo 1.º del Decreto de 2 de junio de 1933. Por el contrario, el Decreto de 21 de enero de 1936 hace referencia exclusiva a los locales de negocio, lo mismo que el de 30 de enero del mismo año.

Sobre subarriendos, cesiones o traspasos, no existen precedentes en nuestro Derecho tradicional, se discute, especialmente en cuanto a los subarriendos si estos eran admisibles, los que tal afirman lo justificaban al amparo del Derecho romano. Sobre el particular guarda silencio tanto el Fuero viejo, como el Fuero Real, Partidas y Leyes de Estilo. Es el Auto acordado de 31 de julio de 1792 el primer precedente nacional sobre estas materias, ya que en sus artículos 4 y 11 se habla de subarriendos, cesiones y traspasos. El Código civil vigente también se refiere expresamente a los subarriendos, al igual que las disposiciones proteccionistas posteriores al Código; por el contrario, el traspaso adquiere carta de naturaleza legal con el Decreto de 21 de enero de 1936. De todo ello hablaremos al referirnos a los artículos correspondientes de la Ley que regulan los subarriendos, las cesiones y los traspasos.

Artículo 2.º El primer precedente sobre arrendamientos de temporada se encuentra, implícitamente, en el artículo 7.º del Auto acordado de 31 de julio de 1792, al decir: «Las personas que saliesen de la Corte con destino o por largo tiempo, no pueden retener sus habitaciones ni con pretexto de dejar en ella parte de su familia», y en el artículo 9.º, se decía: «ningún vecino puede ocupar ni tener dos habitaciones». De estos preceptos se desprende que en la Corte, durante la vigencia de esta disposición, no cabía la posibilidad de concertar arrendamientos de temporada, ya que cuando no se tuviera la residencia habitual existía una prohibición legal.

Sin embargo, del régimen de libertad estatuido tanto en el Derecho tradicional antiguo, como en la Ley de 1842 y en el vigente Código civil, esta clase de arrendamientos eran factibles y estaban sometidos al régimen general de esta materia.

A los arrendamientos de temporada se refieren concretamente, por primera vez, después del Código, las disposiciones proteccionistas. Así la Real orden circular de 13 de julio de 1920, al establecer que no se considerarán comprendidos dentro del Decreto proteccionista de 21 de junio de 1920 «aquellos cuyo disfrute o aprovechamiento se hace por temporadas y con variedad de elementos, como teatros, cinematógrafos u otros espectáculos respecto de los cuales regirán las disposiciones de la legislación ordinaria». Se refería exclusivamente a establecimientos industriales y no comprendía expresamente las viviendas de que hace referencia el artículo 2.º de la vigente Ley. Por otro lado, se exigía, junto con el requisito de la temporalidad, la variedad de elementos. El artícu-

lo 2.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 mantiene el mismo criterio. Posteriormente nos ocuparemos con más extensión al hablar del artículo 6 de la vigente Ley.

Sobre la remisión a la legislación foral vale lo dicho al principio de este trabajo. Sin duda el legislador se basó en la remisión que a la legislación foral se hacía en el apartado 3.º del artículo 2.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, en el artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y en el artículo 4.º de la Ley de 7 de mayo de 1942, en que se hacían remisiones expresas a la Ley foral en los supuestos de no aplicación de la Ley especial.

Artículo 3.º Este artículo nos da las bases para la calificación de los arrendamientos mixtos de rústico y urbano. Esta distinción entre arrendamientos rústicos y urbanos se da desde antiguo, dada la diversidad de fines y objeto de uno y otro. Así existen normas especiales para cada uno de ellos, tanto en el Fuero Viejo (23), Fuero Real (24), Partidas (25), Novísima Recopilación (26) y en nuestro Código civil. Mas al igual que sucede con los arrendamientos urbanos, también en cuanto a los rústicos existen disposiciones especiales que los regulan desde antiguo, baste citar el importante Decreto de 8 de junio de 1813, restablecido por el de 16 de septiembre de 1836. En cuanto a las disposiciones posteriores, especiales al Código civil, de todos son sobradamente conocidas.

Si el tratamiento de los arrendamientos rústicos es distinto de los urbanos, se impone la necesidad de poder limitarlos en los casos dudosos. Bien es cierto que siguiendo la técnica germánica, cabe dentro de nuestro Código distinguir los arrendamientos de mero uso (urbanos) de los de disfrute (generalmente rústicos), conforme a lo establecido en el artículo 1.543 del mismo. Pero ello no nos servirá de forma efectiva para poder calificar los arrendamientos mixtos como de rústicos o de urbanos.

El primer precedente directo para lograr esta distinción se encuentra en el apartado b) del artículo 2.º de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, en la que se da, a los efectos de esta Ley, el carácter de rústico a «las tierras que sean accesorias de edificios destinados a la habitación o explotaciones forestales industriales y comerciales, sea cual fuere el lugar de su emplazamiento. Se entenderá a efectos de esta Ley que las tierras son accesorias de un edificio cuando formen con él una unidad material de finca y su valor sea igual o menor al de la edificación, presupuesta la inexistencia de éstas». Este proyecto de la Ley de arrendamientos rústicos, en algunos casos, puede estar en abierto desacuerdo con el vigente artículo 3.º de la Ley de arrendamientos urbanos, pues mientras aquella se refiere al mayor valor, ésta basa su calificación en la mayor contribución.

(23) Lib. IV, tit. III.

(24) Lib. III, tit. XVII.

(25) Partida V, tit. VIII.

(26) Lib. XI, tit. VIII.

Art. 4.º Los arrendamientos de industria o empresa, no obstante su origen moderno, no cabe duda que podían darse al amparo del régimen arrendaticio de las Partidas (27), dada la amplitud de este ordenamiento, «obras que ome faga con sus manos, o bestias, o nauios, para traer mercadurias, o para aprouecharse del vso dellas, e todas las otras cosas que el ome suele alogar, pueden ser alogadas, o arrendadas. Otrosí el vsufructo de heredad, o de la viña, o de otra cosa semejante». Dentro de nuestro Código también son factibles esta clase de arrendamientos, ya que se admite el arrendamiento de todas las cosas no fungibles y de derechos.

Los precedentes más concretos sobre el particular hay que buscarlos en disposiciones recientes. Parece ser que a estos arrendamientos se refiere, excluyéndolos de la Ley protectora, la Real Orden circular de 13 de julio de 1920, aclaratoria del Real Decreto de 21 de junio de 1920, al decir que se encuentran excluidos «aquellos cuyo disfrute o aprovechamiento se hace por temporadas y con variedad de elementos» (empresas de espectáculos). En igual sentido el de 17 de diciembre de 1924; el de 29 de diciembre de 1931 suprimió lo de variedad de elementos.

Art. 5.º Como hemos dicho en el artículo 4.º, eran factibles conforme a nuestras leyes de Partidas, pero el precedente más inmediata puede encontrarse en el artículo 1.582 del Código, si bien este de contenido más limitado que el vigente artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que el Código se refiere exclusivamente a los muebles.

Art. 6.º Aparte de lo dicho en el artículo 4.º, precedentes directos y concretos sobre el particular no hemos encontrado. Bien es cierto que la Novísima Recopilación recoge disposiciones que se refieren a los corrales en que se hacían representaciones teatrales y a los arrendamientos y subarrendos de balcón para presenciar festejos reales y populares, pero estas disposiciones afectan más bien a la policía de espectáculos y no a la materia arrendaticia (28).

Es la Real Orden circular de 13 de julio de 1920, aclaratoria del Real Decreto de 21 de junio de 1920 la que se ocupa, por primera vez de algunos locales de espectáculos, al decir: «No se considerarán comprendidos entre los establecimientos industriales a que se refiere el citado Real Decreto aquellos cuyo disfrute o aprovechamiento se hace por temporadas y con variedad de elementos, como teatros, cinematógrafos u otros espectáculos respecto de los cuales regirán las disposiciones de la legislación ordinaria.» El Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, en su artículo 2.º sienta el mismo principio, añadiendo el siguiente párrafo: «tanto uno como otros, quedarán sujetos a la legislación común o foral y podrán, en su consecuencia, ser otorgados con absoluta libertad.» El

(27) Ley 3, tit. VIII, Partida V.

(28) La disposición de 30 de junio de 1620 tasó el precio de los balcones de la Plaza Mayor de Madrid, en las fiestas de toros y cañas.

artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 los somete a la legislación común y foral y establece un régimen de libertad para «los arrendamientos de locales y establecimientos de recreo o espectáculos, como teatros, casinos y cinematógrafos».

Pero el verdadero precedente de este artículo 6.º se encuentra en el artículo 1.º del Decreto de 2 de agosto de 1934, por el que se modificó parcialmente el citado artículo 2.º del Decreto de 1931, estableciéndose, «sin embargo, cuando la duración del arrendamiento a que se refiere esta excepción hubiere excedido de dos anualidades consecutivas, o cuando en el contrato se hubiere fijado un plazo no inferior a dos años, gozarán los arrendatarios de los derechos que otorga este Decreto, sea cualquiera la época en que dichos contratos se hubieran celebrado, y se entenderán prorrogados a su vencimiento en beneficio del arrendatario»... Esta prórroga forzosa a favor de los arrendatarios según su Exposición de motivos: «ha sido arma esgrimida por los propietarios, que han llegado con sus exigencias a producir la asfixia de las pequeñas empresas de espectáculos, y, como consecuencia, a ocasionar graves perjuicios a numerosas familias». Reconoce la propia Exposición que el error «estuvo en no distinguir los arrendamientos por temporada, fiestas o tournés, de los contratos de mayor duración y permanencia, que han de ser considerados como el ejercicio de industria amparada por todas las disposiciones sobre alquileres».

Art. 10. En lo que a los almacenes se refiere las Partidas (29), hacen una referencia expresa, estableciendo que si el dueño de un almacén lo arrienda, sin prometer al arrendatario conservarle las cosas que en él coloque, cuando alguna se perdiera no está obligado el arrendador a indemnizarle, a menos que se probare que se perdió por su culpa o engaño. También se refiere a los almacenes el artículo 1.582 del Código civil.

Art. 11. Este precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos, uno de los más criticados, no ha sido una insólita limitación dominical de origen reciente; sobre el particular existen numerosos precedentes que son suficientes para justificar históricamente este precepto.

Cuando los conceptos de Derecho social eran desconocidos, ya existían limitaciones a la libre voluntad en materia arrendaticia.

Felipe III, en 19 de septiembre de 1601, en cuanto a la tasa de alquileres estableció, «y si lo contrario se ejecutare, o renunciare a lo en esta cédula contenido, sea en sí ninguno y de ningún valor cualquier contrato, concierto o renuncia». Esta disposición, que como hemos dicho se refería a la tasa de alquileres, llegó a imponer, aparte de multas, hasta penas corporales a los infractores de la misma. Es el primer precedente directo del vigente y criticado sistema de limitación de rentas.

El auto acordado de 31 de julio de 1792, en su artículo 12, es-

(29) Ley 25. tit. VIII. Partida V.

tablició, «sobre el contenido de estas reglas, mediante ser claras, los Jueces no admitan demandas ni contestaciones: y las que admitan, las determinen de plano y sin figura de juicio».

El régimen de libertad consagrado en las Partidas fué restringido por las disposiciones citadas y por otras, tales, como la Resolución de 27 de octubre de 1564, en que se impone la tasa aunque no la pidan las partes, la Pragmática de 27 de noviembre de 1680, en que contra lo libremente acordado por las partes, se impone, en ciertos casos, una moderación de alquileres. Se llega a imponer por diversas disposiciones el arrendamiento forzoso y la preferencia de arrendatarios contra la voluntad del propietario.

Fué la Ley de 9 de abril de 1842 la que restableció el régimen de libertad para los arrendamientos posteriores a la fecha de su publicación, consagrando el principio de autonomía de la voluntad, que más tarde había de recoger el Código civil en su artículo 1.255.

Pero este régimen de libertad tan sólo duró setenta y ocho años. A él puso fin el Decreto de 21 de junio de 1920 estableciendo en su artículo 10: «No producirá efecto, durante la vigencia de este Decreto los pactos que se establezcan en los contratos en oposición a las presentes disposiciones.» El artículo 12 del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 se pronunciaba en idéntico sentido, lo mismo que el artículo 13 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y el artículo 11 del Decreto de 21 de enero de 1936 que estableció: «Serán nulos y sin ningún valor los pactos que se opongan a la aplicación de los preceptos que anteceden.»

La vigente Ley de Arrendamientos es más tolerante que los precedentes citados, ya que al amparo de la misma, en ciertos casos, cabe la libertad contractual.

Art. 12. Su precedente se encuentra en el artículo 27 del Código civil, cuyas normas directas establecen como regla general un principio de igualdad al decir: «Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2.º de la Constitución del Estado o en los Tratados internacionales», y hoy por la Ley de 15 de junio de 1954 se mantiene análogos principios en la modificación que de este artículo hizo la citada Ley.

El Decreto de 29 de diciembre de 1931 restringió el artículo 27 del Código civil al introducir el principio de la reciprocidad en su artículo 20: «Los beneficios que este Decreto concede a los inquilinos no serán aplicables a los extranjeros residentes en España, cuando en su país respectivo existan disposiciones especiales sobre prórroga o tasa de alquileres que no sean aplicadas en beneficio de los españoles residentes en el mismo país».

Arts. 14 a 32. Pocas referencias concretas existen en nuestro Derecho tradicional sobre el subarriendo. No obstante, la mayoría de los autores, basándose en el Derecho romano (30) consideraban que

(30) Ley 6. Cod. de: Loc.

el arrendatario podría subarrendar la cosa arrendada, mientras tal facultad no hubiese sido limitada por el propietario.

ESCRICHE (31), al referirse al subarriendo cita la Ley 27, título XXI de la Partida III, de las Partidas. Tal cita se refiere más que al subarriendo al derecho de habitación.

BENITO GUTIÉRREZ (32) no ve inconveniente en admitir el subarriendo. Según él, la subrogación de un arrendatario en lugar del primero puede ser útil a éste y no perjudicar al arrendador; no obstante, reconoce que el dueño puede prohibir en el contrato de arrendamiento la facultad de subarrendar todo o parte de la cosa arrendada.

GREGORIO LÓPEZ (33), al hablar del subarriendo, considera que aunque el subarrendatario no se obligue a favor del dueño de la cosa arrendada, sino sólo a favor del arrendatario, es justo que el dueño tenga derecho pignoraticio o hipotecario sobre los bienes propios del subarrendatario para el cobro del precio del arrendamiento. Esta opinión tuvo sus contradictores; se decía que si el dueño no tiene acción personal contra el subarrendatario, tampoco pueda tenerla contra sus bienes. Por el contrario, ESCRICHE (34) mantiene una posición intermedia al considerar que el subarrendatario responde ante el dueño sólo por la parte del subarriendo que se halle debiendo al arrendatario y sus bienes sólo pueden estar sujetos a esa responsabilidad.

El Auto acordado de 31 de julio de 1792 (35) se refirió concretamente al subarriendo, y en su artículo 4.º establecía: «Se prohíbe todo subarriendo, a no ser con el expreso consentimiento de los dueños o administradores, y se anulan también los que estuvieren hechos sin esta circunstancia; pero deberán ser preferidos los inquilinos en los arrendamientos, entendiéndose derechamente y sin litigio con los dueños, con tal que al inquilino principal que subarrendó se le rebaje la cantidad del subarriendo que hizo, y ha de percibir el dueño de la casa.» Es éste el primer precepto que exige la autorización expresa del propietario para que el arrendatario pueda subarrendar. Por otro lado, del precepto examinado fácilmente puede deducirse que en esta época, sin duda por la costumbre, el propietario percibía un sobreprecio por el subarriendo. Así se infiere de la parte del texto de la citada disposición, que dice: «... se le rebaje la cantidad del subarriendo que hizo, y ha de percibir el dueño de la casa».

Esta autorización para subarrendar también se exigió en el Real Decreto de 13 de septiembre de 1836, relativo a los arrendamientos rústicos.

Por el contrario, la Ley de 1842 no se ocupó del subarriendo.

(31) *Diccionario razonado*, t. 3.º, pág. 487. Madrid, 1845.

(32) *El Derecho civil Español*, t. 4.º, pág. 437. Madrid, 1874.

(33) Véase la glosa de la Ley 5.ª, tit. VIII, Partida V.

(34) *Diccionario razonado*, t. 3.º, pág. 487. Madrid, 1845.

(35) Ley 8.ª, tit. X, lib. X, *Nov. Recop.*

Es el Código civil el que vuelve a referirse a los subarriendos, siguiendo el sistema anterior al del Auto acordado referido; así, se establece en su artículo 1.550: «Cuando en el contrato de arrendamiento no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada.»

El artículo 1.552 sanciona la opinión ecléctica de Escriche, en cuanto el subarrendatario queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento.

El Real Decreto de 21 de junio de 1920, en su artículo 3.º, apartado d) restablece el sistema citado del Auto acordado de 1792 al decir que no procedía la prórroga forzosa del contrato cuando el arrendatario de una vivienda la subarriende sin permiso escrito del arrendador. Este precepto fué completado por el apartado d), artículo 5.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, al exigirse tal autorización, no sólo para las viviendas, sino, además, para los locales de negocio, tanto si el subarriendo fuera parcial como total. En idéntico sentido el artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

El artículo 1.º del Decreto-ley de 30 de diciembre de 1944 prohibió el subarriendo total de los pisos destinados a viviendas, salvo cuando lo sea con muebles, y en este caso siempre que existiere acuerdo entre el propietario y el arrendatario y el mobiliario satisficiera las necesidades de la familia que fuera a ocupar la vivienda, pero sin que el sobreprecio del subarriendo excediere del 25 por 100 del precio del piso sin amueblar.

Este Decreto-ley se refería también a la convivencia; así, estableció: «No se entenderá subarriendo la convivencia con el inquilino hasta tres personas no familiares» (36). Anteriormente, el apartado b) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 había dado el primer paso al decir «no se entenderá destinado el local a la industria de hospedería cuando por el número de huéspedes no esté obligado el arrendatario de la vivienda al pago de contribución por dicho concepto». Con ello empieza a adquirir preponderancia lo que luego sería el famoso artículo 27 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

Arts. 33 a 43. No hemos encontrado referencias remotas sobre la cesión. Al igual que el subarriendo, creemos que la cesión estaba permitida, mientras no se prohibiese expresamente por el arrendador.

La primera disposición que hace referencia a ella es el artículo 4.º del Auto acordado de 31 de julio de 1792; en éste se prohibió el traspaso de todo o parte de lo arrendado, a no ser con el expreso consentimiento de los arrendadores, mandando se anulasen

(36) Con motivo del incendio de Santander se dictaron disposiciones especiales sobre esta materia para la citada capital, así el Decreto-Ley de 20 de septiembre de 1946.

las cesiones anteriores a la fecha de esa disposición a las que faltare tal autorización.

El Código civil vuelve a guardar silencio sobre el particular, si bien conforme a él, dada la naturaleza transmisibile del arrendamiento, ha de estimarse posible tal cesión del arrendamiento mientras el contrato no lo prohíba expresamente; así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927.

Los Decretos de inquilinato de 1920, 1924 y 1931 tampoco mencionan la cesión. Sin embargo, la Ley de 27 de abril de 1946 prohibió las cesiones a título oneroso, considerando a sus autores incurso en un delito de agio arrendaticio.

Arts. 44 a 56. Siendo el traspaso la cesión del local de negocio ha de reproducirse lo dicho en cuanto a la cesión; no obstante, existen algunas especialidades que hemos de recoger.

El artículo 11 del Auto acordado de 31 de julio de 1792 permitió el traspaso de los locales de negocio, a diferencia de su artículo 4.º, en que prohibió la cesión de vivienda sin autorización del propietario; así, decía: Las cesiones o traspasos que se hicieren de las tiendas de cualquier especie, casas de trato o negociación, sean puramente por el precio en que se regulasen o conviniesen por los efectos, enseres, anaqueles y demás de que se compongan, sin llevar por vía de adehala ni otro pretexto cantidad alguna; y la casa en que estuviere situada vaya con el precio que pagaba el inquilino.»

Realmente, este Auto acordado prohibía al cedente la percepción de una prima por el traspaso; solamente se le facultaba para percibir el importe de las cosas muebles que con el traspaso se enajenaban al cesionario, a diferencia de lo que sucede en la vigente legalidad. Tampoco el traspaso autorizaba al dueño para elevar la renta al cesionario.

El Código civil guarda silencio sobre el particular, si bien, como hemos dicho en cuanto a la cesión, el traspaso podía darse mientras no existiese prohibición expresa del arrendador, como reconoció la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927.

Es el Decreto de 21 de enero de 1936, aclarado por el del 30 del mismo mes y año, el que sienta las bases para la actual regulación del traspaso. Así, en su artículo 9.º se estableció: «Todo comerciante o industrial, así como sus causahabientes tendrán derecho a las ventajas que proporciona el traspaso de sus establecimientos en los siguientes casos:

A) Si se justificare que el comerciante o industrial, al comenzar a ejercer su actividad en aquellos locales, pagó cantidades de traspaso hecho con el consentimiento del dueño de la finca, aunque ésta hubiese cambiado de propietario.

B) Si el dueño de la finca lo consintiera de manera expresa, no obstante lo aquí dispuesto, el dueño del inmueble podrá negarse a que tenga lugar el traspaso, siempre que indemnice al comerciante o industrial que trate de traspasar con cantidad igual a la que

él entregó por este concepto cuando a su vez y con conocimiento del propietario le fué traspasado el establecimiento. Si el comerciante o industrial no hubiere entregado cantidad alguna por el traspaso, el propietario de la finca no tendrá por qué reconocerle este derecho, pues se entiende por traspaso la cesión mediante precio y conocimiento del dueño de la finca, de un establecimiento con o sin existencias, para análogos industria o comercio. Al que adquiriera un establecimiento en traspaso se le estimará subrogado en los mismos derechos y deberes que tuviera su antecesor, a los efectos del contrato de arrendamiento.»

Arts. 57 a 62. La reglamentación expresa de esta clase de arrendamientos es reciente. No por ello hemos de decir que no era posible al amparo de nuestro Derecho antiguo el arrendamiento de viviendas amuebladas, ya que tanto los bienes muebles como los inmuebles podían ser objeto de arrendamiento en nuestro Derecho tradicional

El Código civil, en su artículo 1.582, se refiere a esta clase de arrendamientos. Así, dice: «Cuando el arrendador de una casa o parte de ella, destinada a una familia, o de una tienda o almacén o establecimiento industrial arrienda también los muebles, el arrendamiento de éstos se entenderá por el tiempo que dure el de la finca arrendada.»

En las disposiciones antiguas hay alguna referencia a las casas de huéspedes, pero no concretamente a los arrendamientos de viviendas con muebles.

Art. 70. De dos cuestiones fundamentales se ocupa este artículo. Una, la derivada del cambio de titularidad dominical; la otra, de la prórroga forzosa.

Del cambio de titularidad dominical se ocupaban ya nuestras leyes de Partidas (37): «Auiendo arrendado algun ome, o alogado a otro, casa, o heredamiento, a tiempo cierto, si el señor della la vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel que la comprare, bien puede echar della al que la tiene alogada mas el vendedor que gela logo, tenuto es de tomarle tanta parte del loguero quanto tiempo fincaba que se deuia della aprouechar. Pero dos casos son, en que el arrendador de la cosa arrendada non podria ser echado della, maguer se vendiese. El primero es, si fizo pleyto con el vendedor, quando gela vendio, que non le pudiesse echar della al que la touiesse logada, fasta el tiempo fuesse complido, a que la logo. El segundo es quando el vendedor la ouiesse logada, para en toda su vida de aquel a quien la logara, o para siempre tambien del, como de sus herederos. Ca por qualquier destos casos non la podria enagenar, para poderle echar della al que la tenia logada, o arrendada; ante dezimos, que deue ser guardada la postura.»

Nuestro Código civil, en su artículo 1.571, estableció: «Que el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el

(37) Ley 10. tit. VIII. Partida V.

arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.»)

Como regla general, la venta de la cosa arrendada era causa por la que podía resolverse el contrato de arrendamiento, hasta que el Real Decreto de 21 de junio de 1920, en su artículo 9.º, estableció: «Lo dispuesto en este Decreto será aplicable aun en el caso de que los inmuebles variasen de dueño por cualquier título traslativo de dominio.» En este sentido se pronunció también el artículo 11 del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 y el artículo 12 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, el que además añadió: «En todo caso, quedarán a salvo las acciones que al inquilino pudiesen corresponder contra el primitivo arrendador por consecuencia de la enajenación de la finca.» El artículo 3.º de la Ley de 22 de julio de 1942 reguló el supuesto de la necesidad del comprador de la finca de ocupar la parte arrendada.

Intimamente derivado con el cambio de titularidad se encuentra el supuesto de extinción del arrendamiento por muerte del usufructuario; a él se refirieron concretamente las Partidas (38); «...si aquel que arrienda el vsufructo desta manera, se muriese, non deue passar el derecho de usar de tal arrendamiento al heredero de aquel que lo hauiá arrendado; ante dezimos, que se torna al señor de la cosa: ca el arrendamiento de tal vsufructo es de tal manera, que se acaba con la muerte del que lo tenia arrendado», precedente de nuestro artículo 480 del Código civil, que según reiterada jurisprudencia (39), es aplicable a los arrendamientos sometidos a la Ley especial.

Queremos ver el primer precedente de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento a favor del arrendatario en el Auto acordado de 31 de julio de 1792 (40). Esta disposición no recoge de manera expresa esta prórroga forzosa, mas de la lectura de sus artículos 2.º, 3.º y 10 puede desprenderse la citada prórroga.

GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (41) dice: «Respecto de las casas de la Corte, cuyos arrendamientos se reputaban perpetuos, había varias disposiciones particulares, fundadas parte en un derecho municipal no escrito, y parte en la ley» (42). ESCRICHE (43) opinaba que «es además una costumbre que no está derogada por

(38) Ley 3, tit. VIII, Partida V.

(39) Entre otras, las Sentencias de 5 de diciembre de 1941, 14 de mayo de 1952 y 24 de junio de 1952.

(40) Ley 8, tit. X, lib. X, *Nov. Recop.*

(41) *Elementos de Derecho civil y penal en España*, 6.ª ed. Madrid, 1861, tomo II, pág. 415.

(42) Ley 8, tit. X, lib. X, *Nov. Recop.*

(43) *Diccionario razonado*, t. I. Madrid, 1838, pág. 375.

esta Ley; antes bien, parece confirmada por los artículos 2.º, 3.º y 10, el que el inquilino en los arrendamientos sin tiempo determinado no pueda ser expelido por el dueño sino en virtud de una causa legal, y que sólo el inquilino tenga la facultad de hacer cesar el contrato, mudándose a otra parte cuando quiere». ARRAZOLA (44) opinaba comentando el Auto acordado, el derecho que tenía el inquilino «a continuar en el disfrute de ella sin limitación de tiempo y sin poder ser desahuciado sino en los casos en que el mismo Auto acordado permitía».

La Ley de 9 de abril de 1842, en su artículo 2.º, puso fin a esta especie de prórroga forzosa, volviendo a mantener el criterio seguido por las Partidas (45), que ya había sido reconocido por el Fuero Real (47), de considerar extinguido el arrendamiento una vez finalizado el plazo contractual. El Código civil siguió estos precedentes, especialmente el de la Ley de 1842.

Puede decirse que antes del famoso Auto acordado existía en diversas regiones la costumbre de prórroga del arrendamiento vencido el plazo contractual; así por ejemplo, contra esa práctica de prórroga indefinida hemos de citar las Constituciones de Cataluña (47), en las que se decía: «los dueños de las casas están muchos años sin poder expeler a los inquilinos»; también el Privilegio concedido a Madrid por Felipe III en 8 de mayo de 1610: «Que los amparos, que sueñ dar sobre las casas acabado el tiempo de su arrendamiento, no queriendo el dueño de ella arrendarla al que la viviere, no exceda de cuarenta días, y éste sea término perentorio, que no se puede alargar por ningún Alcalde.»

De todo ello puede desprenderse que aun antes del Auto acordado de 1792, vencido el plazo, los arrendatarios continuaban ocupando los locales arrendados.

El criterio del Código, confirmatorio del de la Ley de 1842, de la posibilidad del desahucio por vencimiento del término estipulado, relativamente duró poco tiempo, ya que el artículo 1.º del Real Decreto de 21 de junio de 1920, con la imposición al arrendador de la prórroga forzosa, volvió a estimar los arrendamientos como de duración indefinida. En el mismo sentido el artículo 1.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, el artículo 1.º del de 29 de diciembre de 1931, el artículo 4.º del Decreto de 21 de enero de 1936 y el artículo 2.º de la Ley de 22 de julio de 1942.

Con esta somera exposición queda plenamente demostrado que la prórroga forzosa del arrendamiento, voluntaria para el inquilino y forzosa para el arrendador, no ha sido un hecho insólito del Derecho moderno. Existe una justificación histórica que ampara

(44) *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, t. III. Madrid, 1850, pág. 754.

(45) Ley 6, tit. VIII, Partida V.

(46) Ley 2, lib. III, tit. XVII.

(47) Constitución 1.ª, lib. IV, tit. XXI, año 1564.

este criticado precepto del artículo 70 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y de la que no es el primer precedente, como corrientemente se estima, el Real Decreto de 1920, ya que muchísimos años antes que éste se seguía parecido criterio.

Art. 71. Sobre el particular, el Fuero Real (48) estableció: «Todo hombre puede arrendar su casa por cierto tiempo, o para siempre; y si antes muera, o su arrendatario, sus herederos sean obligados a cumplir el arrendamiento en el modo que fué pactado.» Las Partidas (49): «E si por aventura logasse uno a otro casa, e se muriesse el que la auía alogada, e aprouechar de la cosa logada, fasta que se cumpla el tiempo: e es tenuto que pagar por ella, lo que deuía dar el finado que la auía alogado.»

Posteriormente, el Auto acordado de 31 de julio de 1792 volvió a tratar de esta misma cuestión, si bien con una mayor semejanza con la legalidad actual, al decir: «Muerto el inquilino, pueda continuar en la misma habitación su viuda, y sino la tuviere o no quisiere, uno de sus hijos, en quien se convinieren los demás, y no conformándose, el mayor en edad», si bien aunque no con tanta amplitud.

Nuestro Código no contiene un precepto especial sobre la materia, aunque sí hay reglas generales aplicables, tales como las del artículo 1.257: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos», y los artículos 657 y 661, entre otros.

Salvo el Auto acordado, la sucesión no era admitida más que por el plazo contractual; solamente éste y las disposiciones posteriores al Código son los que han reconocido el derecho a la sucesión durante la prórroga forzosa.

El párrafo tercero del artículo 1.º del Real Decreto de 21 de junio de 1920 estableció: «Caso de fallecimiento del arrendatario, el beneficio de prórroga alcanzará a los individuos de su familia que con él habitaren, si se tratase de local destinado a viviendas, y al socio o herederos que continuasen en el negocio, si fuere un establecimiento mercantil o industrial». En idéntico sentido se pronunciaron el artículo 3.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 y el artículo 3.º del de 29 de diciembre de 1931.

Art. 72. Además de lo expuesto en el artículo anterior sobre el Auto acordado de 1792, sirve de precedente de este precepto el artículo 3.º del Decreto-ley de 30 de diciembre de 1944, que decía: «En la prórroga forzosa a favor del inquilino por causa de fallecimiento de éste, se establece un turno de preferencia a favor de la viuda, hijos, padres o parientes dentro del segundo grado que convivieran con el arrendatario por este orden.»

Art. 73. Véase lo expuesto en el artículo 71.

(48) Ley 7. tit. XVIII. lib. III.

(49) Ley 2. tit. III. Partida V.

Arts. 76 a 101. Sobre las cuestiones reguladas en estos artículos debemos señalar los siguientes precedentes:

A) *Momento de la resolución.*—Tenemos que distinguir los casos en que la resolución del contrato por necesidad se da durante el plazo contractual, durante la prórroga forzosa o tanto durante el plazo contractual como durante la prórroga forzosa del contrato.

a) *Resolución por necesidad durante el plazo contractual:* Las Partidas (50), que no conocían de la prórroga forzosa, autorizaban la resolución del contrato por necesidad durante el plazo contractual fijado por las partes, o el derivado de la tácita reconducción.

b) *Resolución por necesidad durante la prórroga forzosa:* La resolución durante la prórroga forzosa por causa de necesidad fué introducida por primera vez en el artículo 3.º del Decreto de 21 de junio de 1920, posteriormente por el artículo 5.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y el artículo 3.º de la Ley de 22 de julio de 1942.

c) *Resolución por necesidad tanto durante el plazo contractual como en la prórroga legal:* En estos dos casos podía darse la resolución por necesidad en el caso del artículo 10 del Auto acordado de 31 de julio de 1792; también parece que se admite su existencia en estos dos casos al amparo del artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936.

B) *Necesidad.*—Esta causa resolutoria fué admitida plenamente por nuestro Derecho tradicional, si bien la misma tuvo diversas alternativas. Así, mientras las Partidas (50) exigían para la resolución la existencia de una necesidad o causa grave en el arrendador, como sucedió en los Decretos de 1924, 1931, 1936 y Ley de 1942; otras veces, para la resolución no se exigía esa necesidad, por ejemplo, el artículo 10 del Auto acordado de 31 de julio del año 1792: «Cuando los dueños intentaren vivir y ocupar sus propias casas, los inquilinos las dejen y desocupen sin pleito», y el artículo 3.º del Real Decreto de 21 de junio de 1920, en que procedía la resolución «cuando el propietario se proponga habitar la vivienda por sí mismo o a que la habiten sus ascendientes o descendientes, o establecer en ella su propia industria» (51).

Nuestro Código, lo mismo que sucedió en la Ley de 1842, no reconoció esta causa como resolutoria del contrato, durante el pla-

(50) Ley 6, tít. VIII, Partida V.

(51) El artículo aparecido en «El Imparcial», de Madrid, de 20 de julio de 1920, recoge una Sentencia del Tribunal Municipal del Distrito del Congreso en la que con respecto al art. 3 del Real Decreto de 21 de junio de 1920 se decía, que para ejercitar ese derecho concedido a los propietarios de fincas urbanas no bastaba la simple afirmación del dueño respecto a su propósito de destinar la habitación a vivienda de un ascendiente o descendiente, sin apoyarse en ningún medio de prueba de los regulados en derecho, ya que de admitir tal suposición sería suficiente la voluntad de los propietarios para desahuciar a los inquilinos.

zo contractual, y tampoco durante la prórroga forzosa, porque ésta tampoco fué reconocida por el mismo.

Consideración especial merece el artículo 1.678 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que, al hablar del interdicto de obra ruinosa, da un concepto de lo que sea la necesidad; así dice: «Se entiende por necesidad, para los efectos del anterior artículo, lo que no puede dejarse de satisfacer sin quedar privado el denunciante del ejercicio de un derecho, o sin que se le siga conocido perjuicio en sus intereses o grave molestia, a juicio del juez.»

C) *Causas de necesidad*.—En las Partidas (52) se reconocían las siguientes causas de necesidad que daban lugar a la resolución del contrato:

a) Una causa general, similar a la contenida en el párrafo primero del artículo 77 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Se podía dar en el caso de «o otra premia porque non osa morar en ella». GREGORIO LÓPEZ estimaba que la causa había de ser necesaria. Recoge otras opiniones, en las que se decía que se da ésta cuando el dueño necesite la casa para establecer en ella una fábrica, o para otra especulación honesta, criticando GREGORIO LÓPEZ esta opinión, por estimar que no hay necesidad urgente, y dice que tal vez procedería si el arrendador ejercía en su casa la industria, y por algún acontecimiento que ha sobrevenido no puede continuar con ella en dicho lugar.

b) «Quando el señor cae la casa en que mora, toda, o parte della, o esta guisada para caer, e non ha otra en que more.» Según GREGORIO LÓPEZ, acertadamente se usó el tiempo presente para indicar que la necesidad debía aparecer después del contrato, «pues que si el locador tuviere entonces noticia de su existencia o que había de existir, no goza del beneficio de esta Ley».

c) Cuando el arrendador tiene enemistad en la casa que habita.

d) En caso de matrimonio de alguno de los hijos del arrendador, • si se hicise caballero. El mismo GREGORIO LÓPEZ justifica esta causa por la antigua costumbre existente en España de que cuando el hijo se hacía caballero se separaba de su padre y, consecuentemente, necesitaba la vivienda. También reconoce este comentarista que se daba la necesidad en el caso de graduarse de doctor, hacerse juez, abogado o presbítero.

En el Auto acordado de 31 de julio de 1792 procedía la resolución del contrato, según su artículo 10, «cuando los dueños intentaren vivir y ocupar sus propias habitaciones, los inquilinos las dejen y desocupen sin pleito, en el preciso y perentorio término de cuarenta días». Como podrá apreciarse, en este último caso no hacía falta demostrar la necesidad, a diferencia de lo exigido por las Partidas.

Ni la Ley de 9 de abril de 1842, ni el Código civil conocen esta causa resolutoria; sin embargo, las disposiciones especiales arrendaticias posteriores al Código civil restablecieron esta causa:

(50) Ley 6.ª, tít. VIII, Partida V.

resolutoria. Así, el artículo 3.º del Real Decreto de 21 de junio de 1920: «cuando el propietario se proponga habitar la vivienda por sí mismo o que la habiten sus ascendientes o descendientes, o establecer en ella su propia industria». En parecidos términos, pero exigiendo la necesidad, el artículo 5.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, el artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931. El Decreto de 21 de enero de 1936 estableció: «cuando el propietario necesitare el local para establecer en el mismo su propia industria o comercio, previa justificación de la necesidad de ocupar el local de que se trata. Deberá entenderse en este caso industria o comercio preexistente, por lo menos, con dos años de anticipación, y del propio dueño de la finca, no de sus ascendientes o descendientes». El artículo 3.º de la Ley de 22 de julio de 1942 dijo que, «no obstante lo preceptuado en el artículo anterior, el comprador de una finca urbana que la necesitara para vivienda suya o de sus ascendientes y descendientes y no dispusiera en propiedad o arriendo de casa habitación o piso de análogas circunstancias y categoría en la misma población, podrá denegar la prórroga del contrato de arrendamiento vigente, participándolo al arrendatario con un año de anticipación y abonándole, en concepto de indemnización, por los daños y perjuicios que le ocasione el traslado, el importe de seis meses de alquiler. Cuando el comprador dispusiera en cualquiera de los expresados conceptos de casa habitación o piso, el plazo que deba conceder al arrendatario será de dos años, con la indemnización de seis meses».

D) *Requisitos previos.*—a) Preaviso: Ya el Auto acordado de 31 de julio de 1792 exigió el preaviso de cuarenta días. El artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, el de seis meses para las viviendas y un año para los locales de negocio. El artículo 3.º de la Ley de 22 de julio de 1942, para las viviendas, uno o dos años.

b) Indemnización al inquilino: Las Partidas, en la Ley citada, exigía que el arrendador diera al inquilino otra casa: «tenido es el señor de la casa, de dar al alquilador otra en que more» o «descontarle del loguero tanta parte quanta viniere en aquel tiempo que deue en ella morar». El artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 concede al arrendatario una indemnización equivalente a seis meses de renta para las viviendas y de un año para los locales de negocio. El artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936, en cuanto a los locales de negocio, estableció que la indemnización sería la que el inquilino o arrendatario hubiese satisfecho por traspaso o, en su defecto, en la de un año de renta. El artículo 3.º de la Ley de 22 de julio de 1942, para las viviendas, estableció que la indemnización sería la de seis mensualidades de renta.

E) *Incumplimiento del arrendador.*—El artículo 10 del Auto acordado de 31 de julio de 1792 obligaba al arrendador a prestar caución «de habitarla por sí mismos, y no arrendarlas hasta pa-

sados cuatro años». También se reconoció a favor del arrendatario una indemnización en el caso de incumplimiento del arrendador, que, según el Real Decreto de 21 de junio de 1920 y el de 17 de septiembre de 1924, consistía en una indemnización de seis meses de renta.

F) *Selección*.—No existen precedentes remotos directos, pero ha de tenerse en cuenta que desde antiguo se otorgaron preferencias a los funcionarios para el arrendamiento de viviendas, las que desaparecieron con la Ley de 1842. Mas la vigente Ley, aunque no reconoce esas preferencias, generalmente en el caso de necesidad los funcionarios públicos son los últimos que han de ser seleccionados para la negativa de la prórroga forzosa del contrato.

Arts. 102 a 117. El apartado e) del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 se refirió exclusivamente a las viviendas accidentales dentro de solares; así se decía que no procedía la prórroga forzosa «cuando se trate de viviendas accidentales, dentro de solares, si el propietario justifica el propósito de hacer construcciones definitivas».

El apartado e) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 tiene mayor semejanza con la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y estimó que no procedía la prórroga forzosa «cuando el propietario justifique su propósito de derribar el inmueble, aunque no se encuentre en estado ruinoso, para construir otro nuevo en el mismo terreno, o de demoler las construcciones provisionales o accidentales existentes en solares, para levantar en ellos otras definitivas. En estos casos, el propietario no podrá volver a alquilar total ni parcialmente los locales arrendados, y deberá verificar la demolición del inmueble de que se trate dentro del término de seis meses, contados desde el día en que la finca quede libre de todos sus ocupantes. Los inquilinos tendrán derecho a las indemnizaciones marcadas en el párrafo tercero del apartado a) de este mismo artículo.»

Art. 118. Uno de los problemas más importantes de esta materia arrendaticia es el derivado de la rentabilidad de la propiedad inmobiliaria urbana. Como regla general, toda cuestión arrendaticia suele encubrir un problema de renta. Cuando las rentas son elevadas, son muy pocas las cuestiones que surgen entre las partes. Las necesidades, las cesiones, los subarriendos, las obras incontestadas, transformaciones, immoralidades, etc., suelen ser patrimonio casi exclusivo de las viviendas de rentas bajas.

Estas cuestiones, no han sido producto del presente siglo, aunque normal es considerar que fué a partir de la conclusión de la guerra europea de 1914 cuando el problema de la vivienda adquirió caracteres alarmantes. Hace algunos siglos existieron muchos de los males que hoy nos aquejan, y ya desde antiguo, aunque con otro nombre, se conocía la llamada «renta legal» en contraposición con la renta pactada o contractual.

Los primeros precedentes sobre «renta legal» se encuentran re-

cogidos en la Novísima Recopilación (53), la que recogió diversas disposiciones (54), referentes a las casas de la Corte y, así se dijo: «Los Alcaldes hagan tasar todas las casas alquiladas en la Corte, aunque las partes no lo pidan; el que saliere de una casa no la puede tasar pasados dos meses; y la tasa de las casas de Madrid, y donde quiera que estuviera la Corte, sea general para todos los que la pidieren y quisieren, así cortesanos yentes y vinientes, como decimos.» Es esta la primera disposición que afecta al concepto de renta legal, a la que se refiere el artículo 118 de la vigente Ley. A ella siguieron numerosas disposiciones, algunas de extraordinaria importancia.

Anteriormente a estas disposiciones especiales, solamente las leyes se ocupaban de la renta pactada o contractual, así las Partidas (55), más no de la legal, otro tanto se puede decir en cuanto al Fuero Real.

Como hemos dicho, a la disposición especial citada, siguieron otras de mucha mayor importancia, así la de 19 de septiembre de 1601 (57), que tuvo su justificación, «por quanto se ha entendido el excesivo precio que los dueños de las casas llevan a los que se las alquilan, en que conviene dar forma como se tasen precisamente todas las casas, o la parte de ellas que se hubiere de alquilar». En la misma se fija el procedimiento para conseguir la tasa, la que había de hacerse una vez al año, «y no más, salvo si hubiere novedad en el aposento de la casa por aumento o disminución de ella; y no se pueda recibir ni reciba dinero por razón de alquiler, hasta que se haya tasado la casa». Más adelante la citada disposición contiene la siguiente declaración de gran importancia, «y no pueda llevar el dueño, ni pagar el que la alquile más de lo que fuere tasado por ninguna manera, ni so color de reparos, ni adobo, ni comodidad, ni de otra causa...»

En esta disposición citada, se llegaban a imponer hasta penas corporales a los infractores de la tasa, y es de hacer resaltar, que también a los inquilinos por estas infracciones se les imponía la mitad de la multa que a los propietarios. Además, parece ser, que el denunciante de la infracción percibía una parte de la multa impuesta ya que la misma establecía, «aplicando por tercias partes a nuestra Cámara y denunciador y para gastos de esta comisión por iguales partes.»

Del contenido de esta disposición, si se examina conjuntamente con el Privilegio concedido a Madrid por Felipe III en 8 de mayo de 1610, se desprende que el propietario estaba obligado a devolver al inquilino las cantidades por él percibidas que fuesen superiores a la tasa.

(53) Ley 22, tit. IV, lib. III.

(54) Resoluciones de 27 de octubre de 1564, 15 de junio de 1576 y 29 de febrero de 1569.

(55) Leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª del tit. VIII, Partida V.

(56) Ley 4.ª, lib. III, tit. XVII.

(57) Ley 23, tit. IV, lib. III, *Nov. Recop.*

El Privilegio de 8 de mayo de 1610 concede al «arrendador», léase arrendatario (58), la facultad de pedir periódicamente la tasa.

La Pragmática de Carlos II de 27 de noviembre de 1680 es aún más perjudicial para la propiedad que las disposiciones anteriormente citadas. Así se dice en la misma: «El precio de todas las casas, tiendas, posadas o mesones, de cualquier parte y calidad que sean, que se alquilan en esta Corte, se reduce, y modera al precio, que sus dueños, y los interesados, probaren por medios legales tenían y ganaban el año 1660, y en el interín que los dichos dueños, e interesados lo justificaren, cumplan los inquilinos, que las viven, y ocupan, con pagar una quarta parte menos de lo que actualmente ganan, y están arrendadas». Así como la renta legal conforme al artículo 118 es la de 1936 con los aumentos autorizados, en el año 1680, la renta legal era de 1660, y caso de que ésta no se pudiera determinar, o hasta que se determinase, la renta contractual se reducía en una cuarta parte menos.

Hasta 1792, la tasa se hizo en beneficio del inquilino, pero por el Auto acordado de 31 de julio de 1792 (59) se reconoció a favor del propietario la facultad de poder revisar la renta. Su disposición tercera estableció: «Para precaver los daños y perjuicios que la continuación de estos inquilinos podrían causar a los dueños de las casas, se declara, que así como la ley precedente (60), pueden los inquilinos usar del derecho de la tasa, le tendrán en los mismos términos sus dueños, pasados diez años de la habitación, y de la misma facultad podrán usar, si continuaren habitándola por otros diez, y empezándose a contar desde la publicación de este Auto, porque en este largo tiempo puede haber variado el precio de las habitaciones.»

Al estimar que este Auto acordado fué el primero que estableció la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento para el propietario y facultativa para el inquilino, es lógico que se facultara al propietario para poder revisar, periódicamente, la renta. Este Auto acordado es la última disposición, anterior al vigente Código, que se refiere a la renta legal.

(58) Debe tenerse presente, como ya hemos dicho en otra ocasión, que la palabra «arrendador» se empleaba indistintamente para el que da en arriendo como para el arrendatario o el que recibe la cosa arrendada. Así en el *Diccionario razonado*, de ESCRICHE, t. I, 1838, pág. 366, se dice: «El que toma en arriendo se denomina generalmente arrendatario, conductor y también arrendador como el que da». El mismo *Diccionario*, en su ed. de 1874, pág. 706 del t. I., se dice: «Ya hay autores que se han atrevido a designar constantemente con el nombre de arrendador al que concede el arriendo, y con el de arrendatario al que lo toma; pero otros, aunque no niegan sea más propio y expedito este modo de distinguir a cada una de las dos partes, no se resuelven a adoptarlo por observar que nuestras leyes dicen casi siempre arrendador al que recibe el arrendamiento, más adelante, y en su pág. 727, dice: «El arrendatario se llama corrientemente arrendador». En idéntico sentido BENITO GUTIÉRREZ, en el t. IV, pág. 401 de su obra *Código o estudios fundamentales de Derecho civil español*.

(59) Ley 8.ª, tit. X, lib. X, *Nov. Recop.*

(60) Ley 24, tit. XIV, lib. III, *Nov. Recop.*

Unos años después de la entrada en vigor del Código civil se vuelve al sistema de renta legal, a que había puesto fin la Ley de 9 de abril de 1842, confirmada por el Código, para los que no existía otra renta que la contractual o pactada.

Es el Real Decreto de 21 de junio de 1920 el que vuelve a restablecer el principio de la tasa y la consiguiente limitación de rentas; así, en su Exposición se dice: «La escasez de viviendas y el abuso de algunos propietarios que no han vacilado, prevaleciéndose de las circunstancias, en aumentar excesivamente los precios del alquiler de sus fincas, han producido honda perturbación en varias poblaciones y creado un estado de opinión bien manifiesto en las protestas públicas», más adelante, añade: «La reducción de los precios excesivos de los alquileres podría estimarse lógica aplicación de lo dispuesto en la Ley de 23 de julio de 1908, que redujo el interés de los préstamos, y en la de subsistencias de 11 de noviembre de 1916, ya que es evidente que la escasez de habitaciones viene colocando al inquilino en situación de verdadera angustia, de la que algunos propietarios han podido prevalerse para aumentar de un modo exorbitante el importe de los arriendos». Consecuente con lo expuesto el artículo 4.º de este Real Decreto estableció: «Los contratos de inquilinato en las capitales de provincia y poblaciones de más de 20.000 almas, cuyo alquiler no hubiese sido aumentado desde 31 de diciembre de 1914, o cuyo aumento se juzgue susceptible de elevación, podrán ser revisados a instancia del propietario, según las normas que se establecen en la siguiente escala:

Los arriendos que no excedieren en 31 de diciembre de 1914 de 1.500 pesetas anuales, sólo podrán elevar dicho precio en un 10 por 100.

Desde 1.500 hasta 3.000, sólo podrán elevarse en un 15 por 100.

Desde 3.001 en adelante en un 20 por 100».

El artículo 5.º facultó a los arrendatarios para poder disminuir los alquileres a las cantidades referidas en el artículo 4.º

En idéntico sentido se pronunciaron los artículos 6.º y 7.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 y los 6.º y 7.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, si bien en éste se moderaron algunas de sus consecuencias.

Las subidas de renta al margen de lo establecido en las disposiciones citadas fueron legalizadas por el artículo 1.º de la Ley de 7 de mayo de 1942 en la que se estableció: «Las rentas o alquileres de los edificios, pisos o habitaciones sujetos a la legislación de arrendamientos que se hallen vigentes el día primero de enero de 1942, se reputarán lícitos y no podrán ser elevados mediante pactos, estipulaciones, condiciones que contradigan el espíritu de aquellas disposiciones.»

Es esta disposición citada el inmediato precedente del artículo 118 de la vigente Ley de arrendamientos urbanos.

Art. 119. Ha de compararse el actual precepto con los citados

en el anterior artículo, especialmente con la Pragmática de 27 de noviembre de 1680.

Art. 120. La voluntad expresa o tácitamente manifestada del arrendatario de pagar una renta superior a la legal no fué reconocida por las disposiciones de 19 de septiembre de 1601, ni por la Pragmática de 27 de noviembre de 1680, como en la generalidad de disposiciones sobre la tasa, ya que en todo caso, el inquilino tenía a su favor el beneficio de la tasa o revisión de renta.

Tampoco se reconocía como impeditivo de revisión la conformidad del inquilino en los Reales Decretos de 21 de junio de 1920, 17 de diciembre de 1924 y 29 de diciembre de 1931, este último Decreto; ya que en todo caso cuando la renta era superior a la legal se podía pedir la revisión correspondiente.

El artículo 1.º de la Ley de 7 de mayo de 1942 legalizó la situación de las rentas, que conforme al Decreto de 1931 no se ajustaban a lo establecido en este Decreto.

Art. 122. Restringe este artículo el contenido del artículo 4.º de la Ley de 7 de mayo de 1942, en el que se estableció: «Las rentas de los edificios, pisos o habitaciones que hubieran sido construídos u ocupados por primera vez después de primero de enero de 1942, podrá ser convenida o pactada libremente», sin embargo, el artículo 122 limita la renta a la que satisfacía el primer ocupante.

El principio de limitación de rentas para las antiguas y de libertad para las modernas fué ya reconocido por la Ley de 9 de abril de 1842, que en su artículo 3.º estableció: «Los arrendamientos ya hechos y pendientes a la publicación de esta Ley, se cumplirán en los mismos términos en que se hayan celebrado, y por todo el tiempo y en la forma que debían durar, con arreglo a la Ley que ha regido en Madrid hasta ahora, Reales resoluciones, práctica, y costumbre vigente al tiempo de celebrar dichos contratos». En resumen intervención para los anteriores a 1842 y libertad para los posteriores.

También se fijaba un régimen de libertad, pero aquí para las nuevas construcciones, en los números 1 y 2 del artículo 2.º del Decreto de 17 de diciembre de 1924, respetado por el artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y derogado y vulnerado por la Ley de 7 de mayo de 1942 en la que solamente se reconoció régimen de libertad para las construídas u ocupadas por primera vez después de 1.º de enero de 1942; disposición esta que tampoco fué respetada por el artículo 122 de la vigente Ley de arrendamientos urbanos.

Art. 123. Sirven de precedentes para este artículo, el apartado b) del artículo 4.º del Real Decreto de 21 de junio de 1920, por virtud del cual se facultó el aumento de renta por la relación normal de los precios con el resultado de la investigación y comprobación de rentas practicadas por el Registro fiscal. La Real Orden de 5 de febrero de 1924 para los casos de aumento de líquido

imponible por declaración del propietario o por inspección catastral, que no facultó para aumentar las rentas, aunque sí para repercutir la mayor contribución. También, indirectamente, se ocupan de esta cuestión el apartado b) del artículo 6.º del Decreto de 17 de diciembre de 1924 y el artículo 6.º del Decreto de 21 de enero de 1936 y los artículos 12 y 13 de la Ley de reforma tributaria de 16 de diciembre de 1940.

Art. 126. Las repercusiones a que se refiere este artículo no podían ser admitidas al amparo de la Real cédula de 19 de septiembre de 1601, ya que en ella se estableció que el dueño no podía llevar mayor cantidad que la tasa en ningún caso. Los demás precedentes remotos tampoco autorizan estas repercusiones; es a partir del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 cuando se empiezan a reconocer las cantidades repercutibles, criterio seguido posteriormente por el artículo 6.º del Decreto de 20 de diciembre de 1931 y artículo 6.º del de 21 de enero de 1936.

Más los precedentes más inmediatos se encuentran en el artículo 13 de la Ley de 16 de diciembre de 1940, en cuanto a los aumentos de contribución y el artículo 3.º de la Ley de 7 de mayo de 1942 en lo referente a contribuciones y elevación de precios en los suministros. También sirven de precedentes la Base 22 de la Ley de 17 de julio de 1945 y el artículo 2.º del Decreto de 11 de de enero de 1946.

Art. 127. El artículo 3.º del Decreto de 21 de mayo de 1943 y el artículo 14 de la Ley de 31 de diciembre de 1945 sientan idénticos principios que los contenidos en este artículo 127.

Art. 133. Es su primer precedente el artículo 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1940, complementado por el artículo 1.º del Decreto de 21 de mayo de 1943. Su antecedente inmediato es el artículo 14 de la Ley de 31 de diciembre de 1945.

Art. 135. En nuestro Derecho tradicional las garantías concedidas a la propiedad eran mucho mayores que las actuales. El Fuero Juzgo (61) estableció: «En todo lo que lleve el arrendatario a la casa o heredad, es preferido el dueño de ésta por la deuda resultante del mismo arrendamiento a otros acreedores anteriores»; el Fuero Real (62): «Toda cosa que uno tenga en casa arrendada, se entiende empeñada a su dueño para el pago del alquiler, aunque no se pacte»; en las Partidas (63): «E demas dezimos, que todas las cosas que fallaren en la casa, de aquel que la tenía alquilada, fincan obligadas al señor de la casa por el loguero, e por los menescabos que ouiesse fecho en ella: e puedelas retener el señor de la casa, como por peños, maguer no quiera el otro, fasta que le pague el loguero, o le enderece los menescabos que le fizo en su casa».

Estas garantías son mucho mayores y más efectivas que las que

(61) Ley 1.ª, lib. IV, tit. III.

(62) Ley 9.ª, lib. III, tit. XVII.

(63) Ley 5.ª, tit. VIII, Partida V.

concede actualmente nuestro Código civil y Ley procesal, por lo que ante ellas lógicamente era innecesaria la fianza, ésta se hizo patente al suprimir la Ley de 1842 la legalidad anterior, y al no reconocer el Código una efectividad tan absoluta en cuanto al crédito del propietario. Al desaparecer estas garantías tradicionales, la propiedad trató de sustituir las mismas mediante la fianza.

Mas también, antiguamente, era frecuente que la propiedad exigiera el anticipo de seis mensualidades de renta en los contratos anuales, así se desprende de la Real Orden de 11 de marzo de 1790, en la que se cita la costumbre de algunos pueblos de Andalucía en que el inquilino anticipaba las citadas seis mensualidades.

Mas al desaparecer esa especie de prenda legal sin desplazamiento, no reconocida por nuestro Código civil, se impuso a los inquilinos la accesoria de garantía de la fianza al amparo de la regulación general sobre esta materia del Código civil. El primer precepto especial sobre la fianza se halla contenido en el artículo 7.º del Decreto de 21 de junio de 1920 en el que se estableció que la fianza no podía exceder del importe de una mensualidad, si el pago se hace por meses, de un trimestre, si por trimestres, y así sucesivamente. En igual sentido el artículo 9.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924. Por el contrario, el artículo 10 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 determinó que en ningún caso podía exceder la fianza del importe de la renta de un mes.

Sirven de complemento a las disposiciones citadas, el Decreto de 26 de octubre de 1939, el de 10 de febrero de 1940 y las Ordenes de 14 de marzo, 17 de julio, 11 de octubre y 30 de diciembre de 1940, el Reglamento de 29 de enero de 1941, Ordenes de 31 de diciembre de 1941, de 4 de abril, 17 de agosto y 31 de diciembre de 1943, entre otras.

Actualmente se va imponiendo la costumbre de exigir mayores garantías por medio de fiadores solidarios o exigir el anticipo de bastantes mensualidades de renta.

Art. 136. Sanciona este artículo la obligación del arrendador de hacer, en la cosa arrendada, las reparaciones necesarias para conservarla.

Tiene sus precedentes en el Fuero Real (64), que también imponía la obligación al arrendador de hacer estas reparaciones al decir, « y si necesitando obra, no quiera hacerlo el dueño requerido para ello, pueda dejarla, pagado el alquiler del tiempo que la viva », de donde se desprende que el arrendador estaba obligado a estas reparaciones. Las Partidas (65) obligaron al arrendador a hacer estas reparaciones. El Decreto de 22 de septiembre de 1756, siguiendo ese mismo criterio, impuso la obligación al arrendador de reparar las vidrieras rotas en la villa de Madrid por una tormenta. En el Código civil se impone al arrendador esta misma obligación como se desprende de sus artículos 1.554 y 1.580. El mismo crite-

(64) Ley 2.ª, tit. XVII, lib. III.

(65) Leyes 6.ª y 8.ª, tit. VIII, Partida V.

rio se siguió en el artículo 6.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, 6.º del de 29 de diciembre de 1931 y 7.º del de 21 de enero de 1936.

Art. 137. Los aumentos o capitalizaciones por obras no tenían sentido en nuestro Derecho tradicional, pues ya la Real Cédula de 19 de septiembre de 1601 estableció: «No puede llevar el dueño, ni pagar el que la alquile más de lo que fuese tasado, por ninguna manera, ni so color de reparo, ni adobo ni comodidad». Mas es indudable que de las numerosas disposiciones sobre la tasa de alquileres puede desprenderse que los tasadores al fijar la misma tendrían en cuenta las comodidades y servicios que tuviera la cosa arrendada, aunque no las referentes a las de mera conservación o reparo.

Las obras de conservación tampoco autorizaban un aumento de renta ni en el Código civil, ni en las disposiciones posteriores a éste, así el Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, en su artículo 6.º, estableció que: «las obras de conservación o reparación hechas por el arrendador en cumplimiento de sus deberes contractuales, o en el intervalo que media entre dos arrendamientos, no serán computables a los efectos de elevar la merced o renta». Idénticamente el artículo 6.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931. El artículo 7.º del de 21 de enero de 1936 estableció: «Cuando el propietario deba verificar en los locales destinados a comercio o industria obras de saneamiento prescritas en las Ordenanzas municipales o por otras disposiciones, lo verificará por su cuenta, sin que tales obras puedan suponer aumento en el precio del alquiler, salvo el caso de tratarse de obras de verdadera importancia o como consecuencia del cumplimiento de órdenes de la Autoridad que no se refieran a obras de saneamiento.» La Ley de 7 de mayo de 1942 sienta análogos principios que el Decreto de 1931.

Art. 139. Véase lo dicho en el artículo 136. También como en la vigente Ley, en las Partidas (66), el arrendatario respondía de la culpa leve. En idéntico sentido nuestro Código en sus artículos 1.555, 1.561, 1.563 y 1.564.

Art. 142. Tiene su antecedente en el artículo 7.º del Decreto de 21 de enero de 1936 que estableció: «Si el propietario se negare a verificar tales obras de saneamiento, las podrá verificar el arrendatario, pero por cuenta del dueño de la finca, previa declaración escrita ante la Autoridad que la hubiere ordenado, de la negativa del propietario, y una vez que dicha negativa haya sido constatada en forma por dicha Autoridad.»

Art. 144. Implica una modificación del artículo 1.573 del Código, en cuanto este precepto concede sobre las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario, y a éste, conforme al artículo 487, se le concede el derecho a retirarlas si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes; facultando el artículo

lo 488 al usufructuario para compensar las mejoras con los desperfectos.

Art. 145. En la época que rigió la tasa, indudablemente y aunque expresamente nada se diga, la tasa dependería en gran parte de las condiciones de higiene, salubridad y comodidad de la cosa arrendada. Pero donde expresamente se aborda esta cuestión, por primera vez, es en el Real Decreto de 1920, cuando se conceden compensaciones económicas al arrendador por las obras o mejoras que hayan sido hechas en la finca, principalmente, aquellas que hayan contribuído a la higiene y salubridad de las viviendas. Compensaciones estas, que a diferencia de la actual Ley, consistían en un aumento proporcional de la renta en relación con la obra. El artículo 6.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1942 autoriz6, solamente, un aumento de la renta legal que no excediese del 10 por 100 de la renta. Este porcentaje de aumento de renta fué reducido al 7 por 100 por el Decreto de 29 de diciembre de 1931 y al 5 por 100 por la Ley de 7 de mayo de 1942.

Art. 140. *Causa 1.ª*.—Para mejor examen de las consecuencias del impago de la renta deben distinguirse tres aspectos de esta cuestión. Uno, el derivado de sus consecuencias inmediatas, o desahucio; otro, el de la posibilidad de enervar la acción consignando los descubiertos, y por último, el de las garantías concedidas al arrendador para hacer efectivo su crédito contra el arrendatario.

A) *Desahucio por falta de pago*.—Fué sancionado por la Ley cuarta del Fuero Real (67), en ella se estableció que el arrendador no podía desahuciar al arrendatario hasta que no se le adeudasen dos anualidades de renta. Hasta tanto no se debiesen dos años de renta, en los arrendamientos hechos por años o por largo tiempo, no cabía la posibilidad del desahucio.

Las Partidas (68), en su Ley cuarta, decían: «pagar deuen los arrendadores, e los alogadores, el precio de las cosas que arrendaren»; en la Ley quinta: «si non le pagare el loguero a los plazos que pusieren con el, o a lo mas tardar a la fin del año; dende adelante el señor de la casa puede echar della al que la tiene alquilada, sin calofia, e sin pena»; en la Ley sexta: «si alogasse la casa por quatro años o cinco, auendo a dar por ella cada año loguero cierto, ca si passaren dos años, que non pagasse lo que auia a dar, dende adelante puedele echar della». Como ya hemos señalado en otro lugar y fácilmente puede observarse, existe una clara antinomia entre las citadas Leyes quinta y sexta de las Partidas. Por su importancia insistiremos, una vez más, en las opiniones de GREGORIO LÓPEZ (69):

1.º Si el arrendamiento se hizo por más de dos años, ha de aplicarse la Ley sexta; si por menor tiempo, la Ley quinta.

2.º Al amparo de la Ley quinta lo que se puede conseguir es

(67) Tit. XVII, lib. III.

(68) Tit. VIII, Partida V.

(69) Véase la glosa a estas leyes.

el desalojo momentáneo del inquilino o arrendatario hasta que satisfaga la renta debida y menoscabos. La Ley sexta se refiere al desahucio definitivo, y en este supuesto el arrendatario no puede volver a ocupar la casa arrendada. Por ello, según esta posición, es factible la rehabilitación del contrato cuando las rentas debidas eran menores de dos años.

3.º Que solamente ha de aplicarse la Ley sexta cuando en el contrato existe pacto expreso de no desahuciar al arrendatario.

La Observancia «Locatio et conducti» del Libro IV de las Observancias de Aragón de 1437, estableció: «En cuanto al arrendatario si no pagare al término puede ser pedido al Juez que por medio del Alguacil se le obligue a cerrar la puerta y le dé la llave y lo mismo si fuera arrendatario sin contrato escrito, lo cual, sin embargo, no se puede pretender sin pleito». En Aragón el procedimiento variaba según que el contrato fuese escrito o verbal, en el primer caso, sin fase cognitoria se pasaba a la ejecución, para el segundo, era precisa la fase cognitoria.

En el vigente Código civil, en diversos artículos, se impone al arrendatario la obligación de pagar la renta, sancionándose el incumplimiento de esta primordial obligación con el desahucio, así los artículos 1.546, 1.555 y 1.559.

El Decreto de 21 de junio de 1920, en su artículo 2.º, reconoció que como consecuencia de la prórroga de los contratos, los propietarios, sólo por falta de pago podrían utilizar, con arreglo a la legislación común, la acción de desahucio. En idéntico sentido el artículo 3.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 y el artículo 4.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

El Decreto de 21 de enero de 1936 también reconoció la facultad del propietario de desahuciar al arrendatario de local de negocio en los casos de falta de pago de la renta.

B) *La posibilidad de enervar la acción de desahucio mediante la consignación de las rentas debidas tiene precedentes remotos.*— Así la Ley cuarta del Fuero Real (70) determinó: «mas si antes de quitársela por falta de pago de ellos, lo efectúe el inquilino, no se la puede quitar». La antinomia de las Leyes quinta y sexta de las Partidas (71), como hemos visto, fué causa de diversas interpretaciones, una de ellas es la que estimaba que conforme a la Ley quinta, lo que se podía conseguir era el desahucio momentáneo, del inquilino o arrendatario hasta que hiciese efectivos los descubiertos y menoscabos. La Ley sexta se refería al desahucio definitivo. Por ello, si los descubiertos eran menores a dos años el desahucio era provisional y si mayores tenía un carácter definitivo y sin posibilidad de poder rehabilitar la vigencia del contrato.

Ni el Código civil ni la Ley de enjuiciamiento civil reconocen la posibilidad de rehabilitar el contrato.

El Real Decreto de 21 de junio de 1920, en su artículo 2.º, esta-

(70) Tit. XVII, lib. III.

(71) Tit. VIII, Partida V.

bleció: «El inquilino podrá evitar el desahucio pagando al día siguiente al de la citación o consignando el descubierto en el Juzgado, y sólo será responsable de las costas causadas, si se probase que había sido antes requerido al pago en la forma de costumbre». También el artículo 4.º del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 se pronunció en análogo sentido.

El Decreto de 29 de diciembre de 1931, en su artículo 4.º, permitió enervar la acción consignando el descubierto en el Juzgado dentro del término del tercero día, contado desde el siguiente al de la citación.

El artículo 2.º del Decreto-ley de 30 de diciembre de 1944 concedió al arrendatario la posibilidad de enervar la acción resolutoria consignando los descubiertos hasta el acto de notificación de la sentencia.

El Decreto de 30 de noviembre de 1945 amplió el anterior plazo hasta el momento mismo de ejecutarse el lanzamiento.

C) *Garantías concedidas al arrendador para el cobro de su crédito.*—Desde antiguo se ha concedido preferencia a los arrendadores para el cobro de sus créditos. Así la Ley segunda del Fuero Viejo (72) que estableció que en todo lo que llevase el arrendatario a la casa o heredad, es preferido el dueño de ésta por la deuda resultante del mismo arrendamiento a otros acreedores anteriores.

La Ley novena del Fuero Real (73) determinó que toda cosa que el arrendatario tenga en la casa arrendada se entiende empeñada a su dueño para el pago del alquiler, aunque no se pacte. Como expusimos, es un caso curioso de prenda legal sin desplazamiento.

Las Partidas, Ley quinta (74), estableció: «Que todas las cosas que fallaren en la casa, de aquel que la tenía alquilada, fincan obligadas al señor de la casa por el loguero, e por los menoscabos que ouiesse fecho en ella: e pueden as retener el señor de la casa, como por peños, maguer non quiera e otro, fasta que le pague el loguero, o le enderece los menoscabos que le fizo en su casa. Pero estas cosas sobredichas que fallaren en la casa, e tomare por peños, no las deve tomar el seyor della por si mismo tan solamente, mas ante los vecinos, metiendolas todas en escrito ante ellos, porque non puede ser fecho engaño».

La Constitución XXXIII de Cataluña (75) estableció: «El dueño de la casa, de propia autoridad y sin alguacil, puede tomar para el pago del alquiler las cosas que le hubiesen sido introducidas y encontradas en la casa alquilada».

La Ordenanza de Barcelona de 25 de mayo de 1442 reconoció el derecho del señor para tomar, por propia autoridad, y del que la tiene alquilada las ropas que se hallaren en la casa, en los casos

(72) Tit. III, lib. IV.

(73) Tit. XVII, lib. III.

(74) Tit. VIII, Partida V.

(75) Tit. XIII, lib. I.

de descubiertos de renta. También estableció la misma que en la ejecución sea preferido el crédito del arrendador al de los demás acreedores.

El Código civil al hablar de la clasificación de los créditos concede preferencias al arrendador en el número 7 del artículo 1.922.

La Ley de enjuiciamiento civil en el artículo 1.602 faculta al arrendador para retener y embargar los bienes necesarios para cubrir el importe de las rentas o alquileres.

Causa 2.ª.—Como anteriormente expusimos (76), hasta el Auto acordado de 1792 no se exigía la autorización expresa del propietario para poder subarrendar. Fué la citada disposición la que en su artículo 4.º prohibió el subarriendo sin el expreso consentimiento de los dueños o administradores, anulando, con carácter retroactivo, los que estuviesen hechos sin tal circunstancia. Del texto del precepto parece desprenderse que el contrato de arrendamiento no se resolvía por subarriendo in consentido; la resolución sólo afectaba al contrato de subarriendo, quedando vigente el de arrendamiento.

El Código civil vuelve al criterio anterior al del Auto acordado de 1792 y conforme a él solamente puede darse el desahucio cuando se subarrenda contra la prohibición expresa del propietario conforme a los artículos 1.550 en relación con la causa 3.ª del 1.569.

El criterio de la vigente Ley fué implantado por el Real Decreto de 21 de junio de 1920 y mantenido por las posteriores disposiciones sobre esta materia. No obstante, existe una notable diferencia entre las anteriores legalidades y la vigente, que conviene señalar, en ésta el desahucio por esta causa tanto puede darse durante el plazo contractual como durante la prórroga forzosa, mientras que en el Derecho anterior no se daba durante el plazo contractual cuando no había prohibición expresa, y solamente era posible durante la prórroga forzosa del contrato.

Causa 3.ª.—Sobre esta causa véase lo expuesto en los artículos 33 a 56.

Causa 4.ª.—En el Fuero Real (77) se estableció que el que alquile bestia u otra cosa para fin señalado, no puede destinarlo a otro, pero el Fuero Real no concedía acción resolutoria por esta infracción, solamente se facultaba al propietario para exigir una indemnización.

Las Partidas (78) estableció que el arrendatario puede ser desahuciado antes de cumplido el término en el caso de que «vsasse mal della, faziendo en ella algun mal porque se empeorase».

El número 2.º del artículo 1.555 del Código impone al arrendatario la obligación de destinar la cosa arrendada al uso pactado, pudiéndose, conforme al artículo 1.556, llegar al desahucio si

(76) Véase lo dicho en los arts. 14 a 32.

(77) Ley 6.ª, tit. XVII, lib. III.

(78) Ley 6.ª, tit. VIII, Partida V.

se incumple tal obligación. Así también la causa 4.ª del artículo 1.569 del mismo Código,

El apartado b) del artículo 3.º del Real decreto de 21 de junio de 1920 estableció que no procedía la prórroga forzosa cuando el arrendatario destinase la vivienda o local a usos distintos de los pactados. En igual sentido el apartado b) del artículo 5.º del Real decreto de 17 de diciembre de 1924 y apartado b) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

Tanto el Código como las disposiciones citadas eran de contenido más amplio que la vigente Ley de Arrendamientos.

En lo referente al traspaso es de hacer notar que el Decreto de 21 de enero de 1936 no exigía que el local traspasado se dedicase a negocio de la misma clase, sino que se destinase a análoga industria o comercio.

Causa 5.ª El Fuero Real (79) estableció que: «El que alquile a otro casa por cierto plazo, no puede quitársela hasta que se cumpla, si no es que quiera hacer obra necesaria, o si en ella haga daño el inquilino...».

Las Partidas (80) estimaban que procedía el desahucio: «quando el que touiesse la casa logada, vsasse mal della, faziendo en ella algún mal por que se empeorase...».

El Código civil, en su artículo 1.555, impone al arrendatario la obligación de usar la cosa como un diligente padre de familia. También hacen referencia a esta causa los artículos 1.562, 1.563, 1.564, 1.568 y 1.183.

En el Real decreto de 21 de junio de 1920, apartado b) del artículo 3.º, se estableció que no procedía la prórroga forzosa cuando se llevaren a cabo, sin consentimiento del propietario, obras que alteren la condición del edificio, o produzcan daño en el local, de costosa reparación. En igual sentido, el apartado b) del artículo 5.º del Real decreto de 17 de diciembre de 1924 y b) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

El Decreto de 21 de enero de 1936, en su artículo 5.º, estableció que procedía el desahucio cuando el inquilino, sin consentimiento del propietario, realizase obras que pongan en peligro la finca.

Causa 6.ª—Tiene su precedente en el apartado c) del artículo 3.º del Real decreto de 21 de junio de 1920, que entendió que no procedía la prórroga forzosa, «cuando la mayoría de los que habitasen en el edificio lo solicitaren del propietario respecto de algún inquilino». En idéntico sentido, el Real decreto de 17 de diciembre de 1924. También se mantuvo esta causa en el de 29 de diciembre de 1931; pero en este Decreto se reconocieron excepciones semejantes a las de la actual Ley en cuanto a los supuestos en que no podía prosperar el desahucio.

(79) Ley 2.ª, tit. XVII, lib. III.

(80) Ley 6.ª, tit. VIII, Partida V.

Causa 7.ª—Las Partidas (81) reconoció la inmoralidad como causa de desahucio; así, se decía que antes del plazo podía desahuciarse al arrendatario cuando «vsasse mal della, faziendo en ella algún mal por que se empeorase, o llegando en ella malas mugeres, o malos omes, de que se siguiesse mal a la vezindad». El criterio en cuanto a la aplicación de este precepto (82) era de que el dueño puede despedir al inquilino que admite prostitutas en su casa aunque no la deteriorase, si de ello se seguía perjuicio a la honestidad de los vecinos.

También puede considerarse precedente de esta causa la 4.ª del artículo 1.569 del vigente Código civil.

Causa 8.ª—Sirven de precedente el artículo 5.º, apartado g), del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 que estimaba que no procedía la prórroga forzosa «en los casos de expropiación forzosa por utilidad pública y en los que el Estado, provincia o municipios necesiten ocupar sus propios bienes para ejercitar proyectos de interés general». En igual sentido el apartado f) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

Causa 9.ª—Esta causa era reconocida en las Partidas, Ley sexta, título VIII, Partida V, en que se decía: «Alogando vn ome a otro casa, o tienda, fasta tiempo cierto, pagandole el que la recibe, el alouero que pone con el, a los plazos en que auinieron, non le puede echar della, fasta que aquel tiempo sea cumplido. Fuera ende, por quatro razones... La segunda es, si despues que la logo, aparecio alguna cosa atal en la casa, por que se podria derribar si non fuesse adobada.» Este supuesto se asemeja más al de las reparaciones que obligan al desalojo siendo criterio dominante de que concluida la reparación el arrendatario podía volver a la casa desalojada.

El Real Decreto de 17 de diciembre de 1924, en el apartado g) de su artículo 5.º reconoció que no procedía la prórroga cuando la finca se declarase ruinosa en expediente contradictorio seguido ante la autoridad municipal.

El apartado g) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 estableció: «Si la finca se declarase ruinosa en expediente contradictorio seguido ante la autoridad municipal, en el cual hayan sido citados, en cuanto se hayan promovido, todos los propietarios y todos los inquilinos de la finca de que se trate a quienes pueda afectar la declaración de ruina. En todos los juicios de desahucio cuyas demandas se funden en la excepción de haber sido declarada ruinosa la finca, será indispensable, para estimar aquélla, la aportación de certificación autorizada, expresiva de haber sido resuelto el expediente con citación, desde el primer momento, de todos los propietarios e inquilinos interesados y previo contraste de todas las pruebas periciales aportadas a dicho expediente.

(81) Ley 6.ª, tit. VIII, Partida V.

(82) Las Siete Partidas. Sampons, Martí de Eixilá y Ferrer. T. III, 1843. página 154, nota 29.

Cuando se haya decretado el lanzamiento por declaración ruinosa de la finca y cuando las obras que se efectúen en ésta, en primer término, no sean precisamente las que en los dictámenes técnicos en que se fundó la declaración de ruina se expresaron como necesarias, los inquilinos lanzados podrán reclamar una indemnización igual a la prevista en el párrafo tercero del apartado a) de éste mismo artículo 5.º. Los plazos de aviso se reducirán al tiempo indispensable cuya fijación corresponderá a la Autoridad gubernativa cuando por mandato de la Autoridad, fundado en proyectos de higiene o sanidad, o en ruina inminente, se imponga el desaloje del local de que se trate».

Causa 10.—Véase lo dicho en los artículos 70 y siguientes.

Arts. 150 y 151. El Fuero Real (83), concedió al arrendatario la facultad de resolver el contrato, durante el plazo contractual, así decía: «Tampoco el inquilino puede dejarla hasta cumplido el plazo, sino es pagando todo el alquiler, y si necesitado obra, no quiera hacerla el dueño requerido sobre ello, pueda dejarla, pagando sólo el alquiler del tiempo que la viva.» En el Derecho romano (84) también podía el arrendatario resolver el contrato cuando un vecino, levantando su casa, le quitase las luces necesarias para su oficio.

El Código civil, en los artículos 1.554 y 1.556, faculta al arrendatario para rescindir el contrato, durante el plazo contractual, en los casos de no entrega de la cosa o cosas arrendadas, en los supuestos de falta de reparaciones y en los de perturbación, pudiendo exigir, además, indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 1.558 del mismo Código reconoce a favor del arrendatario otra causa de resolución en el caso de que por reparaciones urgentes sea inhabitable la parte de la vivienda que el arrendatario y su familia necesiten para su habitación.

Art. 155. Nuestras Partidas no se referían concretamente a la pérdida de la cosa arrendada como causa resolutoria del contrato de arrendamiento urbano. Por el contrario, sí hacen referencias concretas a la responsabilidad en caso de pérdida.

Nuestro Código sigue criterio análogo en el artículo 1.568 con la remisión a los artículos 1.182 y 1.183.

Art. 156. En la causa 9.ª del artículo 149 nos hemos referido concretamente a los antecedentes de este artículo en la cita de la Ley sexta de las Partidas. Estas llegaban a la misma conclusión, al cesar la obligación de pago de la renta por parte del arrendatario, si el arrendador no le proporcionaba otra vivienda; según los comentaristas, en las Partidas, concluidas las obras el arrendatario tenía derecho a ocupar la que desalojó.

El Código civil, en su artículo 1.558, hace referencia a un supuesto parecido, al que asigna consecuencias totalmente distintas de las de la vigente.

(83) Ley 2.ª, tit. XVII, lib. III.

(84) Ley 25, parágrafo 2.º, Dig. de Loc.

Disposición transitoria 19. El Decreto de 2 de agosto de 1934 fué el primero que concedió el derecho a revisar los contratos relativos a locales de espectáculos.

Disposición transitoria 23. Es esta disposición uno de los preceptos más graves que contiene la vigente Ley de arrendamientos urbanos siendo, quizá, el motivo por el cual no ha adquirido pleno vigor.

Pero como dentro del campo del Derecho no hay nada nuevo, también esta disposición transitoria tiene sus importantes precedentes, y en una época en que no se conocía el Derecho social ni la función social de la propiedad, de aquí la extraordinaria importancia de los mismos.

El Auto acordado de 31 de julio de 1792, en su artículo 6.º, estableció: «No pueden los dueños y administradores tener sin uso y cerradas las casas, y los jueces los obliguen a que las arrienden a precios justos convencionales, o por tasación de peritos que nombren las partes, y tercero de oficio en caso de discordia, aunque se diga y alegue no poder arrendarlas por estarles prohibido por fundaciones o por otro motivo; pues semejantes disposiciones no pueden producir efecto en perjuicio del bien público.»

Los artículos 7.º y 8.º del citado Auto acordado sancionaron indirectamente el no uso, así el primero de ellos decía: «Las personas que saliesen de la Corte con destino o por largo tiempo, no pueden retener sus habitaciones ni con pretexto de dejar en ellas parte de su familia; pero esta prohibición no deberá entenderse con los que se ausenten por falta de salud, comisión u otra causa temporal de corta duración»; y el artículo 8.º: «Ningún vecino pueda ocupar ni tener dos habitaciones, como no sean tiendas o talleres necesarios a su oficio o comercio».

De ello se desprende que al amparo de estas disposiciones se podía imponer el alquiler obligatorio y también indirectamente se sancionaba el no uso. El no uso en estos últimos tiempos ha pretendido sancionarse, sin éxito, al amparo de la causa 2.º del artículo 1.555 del Código civil.

A D E N D A

Ya compuesto el anterior trabajo, se ha publicado la Ley de 22 de diciembre de 1955 por la que se reforma la legislación de Arrendamientos Urbanos.

Las consideraciones que en el mismo se contienen siguen teniendo, sin embargo, vigencia. La tesis que mantenemos, sigue en pie: el derecho histórico no ha sido tenido en cuenta por el legislador. Se sigue insistiendo en el número dos de la Base primera, en la legislación foral, que, como demostramos cumplidamente, en ningún caso puede tener aplicación. Se sigue afirmando que el Decreto de 21 de junio de 1920 (véase párrafo 4.º del preámbulo), es el primer antecedente legislativo de las disposiciones especiales arrendaticias urbanas.

El hecho de que el legislador introduzca en el nuevo texto, algunas innovaciones, más acordes con los antecedentes históricos, no quiere decir otra cosa, sino que una vez más, la tradición jurídica ha impuesto su constante histórica, aun siendo desconocida. Y así, las revisiones periódicas de rentas, el régimen de mayor libertad de contratación para nuevas construcciones, la negativa de prórroga en caso de no uso, etc. que aparecen como novedades de la Ley, ya fueron reguladas en múltiples disposiciones anteriores. La nueva Ley no rectifica sino que ratifica nuestra crítica histórica a la anterior. Y a la actual.

Los llamados contratos forzosos

LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON

Ayudante de Derecho Civil

SUMARIO: I. Introducción.—II. Crisis de la autonomía: contrato dictado y contrato forzoso.—III. La observación del fenómeno.—IV. El problema y sus posibles soluciones: a) Rectificación de conceptos.—b) Creación de nuevas figuras.—V. Distinción entre acto de constitución y relación constituida.—VI. Modalidades del acto de constitución.—VII. Constitución voluntaria: el negocio jurídico.—VIII. Constitución forzosa: concepto.—IX. Clasificación de la constitución forzosa: a) Constitución unilateral y bilateralmente forzosa.—b) Constitución directa e indirecta.—c) Constitución legal, administrativa y judicial.—X. Características generales de la constitución forzosa: a) La imposición como acto jurídico.—b) La imposición como acto vinculante.—c) La imposición como acto estatal.—d) La imposición como acto heterónomo.—e) La imposición como acto involuntario.—f) La excepcionalidad de la imposición.—g) El interés público y el interés privado en la imposición.

I.—INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que con mayor intensidad y hondura preocupa a la ciencia jurídica contemporánea es el de la intervención del Estado en el derecho patrimonial. Esta intervención del Estado, provocada por una serie de causas, tan conocidas que parece inoportuna su repetición, da lugar a una serie de fenómenos, de actos, de situaciones jurídicas de sorprendente novedad. Basta pensar, para comprobarlo, en alguna de ellas: empresas públicas, empresas de economía mixta (1), contratos autorizados, contratos reglamentados o dictados, contratos forzosos (2), régimen de tasas, de cupos, etc. Estas figuras jurídicas

(1) El tema de las empresas estatales y la forma en que trastorna la dogmática tradicional del Derecho Mercantil ha sido agudamente analizado por GARRIGUES: *La crisis actual del Derecho Mercantil*, Patronato de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1954. Sobre el tema de la empresa pública puede verse también GIRÓN TENA, *Las empresas públicas*, en «Estudios de Derecho Mercantil», pág. 319, Madrid, 1955.

(2) Sobre el tema general de los contratos forzosos, etc., aparte de la bibliografía que adelante se cite, véanse, sobre todo, JOSSERAND: *Le contrat dirigé*, Dalloz Hebdomadaire, 1933, Chron., pág. 91; *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: le contrat forcé et le contrat legal*, Digeste, 1940, Chron., pág. 1; *Considerazioni sul contratto regolato*, Archivio giuridico, julio, 1934; MOLITOR: *Zur Theorie des Vertragszwang*, Ihering Jahrbücher, tomo 73, 1924; MOREL: *Le contrat imposé*, en *Le droit privé française au*

nuevas resultan extravagantes en el marco del Derecho clásico, entendiéndose por tal el de los Códigos civiles; y lo resultan, porque no caben, porque no encajan, porque desbordan los moldes conceptuales que la ciencia jurídica, clásica también, había elaborado. Los moldes clásicos son inservibles para recoger esta realidad. Esta inservibilidad produce una honda confusión en la propia ciencia del Derecho y en seguida se oyen voces que pregonan su decadencia. En una obra reciente, Ripert ha denunciado esta decadencia (3). «Por declinar del Derecho—dice—no deben entenderse las manifestaciones de violencia y de fraude que alteran el orden establecido, cuya repetición e impunidad no significa otra cosa que la insuficiencia del poder político para mantener el orden» (4). El verdadero declinar del Derecho se produce cuando las leyes dejan de ser dictadas por la justicia. Hay una serie de principios jurídicos íntimamente ligados a nuestra civilización. El Derecho declina porque las leyes contemporáneas desconocen y niegan estos principios fundamentales (5). La conclusión parece excesiva. Existen efectivamente principios cuya vulneración produce, más que una simple decadencia, la desaparición del derecho y de la justicia y su sustitución por la fuerza y la injusticia. Son los llamados principios de derecho natural, consustanciales con el orden jurídico, porque «el derecho natural es la base del derecho positivo, y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado, por ser el reflejo de la ley eterna y corresponder a la verdadera naturaleza del hombre» (6). Junto a estos principios existen otros que tienen solamente carácter político y son la «expresión de la voluntad rectora del Estado», el modo de entender la organización de la comunidad, porque no hay inconveniente en admitir que todo derecho positivo intenta organizar la vida social conforme a la idea que se estime más adecuada (7). En este último sentido es cierto que las leyes contemporáneas desconocen los principios jurídicos del sistema liberal, obedientes a nuevas necesidades o a nuevas ideas de vida. La mutación de estos principios, por otra parte no tan aguda como se quiere hacer creer, produce indudablemente cambios en la estructura y en el orden jurídico, da paso a nuevos intentos, a nuevas fórmulas. Por ello sería más exacto hablar de la «decadencia de un derecho» o de un modo concreto de entender el derecho. Pero ni aún en este restringido sentido es exacta esa tesis, porque la mutación de los principios no se ha producido, ni han sido sustituidos por otros. Quizá haya cambiado la manera de entenderlos o se hayan pro-

milieu du XX^e siècle, pág. 116 y siguientes. Etudes offertes a Georges Ripert; NIPPERDEY: *Kontrahierungszwang und diktierte Vertrag*, Iena, 1920; SAVATIER: *Le metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1952.

(3) RIPERT: *Le déclin du droit*, Paris, 1948, pág. V.

(4) RIPERT, obra citada, pág. VI.

(5) *Ibidem*, pág. VI.

(6) CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 421.

(7) CASTRO, obra citada, pág. 42.

ducido figuras excepcionales, que, por el mismo hecho de serlo, suponen la regla general, el principio. Todas estas realidades nuevas no son producto de un derecho en declive, casi antijurídicas, como se quiere hacer creer, sino perfectamente jurídicas, aunque a primera vista extrañas, por lo cual la primera tarea que se impone es explicarlas jurídicamente.

Otra línea de pensamiento, mucho más extendida en la literatura jurídica, sin llegar a la angustiosa conclusión que el derecho dedina, ha afirmado, quizá con excesiva seguridad, la crisis de determinados conceptos o instituciones jurídicas. Es producto del mismo hecho: de aquella inservibilidad de los conceptos antiguos para las realidades nuevas—el contrato, en particular—. Los conceptos tradicionales se hallan en crisis y es urgente su reelaboración, se dice (8). Ocurre, sin embargo, que esta reelaboración, que tan urgente se estima, no llega a realizarse nunca. Importa, pues, ponerse con decisión frente al problema y extraer de él, por lo menos, un esquema de solución.

Estas líneas no pretenden plantearse toda la honda problemática que la repercusión de la inmisión estatal en el mundo del Derecho patrimonial provoca. Nacen con una finalidad limitada. Se ciñen al estudio del llamado contrato forzoso (9). Incluso respecto a él tampoco intentan llevar a cabo un análisis exhaustivo, ni resolver sistemáticamente todas las cuestiones que hace surgir, sino sólo señalar un problema y apuntar una solución cuyas consecuencias requieren, sin duda, un estudio más detenido y más reflexivo también.

II.—CRISIS DE LA AUTONOMÍA: CONTRATO DICTADO Y CONTRATO FORZOSO

Se ha repetido hasta la saciedad y ha adquirido ya rango de tópico: que tradicionalmente las relaciones privadas de tipo pa-

(8) La palabra «crisis» jamás ha sido tantas veces empleada. Si nuestra época no es efectivamente tiempo de crisis, tiene la sensación o la aprensión de serlo. Véase, por ejemplo, BARRAYRE, *L'évolution et la crise contrat*, 1937; ROCAMORA, *La crisis del contrato*, «Revista Crítica del Derecho Inmobiliario», 1942, pág. 569; OSORIO MORALES, *Crisis de la dogmática del contrato*, «Anuario de Derecho Civil», Tomo V, Fasc. 4, 1952, pág. 1175 y siguientes.

(9) Bajo la expresión «contrato forzoso» se engloban aquí todos aquellos casos en que el «contrato» ha sido impuesto a los contratantes. Para designarlos se han utilizado las expresiones «contrato forzoso» y «contrato impuesto» (MOREL, obra cit.). La elección de la primera no obedece a otro motivo que el de procurar, por el momento, fijar la terminología. Se trata, desde luego, de expresiones distintas de las de «contrato regulado» (JOSSEBAUD, *Considerazioni*, etc., cit.), «contrato dictado» (NIPPERDEY, obra cit.), con las que se hace referencia, más que a la imposición del contrato, a la determinación imperativa de su contenido. Lo curioso es que todas expresiones dispares, nacidas de distintas observaciones—de ahí su disparidad—han pasado a los tratados generales de derecho civil (Cfr. CASTÁN, 7.ª edición, Tomo 3.º, Madrid, 1951, pág. 305 y siguientes, donde se habla de las «nuevas categorías contractuales»; PUIG PEÑA, Tomo VI, vol. II, Madrid, 1951, pág. 8 y siguientes), con lo cual se favorece la confusión reinante.

rimonial han estado sometidas a la iniciativa particular, por qué se pensaba, no sin fundamento, que es a ella a quien corresponde regular el interés privado; que esta autonomía en la regulación de intereses privados discurría por el cauce general del negocio jurídico (10), y el particular del contrato (11); que más tarde se cayó en la cuenta de que con este libre juego de los intereses privados se perjudicaba el interés público, y se pensó que el gran tutor de este último, el Estado, debía intervenir, ordenar y regular las relaciones privadas, por que de su recta ordenación dependía el bienestar general y el interés del propio Estado; que la intervención del Estado en las relaciones privadas provoca una honda crisis en el principio de autonomía, que está en trance de perecer, y en el concepto de contrato, que es preciso revisar (12). Todo ello ha sido repetido tantas veces que pertenece ya a la región del tópico jurídico.

Contemplando más atentamente el hecho, se observa que esta ingerencia del poder estatal sobre la autonomía privada se produce en un doble sentido, porque es doble también el sentido de la misma autonomía. Indica Savatier que lo que él llama «estallido del contrato»—*l'eclatement du contrat*—puede producirse bien en la *formación de la voluntad*, cuando se contrae un vínculo obligatorio sin que las partes lo hayan querido (13), bien en los *efectos del contrato*, cuando el contenido de este vínculo, cualquiera que sea la manera como haya sido contraído, está preceptivamente señalado en la ley (14), o bien en ambos puntos conjunta-

(10) Por negocio jurídico se entiende aquí todo «acto de autonomía privada al que el Derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares», según la afortunada expresión de BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. española, pág. 47. En el mismo sentido, BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*, México, 1946, pág. 95; TRAFOCCHI, *Instituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1950, pág. 117; SAVATIER, *Cours de Droit Civil*, Paris, 1947, I, pág. 25.

(11) Por contrato se entiende, como tradicionalmente se ha venido aceptando, el acuerdo de voluntades creador de obligaciones; el negocio jurídico bilateral o, por lo menos, el negocio bilateral que incide sobre relaciones patrimoniales. Cfr. MESSEINEO, *Doctrina general del Contrato*, Buenos Aires, 1952, I, pág. 45; BRUGI, loc. cit., pág. 285; FERRARA, *Diritto privato attuale*, Roma, 1946, pág. 195.

(12) Además de las obras citadas en la nota 8, pueden verse: SARAIVA, *O problema do contrato*, «Jornal do Foro», Lisboa, 1949, donde además de tratarse de la consabida crisis del contractualismo, se distingue entre una crisis positiva producida por las innovaciones legislativas (crisis del contrato) y una crisis doctrinal (crisis de la teoría del contrato). También MORIN, *Les tendances actuelles de la theorie des contrats et les relations du reel et des concepts*, «Revue trimestral du Droit Civil», tomo 36, 1937, pág. 553 y siguientes. Sobre la necesidad de la revisión, RUGGIERO, *I dogmi del Diritto privato e la loro revisione*, Archivio giuridico, 1927, págs. 133 y sigs.

(13) SAVATIER, *Les metamorphoses...*, cit. pág. 61 y sigs., donde distingue como consecuencia de la «crisis por sustitución de la voluntad de las partes», el contrato autorizado, el contrato reglamentado, el contrato de adhesión, el contrato forzoso y el contrato ficticio.

(14) SAVATIER, loc. últimamente cit., pág. 69 y sigs.: La crisis por «sustitución o imposición de los efectos del contrato» puede hacerse bien ampu-

mente. De una manera semejante Morín (15), afirma que la transformación de la teoría contractual del Código civil se desenvuelve en dos sentidos: incidiendo sobre la *libertad contractual*—contratos que no han sido libremente realizados—o sobre la *fuera obligatoria del contrato*—contratos cuyo contenido no ha sido libremente determinado—. Y en análogo sentido Polo (16), señala que a los dogmas clásicos, libertad de conclusión del contrato y libertad de fijación del contenido del contrato, corresponde en la actualidad una doble crisis: crisis de la libertad de conclusión y crisis de libertad de fijación del contenido.

Esta dualidad parece exacta. La autonomía privada tiene un doble sentido: *a*), posibilidad de creación autónoma de relaciones jurídicas; *b*), posibilidad de determinación autónoma del contenido de estas relaciones. Por ello, parece también exacto que las limitaciones—no es este el momento de decidir si existe una auténtica crisis o decadencia de la autonomía privada o si se trata de un aumento de limitaciones—pueden producirse en dos sentidos: *a*), relaciones jurídico-privadas que no se constituyen autónomamente; *b*), relaciones que, con independencia del modo como hayan sido constituídas, no ven autónomamente determinado un contenido. En este segundo supuesto, que conviene apartar del primero para dar claridad al tema, caben los llamados contratos reglamentados, contratos dictados, contratos normados (17). El primero, objeto único de nuestra atención, es el llamado contrato forzoso.

El caso del *contrato dictado o reglamentado* ha sido examinado con más intensidad. Ha sido el que ha dado lugar a que se hablara de «crisis del principio de autonomía», pero es indudablemente el menos importante. Supone sólo la substitución del precepto privado que todo contrato normalmente contiene, por un «precepto público»—la norma jurídica, la ley—, en la reglamentación de las relaciones privadas. Este fenómeno es evidente y se produce en la actualidad en casi todo el Derecho privado. Ahí están los ejemplos que se van haciendo clásicos: las gentes pueden acordar voluntaria y libremente establecer entre ellas una relación de arrendamiento o de trabajo. El contenido de la relación de arrendamiento o de trabajo no lo determinan las partes. Los derechos y deberes de arrendador y arrendatario, de trabajador y de empresario están fijados en la ley. Todo ello no parece suponer una alteración de la esencia de la institución contractual. Aun existien-

tando las cláusulas queridas por las partes, bien injertando cláusulas no queridas, bien utilizando ambos métodos conjuntamente.

(15) MORIN, *La revolte du droit contre le Code*, «La revisión nécessaire des concepts juridiques». París, 1945, pág. 13 y sigs.

(16) POLO, *Del contrato a la relación de trabajo*, «Revista de Derecho Privado», 1941, págs. 1-17 y 80-95, especialmente pág. 5 y sigs.

(17) Sobre la distinción entre estas expresiones véase la nota 9 y los autores allí citados.

do una restricción de la autonomía, los llamados contratos normados son efectivamente contratos.

El fenómeno grave se produce cuando las relaciones jurídico-privadas no se constituyen voluntariamente, cuando aparece la constitución forzosa, el *contrato forzoso*; cuando, con independencia de quien sea el que determine el contenido de la relación, el hecho es que ésta no nace de un acto de las partes.

III.—LA OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD

No es algo nuevo, ni radicalmente original. «Sería, sin duda, inexacto decir que este fenómeno jurídico sea producto exclusivo del «dirigismo»—de la economía dirigida—; existen en la legislación anterior y en el mismo Código civil casos en los cuales una persona se halla, sin haberlo querido, inmersa en una relación contractual» (18). Lo cierto es, sin embargo, que su existencia ha pasado inadvertida y que sólo cuando lo ha puesto de moda y lo ha colocado en primer plano la época actual, al extenderlo con amplitud alarmante a casi todo el Derecho patrimonial, se plantea el problema urgente de su calificación jurídica y de su situación sistemática.

Es conveniente, antes de pasar a resolverlo, realizar una minuciosa labor de observación del fenómeno. Y, para ello, quizá ningún camino mejor que enumerar los casos en que se produce, para examinarlos en toda su extensión y recoger de ellos las notas más salientes que presenten para utilizarlas después en su más adecuada solución científica.

Morel (19) reconoce que bajo el nombre de contrato forzoso se sueñen englobar situaciones diferentes; es necesario excluir de este concepto los casos en que una persona se halla forzada a contratar porque ella misma se obligó—caso de la promesa de contrato—, así como aquéllos en que la imposición procede de una determinada situación de hecho—como el depósito miserable—, que denomina *contratos necesarios*, y las expropiaciones por causa de utilidad pública, porque son actos unilaterales de la autoridad cuidando de un interés general o por causa de interés privado—como la enajenación de los bienes del deudor ejecutado (sin que comprenda claramente la razón de esta última exclusión)—. Fuera de estos supuestos, que no son, según él, auténticos contratos forzosos, éste puede presentarse en tres formas: a), la restricción es mínima cuando a una persona libre de abstenerse, se le impone, si se decide a contratar, hacerlo con una persona determinada (caso de los derechos de tanteo y retracto). Tampoco se ve clara la inclusión de este supuesto porque en él no hay verdadero contrato forzoso. No es forzoso el contrato, sino un elemento de él, y tampoco necesariamente. b) En otros casos, hay una obligación de contratar impuesta a una

(18) MOREL, *Le contrat imposé*, cit. pág. 116 y sigs., aunque admite que es cierto que se han multiplicado los casos en razón de la intervención siempre más acentuada de la autoridad pública en las relaciones privadas.

(19) Obra y lugar citados.

persona incluso contra su voluntad (auténtico contrato forzoso). a) Por último, una persona puede verse de pleno derecho implicada en una relación contractual sin haber formulado la menor declaración de voluntad, ni aun obligado; hay en tal caso, una «relación contractual de origen legal».

Dualde (20) ha realizado una larga enumeración de los que llama «contratos imperativos» (21): 1.º El depósito necesario (art. 1.762 del Código civil), en sus dos modalidades de depósito miserable (art. 1.781, 2.º) y depósito efectuado en cumplimiento de una obligación legal (art. 1.781, 1.º). 2.º La expropiación forzosa a que alude el artículo 349 del Código civil, que es una venta necesaria y sus diferentes modalidades (22). 3.º Las servidumbres forzosas de paso (art. 564), de saca de agua y abrevadero (art. 555) y de acueducto (art. 558). 4.º La adquisición forzosa del dominio en los casos de especificación (art. 383), y de accesión de bienes muebles (artículo 375). 5.º La venta forzosa de bienes del deudor. 6.º La venta de bienes de menores. 7.º El régimen de tasas y la política de precios (23). 8.º Los arrendamientos forzosos, para los cuales el artículo 7 de la L. A. U. impone una prórroga obligatoria, y la L. de A. R. una duración mínima (24). 9.º El contrato de trabajo (25). 10. El contrato de mandato en todos los casos de administraciones legales.

En esta enumeración, un tanto confusa y falta de sistema, se

(20) DUALDE, *Los imperativos contractuales*, «Anuario de Derecho Civil», Tomo II, Fasc. II, 1949, págs. 527 y sigs.

(21) La inclusión que hace del matrimonio entre los contratos imperativos (ob. cit., pág. 528) es menester considerarla como una pincelada de humor. Aun en este caso se ha producido una confusión: al hablar de contrato forzoso no se hace referencia a los casos en que la voluntad por motivos internos no se determina libremente—casos para los que vale el antiguo aforismo «voluntas tamen coacta etiam voluntas est»—, sino a los casos de coacción externa, de imposición en una palabra. Cfr. MOREL, loc. cit., pág. 116 y sigs.: SAVATIER, *Les metamorphoses*, cit. pág. 70.

(22) La inclusión de expropiación forzosa (ibidem, pág. 531) tampoco parece adecuada. El fenómeno sólo debe abarcar, a mi juicio, aquellos casos en que se cree o constituya forzosamente una relación jurídica de naturaleza privada. La relación de enajenación que surge entre el expropiado y el Estado es una relación de derecho público. Sólo a los casos de derecho privado puede dárseles tratamiento homogéneo. De ahí la importancia de la distinción.

(23) El régimen de tasas y la política de precios (ibidem, pág. 533) no dan lugar a contratos forzosos. Con anterioridad se ha querido señalar la diferencia entre toda restricción de autonomía privada (vid. supra, pág. 5.º), distinguiendo entre constitución voluntaria o forzosa de una relación y determinación voluntaria o forzosa del contenido de la relación. El contrato forzoso contempla el primer término de esta distinción. El régimen de tasas, el segundo; más que de un contrato forzoso se trata de un contrato voluntario—valga, por ahora, la expresión—con precio forzoso.

(24) La observación ha de ser muy semejante a la realizada en la nota anterior. El contrato de arrendamiento, en el sentido en que DUALDE lo toma, no es auténticamente forzoso. Se trata de un contrato voluntario—voluntariamente contraído—con contenido forzoso. Ello no significa negar la existencia de verdaderos arrendamientos forzosos (vid. infra, pág. 11).

(25) Son verdaderas, igualmente, las observaciones de las dos notas anteriores.

engloban supuestos de distinta naturaleza, comprendiendo, junto a relaciones con contenido forzosamente determinado, aquéllas que en realidad se constituyen forzosamente. Conviene hacer una separación escrupulosa de los supuestos de una y otra índole. En nuestro actual Derecho positivo pueden constituirse de modo forzoso las siguientes relaciones jurídico-privadas:

a) *Servidumbres*.—Junto a las servidumbres voluntarias admite nuestro Código civil la existencia de servidumbres forzosas, legales según su terminología, «impuestas por la ley, por causa de utilidad pública o interés de los particulares» (art. 549):

Estas servidumbres son de tres maneras:

1.ª La ley crea directamente la servidumbre, en cuyo caso ésta puede, en rigor, denominarse legal (26).

2.ª La ley no crea directamente la servidumbre, sino que se limita a disponer que en determinadas circunstancias podrá crearlas las administraciones (27). La servidumbre en este caso más que auténticamente legal será administrativa (28).

3.ª La ley concede a una persona un derecho a exigir la constitución de la servidumbre y paralelamente impone a otra persona el deber de crearla (29). En este caso la servidumbre nacerá bien mediante el ejercicio del derecho seguido del cumplimiento voluntario, por parte del deudor de la constitución, o bien, cuando esto último no ocurra, por el ejercicio del derecho ante los tribunales, siendo

(26) Normalmente se denominan «legales» todas las servidumbres que el Código civil define como «impuestas por la ley»; Cfr. CASTÁN, *Derecho civil* (7.ª edición), Madrid, 1950, Tomo II, pág. 499, aunque advierta que «indudablemente no ha de entenderse que todas las servidumbres legales se impongan tan sólo por declaración de la ley; algunas presuponen también una declaración de voluntad o un procedimiento civil o administrativo instado por el que quiere obtenerlas». En rigor, sólo las primeras, las que se impongan por declaración de la ley, pueden denominarse legales: tal es el caso de la servidumbre natural de aguas que regula el artículo 552 del Código civil.

(27) Tal es el caso de la servidumbre de acueducto, a que se refieren los artículos 557 y siguientes del Código civil. El Código civil concede el derecho de hacer pasar el agua por los predios intermedios. Pero no es la pura declaración de la ley lo que da existencia a la servidumbre. La servidumbre se constituye mediante un acto administrativo. Según el art. 78 de la Ley de Aguas, corresponde al Gobernador de la provincia decretar y otorgar la servidumbre de acueducto en los casos en que sea de interés privado.

(28) El carácter administrativo de la servidumbre se predica de su origen o de la naturaleza del acto constitutivo por contraposición al legal. No se olvida que con ello se hace posible la confusión con las llamadas por el derecho administrativo «servidumbres públicas o administrativas» (Cfr. GASCOIN Y MARTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo* (11.ª edición), Madrid, 1950, Tomo I, pág. 413), pero no se encuentra otra manera de subrayar aquella nota.

(29) El artículo 564 del Código Civil dice que «el propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización». Obsérvese que el Código no concede «derecho a pasar», sino «derecho a exigir paso», esto es, que no concede los derechos que asistirían al dueño de un predio dominante (como ocurriría en el caso de servidumbre creada «ex lege»), sino derecho a la constitución de la servidumbre. Y la constitución no tiene otros modos de llevarse a cabo que un acuerdo de las

entonces la decisión que ponga fin al proceso, el acto creador de la servidumbre.

b) *Usufructos*.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 468 del Código civil, existen dos clases de usufructos: los constituídos por voluntad de los particulares y los impuestos por la ley.

1.º El padre o la madre, titulares de la patria potestad, tienen el usufructo de los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido con su trabajo, industria o por cualquier título lucrativo (artículo 160 del Código civil), con las limitaciones que establecen el propio artículo 160 y los siguientes.

2.º El marido es usufructuario de los bienes que componen la dote inestimada (art. 1.357 del Código civil).

3.º El viudo o viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho a una cuota en usufructo (art. 834 del Código civil).

c) *Hipotecas*.—La Ley Hipotecaria admite junto a las hipotecas voluntarias, creadas por medio de negocio jurídico, una serie de hipotecas forzosas que se denominan legales. Es de advertir que no todas ellas son legales en sentido estricto. Sólo excepcionalmente—caso de las llamadas hipotecas tácitas (30)—son establecidas por la ley. Por lo general, en las que se denominan legales, la ley no establece directamente la hipoteca, sino que otorga a los favorecidos el derecho de exigir la constitución (31). La constitución se lleva a cabo mediante el cumplimiento voluntario del deber de constituir (art. 159 de la Ley Hipotecaria) o judicialmente por medio del procedimiento que al efecto se establece (art. 165 de la Ley Hipotecaria) (32). Lo que parece fuera de toda duda es que en cualquier caso tienen para el deudor carácter forzoso.

d) *Compraventas*.—Hay en el Derecho actual varios supuestos de ventas forzosas, es decir, de creación forzosa de una compraventa entre particulares (33), sin que medie entre ellos un acuerdo de voluntades.

partes o el ejercicio del derecho a la constitución ante los Tribunales. (Cfr. CASÁN, ob. cit., pág. 500, donde se dice que en estos casos la servidumbre «se constituye en realidad por adjudicación», aunque no se explique—sería sin duda difícil—la naturaleza de este acto de «adjudicación» o acto de la autoridad judicial.)

(30) Tienen este carácter las hipotecas establecidas por los artículos 194 y 196 de la Ley Hipotecaria.

(31) El artículo 158 de la Ley Hipotecaria emplea una expresión muy semejante a la del artículo 564 del Código civil que antes examinábamos. «Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrá otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca suficiente para la garantía de su derecho». La frase tiene esta vez mayor pureza técnica—«derecho de exigir la constitución», pero indica lo mismo.

(32) Parece también digna de ser observada la terminología de este artículo 165, donde se habla «constituir judicialmente cualquiera hipoteca».

(33) Al hablar de compraventas entre particulares se quiere excluir de este análisis toda confusión con las posibles «ventas forzosas» originadas en los expedientes administrativos de expropiación forzosa. Sobre ello, vid. supra la nota 22.

1.º Venta mediante cupo.—Las circunstancias económicas han obligado en los últimos tiempos al Gobierno a intervenir y regular la distribución de determinados productos y mercancías. Una de las vías por donde la intervención en la distribución de productos discurre es el sistema de cupos establecido principalmente en las industrias del acero, del cemento y del carbón (34). El Estado distribuye, mediante cupos, los productos intervenidos, sin tener en cuenta al fabricante vendedor. La operación se ajusta, poco más o menos, al siguiente esquema. A, comprador, solicita del Estado la concesión de un cupo de cualquiera de los productos intervenidos. El Estado, por medio de la oficina administrativa que en cada caso sea competente, puede denegar o conceder el cupo. Ahora bien, una vez concedido, el fabricante B, ajeno a toda esta operación, se encuentra obligado a entregar a A la mercancía y recíprocamente el comprador lo está a pagar el precio. Entre A y B ha surgido una compraventa y, sin embargo, no ha habido entre ellos acuerdo alguno.

2.º Venta de solares.—La Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945, decretó su venta (35), siguiendo para ello un sistema que parece lejanamente inspirado en las leyes desamortizadoras (36). Declara en venta todos los solares del territorio nacional que podrán ser adquiridos por cualquiera que desee edificar viviendas en ellos (art. 4) sin otros límites que un derecho de «retención» que se concede al propietario, durante un plazo de dos años, para que construya por sí mismo (art. 5) y un derecho de reversión, otorgado también al propietario, en el caso de que el adquirente no lo haga (art. 11). La venta forzosa se tramita ante la Autoridad municipal que es quien dirige y aprueba toda la operación (37), cualquiera que sea su naturaleza; lo que parece cierto es que la compraventa se traba y perfecciona sin tener en cuenta para nada la voluntad del propietario del solar.

3.º Venta judicial de bienes del deudor.—La venta judicial en

(34) Véanse el Decreto de 19 de diciembre de 1940, el Decreto de 31 de diciembre de 1941, la Orden de 26 de junio de 1942 (especialmente arts. 20, 21 y 23) y la Orden de 28 de octubre de 1941.

(35) El artículo 4 dice textualmente que «en lo sucesivo todo solar o construcción comprendido en el artículo 1.º estará en venta y podrá adquirirlo quien desee edificar para vivienda en las condiciones que esta ley determina». Seguramente, la peculiar forma de expresión—«están en venta»—merecería un examen más detenido del que aquí puede hacerse. Cuando la ley declara que los solares «están en venta», ¿qué es lo que realmente hace? ¿Una oferta de contrato forzoso de venta? ¿Una invitatio ad offerendum? ¿O una simple declaración de principios en la cual gráficamente se establezca la admisión de las ventas forzosas?

(36) Es curioso el parentesco entre la expresión «están en venta» de la Ley de Solares de 1945 y el artículo 1.º de la Ley de 1.º de mayo de 1855 sobre desamortización civil y eclesiástica, según la cual «se declaran en estado de venta...». La «declaración legal del estado de venta» merece un análisis detenido, aunque no pueda ser efectuado en este lugar.

(37) Véase el capítulo IV—especialmente la primera Sección, dedicada a «peticiones de venta y su tramitación»—del Reglamento de 28 de mayo de 1947, sobre Ordenación de Solares.

pública subasta de los bienes del deudor ejecutado, regulada en los artículos 1.507 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es una auténtica venta forzosa llevada a cabo sin la intervención del deudor ejecutado (38).

c) *Arrendamientos* (39).—El Decreto de 3 de octubre de 1947,

(38) El problema de la naturaleza jurídica de la enajenación de los bienes del deudor ejecutado ha suscitado fuertes dudas dentro de la doctrinal procesal, pese a la claridad con que, en este punto, se expresa la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 1.512 dice textualmente que «consignado el precio, se hará saber al deudor que dentro del tercer día otorgue la *escritura de venta* a favor del *comprador*. Si no lo verifica o no pudiera verificarlo por estar ausente, declarado en rebeldía o por cualquier otra causa, el Juez otorgará de oficio dicha escritura».

No obstante ello, se han mantenido en torno al problema dos opiniones radicalmente contrarias: a) Según la primera, la enajenación de los bienes del deudor ejecutado es una venta (vid., p. ej., PLAZA, *Derecho Procesal civil español*, 1943, vol. II, pág. 552): «es innegable que mediante la ejecución se realiza un acto de transmisión bastante para que pueda adquirirse el derecho de propiedad. La Ley de Enjuiciamiento Civil lo califica reiteradamente de venta, y así alude con insistencia al *comprador* (arts. 1.509, 1.511, 1.512, 1.513, 1.514 y 1.515), y sobre este punto no creemos que ofrezca dudas la legislación española». b) La segunda opinión sostiene que la referida enajenación no es una compraventa, sino algo distinto, basándose en la ausencia de reciprocas declaraciones de voluntad y, por ello, de negocio jurídico. Tal es, por ejemplo, la opinión de GUASP (cito por mis notas tomadas en las explicaciones de Cátedra en la Universidad de Madrid, curso 1951-52).

La primera opinión parece más próxima a la verdad. Efectivamente, la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta. Más claramente: podía negarse la existencia de venta contractual, pero no la de venta judicial, desde el momento en que venta es todo «vinculum iuris» que da lugar a la transmisión de un derecho de propiedad a cambio de un precio en dinero.

El problema se desvía entonces hacia la determinación de la naturaleza del acto originador de esta compraventa. Se ha intentado en este punto establecer un paralelismo entre subasta y contrato (el anuncio es una invitación a la oferta; la postura, una oferta; la aprobación, una aceptación). El paralelismo es sugestivo, pero insuficiente, porque el acto originador no es un contrato—aunque esta afirmación suponga anticipar ideas—y porque la subasta, que es un puro mecanismo formal, no puede dar la naturaleza del acto al cual sirve de estructura exterior (la subasta de los artículos 2.048 y ss., encubre un contrato; la subasta de los artículos 1.481 y ss., no). De todo ello se llega sin dificultad a la conclusión de que el acto originador de esta compraventa es el proceso de ejecución, por lo cual la venta, además de llamarse judicial, puede ser calificada de procesal. De no ser así, de no considerarse que la compraventa de los bienes del deudor ejecutado nace de este complejo de actos jurídicos que se denomina «proceso de ejecución», no se le encuentra al problema su solución.

No parece, por ello, disonante hablar de venta judicial o procesal para distinguirla de la venta contractual. Quiere decirse simplemente que, de la misma manera que la compraventa nace de un acto de las partes (contrato), no hay dificultad teórica insuperable para admitir que la compraventa pueda nacer también de un acto de las partes con el juez (proceso.)

(39) Un curioso antecedente histórico del actual arrendamiento forzoso puede encontrarse en la ley VIII, del título X del libro X, de la Novísima Recopilación: «No pueden los dueños y administradores tener sin uso y cerradas las casas; y los jueces los obliguen a que las arrienden a precios justos convencionales o por tasación de peritos que nombren las partes y tercero de oficio en caso de discordia, aunque se diga y alegue no poder arrendarlas por estar prohibido por fundaciones o por otro motivo, pues semejantes disposiciones

que aplica el apartado a) de la disposición transitoria 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos del 31 de diciembre de 1946, establece y regula el régimen de arrendamientos forzosos. El Gobernador civil de la provincia podrá ordenar al propietario de viviendas, que susceptibles de ser ocupadas no lo fueren por nadie, su arrendamiento en un plazo de treinta días. Si el propietario no cumple el requerimiento de la Autoridad, ésta dispondrá que la vivienda sea ocupada por el aspirante a inquilino a quien corresponda (40). El «contrato» de arrendamiento será otorgado por el Gobernador cuando el propietario se niegue a hacerlo.

f) *Mandatos*.—En todos los casos en que, por la ley o por la Autoridad, se encomiende a una persona la administración de los bienes de otra, sin contar con la voluntad de ésta, existe una relación idéntica a la de mandato, sin otra diferencia que la de no haber surgido de un contrato (41).

g) *Depósito*.—El propio Código civil, en su artículo 1.759, reconoce que el depósito puede ser judicial o extrajudicial, y este último, a su vez, voluntario o necesario (42). La relación necesaria de

no pueden producir efecto en perjuicio del bien público» (consulta y Auto acordado del Consejo de 31 de julio de 1792). Recojo esta cita de LACASA COARASA: *El arrendamiento forzoso*, «Rev. Gral. de Derecho», 1947, núm. 39, páginas 666 y ss.

(40) Es conveniente transcribir el párrafo 4.º del artículo 3, del citado Decreto para contemplar—pese a su deficiente redacción—todo el vigor del arrendamiento forzoso. «Si el propietario se negare a otorgar el contrato, será requerido en forma por la autoridad gubernativa, y si no lo otorgare en el plazo que se le señaló, sin perjuicio de deducir tanto de culpa a los Tribunales para que proceda contra el mismo por el delito de desobediencia grave a la Autoridad, se otorgará el contrato de arrendamiento por el Gobernador civil o Delegado gubernativo, y el aspirante advendrá inquilino por la vivienda con los derechos y obligaciones que impone la Ley, determinándose la renta con arreglo a los referidos fiscales.» La redacción es pésima, pero se deducen de ella dos cosas importantes: a) Que el propietario puede otorgar por sí mismo el contrato bajo el peso de la imponente coacción de incurrir en delito; b) Que, por si ello fuera insuficiente, concede al Gobernador civil la potestad de otorgar por sí mismo el contrato. No se discute el valor político del precepto, sino su valor jurídico. Y su valor jurídico es este: el Gobernador civil otorga contratos de arrendamiento. ¿Cabe pensar un «contrato» más forzoso?

(41) Los casos de administración forzosa no son escasos en nuestro derecho (véanse, por ejemplo, los artículos 966, 1.097, 1.124, 1.193 y ss., 1.350 y ss., 1.505, etc., de la Ley de Enjuiciamiento civil). Ahora bien, la relación entre administrador y administrado a que dan lugar los casos de administración forzosa, ¿en qué difiere de la relación de mandato?

(42) La existencia de depósitos judiciales y extrajudiciales y, dentro de estos últimos, de depósitos voluntarios y necesarios, ha planteado serias dudas acerca de la auténtica naturaleza contractual de la figura. Nuestro Código civil (art. 1.758), al definir el depósito en general omite cuidadosamente la utilización del término «contrato»—«se constituye el depósito...»—si bien lo emplea al referirse al depósito propiamente dicho (art. 1.760), lo cual no es óbice para que dentro de este contrato de depósito propiamente dicho se incluyan lo mismo el depósito voluntario (arts. 1.763 y ss.) y el depósito necesario (artículos 1.781 y ss., lo cual hace observar a CASTÁN (ob. cit., tomo IV, pág. 611) que «implica una ficción demasiado violenta dar carácter contractual a todas las variedades del depósito».

depósito (43) y la que se crea judicialmente (44) nacen sin que exista entre las partes un verdadero negocio jurídico bilateral.

h) *Seguros*.—Lo mismo los seguros implantados por la moderna legislación laboral (45) que el seguro de viajeros (46), tienen carácter obligatorio o forzoso, al menos para el asegurado (47).

i) *Fianzas*.—El artículo 1.823 del Código civil clasifica las fianzas en legales, convencionales y judiciales. Las constituidas en cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o por virtud de una resolución judicial tienen un indudable carácter forzoso.

La enumeración no tiene carácter exhaustivo. Es posible que se omitan figuras representativas de la misma dirección, como lo es también que se recojan otras en que la constitución forzosa sea discutible. Sin embargo, el fenómeno queda pintado con toda la amplitud que tiene. Caben en él figuras de tipo moderno junto a otras que son antiguas ya. Todas ellas plantean el mismo problema: determinadas realidades jurídicas, consideradas en la técnica tradicional como contratos—y no debe perderse de vista que el contrato se ha concebido hasta ahora como el primer acto de autonomía privada, como acuerdo entre partes—y, destacadamente, compraventas, arrendamientos, depósitos, seguros, pueden surgir de modo forzoso. ¿Qué explicación tiene todo ello?

IV.—EL PROBLEMA Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

A mi juicio, todo ello conduce a un agudo dilema: o se rectifican los conceptos de negocio jurídico y contrato, puesto que han dejado de ser los actos de autonomía privada reguladores de las re-

(43) El artículo 1.781 distingue dos especies de depósito necesario: el realizado en cumplimiento de una obligación legal y el depósito en caso de calamidad o depósito miserable. Aun admitiendo la naturaleza contractual de este último, la del primero parece totalmente inadmisibles.

Tiene ciertamente mayor semejanza con los casos de constitución legal (vid. *supra*, págs. 8 y ss., e *infra*, 26 y ss.) que con los auténticos contratos. Una enumeración muy completa de las «obligaciones de depositar» puede verse en *MANRESA: Comentarios al Código civil español* (4.ª edición), Madrid, 1931, tomo XI, página 627.

(44) El secuestro o depósito judicial parece, *prima facie*, un auténtico depósito, siquiera no se conciba como contrato. (Esta antinomia es, precisamente, lo que en este trabajo se intenta destruir). Sobre el secuestro: *MANRESA: Ob. cit.*, pág. 638; *CASTÁN: Loc. cit.*, pág. 627.

(45) Seguros de Enfermedad (Ley 14 de diciembre de 1942, arts. 1 y 3 y Reglamento de 11 de noviembre de 1943, art. 8); de Vejez e Invalidez (Ley de 1 de septiembre de 1939 y Reglamento de 2 de febrero de 1940, art. 1), etc.

(46) Véase, sobre todo, el Real Decreto de 26 de julio de 1929 y el Decreto de 8 de mayo de 1942.

(47) Entre los mencionados seguros obligatorios y el contrato de seguro definido en el artículo 1.791 del Código civil, existe una indudable semejanza. Ahora bien, es dudoso que los seguros obligatorios puedan incluirse entre los llamados contratos forzosos, porque, de la misma manera que acontecía en el caso de la expropiación forzosa (*supra*, nota 22), la relación entre asegurador y asegurado no es de derecho privado, sino de derecho público, ya que la entidad aseguradora es normalmente un organismo administrativo (*PÉREZ BORTJA: Curso del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1950, pág. 479 y ss.).

laciones juridicoprivadas para englobar también los actos de autoridad creadores de esas mismas relaciones; o se construyen, al lado de los actos de ordenación privada de relaciones (negocio jurídico), una figura nueva que recoja y dé paso a toda esta nueva realidad de los actos de ordenación y creación pública o estatal de estas mismas relaciones.

Toda la literatura ocupada del tema, casi sin excepción, ha preferido el primer camino—rectificación de los conceptos—llegando a resultados contradictorios. Este trabajo pretende señalar el error en que se incide pensando así y la conveniencia de seguir la segunda ruta; no intenta, sin embargo, por su misma reducida extensión, extraer todas las consecuencias que de esta dirección pueden obtenerse.

Es conveniente examinar con detalle las posturas que ante la cuestión pueden adoptarse. Las cuales posturas son, como más arriba se ha indicado, sustancialmente dos:

a) *Rectificación de conceptos*.—Los juristas, siempre a la zaga en toda evolución social, con un sentido atrozmente conservador y un amor inmenso a las categorías lógicas de antigüedad secular, al catalogar las nuevas figuras las encierran en los moldes vetustos. Y, ¿qué ocurre? Que no caben. ¿Son formas de tráfico que hacen nacer relaciones patrimoniales sustancialmente idénticas a las hasta ahora llamadas contractuales? Luego son contratos. ¿Qué no encajan bien en la idea tradicional de contrato? Se habla de la crisis del principio de autonomía, se propugna la revisión y rectificación de la dogmática del contrato y se admite la existencia de contratos dictados, impuestos, imperativos y forzosos.

Lo curioso, lo paradójico, es que toda esta dirección, producto del conservadurismo y de la inercia, es la única que ni logra conservar el concepto tradicional, ni explicar el nuevo, siendo, a la larga, subversiva. Porque, al razonar de este modo, al admitir la existencia de contratos dictados, imperativos, impuestos o forzosos, sin advertirlo, se está subvirtiendo toda la idea tradicional que se pretende mantener y revisar. Efectivamente: si el contrato no es un acto de autonomía, porque abarca también las formas imperativas, ¿cuál debe ser el concepto de contrato? Pensemos—porque es muy fácil detenerse en la simple exigencia de la revisión—que este nuevo concepto de contrato ha de ser apto para ser aplicado a los negocios voluntarios, a los acuerdos entre partes, y también a los actos estatales que se imponen a las partes (48). De esta suerte el con-

(48) En esta hipótesis el contrato deja de ser el «acuerdo de varias personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas», según la clásica definición de SAVIGNY (*Sistema de Derecho romano actual*, Madrid, 1878, II, pág. 354), para convertirse en algo distinto. Son en este punto tremendamente expresivas las palabras de JOSSEBRAND: (*Derecho civil*, revisado y completado por BRUN. Buenos Aires, 1950, II, vol. I, página 16 y ss.). Los contratos no sólo han crecido en número y en categorías, sino que tienden visiblemente a cambiar de naturaleza. Ordenados en otro tiempo para dejar a los interesados en completa libertad, sufren cada vez más la fiscalización, la acción de los poderes públicos...; el contrato libre tiende a

cepto genérico, si se lograra, no estaría lejano del de «acto jurídico», entendido en su más amplia significación, con lo cual su misma amplitud le haría inútil en la práctica. Piénsese también que la rectificación del concepto tendría que provocar necesariamente una rectificación en el régimen jurídico de la institución; que al admitir un concepto de contrato que englobe las formas imperativas, se haría necesario excluir al consentimiento de los contratantes (artículo 1.261, 1.º del Código civil), de entre los requisitos del contrato, porque habría contratantes que no consintiesen; que, como consecuencia de ello, caería por su base toda la teoría de los vicios de la voluntad y, en definitiva, toda la teoría general del contrato, siendo, en realidad, muy difícil construir otra teoría que la sustituya. Se llega de este modo a un punto insoluble que hace imposible todo ulterior avance.

Toda esta línea de pensamiento que, al admitir los contratos forzosos, se encuentra con la necesidad de construir un nuevo concepto de contrato, que no puede formular, parte de una confusión muy clara, aunque no siempre advertida. Llama contrato más a la relación jurídica que el negocio bilateral crea que al negocio creador en sí (49). Sobre esta base, la consecuencia es lógica, si contrato es, por ejemplo, la relación de compraventa o de arrendamiento, y de estos actos, forzosos es verdad, nacen arrendamientos y compraventas idénticas a las que pueden originar un acuerdo de voluntades, hay que concluir afirmando que son contratos, aunque para ello sea necesario destruir la autonomía de las partes y hablar de contratos dictados o forzosos (50).

convertirse en contrato dirigido». En parecido sentido se ha afirmado que «el contrato ha dejado de ser una «entente» intervenida por voluntades iguales y autónomas, para convertirse en una operación dirigida por los poderes públicos». (RIPERT: *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, pág. 300; JOSSERAND: *Aperçu général de tendences actuelles*, cit., pág. 2; SARAIVA: ob. citada, pág. 15). No es posible llegar más lejos. El contrato se define como una operación dirigida por los poderes públicos. Ello tampoco es exacto. Tal definición puede ser válida para él, llamémosle así, contrato dirigido, pero no para los casos de contratos libres que aún existen. Un concepto nuevo, rigurosamente lógico, debe englobar ambas hipótesis. Y este concepto nuevo no nos engañemos, no puede obtenerse.

(49) Advierte FERRARA: (*Diritto Privato Attuale*, Roma, 1946, pág. 195) que una noción amplia de contrato comprende el negocio jurídico bilateral y el vínculo que él origina. MESSINEO: (*Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1952, I, pág. 45), hace una observación semejante. Más exacto BRUGI: (*Instituciones de Derecho civil*, México, 1946, pág. 285), advierte que el contrato es un acuerdo para constituir, regular o disolver un vínculo jurídico que no puede confundirse con la relación u obligación convencional que es su efecto. Hay que convenir en que, efectivamente, contrato y relación contractual, valga la expresión, son conceptos distintos.

(50) Existe en este sentido una notable incongruencia dentro de la técnica tradicional del Derecho civil. En una de las partes en que el sistema lo divide —tratado de los derechos reales— se exponen las diversas figuras jurídicas que poseen esta filiación—usufructo, servidumbres, etc.—, considerándose respecto de ellas el contrato como una de las formas posibles de constitución, aunque no la única, opinándose, en este punto, de manera tal que realidades catalogadas por el Código civil como contratos—censos, hipotecas, prendas, anticre-

b) *Creación de nuevas figuras*.—Es menester variar la premisa. Contrato es el acto o negocio por el cual dos personas, voluntaria y autónomamente, acuerdan crear entre ellas una relación jurídica (51). La relación jurídica que nace de él, es su efecto. Algo distinto; una unidad nueva, una realidad diferente (52). Por eso es disonante admitir la existencia de contratos dictados o impuestos. Donde hay imposición no puede haber contrato. Son términos que no riman. Cuando no existe acuerdo de voluntades y la voluntad de una de las partes o la de ambas se desconoce y a pesar de ello nace una relación jurídica, habrá otra cosa, pero de ninguna manera un contrato.

«El contrato desaparece, dice Savatier. Perece. Otra cosa se coloca en su lugar» (53).

El problema consiste entonces en averiguar qué es esta otra cosa. Savatier lo ha llamado «relación de hecho paracontractual» (54). De modo muy semejante Morel habla de «relaciones contractuales de origen legal» (55). Y Durand de «relaciones extracontractuales» (56). Esta tendencia tiene sobre la anterior una ventaja indudable. Supone un progreso evidente, a mi juicio, el abandono de la idea del contrato forzoso y el intento de sustitución por una nueva realidad. Sin embargo, al realizar este intento no se obtienen resultados satisfactorios. Hablar, como lo hace Morel, de «relaciones contractuales de origen legal» supone una contradicción en los

eis—han sido trasladadas a aquella parte. Sin embargo, en la parte siguiente del sistema—tratado de las obligaciones—se enumeran y analizan contratos—compraventa, arrendamiento, etcétera—. Para que el sistema tuviera una perfecta congruencia sería menester llevar el contrato a la parte general o, por lo menos, a una parte general del derecho patrimonial, todavía por crear, considerando como una forma, aunque no la única, de creación de situaciones patrimoniales y reducir la exposición especial al análisis de estas situaciones, ya sean jurídico-reales, ya sean jurídico-obligacionales. La observación ha sido hecha por SAVIGNY (*Sistema*, cit., II, pág. 354 y ss., donde se afirma que en la esfera del Derecho privado el contrato se refiere a toda clase de instituciones); que no hay inconveniente en admitir que un contrato cree servidumbres o derechos de superficie; que es un error tomar una de las especies—contrato obligatorio—por el género). La observación, aunque antigua, no ha perdido actualidad.

(51) Contrato es el acuerdo en dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial, según los términos bastante exactos del artículo 1.321 del Código civil italiano.

(52) Relación jurídica es una «situación en que se encuentran las personas organizadas unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico» (CASTRO: *Obra cit.*, I, pag. 556).

(53) SAVATIER: *Les metamorphoses...* cit., pág. 60.

(54) La relación de hecho paracontractual es definida así: «Une suite de faits matériels se substitue au contrat lui-même, et produit des effets systématiquement voisins, car ils ne peuvent être identiques» (pág. 60).

(55) MOREL: *Loc. cit.*, pág. 116 y ss.

(56) Véanse DURAND: *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, «Rev. Trimestrel de Droit civil», 1944, pág. 73 y ss.; *Le rôle des Agents de l'autorité publique dans la formation du contrat*, en la misma revista, 1948, pág. 155 y ss.; además el *Precis de législation industrielle*, en colaboración con ROUAST.

términos. Porque ambos calificativos—contractual y legal—hacen referencia de origen de la relación. La relación, por su origen, puede ser contractual y puede ser legal. Lo que no es admisible es la conjunción de ambos términos. Por otra parte, las denominaciones «relación paracontractual», empleada por Savatier, y la muy similar de «relación extracontractual» que utiliza Durand (57), sobre ser extremadamente vagas, sólo indican que el origen de la relación no es contractual. Muestran sólo el aspecto negativo de la cuestión. Pero nada dicen respecto a cuál sea su auténtico origen. Porque ocurre que el problema hay que plantearlo en el origen de la relación. La relación contractual y la llamada paracontractual—más claramente, el arrendamiento voluntario y el forzoso, por ejemplo—en nada se diferencian si no es en el origen. No puede satisfacer por ello la sustitución del término «contrato forzoso» por el término «relación paracontractual» u otro similar. El problema requiere un análisis mucho más minucioso.

Una construcción rigurosa del tema debe fundarse, a mi juicio, en una distinción clave que ya se apuntaba más arriba. Es la distinción que existe entre contrato y relación jurídica. El contrato es un acto privado mediante el cual se crean, de modo bilateralmente voluntario, relaciones jurídicas de todas clases. Se trata, en definitiva, de una especie del género negocio jurídico, que continúa siendo la forma más importante de creación de relaciones privadas, porque la autonomía privada tiene aún—a pesar de su crisis—rango de principio del Derecho.

Peró es preciso pensar que, junto al contrato, junto al negocio jurídico existen en el mundo del Derecho privado nuevas formas de tráfico, nuevos actos de constitución forzosa de relaciones jurídicas, de los cuales nace una relación idéntica esencialmente a la que pueda originar un contrato. Varía solamente la fuente de producción: acto de creación voluntaria o acto de creación forzosa. La relación jurídica que de ellos mana y es consecuencia—compraventa, arrendamiento, etc.—, es en esencia la misma.

V.—DISTINCIÓN ENTRE ACTO DE CONSTITUCIÓN Y RELACIÓN CONSTITUÍDA

De la mano de estas ideas se puede llegar a establecer una distinción mucho más general. La que existe entre el acto de constitución y la relación por él constituída. No es nueva ni original la afirmación que aquí se hace de que debe distinguirse la relación jurídica de los hechos o negocios que la dieron origen (58); que una

(57) La expresión «relación paracontractual», según la raíz griega *κατά* (en, al lado de) no significa otra cosa que «relación como contractual». El mismo valor aproximativo tiene el término «relación extracontractual». Se corre con ello el riesgo de resucitar, en otro sentido, el famoso *quasi ex contractu* de la fórmula de GAYO.

(58) «Se debe distinguir (la relación) ... de los hechos o negocios jurídicos que la originaron. Así el contrato es sólo un negocio jurídico que origina

cosa es el acto creador y otra la relación jurídica que de él surge (59). La afirmación es exacta y clara. Acto de constitución y relación constituida no son ni estructural ni funcionalmente la misma cosa.

Tienen una estructura diversa. La relación jurídica es una *situación* en que se encuentran dos sujetos (60). Como situación (61) es un modo de estar en la vida, un especial «estado», un fenómeno estático. La constitución de la relación es algo tan alejado del concepto situación, como un *acto* un hacer del hombre, una realización, un fenómeno de cariz dinámico.

Tienen también una función diversa. Acto de constitución y relación constituida se hallan unidos por un nexo causal. El acto de constitución es la causa de la relación y ésta, y, como consecuencia, la serie de derechos y deberes que la componen y forman su contenido, son su efecto. El acto de constitución de la relación es, en realidad, un «ponerse en relación» dos personas que en el momento anterior no se hallaban unidas, al menos, por este nuevo y especial vínculo. Este «ponerse en relación», relacionarse, que es tanto como crear la relación, tiene que ser necesariamente un acto de la vida social. Ahora bien, decir que el acto de constitución ha de ser un acto de la vida social no significa decir que haya de ser un acto sin carácter jurídico. Por el contrario, es un auténtico acto jurídico en cuanto que ha sido recogido por una norma que le ha conferido un valor jurídico: la eficacia de vincular, de crear relaciones.

Queda así establecida la diferencia que existe entre el acto de constitución y la relación por él constituida. Ocurre, sin embargo, que el acto de constitución, de la misma manera que casi todas las realidades jurídicas, se convierte en una categoría lógica, en un

relaciones jurídicas de la más distinta naturaleza». CASTRO: Ob. y lugar citado, pág. 557 y nota 2.

(59) PÉREZ SERRANO: *El nuevo sentido del contrato*, «Rev. de Derecho Privado», 1943, pág. 477.

(60) La definición clásica del concepto de relación jurídica—relación social o relación de la vida regulada por el derecho—es totalmente vaga e inconcreta (véase, p. ej., SAVIGNY: *Sistema*, cit. I, pág. 223; ERNECCERUS: *Tratado de Derecho civil*, tomo I, vol. 1.º, pág. 285; BRUGI: *Instituciones*, cit., pág. 45; SAVATIER: *Cours. cit.*, tomo I, pág. 23; CASTÁN: *Derecho civil*, cit., tomo I, volumen 2.º, pág. 7), con lo cual se difumina este concepto central para toda la ciencia del derecho («el cuerpo simple de la experiencia jurídica», lo llama LEVI, en *Teoría Generale del Diritto*, Padova, 1953, pág. 29; y DE BUNZ, en *La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil*, Libro-homenaje al profesor don Felipe Clemente de Diego, Madrid, 1940, afirma que es el «elemento básico de todos los contenidos jurídicos», pág. 185). Para evitar que el concepto central pierda la importancia que efectivamente tiene, es menester dibujar con toda precisión su concepto, rechazando definiciones incorrectas. Por esta razón se aceptó aquí la contenida en la nota 51.

(61) Sobre el concepto de situación jurídica, además del estudio de LEGAZ que lleva ese título (*Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones*, «Revista de Derecho Privado», 1943, págs. 716-724), puede verse, BETTI, ob. citada, págs. 3 y ss.; y PUGLIATTI: *Il rapporto giuridico unigoggettivo, Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, pág. 157 y ss.; y *Gl' Istituti del diritto civile*, Milano, 1943, I, pág. 254.

concepto: se institucionaliza. Y se produce un fenómeno muy curioso que merece un análisis detenido. El acto de constitución, por razones difíciles de fijar, alcanza en el sistema de los conceptos jurídicos un valor preeminente y absorbe a la relación, que es, en realidad, su efecto, para formar con ella una unidad conglomerada.

Es en el contrato donde este fenómeno se ofrece con mayor claridad. Contrato—*contractus*—quiere, según su prístino y etimológico valor, decir «lo contraído» (62). Lo contraído es la obligación—*obligatio*—; es decir, un vínculo, una relación. Con posterioridad *contractus* es un *consensus* (63) al que se llamará más tarde acuerdo de voluntades. El centro de gravedad se traslada del efecto—lo contraído—a la causa—el acto por el que se contrae—. La atención se proyecta sólo en este último—el acto—, quizá porque el ser acuerdo de *voluntades* le da para toda la dirección voluntarista del Derecho el valor de la piedra angular del mismo. Sin embargo de ello, contrato sigue siendo, incluso en nuestros días, lo mismo el acto de contraer que lo contraído, el negocio y la relación contractual. Esta artificial soldadura no tiene una razón suficiente, por lo cual se hace preciso deshacerla. En realidad, no contribuye a otra cosa que a enturbiar y privar de claridad a conceptos que de por sí no son excesivamente claros. Acto y relación son conceptos distintos. Entre ambos existe un nexo evidente. Pero ello no puede tener como consecuencia que formen una sola unidad y que se considere, como si ello fuera posible, a la relación como contenido del acto. Hay que proceder a la separación. De un lado debe colocarse el acto de constitución, de la naturaleza o especie que sea, que hace nacer la relación. De otro, ésta última, que es el efecto de aquél, pero en sí una unidad nueva y diversa. No es posible confundirlos, ni aun en los casos en que convivan temporalmente (64). Y, desde luego, la distinción se hace mucho más necesaria cuando la relación nacida del acto es duradera o permanente (65).

(62) La voz *contractus* es el participio pasivo del verbo *contrahere*. Es una elipsis de la expresión *negotium contractum* u *obligatio contracta* (vid. BONFANTE: *Sui contractus e sui pacta*, «Rivista del Diritto Commerciale», 1920, I, página 1). Más tarde pasa a designar el acto que da origen al vínculo, el acto del cual el vínculo nace: *obligationes ex-contractus nascuntur* (Dig. 44, 7, 1, pr.).

(63) Sólo en el Derecho Justiniano el contrato significa el acuerdo de voluntades. Cfr. Inst. 3, 13, 2: *Contractus autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus ad constituendum obligationem et ut alteri fiat obnoxius*.

(64) El hecho de que coexistan en un mismo momento la relación y su acto creador, como ocurre, por ejemplo, en los casos de una donación o de una compraventa manual, no borra la claridad de la distinción teórica. Querrá decir solamente que lo que jurídicamente son dos fenómenos distintos se presentan algunas veces en la realidad como uno solo.

(65) Vid. GIERKE: *Dauerndes Schuldverhältnisse, Iherings Jahrbüchern*, tomo 64, pág. 388 y ss. La distinción entre las relaciones que pueden llamarse «duraderas» y las que, por contraposición, pueden recibir el nombre de «instantáneas», no coincide con la diferencia, muy conocida, que se establece entre relaciones de tracto único y de tracto sucesivo. Una relación de tracto suceai-

VI.—MODALIDADES DEL ACTO DE CONSTITUCIÓN

Distinguida la relación de los actos que la dan origen o nacimiento, puede pasarse al examen de las modalidades que este acto de constitución puede adoptar. La constitución, en cuanto supone un poner en relación a dos personas, debe realizarse siempre a través de un acto jurídico. Sólo una realización de la voluntad puede tener fuerza vinculante; y en el acto de constitución de una realización jurídica debe existir, por hipótesis, esta fuerza vinculante.

La más clara y primaria clasificación que puede hacerse de los actos de constitución mira a la voluntad productora de la vinculación.

Betti afirma que los actos dirigidos a estatuir un debe ser jurídico se pueden calificar de declaraciones o pronunciamientos normativos en sentido latísimo y subdistinguir, según que la regla sea dictada por una autoridad superior o por los mismos interesados, en: *a*) resoluciones o proveimientos (actos de mandato heterónimo), y *b*) negocios jurídicos (actos de autonomía) (66).

De la misma manera, Carnelutti ha distinguido el mandato autonómico del heteronómico, nociones ambas en estrecha conexión con el concepto de parte. El mandato es autonómico cuando la orden es dictada por las mismas partes interesadas. Es heteronómico, cuando la orden se ha formado fuera (67).

Sobre la base de estas ideas no resulta difícil construir la primera clasificación de los actos de constitución de relaciones.

a) En un primer supuesto, el acto de constitución ha sido realizado por los sujetos de la relación. Son las mismas partes quienes, para satisfacer intereses o necesidades, traban una relación de carácter jurídico con plena libertad. El acto puede llamarse *autónomo*, porque ha sido realizado por las partes en el ejercicio del poder que poseen de gobernar su propia vida jurídica y cuidar, sus intereses. Puede llamarse *voluntario*. La denominación es en este caso menos precisa, porque voluntario es todo lo que tiene su origen en una voluntad y una voluntad existe en todo acto de constitución. La voluntariedad se mide aquí, no hace falta decirlo, desde el ángulo de los sujetos entre quienes va el acto a desple-

vo es siempre de carácter duradero, pero puede serlo también una relación de tracto único, por ejemplo, por haberse diferido su ejecución.

(66) BETTI: *Teoría gen. del neg. jur.*, cit., pág. 19.

(67) Hay «órdenes» formados por personas que son partes en el conflicto, que la misma orden regula y otras por personas que no son; en el segundo caso se habla de una regulación super partes (heteronomía); en el primero, de una regulación inter partes (autonomía). CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho* (ed. española), Madrid, 1955, pág. 78. El hecho de que la distinción, se realice en el momento de construir las fuentes jurídicas (vid. MANIGK: *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1935), y que se consideren autonomía y heteronomía como dos formas de producción del Derecho (Cfr. Kelsen: *El contrato y el tratado desde el punto de vista de la teoría para un Derecho*, México, 1943, pág. 113), aunque es discutible. (Cfr. CASTRO: *Ob. cit.*, I, pág. 334 y ss.), no impide su aplicación al campo de las formas de producción de vínculos jurídicos.

gar su eficacia. Hay, pues, una primera forma de constitución: constitución voluntaria y autónoma.

b) En el segundo supuesto el acto lo realiza una voluntad distinta de la de los sujetos de la relación. Para que este extraño, tercero en la más pura acepción de la palabra, pueda imponerse a los sujetos de la relación; es preciso que posea una cierta superioridad sobre ellos. Dentro del Derecho privado, la única fuerza que puede imponerse a la autonomía de los individuos es la voluntad del Estado cuando mira por el bien de la comunidad. El acto de constitución es en este caso una manifestación de autoridad a la que el Derecho reconoce también eficacia vinculante. La constitución es *heterónoma* porque procede de una voluntad distinta de la de las futuras partes y, por esta misma razón, *forzosa*, en cuanto que de alguna manera la creación de la relación no es libre para sus titulares.

Esta es la clasificación más importante de los actos de constitución de relaciones. Autonomía y heteronomía son criterios antagónicos que no permiten un tercer miembro entre ellos. El problema consistirá entonces en analizar ambos términos de la clasificación, aunque sólo el segundo ofrezca la solución de la cuestión planteada, contraponerlos para hacer más acusados sus rasgos diferenciales y sus peculiaridades, y compararlos, para comprender que, por encima de su diversidad, pertenecen a un género común y poseen un común denominador: esto que hemos dado en llamar fuerza o eficacia vinculante.

VII.—CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA: EL NEGOCIO JURÍDICO

La constitución voluntaria y autónoma de relaciones, que se produce cuando los titulares de la relación futura son quienes la crean libre y autónomamente, es la forma normal de constitución. Comoquiera que una relación jurídica no es otra cosa que el cauce jurídico de realización de un interés y que la regulación, satisfacción y cuidado de los intereses compete, por regla general, a los interesados, es lógico que sean ellos quienes constituyan y ordenen sus propias relaciones.

El acto de creación voluntaria y autónoma de una relación jurídica es siempre un negocio jurídico. No es, sin embargo, cierta la proposición contraria. No quiere decirse que el negocio sea siempre un acto de creación de relaciones. Prescindiendo de las definiciones—tan clásicas como inconcretas—según las cuales un negocio es una «declaración de voluntad privada productora de efectos jurídicos» (68), debe aceptarse el concepto más modernamente propugnado conforme al cual el negocio es un «acto de autonomía privada que contiene una reglamentación preceptiva para sus partes de los intereses puestos en juego» (69). Hay en todo negocio dos

(68) Vid en este sentido, CASTÁN: Ob. cit., I, vol. 2.º, pág. 466; RUGGIERO: *Instituciones*, I, pág. 249; ENNECCERUS: Ob. cit., I, vol. 2.º, pág. 57; LEVY: Ob. cit., pág. 332, etc.

(69) BERTI: Ob. cit. págs. 45 y ss.

elementos perfectamente diferenciados: su contenido y su eficacia. La eficacia del negocio es la eficacia vinculante. El negocio incide sobre una situación jurídica y la crea, la modifica esencialmente o la extingue. Pero el negocio no se agota en la eficacia que proyecta en la situación. El negocio contiene, además, la reglamentación de esta situación. El negocio contiene un precepto, una regla de conducta, una formulación de deber ser en definitiva, que ha de ser observada por las partes en el desarrollo de esta situación (pactos, cláusulas, etc.). Todo negocio es, pues, un acto de autonomía particular cuyo efecto es crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica, a la vez que se da vida al precepto que ha de reglamentarla. Por eso no hay inconveniente en admitir que el acto de constitución voluntaria y autónoma de una relación es un negocio jurídico. El acto de constitución voluntaria y autónoma seguirá las reglas señaladas para el negocio jurídico en general para la especie particular de negocio en que encaje, normalmente, contrato. No parece necesario insistir sobre ello.

VIII.—CONSTITUCIÓN FORZOSA: CONCEPTO

Frente al acto de constitución voluntaria se encuentra el acto de constitución forzosa. La relación privada, que normalmente nace de un acto de autonomía de las partes, puede excepcionalmente venir a la vida sin este acto, sin que la voluntad de sus titulares haya sido tenida en cuenta, sin que lo hayan querido. Hay en estos casos una voluntad superior que impone la relación, sin que a las partes les quede otra posibilidad que la de acatarla. Ya vimos más arriba la amplitud que la constitución forzosa de relaciones tiene en el derecho moderno. Ahora importa sólo centrar conceptualmente la figura. Un concepto del acto de constitución forzosa puede darse por contraposición del acto de constitución voluntaria. Si éste se definió como el acto de autonomía creador de relaciones privadas, de aquél puede decirse que es «el acto del Estado—acto de mandato heterónomo—que crea e impone entre dos sujetos privados una relación de carácter privado».

El acto de mandato heterónomo, como segundo término—junto al negocio jurídico o acto de autonomía—del binomio de actos de constitución, ha recibido en algún momento las denominaciones de «resolución» y «proveimiento» (70). La equívocidad de la primera designación y el dudoso carácter castellano de la segunda obligan a rechazarlas. Comoquiera que lo característico, lo definitivo de estos actos es que imponen una relación, pueden ser designados con el nombre de «imposición jurídica», aunque no se oculta todo el riesgo y el peligro que el artificial bautizo de una institución jurídica lleva consigo.

(70) Sobre resolución y proveimiento. BETTI: Ob. cit., pág. 10; CARNE-LUTTI: Ob. cit., pág. 78.

IX.—CLASIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN FORZOSA

Una clasificación de los actos de constitución forzosa puede obtenerse empleando tres criterios: *a)* el grado de «forzosidad», valga la expresión, que el acto encierra para las partes; *b)* el carácter mediató o inmediato del efecto constitutivo del acto estatal; *c)* la naturaleza del órgano del Estado que emite el mandato creador y, como consecuencia, la naturaleza del propio acto. De esta manera resultan claramente diferenciadas tres clasificaciones de los actos de constitución forzosa, según sean: *a)* bilateral o unilateralmente forzosos; *b)* directos o indirectos; *c)* legales, administrativos y judiciales.

a) Atendiendo al primer criterio, la constitución forzosa de la relación puede producirse de alguna de estas dos maneras: 1.º El acto estatal se impone a ambos titulares. Al crear la relación se prescinde de la voluntad de sus sujetos. En este caso la constitución puede, sin dificultad, llamarse «bilateralmente forzosa», puesto que lo es para los dos sujetos privados. 2.º El mandato del Estado se impone a uno de los titulares, pero no al otro. Este último, sobre quien no pesa la fuerza de la imposición, puede solicitar la constitución y sólo cuando haya realizado su solicitud podrá la autoridad llevar a cabo la constitución. Nos hallamos en presencia de una constitución unilateralmente forzosa y unilateralmente voluntaria.

1.º Cuando la constitución es *bilateralmente forzosa*, el solo acto del Estado crea la relación. Hay una única declaración, y un único sujeto activo o sujeto del acto: el Estado. La relación nacida de ese acto liga a dos sujetos particulares, privados, que no han intervenido en el nacimiento de la relación.

La constitución bilateralmente forzosa, en rigor, no existe en nuestro Derecho. Sólo es posible en los regímenes de absoluta y total dictadura, donde se suprime la libertad humana y se convierte a los miembros de la comunidad en simples piezas del engranaje estatal.

El único supuesto que, dentro de nuestro sistema jurídico, coincide en algún aspecto con la constitución bilateralmente forzosa es el de las obligaciones nacidas de la ley o constitución legal (71): cuando la ley establece derechos y deberes recíprocos entre personas que de alguna manera se encuentran en contacto. Mas en tales casos lo que la ley suele hacer es reconocer o dar carácter jurídico

(71) Un ejemplo de «constitución bilateralmente forzosa» puede encontrarse en el artículo 552 del Código civil: «los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre desciendan de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastren en su curso». Sin más requisito que esta declaración de la ley—*ipso iure*—se constituye la servidumbre natural de aguas, cuya constitución es forzosa lo mismo para el dueño del predio sirviente que para el del predio dominante, lo cual no quiere decir que estos derechos no puedan renunciarse, transformarse, etc., porque la renuncia y la transformación suponen negocios modificativos o extintivos de algo creado ya.

a deberes de tipo muy amplio—respetar, no producir daño, indemnizar, etc.—que se hallan en la conciencia de las gentes

2.º Cuando la constitución es *unilateralmente forzosa*, el mandato ha sido solicitado o instado por uno de los sujetos privados (72), al que, por este hecho, puede llamarse activo. La fuerza constitutiva o vinculante continúa recibiendo en la declaración preceptiva de la autoridad. Pero ésta necesita, para poder ser emitida, el impulso de la declaración del sujeto privado, la cual se convierte de esta manera en presupuesto de la anterior. Por el contrario, el segundo sujeto privado no interviene en ningún momento y su voluntad no es tenida en cuenta.

Este fenómeno de imposición unilateral coincide o suele coincidir con una política de protección de determinadas personas o grupos de personas a quienes se estima más débiles frente a los más fuertes o poderosos. Aparece cuando el Estado se interesa en la realización del interés—privado—de este grupo; cuando la realización de este interés privado se convierte en cuestión de interés público. El acto estatal de constitución es un acto de realización del interés público, pero a la vez trata de satisfacer un interés privado (en definitiva, el interés público es la satisfacción del interés privado); de ahí que el acto estatal sólo se produzca merced al impulso del acto privado, del acto que manifiesta el interés privado.

La imposición unilateral es, casi diríamos, un fenómeno normal en una política de fuerte dirección económica y protección social y los ejemplos, que el Derecho actual ofrece de él, son fácilmente observables y pueden, desde luego, multiplicarse.

b) La clasificación de la constitución forzosa en *directa e indirecta* se refiere, habíamos dicho, al carácter mediato o inmediato del efecto constitutivo, es decir, al tipo de nexo casual que liga al acto de constitución con la relación.

La constitución forzosa es directa cuando, una vez realizado con todos los requisitos exigidos por el Derecho objetivo, el acto de constitución, sin que importe ya si es bilateral o unilateralmente forzoso, el efecto—la relación—surge inmediatamente a la vida (73).

(72) Los ejemplos de «constitución unilateralmente forzosa» son mucho más fáciles de encontrar: la servidumbre de paso (art. 564 del Código civil) no se constituye si el favorecido no ejecuta su derecho a exigir paso; el arrendamiento forzoso (D. 3 octubre 1947) no se lleva a cabo si no hay, por lo menos, un «aspirante a inquilino»—tal es la denominación con que el legislador lo designa—inscrito en el Registro que, a tales efectos, debe llevarse en el Gobierno Civil de la Provincia; la venta forzosa de solares (Ley 15 mayo 1945) requiere la solicitud de un eventual comprador, etc.

(73) Hay «constitución directa» en el caso mencionado en la nota 68. Sin embargo, «constitución directa» y «constitución bilateralmente forzosa» no son conceptos coincidentes. Toda constitución bilateralmente forzosa ha de ser por exigencia lógica, directa, puesto que es absurdo otorgar un derecho a exigir la constitución a quien ésta ha de imponerse forzosamente. Pero no toda constitución directa ha de ser por necesidad bilateralmente forzosa. Piénsese en el caso de la venta de solares antes mencionado; tramitado el expediente ante la

En la constitución indirecta hay como dos fases o tramos. Cuando el acto de mandato estatal ha sido perfectamente emitido, no surge la relación a que se pretende llegar. Se pasa a un estadio intermedio cuyo contenido es un deber del sujeto pasivo de constituir la relación, que va normalmente acompañado de un derecho del sujeto activo a exigir dicha constitución (74). El tránsito de esta fase media, en la cual existe ya una relación previa o un momento previo de la relación final, formado por este derecho y este deber de constituir (75), a la fase final se verifica mediante un nuevo acto: el acto de cumplimiento, voluntario o forzoso, del deber de constituir.

La primera cuestión que puede plantearse es la averiguación del porqué de este aparentemente inútil rodeo. La explicación es clara cuando se trata de una constitución legal: sencillamente porque esta última, en su forma directa, ofrece una gran dificultad de fijación de contenido y es, además, bilateralmente forzosa. La imposición indirecta, provocando un acto de las partes, obvia aquellas dificultades y convierte la constitución en unilateralmente forzosa. La explicación ya no es tan sencilla en los casos en que se trata de una constitución verificada a través de un acto administrativo o judicial. Hay entonces un auténtico rodeo inútil con la consiguiente duplicidad de actuaciones, multiplicación de esfuerzos y retrasos en la consecución del fin que se pretende, cuya única justificación parece ser el tradicional prejuicio de intentar evitar la substitución total de individuo por la autoridad. Parece menos violento que la autoridad obligue al individuo a realizar la cons-

autoridad municipal, no surge un derecho a comprar o un deber de vender, sino una compra-venta plena y perfecta que sólo es forzosa para el vendedor.

(74) Obsérvese el caso de la hipoteca legal (arts. 158 y ss. de la Ley hipotecaria: La mujer casada, el reservatario, el hijo sometido a patria potestad, etc., no son titulares, *ex lege*, de un derecho real de hipoteca. Tienen simplemente derecho a exigir hipoteca. De la misma manera el marido, el reservista o el padre o madre que hubieren contraído seguido matrimonio tienen deber de constituir la hipoteca. La hipoteca, plena y perfecta, no surge *ex lege*, sino cuando se ejercite aquel derecho y aquel deber de constitución.

(75) Es curioso, sin embargo, observar que por la simple declaración de la ley, ha surgido ya una relación de tipo previo: el derecho y el deber de constituir suponen la existencia de una relación jurídica previa o de una fase previa de la relación jurídica. Es curioso también el paralelismo entre este fenómeno y el que origina un precontrato. (Cfr. CASTRO: *La promesa de contrato*, «Anuario de Derecho civil», III, IV, 1950; ALGUER: *Para la crítica del concepto de precontrato*, «Rev. Derecho Privado», 1935 y 1936; MORO: *El precontrato*, «Rev. Crit. D. Inmobiliario», 1934; y las observaciones hechas en mi artículo *El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje*, «Anuario de Derecho civil», IV, VII, 1954), lo cual lleva a pensar que el precontrato no es otra cosa que una forma de constitución indirecta dentro de la constitución voluntaria. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: (Notas a la traducción española de ENNECERUS, cit., I, vol. 2.º, pág. 173), observan que la obligación legal de contratar (mejor, de constituir), está sujeta doctrinalmente a igual problema que el precontrato, y la voluntad legal de contrato es voluntad legal de los efectos del contrato y, por tanto, la ley que impone la obligación de un determinado contrato; en ciertos supuestos, impone ya desde luego las obligaciones que forman el contenido propio de ese contrato.

titudin que no si la lleva a cabo por sí misma. Pero se trata de una pura apariencia. La misma fuerza hay en un caso que en otro. Si el individuo ha de ser forzado a entrar en una relación jurídica, es igual que se haga directa que indirectamente. Mejor dicho, es preferible la constitución directa, que al menos supone un ahorro y economía de tiempo y de trámites.

c) El tercer criterio de clasificación utilizado es la naturaleza del órgano del Estado que, a su vez, repercute en la naturaleza del acto que dicho órgano lleva a cabo. Desde este punto de vista los supuestos de constitución forzosa son los siguientes:

1.º El mandato estatal con fuerza ordenadora y vinculante puede ser, en primer lugar, una norma jurídica, en cuyo caso hablamos de *constitución legal*. La fuerza vinculante, la voluntad creadora reside en este caso en la ley. La relación se produce por la sola fuerza del derecho objetivo. *Ipsa iure*. Suele decirse que en tales casos la fuente creadora es un hecho jurídico: el hecho al que la norma liga su eficacia; el hecho que forma parte del supuesto de la norma. Y se clasifican los modos de constitución en hechos y actos jurídicos. En ambos casos la norma jurídica queda como fuera del fenómeno atribuyéndole o reconociéndole valor y eficacia. Se olvida que mientras los actos tienen por sí un valor eminente, una fuerza vinculante, como procedente de una indudable voluntad, creadora en este caso, el hecho escueto carece de ella por definición. El argumento se refuerza al observar la distinta función que en ambos casos realiza la norma. Tratándose de actos, se dice, la norma les *reconoce* eficacia; no hace otra cosa que valorar, admitir lo que ya existía. Al puro hecho la norma no le reconoce eficacia; es algo distinto: al hecho la norma le *atribuye* eficacia (76). Y si se la atribuye es porque, sin la norma, el hecho no la tendría. El hecho no es otra cosa que un supuesto o condición de su aplicación.

Quiere decir todo ello que es más exacto hablar de relaciones creadas por una norma que de relaciones creadas por un hecho. La constitución legal es, por lo demás, una realidad ampliamente reconocida por la doctrina y la legislación contemporánea (77).

2.º La *constitución administrativa* es un acto concreto y particular—un mandato concreto y particular—de los órganos de gobierno del Estado. Se habla de mandato concreto y particular para

(76) Véase, por ejemplo, CASTÁN: ob. cit., I, vol. 2.º, donde el hecho jurídico se define como «todo suceso al que el ordenamiento *atribuye* la virtud de producir, por sí o en unión de otros, un efecto jurídico, es decir, la adquisición, la pérdida o la modificación de un derecho» (pág. 438), mientras que, al tratar del negocio jurídico, se dice que es «el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el Derecho objetivo *reconoce* como base del mismo» (pág. 466). No es necesario insistir en la diferencia que existe entre atribución y reconocimiento del efecto jurídico, para darse cuenta de cómo es distinta la función de la norma en uno y otro caso.

(77) Basta citar al efecto el art. 1.089 del Código civil: «Las obligaciones nacen de la ley...»—y la doctrina que lo ha comentado para convencerse de ello.

enfrentarlo al mandato general y abstracto (norma) a que nos hemos referido en el caso anterior. El fundamento de la constitución administrativa es la relativa ineficacia de la constitución legal. La intervención del Estado en el Derecho privado se realiza preferentemente a través de la ley. La razón de esta preferencia por el mandato legal es probablemente el mismo prejuicio antes aludido. La imposición legal parece psicológicamente una imposición menos violenta que la del órgano administrativo. Sin embargo, la imposición legal precisa para ser eficaz que los sujetos se encuentren ya en una cierta conexión siquiera sea ésta puramente de hecho. Quiere decirse que si en el supuesto de la norma no existe ya alguna unión o enlace entre estos sujetos, la norma no puede ponerlos en relación. Aquí está probablemente la clave: una norma puede crear una relación jurídica entre dos personas de alguna manera unidas con anterioridad, pero una norma no puede unir, relacionar a dos personas que en el momento anterior no lo estuvieran. Más claramente, la norma puede prever una relación de hipoteca entre tutor y pupilo, pero no puede poner en relación al que carece de vivienda y al que la posee y no quiere alquilarla. De otro lado, la norma, por su propia naturaleza de precepto general y abstracto, no puede llenar el contenido de cada relación concreta, que es en cada caso vario y diverso. La norma puede otorgar al pupilo un derecho a exigir hipoteca de su tutor, pero no puede señalar el precio del alquiler forzoso, ni la forma de pago, ni las demás condiciones del contrato. La norma puede señalar a las relaciones que cree contenidos de tipo abstracto, pero no contenidos de tipo concreto.

Y ocurre que la realización del interés público exige relacionar a personas extrañas entre sí, a personas sin contacto alguno entre ellas, y exige igualmente la determinación del contenido de cada relación, la reglamentación de cada caso. El Estado necesita descender de las alturas de la formulación de un deber ser general a la gestión de los intereses de la vida concreta. La intervención tiene que verificarse mediante un acto particular del Estado. Y es por ello por lo que el acto administrativo se convierte en acto de constitución de relaciones entre particulares (78).

(78) La posibilidad de que un acto administrativo engendre una relación de derecho privado ha sido en alguna ocasión reconocida. ENNECERUS (ob. citada, I, vol. 2.º, pág. 171, especialmente nota 23), no obstante admitir la existencia de contratos forzosos, afirma que «no hay ninguna obligación de contratar, ni celebración de contrato, cuando se crea inmediatamente por la ley o por acto administrativo una relación jurídica de derecho privado». Al enfrentarse con un problema semejante, el arrendamiento forzoso de la disposición transitoria 23, a) de la Ley de Arrendamientos Urbanos (vid. supra, pág. 11 y ss.), COSSÍO y RUBIO (*Tratado de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1949, página 351), afirman que el acuerdo del Gobernador civil, que da origen al arrendamiento, «es indudablemente un acto administrativo, en cuanto supone una orden dada por la autoridad en el ejercicio de su propia competencia», lo cual parece en general exacto. Sin embargo, la afirmación subsiguiente de que «la ejecución del referido acuerdo suponga la celebración de un contrato de carácter puramente civil, sin que en nada pueda alterar su naturaleza el hecho de

3.º La *constitución judicial* es un acto de los órganos jurisdiccionales del Estado. ¿Cuándo toma parte la autoridad judicial en la constitución de relaciones privadas?

La ejecución de lo que antes hemos llamado fase previa de la relación en la constitución indirecta debe estar encomendada a los órganos jurisdiccionales del Estado. Se trata del ejercicio del derecho a exigir la constitución realizado ante los tribunales. Cuando el titular del deber de constituir no se avenga con el titular del derecho a la constitución, surgirá litigio entre ellos y habrá de ser resuelto por los tribunales, que serán, en este caso, quienes impongan la relación. Se suele hablar en estos casos de *proceso constitutivo* y de sentencia constitutiva (79).

En otros casos, la creación de la relación no es el fin a que tiende todo el proceso. La creación de la relación es sólo un medio o una medida (medidas cautelares y ejecutivas) dirigida a hacer posible la decisión judicial. Entonces, más que de proceso constitutivo debe hablarse de *actos procesales de constitución*.

Lo mismo el proceso constitutivo que los actos procesales de constitución—es decir, siempre que la constitución se realice dentro de un proceso, bien porque el proceso tenga una finalidad constitutiva, bien porque la constitución sea un medio para la decisión del juez—, pueden englobarse en el concepto de *constitución procesal*.

Por último, todos aquellos casos en que el órgano jurisdiccional no realiza una función estrictamente procesal, en que el acto constitutivo tiene, por lo menos, una naturaleza procesal dudosa—particularmente en los supuestos de negocio de jurisdicción voluntaria—, puede hablarse de *constitución extra-procesal*.

X.—CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CONSTITUCIÓN FORZOSA

Se ha advertido ya que el propósito de estas líneas no es agotar ni resolver toda la difícil problemática que plantea la constitución forzosa de relaciones jurídicas privadas, sino, por el contrario, el intento, mucho más simple, de exponer, de apuntar algunas ideas que pueden contribuir a la solución del llamado contrato forzoso. De ahí que esta exposición se cierre señalando algunas características gene-

que la autoridad administrativa haya en él intervenido como legal representante del arrendador a *fortiori*, parece en gran manera inexacta. ¿Qué suerte de representación legal es esta? ¿Puede hablarse de representación en los casos en que se trata, no de realizar el interés del «representado» (arrendador), sino de favorecer al otro «contratante» (arrendatario)? ¿No es más adecuado decir que la autoridad administrativa está facultada por la ley para sustituir o desconocer al arrendador?

De otra parte, en vez de aseverar que la ejecución de un acuerdo administrativo da lugar a un contrato civil, debe decirse que el acto administrativo origina una relación de arrendamiento.

(79) Sobre proceso y sentencia constitutiva, PLAZA: ob. cit., I, pág. 108 y ss.; GUASP: *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, I, pág. 329 y ss.; LUNA: *La sentencia constitutiva*, «Rev. de los Tribunales», 1931, pág. 49 y ss.; SILVA MELERO: *Las sentencias constitutivas*, «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia», vol. 158, pág. 413 y ss.

rales de la figura, aun advirtiendo—posiblemente es advertencia innecesaria— que queda necesitada de una elaboración mucho más completa y madura.

a) *La imposición como acto jurídico.*—La constitución forzosa es siempre un acto jurídico en cuanto existe en ella una conducta querida, una realización en la que concurren una conciencia y una voluntad (80).

Decir que la constitución forzosa es siempre un acto jurídico puede parecer una simplicidad. Sin embargo, para llegar a esta afirmación hay que salvar algún obstáculo. No debe olvidarse que para ello es preciso reducir a unidad una serie de figuras de diversa estirpe; que bajo el nombre de constitución forzosa o de imposición jurídica se han englobado actos jurisdiccionales, actos administrativos y normas jurídicas. ¿Pueden reducirse estas figuras, indudablemente diversas, a un concepto unitario? Realizando una observación atenta puede contemplarse en toda norma jurídica un doble aspecto, una doble dimensión: lo más saliente de la norma jurídica es lo que en ella hay de precepto, de regla de la conducta humana; pero ello no debe hacer olvidar que en toda norma hay también un acto, un acto de ordenación general de la realidad social, un acto mediante el cual el Estado emite una declaración preceptiva con eficacia social organizadora que puede, sin dificultad, llamarse acto normativo. Lo que ocurre es que, al institucionalizarse o conceptualizarse la norma jurídica, se destaca su contenido preceptivo y se borra un poco lo que en ella hay de acto (81).

Lo contrario ocurre con los actos administrativos y jurisdiccionales. En ellos se descubre en seguida la dimensión de acto, de realización humana. Pero también, aunque de alguna manera escondido tras el aspecto de acto, se destaca, puede hallarse, un precepto, una formulación de deber ser jurídico (82).

La diferencia entre unos y otros actos reside en la amplitud del precepto que contienen. El precepto del acto normativo tiene una eficacia social organizadora (83). El precepto de los actos administrativos y jurisdiccionales es un precepto dictado para un caso concreto.

La constitución forzosa o imposición jurídica es, por tanto, un acto jurídico y, además, un precepto. Esta naturaleza preceptiva

(80) CASTRO: *Derecho civil, cit.*, I, pág. 620: tienen la condición jurídica de actos «las situaciones en las que se tiene en cuenta la actuación de una persona como conducta querida».

(81) Kelsen: *Teoría general del Derecho y del Estado, México, 1950*, página 40 y ss.: «No únicamente la ejecución de una norma de derecho, la realización de la sanción que aquélla estipula, sino también los actos por los que las normas jurídicas son creadas, son de carácter jurídico... El acto a través del cual una norma jurídica es creada, representando un acto determinado por el orden jurídico lo mismo que el acto que constituye la ejecución de otra.»

(82) Sobre el valor preceptivo de los actos administrativos y jurisdiccionales, vid. CARNELUTTI: *ob. cit.*, pág. 85 y ss.

(83) Sobre el valor de la «eficacia social organizadora» como nota diferencial del mandato normativo, CASTRO, I, pág. 46.

del acto de constitución forzosa nos lleva a tratar de la segunda nota.

b) *La imposición como acto vinculante.*—Con extraordinaria precisión ha distinguido Betti (84), bajo el aspecto funcional del poder que en ellos se ejerza, los actos jurídicos en actos que dictan una regla a intereses relevantes para el Derecho, disponiendo de la respectiva tutela jurídica, y actos que proveen a su satisfacción actuando la tutela de que ya gozan.

Poniendo el centro de gravedad de la distinción, no tanto en el contenido del acto (reglamentación de intereses), como hace Betti, sino en su eficacia, la clasificación puede fácilmente convertirse en esta otra: 1.º *Actos de vinculación*, que son aquellos actos que afectan de modo radical a la existencia de una relación jurídica; al incidir sobre los intereses en juego y reglamentarlos, el acto tiene un efecto vinculante; toda reglamentación de intereses privados se resuelve necesariamente en la constitución de o en la modificación o en la extinción de una relación jurídica. 2.º *Actos de ejecución*, que son aquellos actos cuyo efecto es desarrollar, dar curso, actuar el contenido de la relación jurídica; son actos de ejercicio de los poderes y facultades que la relación otorga o actos de cumplimiento de los deberes que impone.

Que el acto que hemos llamado imposición jurídica cabe en el primer término de esta clasificación y no en el segundo es algo que se comprende sin dificultad.

c) *La imposición como acto estatal.*—El acto jurídico de constitución forzosa es un acto en el cual interviene, con rango preponderante, el Estado. La fuerza creadora de la relación, que en virtud de él nace, es la voluntad soberana del Estado, supraordenada a las voluntades privadas que han de ser titulares del vínculo. El Estado se sitúa, no al nivel de los particulares, sino por encima de ellos ejercitando la «potestas» de que es titular. Indiscutiblemente nos hallamos ante un acto estatal.

Las notas de supraordenación y soberanía, que concurren en el acto de constitución forzosa, pueden llevarnos a la conclusión de que el acto, en sí mismo considerado, aislado de la materia sobre que incide y se proyecta, objetivamente contemplado, es un acto que puede catalogarse en la esfera del Derecho público.

La dificultad surge cuando se observa que la relación que este acto de Derecho público hace nacer, tiene carácter privado. Una relación entre dos particulares, establecida para la realización de un interés privado, aunque de él se haya hecho cargo el Estado, tiene una indudable naturaleza de Derecho privado.

¿Qué sentido tiene este hecho sorprendente de que un acto de Derecho público dé origen a una relación de Derecho privado? Nos encontramos en ese terreno movédizo y cambiante donde lo público y lo privado se entrecruzan extrañamente, de un modo difuso que induce a confusión, en esa sorprendente tierra de nadie o de to-

(84) BETTI: *Teoría general del neg. jurídico*, cit., pág. 19.

dos que hace pensar en el absurdo de querer trazar una frontera. Sólo puede darse a esta aparente antinomia dos soluciones que la eviten: o bien considerar que, por ejemplo, los actos administrativos o jurisdiccionales son, en determinados casos, acto de Derecho privado, lo cual parece en rigor absurdo, o bien considerar que las relaciones de compraventa o arrendamiento, por ejemplo, son en aquellos casos relaciones de Derecho público, lo cual parece igualmente absurdo. La antinomia es puramente aparente. La única solución es la que más arriba se expuso. No hay ninguna dificultad en admitir que un acto estatal catalogable dentro del Derecho público puede originar relaciones de Derecho privado.

d) *La imposición como acto heterónomo*.—El acto de constitución forzosa es un acto heterónomo. Es alguien distinto de los titulares de la relación quien realiza el acto que la crea. Esta voluntad extraña—«otra», en la más pura acepción de la palabra—interviene sólo en el momento constitutivo. Una vez creada, la relación se desarrollará *inter partes*. A ella se confiará el ejercicio y defensa de los Derechos que en cada caso se atribuyan.

e) *La imposición como acto involuntario*.—La constitución es forzosa para los sujetos de la relación o, al menos—como ya se ha visto—, para uno de ellos. El carácter forzoso y la heteronomía son cosas distintas. La heteronomía significa que es una persona extraña a los intereses que se realizan, extraña a la relación que nace, quien ha sido por la ley llamada a crearla, pero por sí sola no excluye la voluntad de las partes. La constitución puede ser heterónoma y jugar destacado papel en ella la voluntad de las partes. Piénsese en el caso de que hubiera de realizar el acto creador un órgano del Estado, pero sólo en el caso de que los sujetos privados acudieran a él de común acuerdo (85), nos hallaríamos ante un acto de constitución heterónomo. En el caso que ahora se analiza, la constitución es heterónoma y forzosa. ¿Cómo repercute esta falta de voluntariedad en el tratamiento jurídico del acto? ¿Cuáles son los efectos de la involuntariedad en el régimen jurídico de la institución? Por de pronto hay que convenir en que la voluntad de uno de los sujetos o, en su caso, de los dos pierde relevancia. Deja de ser elemento o parte integrante de la estructura del acto. Por lo mismo, carece de influencia en lo que haga referencia al acto. Una consecuencia de ello debe, inmediatamente, verse en el hecho de que la teoría de los vicios de la voluntad deja de funcionar. Comoquiera que esta voluntad no forma parte del acto, sus vicios no pueden en ningún caso ser causa de la invalidez o ineficacia del mismo (86).

(85) Algo semejante, aunque no idéntico, ocurre en los casos en que se exige como requisito constitutivo la inscripción en un registro público. Una semejanza puede encontrarse en el matrimonio, a cuya celebración *procederá el juez municipal*, según el artículo 96 del Código civil, transcurrido el plazo del artículo 89.

(86) No se trata de resolver si la voluntad es un requisito del negocio jurídico o un elemento del mismo. Lo cierto es que en la constitución forzosa no juega ninguno de los dos papeles. Que el error, el dolo, el miedo, etc., de la parte forzada son completamente intrascendentes e inoperantes.

f) *La excepcionalidad de la imposición.*—Al discurrir acerca de si la constitución forzosa tiene o no carácter excepcional, no se trata de resolver un problema cuantitativo—si son pocos o muchos los casos en que se produce, sino un problema de fuerza expansiva (87) si ha de entenderse aplicable sólo a los casos previstos o puede dársele alguna extensión; más claramente, si es una regla general o una excepción y qué consecuencias produce todo ello.

¿Puede constituirse de modo forzoso toda clase de relaciones jurídicas? ¿Sólo aquéllas para las que tal suerte de nacimiento esté expresamente admitida, cualquiera que sea su frecuencia real? ¿Es excepcional la constitución forzosa? Un dato de gran importancia para resolver el problema lo suministra el artículo 1.091 del Código civil, al disponer que las obligaciones que nacen de la ley «no se presumen», siendo únicamente exigibles las «expresamente establecidas» en el Código o en leyes especiales. El artículo 1.091 contempla un aspecto, sin duda, parcial: el de la constitución por la ley; su criterio, sin embargo, debe extenderse a todos los casos de constitución forzosa porque la *ratio decidendi* es en todos la misma; porque esta disposición del artículo 1.091 no es otra cosa que una consecuencia de la admisión de la autonomía privada con carácter de regla general. Y esta regla general no puede convivir con otra de idéntica amplitud y de signo contrario. A esta regla general solamente se le pueden señalar excepciones. Y excepciones son todos los actos de constitución forzosa.

La cuestión no es simplemente teórica. Tiene trascendencia práctica. La posibilidad de una interpretación extensiva de las normas que establezcan esta forma forzosa y la posibilidad de su aplicación con criterio analógico a los casos similares no comprendidos en ella, dependen de la respuesta o solución que al problema se le dé.

La dicción del artículo 1.091 es terminante. «No se presumen». Se empleará una terminología de escaso valor técnico si se quiere. Su sentido no ofrece duda, no cabe la analogía, ni la interpretación extensiva. Solamente cuando se haya «establecido expresamente» puede existir un acto de imposición. Lo cual quiere decir dos cosas. Que para que sea viable ha de estar establecido, esto es, admitido por la ley; que lo ha de estar expresamente; que sólo en los estrictos términos en que la ley lo haya previsto podrá ser realizado.

Aunque esta excepcionalidad, dura, tajante, categórica, parezca no rimar bien con las directrices del Derecho más moderno, que

(87) CASTRO: Ob. cit., I, pág. 103, ha puesto de manifiesto, al trazar la distinción entre Derecho normal y Derecho excepcional, cómo el criterio distintivo es la fuerza expansiva de sus principios. «Derecho normal es—nos dice—el que reglamenta una materia, no importa de qué amplitud, en base a principios o ideas que tienen y conservan valor organizador general; derecho excepcional es aquel cuyo principio organizador no tuvo o ha perdido el carácter general, son reglas que van contra *tenorem rationem* de la organización general y que no tiene por ello fuerza expansiva.» Estas ideas son perfectamente aplicables a la hora de distinguir entre institución normal y excepcional, si vale la expresión, o, al menos, al decidir si una determinada institución tiene o no carácter excepcional.

propende a ampliar el círculo de intereses de consecución estatal, es preciso aplicarla con absoluto rigor. Lo cual lleva a concluir: que la constitución forzosa tiene, en nuestro Derecho, carácter excepcional; que sólo puede admitirse en los casos expresamente señalados por la ley; que, consiguientemente, no puede practicarse sobre ella una interpretación extensiva, sino que, por el contrario, debe ser tratada con un riguroso criterio restrictivo.

Esta excepcionalidad del acto de constitución forzosa tiene otro importante efecto. Comoquiera que la excepcionalidad requiere una expresa determinación del supuesto en la norma que lo admita y obliga a aplicar esta norma en los estrictos términos en que esté concebida, los elementos del acto de constitución forzosa—subjetivos, objetivos, etc.—han de poseer una perfecta identidad con los elementos típicos del supuesto de la norma. O sea, que los sujetos, el objeto y el acto mismo de constitución forzosa, además de reunir los requisitos generales de todo acto jurídico, precisan este otro: el de su identidad con el supuesto expresamente determinado por la ley. Lo cual habrá de ser tenido en cuenta cuando se quiera construir una teoría general de esta especial realidad jurídica (88).

g) *El interés público y el interés privado en la imposición.*— Toda relación jurídica es el cauce de un interés de sus titulares. La relación jurídica forzosamente constituída sirve de cauce a un interés privado—el de sus titulares—y a un interés público—el que el Estado busca satisfacer al llevarla a cabo. Ocorre, sin embargo, que el interés público no es más que la generalización de un tipo de interés privado de cuya gestión o realización se hace cargo el Estado (89). Esto lleva a afirmar: de un lado, que el interés que en cada caso se realiza es el mismo en su dimensión pública y en su dimensión privada; de otro, que el hecho de que el interés público comprenda una pluralidad de intereses privados, hace que cada concreto acto de constitución forzosa realice plenamente el interés privado y sólo parcialmente el interés público, porque este último sólo se habrá conseguido plenamente con el logro de todos y cada uno de los intereses privados de la especie de que se trate (90).

Todo esto no debe obscurecer el hecho fundamental. La consti-

(88) Un ejemplo servirá para aclararlo. Un arrendamiento normal precisa, en cuanto al sujeto arrendador, capacidad de obrar y legitimación—ser respecto de la cosa dueño o titular de un derecho que autorice para arrendar—y en cuanto al objeto, idoneidad, esto es, aptitud para poder ser usado o disfrutado. Un arrendamiento excepcional precisa, además, que el sujeto arrendador **halla respecto de la cosa en una especial situación y que la cosa reúne unas especiales condiciones—cualidad de vivienda, susceptibilidad de ser ocupada, desocupación efectiva, disp. trans. 23, a) Ley de Arrendamientos Urbanos—**. Sin estos especiales requisitos no puede haber arrendamiento forzoso.

(89) Con el ejemplo anterior, el interés público que se persigue con el arrendamiento forzoso es dar vivienda a todo el que no la tenga. El interés público—vivienda—es sólo la generalización de un interés privado.

(90) En el mismo caso de la nota anterior, un acto administrativo de arrendamiento forzoso realiza un interés privado: el del particular que precisaba la vivienda, pero el interés público sólo parcialmente se logra, porque el interés público es que tengan vivienda todas las personas que la necesiten.

tución forzosa realiza un interés público. Mejor dicho: la constitución forzosa sirve a la realización de un interés público. Con otras palabras, la realización del interés público es el fin que el Estado persigue con la constitución forzosa. Por tanto: sólo se crearán de modo forzoso las relaciones privadas que, en un determinado momento, afecten al interés público. De ninguna manera significa esto un límite a la actividad estatal de establecimiento de formas de imposición. La determinación de las materias de interés público está en función de la idea política vigente. No se trata de decir que el Estado *no podrá* establecer otras formas de imposición que las de las relaciones que afecten al interés público. Se trata de señalar un hecho: que el Estado *no implantará* otras formas de constitución forzosa de relaciones que las que en un determinado momento realicen un interés público. Conocer qué materias lo tienen en una determinada coyuntura histórica es algo que queda al buen sentido político de los que en ese momento hayan de dictar y aplicar las leyes.

Debe reiterarse al final de estas líneas, que estas tienen por finalidad exponer ideas sobre un tema más que construirlo. La construcción rigurosa del tema, que parece necesaria y urgente, habrá de comprender un análisis completo y sistemático de todo lo hasta aquí expuesto. Es necesario y urgente construir una teoría general de esta figura jurídica—un poco extraña—de la constitución forzosa y una teoría especial de cada una de sus especies.

Sin embargo, se habría cumplido la finalidad propuesta si se hubiera demostrado la inadmisibilidad del concepto del contrato forzoso y la necesidad de su abandono por la ciencia del Derecho. Así como que todo caso de contrato forzoso se resuelve en la creación de una relación jurídica por la ley o por un acto administrativo o por un acto jurisdiccional.

Ineficacia del negocio jurídico en el Apéndice al Código civil vigente en Aragón

JOAQUIN SAPENA TOMAS

Notario

La aplicación del Apéndice aragonés en la práctica diaria y el especial estudio de alguna de sus materias nos ha hecho meditar en las consecuencias de los negocios que, por contravenir sus normas, nacen o devienen ineficaces. Casi virgen de comentarios Ley de tanta importancia para Aragón (1), inútilmente hemos buscado en la mayoría de los casos pareceres extraños que nos iluminaran en el intrincado campo de la invalidez del negocio jurídico. Fruto de la reacción ante la realidad vivida son, en su mayoría, las opiniones que vamos a exponer. Con la esperanza de que, si bien en parte mínima, puedan contribuir al conocimiento de un Derecho que, sin ser el de mi vecindad originaria, me ha ganado desde que bajo su régimen comencé a usar de mis pocos conocimientos y de la mucha confianza en mí depositada por los sometidos a él.

Centrado este trabajo en problemas peculiares del articulado foral, prescindiremos de supuestos generales, aunque puedan presentar facetas distintas a las del ordenamiento común, como son los actos efectuados por representantes de menores o de ausentes, los verificados por los incapaces, los que atentaren a los derechos de los legitimarios, los negocios fraudulentos o simulados, los testamentos regulados por el Código civil, etc.; excepción hecha de aquellos casos expresamente contemplados por el Apéndice y de entidad sustancial diferente a la del Derecho general, pues éstos son precisamente los que constituyen nuestro objeto. Omitiremos también todo problema de Derecho transitorio o interregional, y los de liquidación y continuación de la sociedad conyugal, así como la ineficacia de los actos realizados por un aragonés casado frente al derecho de viudedad de su cónyuge. Y, por consecuencia de las fronteras que el título impone, silenciaremos toda in-

(1) Aunque se trate de un cuerpo fragmentario, pobre y mezquino (PALÁ MEDIANO: *Concepto del Derecho civil de Aragón*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», I, pág. 191), es hoy la norma rectora y como tal la comentamos sin entrar en una crítica general.

validez de actos jurídicos que no sean verdaderos y propios negocios.

No muy claras las aguas de la ineficacia, por culpa de imprecisa terminología legal unida a la falta de acuerdo en las construcciones doctrinales, para seguir una buena ruta precisaremos de mejor aguja de marear: ninguna, por el prestigio de su autor como por lo acabado de su construcción, como la que, en pocas líneas, nos presenta el maestro Castán (2). Con arreglo a ella, el supuesto general de ineficacia lo dividiremos en dos, según sea su causa la disconformidad del negocio con la Ley (*invalidéz*) o se produzca por hechos ocurridos con posterioridad al nacimiento del mismo, provocando la cesación de sus efectos (*ineficacia sobrevenida*). Subdistinguiendo en la primera la *nulidad* (que abarca la *inexistencia* y la *nulidad* propiamente dicha), la *anulabilidad* y la *rescisión*; y en la segunda, la *revocación* y la *caducidad*, rebasando la *resolución*, expresa o tácita, los lindes fijados. Aplicando la anterior clasificación a nuestro estudio, quedan así distribuidos los negocios ineficaces en el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón:

I. INVALIDEZ:

A) NULIDAD:

a) *Por falta de consentimiento:*

a) Del titular:

1. Disposición de bienes de la mujer verificada por el marido sin su consentimiento (49, 1.º).
2. Disposición de bienes comunes otorgada por el viudo sin consentimiento de los demás partícipes en la sociedad continuada cuando no fueren donaciones en favor de los hijos (54, 4.º).

b) De otras personas:

3. Actos del viudo como fiduciario del cónyuge difunto sin intervención de los parientes por éste designados (29, 1.º).
4. Modificación de las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio sin intervenir las personas llamadas por la ley (58, 2.º y 3.º).

(2) *Derecho civil español común y foral*, 8.ª edic., I, 2.º, págs. 643 y ss.

b) *Defectos de forma:*

5. Revocación de testamento mancomunado verificada por uno de los cónyuges en vida del otro sin notificárselo por medio de notario (19, 1.º).
6. Testamento ante párroco carente de las formalidades legales (22 y 23).
7. Actos del viudo como fiduciario del cónyuge difunto no contenidos en testamento o escritura pública (29, 2.º).
8. Reserva de bienes no determinada en testamento o instrumento público (43).
9. Colación de bienes no ordenada en disposición de última voluntad, capitulación matrimonial u otro documento fehaciente (45, 2.º).
10. Capitulaciones no otorgadas en escritura pública 58, 1.º).
11. Renuncia o limitación del derecho de viudedad no contenida en escritura pública (63, 2.º, y 73, 1.º y 2.º).
12. Concesión de viudedad universal fuera de testamento o escritura pública (64, 1.º).

c) *Falta de requisitos especiales fijados por la Ley:*

13. Revocación de testamento mancomunado otorgada por el cónyuge supérstite sin renunciar los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado (19, 2.º).
14. Enajenación de inmueble que tenga el carácter de *axovar* o *firma de dote*, mientras no haya descendencia del matrimonio, sin obligación y fianza de reinvertir su importe en otro equivalente (61, 2.º).
15. Disposición por el marido de bienes muebles dotales aportados como sitios o inmuebles, antes de inscribir la hipoteca que asegure su valor en el Registro de la Propiedad (61, 3.º).

d) *Actos contra legem:*

16. Revocación de testamento mancomunado por el cónyuge supérstite que hubiere aceptado liberalidad a su favor ordenada en el mismo (19, 3.º).
17. Actos del viudo fiduciario excediéndose de los límites fijados por el difunto (29, 1.º).

18. Revocación por el viudo fiduciario de los actos *inter vivos* que hubiere otorgado en uso de las facultades por el difunto concedidas (29, 2.º).
19. Estipulaciones contenidas en capítulos que infrinjan prohibición expresa en la legislación vigente en Aragón o sean opuestas a los fines esenciales del matrimonio (59).
20. Prohibición de viudedad ordenada por el cónyuge o los ascendientes del mismo (63, 2.º).

e) *Nulidad parcial*:

21. Disposiciones contenidas en un nuevo otorgamiento de capitulaciones que vulneren o modifiquen los derechos adquiridos por tercero al amparo de las anteriores (58, 4.º).

B) ANULABILIDAD:

a) *Falta de complementos de capacidad*:

a') *Ordinaria*:

a) Actos otorgados por menores:

22. Aprobación de cuentas y liberación de responsabilidades de la tutela o administración de bienes otorgadas por casado menor de veintiún años, sin aprobación de los parientes (12, 1.º y 2.º).
23. Contratos celebrados por el soltero mayor de catorce años y menor de veintiuno sin la asistencia de su padre, madre o tutor (13).

b) Actos otorgados por mujer casada:

24. Aceptación de herencia sin venia marital y en perjuicio de sus derechos legitimarios (44, 2.º).

b') *Especial*:

25. Donación o venta de la mujer al marido de bienes raíces de la dote o *firma de dote* sin consentimiento del padre, de la madre o de los parientes (52).
26. Aseguramiento sobre bienes raíces de la dote o *firma de dote* por negocio que no sea conocidamente de utilidad del matri-

monio, sin consentimiento del padre, de la madre o de los parientes (52).

b) *Anulabilidad parcial por concurrencia de circunstancias invalidantes:*

27. Donaciones de bienes comunes verificadas por el marido durante su última enfermedad o reteniendo de por vida la posesión de los bienes en que consistan (49, 1.º).

C) RESCISIÓN:

a) *Disposiciones en mengua de derechos sucesorios:*

28. Contratos entre cónyuges en cuanto perjudiquen los derechos legitimarios de los descendientes (52).
29. Donaciones de bienes comunes otorgadas por el viudo en favor de los hijos y sin la conformidad de todos ellos, fuera de los casos permitidos por la ley, o de bienes privativos del difunto sin que exista precedente (54, 4.º, y 72, 6.ª).

b) *Actos en perjuicio de la sociedad conyugal o de uno de los cónyuges:*

30. Disposición de bienes de la sociedad conyugal efectuada por la mujer del ausente en tanto cuanto no sea necesario para las atenciones de la misma (6.º).
31. Anticipaciones de precio o merced de arriendos y disfrutes de fincas de la mujer o sobre las que le corresponda derecho de viudedad en cuanto perjudiquen a la misma (49, 2.º).
32. Aseguramiento sobre bienes raíces de la dote o *firma de dote* por negocio que aparezca como de utilidad al matrimonio y no lo fuere así, sin haberlo consentido el padre, la madre o los parientes (52).

II. INEFICACIA SOBREVENIDA:

A) REVOCACIÓN:

a) *Ope legis:*

33. Testamento mancomunado cuando antes de la muerte de uno de los cónyuges se declara la nulidad del matrimonio, se de-

creta la separación conyugal o se entabla demanda de divorcio o querrela de adulterio, de la existencia de la cual sea sabedor el cónyuge al morir (18).

b) *Voluntaria*:

34. Arrendamientos y disfrutes de fincas de la mujer o sobre las cuales le corresponda derecho de viudedad, otorgados por el marido sin su consentimiento y por tiempo que exceda de un año, cuando éste falleciere (49, 2.º).

B) CADUCIDAD:

35. Testamento ante párroco sin cumplir los requisitos posteriores de adveración y protocolización (25 y 26).

Fijado el encuadramiento de cada supuesto legal de ineficacia, los estudiaremos seguidamente siguiendo el orden de artículos del Apéndice y no el cuadro sinóptico trazado, pues este otro camino nos obligaría a múltiples referencias y remisiones en menoscabo de la claridad; sin perjuicio de que en cada precepto legal repitamos su situación dentro del esquema formulado.

ARTÍCULO 6.º (CASO 30)

Ordena el Apéndice «que la mujer del ausente, además de tener la libre disposición de los bienes propios de ella, podrá disponer de los bienes comunes de la sociedad conyugal, en tanto cuanto sea necesario para las atenciones de la misma» (3). Doble efecto es el de esta norma: suprimir la limitación de capacidad que supone la venia marital en cuanto a los bienes privativos de

(3) Tiene sus precedentes en el artículo 23 del Proyecto de Apéndice de 1899, que no imponía la limitación por razón de las atenciones de la sociedad conyugal, y en el 194 del Proyecto de 1904, similar a la norma vigente. Publicada la Ley de 8 de septiembre de 1939 modificando el título VIII del Libro I del Código civil, se plantea la duda sobre la subsistencia de los artículos 4 al 7 del Apéndice, dada la generalidad de aquella. Los autores mantienen opiniones distintas, si bien aceptando, por una u otra razón, la vigencia de la norma que comentamos. SERRANO: (*La ausencia en el Derecho español*, págs. 309 y 312), a quien sigue CASTÁN (*Apéndice al Derecho civil de Registros*, 1.º, pág. 115; ob. y vol. cit., págs. 264 y 265), se inclina por la general aplicación de la nueva Ley con subsistencia de aquellos preceptos aragoneses en armonía con la misma (representación del ausente por su esposa menor de edad o por sus hijos casados mayores de catorce años, ya que una y otros son *mayores de edad*; revocación de poderes y mandatos por la declaración de ausencia) o que sean típicos del régimen económico matrimonial (art. 6.º). Más radical, DE CASTRO (*Derecho civil de España*, II, 1.º, págs. 555 y 556) acepta el imperio absoluto de la Ley nueva, pues si continúa vigente el art. 6.º del Apéndice es porque la referencia del reformado art. 189 debe entenderse hecha al régimen matrimonial aragonés. OTROS (ORTEGA LORCA y BONET, según cita de DE CASTRO)

la mujer; y atribuirle respecto a los comunes una facultad dispositiva de que normalmente carece.

Primer requisito de aplicación de este precepto es que esté declarada la ausencia del marido; si sólo hubiere sido pedida, hasta que recaiga la declaración judicial regirán las normas generales (Código civil: art. 1.441 y concordantes), y no el precepto foral que se refiere al *ausente*: a quien ya está calificado legalmente como tal. Tampoco tiene que estar acordada la separación de bienes, pues, careciendo el Apéndice foral de disposiciones sobre tal situación, aparte de la vaguedad del texto del artículo 47, § 2.º, deberán aplicarse las normas del ordenamiento común, y entre ellas, el artículo 1.436, apartado segundo, del Código general; transfiriendo únicamente a la mujer la administración de su dote y de los demás bienes que, por resultado de la liquidación de la sociedad conyugal, le hayan correspondido. En este caso, el artículo que comentamos será aplicable en forma cuantitativamente restringida: a los bienes adjudicados a la mujer solamente y no a todos los suyos y a los comunes, como sucedería de no existir la separación (4).

La declaración de ausencia basta para que la mujer pueda disponer de los bienes propios, pero para hacerlo de los comunes

mantienen la subsistencia de los artículos del Apéndice. Esta es también nuestra opinión (SAPENA: *La ausencia en Aragón*, «Revista de Derecho Privado», 1955, págs. 997 a 1001), ya que se trata de una modificación de una parte del Código que no puede afectar a las otras del mismo más que en cuanto a ella se refieren; y parte integrante del Cuerpo general es el Apéndice aragonés, el cual fué promulgado en su día como excepción a las normas de la ley común y como tal debe considerársele subsistente. Pero por la misma razón creemos que las referencias de la norma aragonesa al Código deben entenderse hechas al texto vigente del mismo y, por tanto, al nuevo, si existen variaciones. Así la remisión al artículo 220 que hace el 7.º del Apéndice se fijó en contemplación a la misma verificada por el 187 del Código; modificado éste, debe, pues, entenderse también cambiada aquélla y referirla al nuevo 184, sin implicar en ningún caso especial derogación de la norma foral; de que el representante ha de ser el cónyuge o un heredero *abintestato*. En definitiva, corresponderá tal cargo al cónyuge, no separado legalmente y cualquiera que fuere su edad, y en su defecto a uno de los herederos *legítimos* llamado, según el orden del nuevo artículo 184, lo cual implica la postergación de los ascendientes a los descendientes—pues mientras éstos vivan aquéllos no heredan *abintestato*—e incluso exclusión de los primeros si todos los bienes son troncales y no existe ninguno de posible reversión a los mismos. Contrariamente MONTULL LAVILLA estima inaplicable todo el primer párrafo del artículo 7.º, ya que del Código civil ha desaparecido la mención del artículo 220, olvidando a nuestro entender que la modificación es sólo la segunda parte de dicho párrafo (*La ausencia en el Derecho aragonés vigente*, «Anuario de Derecho aragonés», VI, págs. 194 y 195). Publicado ya mi citado trabajo, he tenido la satisfacción de ver compartida, en líneas generales, mi opinión por MANUEL ALONSO LAMRÁN en su magnífico informe sobre la ausencia elevado a la Comisión Compiladora de Derecho Foral Aragonés.

(4) Siguiendo en este punto lo que ya sustentamos en nuestro estudio *Dinámica de los bienes en la sociedad conyugal aragonesa*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1952, págs. 547 y ss. En bien de la concisión, y aunque la autocita no sea de nuestro mayor agrado, habremos de remitirnos en algunos casos a dicho artículo, dadas sus interferencias con el presente.

precisa otro requisito: que sea necesario para las atenciones de la sociedad conyugal y hasta tanto lo fuere. Con ello quedan excluidas las disposiciones a título gratuito, pues para atender las necesidades de dicha sociedad ineludiblemente se precisa que los actos sean onerosos: a éstos únicamente se refiere la especial facultad por el artículo 6.º concedida (5). En todo caso, la actuación al amparo de este precepto es enteramente libre: *libre disposición*, dice el texto legal; por ello no son aplicables los artículos 1.442 y 1.444 del Código civil.

Los actos realizados en contravención de esta norma son ineficaces. Si la causa de la invalidez es la falta de declaración de ausencia, su especie es distinta según los bienes objeto de aquéllos: si son los propios de la mujer estamos ante una mera anulabilidad por falta de venia marital; pero si son los comunes, ante una nulidad radical, por carecer de facultad dispositiva de los mismos. Y en ambos casos, fuera del campo de nuestro estudio.

El problema se presenta difícil cuando la esposa del ausente dispone de bienes comunes a título oneroso y se prueba que no era necesario para las atenciones de la sociedad conyugal. Si calificamos tal acto como anulable, dada la similitud con el caso de falsedad en la causa por el artículo 1.301 del Código español previsto, el tercero civil ha de sufrir las consecuencias de la declaración de nulidad. En cambio, si conceptuamos al mismo como válido, pero susceptible de ser rescindido, serán respetados los derechos de éste.

Teóricamente creemos que, bajo un amplio y comprensivo concepto de la causa, al modo como se pronuncia Dualde (6), o considerándola como correspondencia entre el fin del contratante y el permitido por la ley, según la idea de Carnelutti (7), no puede dejar de ser concebida como falta de causa o con expresión falsa de la misma la enajenación llevada a cabo, por la mujer, de los bienes comunes que necesaria no fuere para las atenciones de la sociedad conyugal. Pero si estimamos como causa del contrato la función económico-social que el mismo cumple, en opinión de Mes-sineo (8), o tomamos el estricto y restringido que de ella tiene el artículo 1.274 del Código general, habrá que terminar afirmando que tal acto tiene su causa, y que, si en algo ha habido falsedad, es en los motivos declarados por uno de los contratantes y no en aquélla.

Aunque no estuviéramos conformes con el concepto de causa que nuestro primer Cuerpo legal formula (9), tratándose de un

(5) Con una sola excepción: la donación al hijo que designare heredero por ser necesario para la casa (*Dinámica*, cit., pág. 544).

(6) *Concepto de la causa de los contratos*.

(7) Citado por GONZÁLEZ PALOMINO: *La adjudicación para pago de deudas*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado». I, pág. 263.

(8) En *Doctrina general del contrato*, I, págs. 100 y 110.

(9) Véase el intento de construcción del mismo de SÁNCHEZ-BLANCO: *Onerosidad, gratuidad y causa*, «Revista de Derecho Privado», 1952, págs. 483 y ss.

caso de aplicación de la norma positiva a aquél habrá que acudir, averiguando, en consecuencia, si falta o es falsa la declarada. Con arreglo a dicho artículo 1.274, la causa del contrato oneroso es la prestación, o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, por lo que, existiendo ésta en nuestro caso, no podrá ser impugnada la disposición de la mujer por carencia o falsedad de causa al no ser necesaria para cubrir las atenciones de la sociedad conyugal, pues existe la causa y es verdadera por razón de su propia onerosidad.

Tampoco el supuesto que contemplamos está comprendido en los otros casos enumerados por el artículo 1.301 del Código civil. El Apéndice, contrariamente a lo que dispone en su artículo 49 respecto a las liberalidades de bienes comunes por el marido otorgadas, no fija la sanción de lo efectuado contraviniendo la norma que estudiamos; no declara, como en aquel otro, que lo realizado sea nulo total o parcialmente. Por eso no cabe interpretación extensiva de las normas sobre la anulabilidad hasta comprender en ellas el negocio que nos ocupa. ¿Será, pues, válido? Evidentemente, no. Aun cuando no sea nulo ni anulable y exista, su otorgamiento se ha efectuado con violación de los límites por la ley marcados, límites establecidos para evitar un perjuicio a la sociedad conyugal, por lo que quien la representare o tuviere en ella participación por sí o como sucesor del otro cónyuge—el marido y sus herederos— podrá impugnar, nos lesionado, los actos que le resulten dañosos. Tal perjuicio nos califica el tipo de la ineficacia: estamos ante un negocio rescindible de los comprendidos en el número 5.º del artículo 1.291, por lo que le serán aplicables las disposiciones del capítulo V, título II, libro cuarto del Código civil.

ARTÍCULO 12 (CASO 22)

Con arreglo al artículo 10 del Apéndice, los aragoneses que hayan contraído matrimonio son mayores de edad, cualquiera que fuere ésta. Por tanto, su capacidad es completa, pero el artículo 12, recogiendo los precedentes sentados en el Fuero único *De liberationibus et absolutiõibus tutoribus per minores faciendis*, fija una restricción: la de que «el que tuvo tutor no podrá aprobar las cuentas de la tutela ni dar finiquito de responsabilidades exigibles a sus guardadores sin la asistencia y conformidad de los parientes que se designan en el tercer párrafo del artículo 58», lo cual rige también para «la rendición de cuentas de administración relativas a bienes de menores de edad que hayan estado a cargo de persona distinta del tutor» (10). Claro es que esta disposición se refiere

(10) No es la única restricción que a la mayor edad del casado impone el Apéndice. Pues de su artículo 4.º se deduce que si la esposa del ausente es menor de catorce años (lo cual puede suceder al amparo del artículo 83 del Código), precisará asistencia de un tutor para administrar los bienes de su ma-

sólo a quienes están obligados a rendir cuentas, y no, por tanto, al padre o madre que, por ser tales, administren los bienes de sus hijos (art. 3.º, núm. 2.º), no cuando lo hicieren como tutores de ciertos bienes y para ellos designados (11).

El precepto que comentamos fija como edad tope la de los veinte años: expresamente no fué modificado por la Ley de mayoría de edad de 13 de diciembre de 1943, la cual sólo se refirió de forma explícita a los artículos 10 y 13 del Apéndice. No creemos, sin embargo, pueda mantenerse que el artículo 12 no ha sido afectado por dicha disposición general, que nada tiene que ver con la mayoría de edad y, por tanto, debe subsistir el mismo en su primitiva redacción. Este artículo es consecuencia clara del 10: si se fijó la edad de los veinte años es porque en aquella hubiere alcanzado normalmente la mayoría el pupilo de no casarse antes; modificada la misma debe entenderse también esta norma: hasta los veintiún años no podrá el aragonés casado aprobar las cuentas de la tutela o de la administración de sus bienes y liberar las responsabilidades de las mismas provenientes sin intervención de los parientes que el artículo 12 llama.

La referencia al artículo 58 para precisar cuáles son los parientes, no es clara. Pues igual podría mantenerse que el menor está en lugar del marido o de la mujer que dicho precepto cita y, por tanto, son sólo dos parientes del mismo, los más cercanos, varones y de más edad, quienes han de intervenir (12), como estimar que por marido y mujer ha de entenderse al padre y madre del menor, en cuyo caso los parientes serán cuatro: dos por cada rama que reúnan las circunstancias expresadas. El Fuero citado sólo exigía que consintieren dos parientes, pero éstos habían de ser de la parte de que provienen los bienes y, además, se precisaba la autorización judicial. El precedente, pues, no es bastante para interpretar el precepto vigente: al llamar sólo a dos parientes pudieran ser de la parte de la cual los bienes no provengan, y, en todo caso, falta la seguridad que confiere la autorización judicial. Por todo ello nos inclinamos a sostener que son cuatro los parientes que deben intervenir: dos por parte del padre y dos por la de la madre; el artículo 12 se refiere a «los parientes que se designan en el tercer párrafo del artículo 58», sin excepción alguna, esto es: a todos ellos. En el caso de tener que aprobar las cuentas presentadas por el padre o madre como administrador de bienes designado por otra persona, reputamos también necesaria la intervención de los

rido. La expresión que encabeza este precepto es desafortunada: «menor edad» y «esposa» son términos que se excluyen recíprocamente, según el artículo 10. V. «La ausencia en Aragón» cit., págs. 993 y 994.

(11) Dicho precepto reconoce «la tutela que acerca de otros bienes de los propios hijos haya sido encomendada al padre». Mas bien que de tutela—falta el presupuesto de ésta al existir la autoridad paterna—se trata de un caso de administración especial deferida al padre o madre con independencia de la que como tales les corresponde (art. 3.º, núm. 1.º), con mayores garantías para los hijos.

(12) Opinión de Dr CASTRO: *Ob. y vol. cit.*, pág. 238, nota 4.

cuatro parientes, sin que la personalidad del que rinde las cuentas produzca como innecesario el consentimiento de los dos por parte del mismo: precisamente si al padre se le ha encomendado la administración, no en su calidad de tal, es porque no se tiene plena confianza en él, no se debe, pues, suavizar el rigorismo legal.

Lo otorgado sin la asistencia y conformidad de tales parientes tendrá el carácter de anulable: no puede conferírsele sanción mayor que a los negocios del menor de edad; más cuando la ley sitúa en este caso al mayor como si menor fuere. Por tanto, la aprobación de cuentas y liberación de responsabilidades efectuada sin tales requisitos será convalidable por transcurso del plazo de cuatro años sin impugnarlo, a contar desde que el menor de veintidós años hubiere cumplido esta edad, o por confirmación expresa o tácita.

ARTÍCULO 13 (CASO 23)

Con acusada especialidad el Derecho aragonés tendió a rebajar el límite de la menor edad, pero sin que su ordenamiento histórico ofrezca una regla clara al respecto. Así, mientras el Fuero *De contractibus minorum* de la Compilación de Huesca de 1247 declaraba menor de edad a quien no hubiere cumplido los catorce años, y la Observancia del mismo título fijaba en dicha edad la mayoría, existían en contra de este límite el Fuero *De liberationibus* de 1348, el *Ut minor XX annorum* de 1348, el *Que los menores de veinte años* de 1564 y el *De las obligaciones de los menores de veinte años* de 1585, estableciendo todos ellos la mayoría de edad a los veinte años tan repetidos (13).

Dudosa era la situación anterior al promulgamiento del Apéndice, como lo demuestra la propia jurisprudencia fijando unas veces la mayoría de edad en los catorce años (14), otras en los veinte (15), y en algún caso estima en su interregno una mayoría semiplena (16), solución que parece ser la aceptable en el régimen inmediatamente anterior al 2 de enero de 1926 (17).

(13) VIDAL TOLOSANA: *El Apéndice aragonés al Código civil general*, página 21.

(14) Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 6 de diciembre de 1859, 11 de mayo de 1876, 5 de diciembre de 1882, 30 de junio de 1887, 9 de julio de 1887, 26 de octubre de 1895 y 18 de febrero de 1898.

(15) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de noviembre de 1855; sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 10 de julio de 1905.

(16) Resolución de la Dirección General dicha de 23 de marzo de 1912 y diversas sentencias de la Audiencia que se refieren a la plenitud de los derechos civiles no alcanzada hasta los veinte años: 27 de septiembre de 1866, 8 de agosto de 1870 y otras.

(17) MARTÍN BALLESTERO: *La mayoría de edad en Aragón*, «Primera semana de Derecho aragonés», págs. 118 y 119. Los proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 fijaban la mayoría de edad a los veinte años, opinión que mantuvo FRANCO en su *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del*

Promulgado el Apéndice se adopta una posición intermedia, pues si bien en su artículo 10 fija la mayor edad a los veinte años —hoy veintiuno en virtud de la modificación establecida por la Ley de 13 de diciembre de 1943—, por otra parte permite al soltero mayor de catorce años celebrar *por sí* toda clase de contratos, con la asistencia que expresa. La amplia facultad de disposición del menor de veintiún años nos deja en la duda de si es a esta edad cuando comienza la mayoría, existiendo antes una especial minoría, o bien se inicia a los catorce, con ciertas restricciones hasta alcanzar los veintiuno (18). Este período de transición—soltero mayor de catorce y menor de veintiuno—, es el que ahora nos interesa.

Dispone el artículo 13 que «puede por sí celebrar toda clase de contratos, pero con asistencia del padre o de la madre, que conserva sobre él la autoridad, y, en defecto de ellos, con la de su tutor». Aclarando seguidamente—aunque por aplicación subsidiaria del Derecho común resultaría igual—que «no necesita tal asentimiento para disponer de sus bienes en testamento». A su primera parte nos ceñiremos aquí, debiendo estudiar dos puntos para deducir la ineficacia del acto que lo contravenga: quién necesita tal asistencia y quién debe prestarla.

Del artículo 2.º del Apéndice se desprende con claridad que la autoridad paterna se extingue por la emancipación, luego, no conservándola el padre o madre, el emancipado no precisará de su asistencia para contratar. Basándose en ello Pala y Martín-Balastero (19) dicen que el precepto no es aplicable al mayor de catorce años que viva independiente de sus padres, pues por ser emancipado conforme al artículo 160 del Código civil no está sometido a la autoridad paterna, gozando, además, de una plena capacidad patrimonial (propiedad, usufructo y administración de sus bienes: artículo 3.º, núm. 3.º, del Apéndice), por lo que tendrá también una limitada facultad de contratar, sin intervención de quienes ya no ejercen sobre él la restringidísima patria potestad aragonesa:

Derecho civil aragonés, art. 15 y Adición a la misma, artículo 55; y fué la adoptada por el Congreso de 1880-81: COSTA: *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, pág. 75. En cambio, el citado FRANCO, con GUILLÉN, en sus *Instituciones de Derecho civil aragonés*, fijan la mayor edad a los catorce años, si bien reconociendo que hasta los veinte no se adquiría una plena capacidad: artículos 11, 13, 14 y 15; habiéndose pronunciado recientemente en sentido similar GARCÍA-ATANCE ALVIRA: *De consuetudine regni non habemus patriam potestatem*, pág. 163; PALAZÓN DELATRE: *Comparecencia en juicio del aragonés soltero mayor de catorce años y menor de veintiuno*, pág. 209; y SÁINZ DE VARANDA: *La comparecencia en juicio del menor de veintiún años, mayor de catorce, en Aragón*, págs. 245 y 246; todos en «Anuario de Derecho aragonés, tomo VI.

(18) V. MARTÍN-BALLESTERO: Ob. cit., págs. 119 y ss.; PALA y MARTÍN-BALLESTERO: *El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés*, «Segunda semana de Derecho aragonés», pág. 67; ORTEGA SAN ISIGO: *Ut minor XX annorum*, igual «Semana», págs. 136 y ss. El Profesor DE CASTRO opina que hasta los veinte años se es menor de edad (ob. y vol. cit., págs. 168 y 202).

(19) Ob. cit., págs. 67 y 68.

es tan capaz como si hubiera cumplido veintiún años. Con esta opinión quedarían múltiples actos en una zona nubosa, pues para averiguar si se precisa o no la asistencia del padre o madre habría que basarse en un dato de hecho—la vida independiente—dudoso y de difícil conocimiento exacto para la otra parte y para los funcionarios que intervengan. Por ello, por atentar contra la seguridad del comercio jurídico, no lo estimamos aceptable. Y, además, porque creemos es otro el resultado de investigar el ordenamiento positivo, en consonancia con los precedentes históricos.

La finalidad de los citados Fueros de 1348, 1564 y 1585, tué la de impedir que el menor de veinte años contratase por sí sólo; en todo caso precisaba el consentimiento de otras personas: el Juez según el primero, y los padres, sobreviviente viudo de éstos o el Juez—por este orden—con arreglo a los otros dos. Sin ellos nunca podía obligarse.

En la regla 3.^a del artículo 3.^o, el cuaderno foral reproduce lo dispuesto en el Código con relación al hijo menor de edad que viva independiente de los padres, omitiendo que «se le reputará... como emancipado» y añadiendo un inciso final: «arregadamente a lo estatuido en este Apéndice y en el Código de Comercio acerca de la capacidad para contratar». Esto es, en materia civil—única que aquí nos interesa—el menor que viva independiente de sus padres queda sujeto a las normas generales del Apéndice respecto a la capacidad contractual de los menores de edad y, por ello, al artículo 13, como el examen del mismo nos corrobora (20). Veámoslo.

Dicho artículo requiere que los padres conserven su autoridad, la cual, conforme al 2.^o del mismo Apéndice, se mantiene respecto a los hijos a quienes el Código civil denomina *no emancipados*: luego a los emancipados no es aplicable aquél. Las causas de emancipación las enumera el artículo 314 del citado Cuerpo general: de ellas únicamente nos interesa la de su número 3.^a, pues las otras dos en Aragón implican mayoría de edad. El emancipado por concesión del padre o madre titular de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 316, podrá contratar por sí sólo sin necesidad de asistencia alguna (21). Pero no se puede conceptuar como plenamente emancipado al hijo que viva independientemente de sus padres con consentimiento de éstos, pues sólo se le tiene por tal a todos los efectos con relación a determinados bienes (art. 160 C. c.) no a los efectos para regir *su persona y todos sus bienes*, que son los de la plena emancipación (arts. 317 y 324). No se ha perdido la patria potestad: el hijo no está legalmente emancipado (art. 154), *ergo* no se ha extinguido la autoridad de los padres aragoneses (art. 2.^o Apéndice), siendo por tanto aplicable el artículo 13 de la norma foral a los mayores de catorce años y menores de veintiuno que vivan independientes si no se les ha concedido formalmente la emancipación.

(20) En igual sentido, DE CASTRO: ob. y vol. cit., pág. 203.

(21) Idéntica es la situación del emancipado por concesión de la Patria conforme al Decreto-Ley de 7 de marzo de 1937.

A la emancipación debe equipararse la habilitación de edad. Cierto es que el precepto que estudiamos sólo impone el requisito de conservar la autoridad con relación al padre o a la madre y no al tutor; y también que, a pesar de la habilitación extingue la tutela ordinaria o plena (art. 278 C. c.), no por ello desaparece el cargo del tutor en el ordenamiento común, siendo llamado a intervenir en determinados casos (arts. 59 y 317, en relación con el 324). Pero el supuesto es distinto: en Aragón la gradación en la libertad va adelantada con relación al Derecho general de la Patria: en éste de la incapacidad se pasa, mediante la emancipación y la habilitación, a una capacidad restringida; en aquél, de esta capacidad restringida a la plenitud en el ejercicio de sus derechos. La causa, con distinto nombre, es la misma: iguales deben ser los efectos. Por una simple omisión no vamos a conceder mayor subsistencia a la autoridad tutelar que a la paterna: la remisión al 317 y 59 también podría hacerse frente a los padres. No es éste el espíritu de la norma: extinguida la autoridad paterna o la tutela podrá el aragonés mayor de catorce contratar sin la intervención de su padre o madre o la de su tutor.

Según el texto legal la repetida asistencia debe prestarla el padre o la madre, colocándolos gramaticalmente en plano de igualdad. Razones de unidad de directriz familiar y de analogía con preceptos del Código civil nos compelen a estimar que la madre sólo es llamada en defecto del padre: cuando a aquélla le corresponde la patria potestad. Y en cuanto al tutor su vocación precisa el defecto de tal autoridad con relación a ambos padres (22).

Si el padre o madre se niega a prestar su asentimiento, ¿podrá el menor acudir al Juez? Creemos que sí en el supuesto de intereses opuestos, permitiendo el nombramiento de un defensor judicial al amparo del artículo 165 del Código civil. Y la existencia de tales contradictorios intereses puede verse en la negativa injustificada en casos extremos, en no querer ayudar al hijo. El nombramiento del defensor le conferirá ya las facultades correspondientes: una adecuada interpretación conjunta de los artículos 164 y 165 del Código y 13 del Apéndice nos dará la solución. En cuanto a la negativa del tutor, es al Consejo de familia a quien corresponderá decidir según las reglas de la tutela.

(22) El Fuero *De las obligaciones de menores de veynete años* de 1585, aciarrando el de 1564, requería que el padre sobreviviente no se hubiera casado de nuevo, lo cual exigió también el Proyecto de 1904 en su artículo 226. El de 1889—artículo 36—, sólo fijó este requisito con relación a la madre. En otra ocasión hemos mantenido que las segundas nupcias no son causa de pérdida de la autoridad paterna en esta región. (*Inaplicabilidad en Aragón del artículo 168 del Código civil*, «Anuario de Derecho aragonés», VI, págs. 271 a 280); luego en el binubo—aunque sea la madre—subsistirá el derecho y deber de asistencia que el artículo 13 le atribuye. Si recordamos que el proyecto de actual Apéndice en su artículo 11 se refería al sobreviviente de los padres *que se conserve viudo* y el texto vigente habla del padre o de la madre *que conserve sobre él la autoridad*, encontraremos refuerzo a nuestra tesis en una mutación de palabras que indica un cambio del criterio tradicional.

El menor actúa por sí: el padre, la madre o el tutor se limitan a asistir o asentir, ambos términos emplea el legislador. Más bien diríamos que las dos cosas verifica: acompaña al menor a un acto (*asiste*) y se muestra conforme con el otorgamiento de éste (*asiente*): No se le llama *consentimiento* como en el artículo 317 del Código general, pero sus efectos son los mismos. Exigiéndose en ambos casos la intervención de una persona que no es parte en el contrato ni titular de los derechos de que se dispone, tanto da estimar que muestra su conformidad como que permite el acto: sin ella no reunirá los requisitos legales, careciendo de uno relativo a la capacidad, complementario de ésta. Por lo que su falta convierte el negocio en anulable, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 1.301 y concordantes del Código civil (23).

ARTÍCULO 18 (CASO 33)

El testamento mancomunado, originariamente válido, pierde su eficacia por una de estas tres causas cuando tuvieren lugar en vida de ambos consortes: 1.ª Declaración de nulidad del matrimonio. 2.ª Separación conyugal decretada. 3.ª Interposición de demanda de divorcio o querrela de adulterio, de la cual sea sabedor el otro cónyuge al morir (24).

No ofrecen problema las dos primeras, pues precisan un pronunciamiento público y cierto. Bastará con la sentencia del Tribunal eclesiástico si se trata de matrimonio canónico, declarando la nulidad o decretando la separación, aunque no se hayan acordado las medidas procedentes por el Tribunal civil. La separación ha de ser judicial en todo caso: la voluntaria no surte efecto alguno en este punto.

No está previsto el caso de reconciliación posterior: creemos que por ella, a falta de manifestar voluntad contraria, recobra su eficacia el testamento: la causa de la invalidez ha desaparecido y la reconciliación unida al silencio con relación al testamento es base suficiente de una voluntad que debe reputarse tácitamente expresada. Pero ha existido un lapso durante el cual el testamento era ineficaz, por lo que los actos durante el mismo otorgados en oposición a aquél son plenamente válidos. Frente al testamento otorgado por uno de los cónyuges durante la separación pierde toda su eficacia el mancomunado. No se trata en este caso de una revocación unilateral, sino de faltar el presupuesto necesario para el revalidamiento del testamento de mancomún, por lo que éste, a pesar de la reconciliación, no recobrará su eficacia. Y ello aunque, según las normas generales, ambos testamentos puedan concepcuarse como compatibles—v. gr.: en el mancomunado se instituye un heredero y en el posterior se respeta tal institución, legan-

(23) Cfr. DE CASTRO: Ob. y vol. cit., pág. 202.

(24) El artículo 247 del Proyecto de 1904 no exigía este conocimiento.

do, además, en favor de otra persona—, pues el mero hecho de disponer algo distinto a lo contenido en aquél implica voluntad disconforme con la común anterior. Únicamente existirá plena compatibilidad—y por ende recobrará su eficacia el testamento mancomunado—si el segundo se limita a reproducir y mantener íntegramente las disposiciones del primero.

Al tiempo de la reconciliación los cónyuges podrán negar la validez del testamento mancomunado, no sólo testando de nuevo, sino también manifestándolo así en el acto en que aquélla se plasma, el cual, por el formalismo que revisten los títulos sucesorios, deberá constar necesariamente en escritura pública aunque no sea testamento, pues no se trata de revocación del anterior, sino de restringir los efectos de una declaración de voluntad: la de reconciliación.

En cuanto a la causa tercera, el problema se plantea con relación a la prueba del conocimiento que tuviera el otro cónyuge de haberse entablado la demanda de divorcio o querrela de adulterio. Según se desprende del texto legal, este conocimiento debe ser real: ni precisa que sea oficial ni basta con que fuere ficticio. Es decir, que si aun sin notificación alguna el cónyuge tuvo conocimiento de haberse iniciado el trámite judicial con la demanda o querrela, el testamento queda revocado por éstas; y que si se le dió traslado o se le notificó tal hecho por los procedimientos rituarios que le dan por enterado y no llegó a él la noticia, el testamento no pierde su eficacia. Al viudo y a los sucesores corresponderá la prueba de tal conocimiento.

El tipo de ineficacia es el de revocación *ope legis*, sin necesidad de interpeleación personal alguna. El testamento tuvo efecto hasta el instante en que se declaró la nulidad del matrimonio, se decretó la separación judicial o se entabló la demanda de divorcio o querrela de adulterio; y a partir de este momento pierde totalmente aquélla, sin distinción alguna. Sufrirán sus consecuencias tanto el cónyuge culpable como el inocente, y ellos como los terceros en el testamento ineficaz llamados. Al contrario de lo que Victoria opina (25), estimamos justa esta solución: si los cónyuges dispusieron en mancomún fué en base de la unidad espiritual entre ellos existente, la cual se demuestra ha desaparecido desmoronándose el edificio testamentario en el que todas sus partes se condicionaban mutuamente y en aquella unidad se cimentaban.

ARTÍCULO 19 (CASOS 5, 13 Y 16)

La revocación de que trata este artículo, radicalmente innovador en la materia (26), produce sus efectos como la de todo testa-

(25) *El Apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1927. 1.º, página 461.

(26) La Observancia 1 *De testamentis* sólo dispensa la irrevocabilidad por el

mento, pero precisa de requisitos especiales, los cuales son distintos, según se otorgare en vida de ambos cónyuges o por el sobreviviente de los mismos.

Viviendo los dos testadores puede revocarse el testamento de común acuerdo o por voluntad de uno solo de ellos. En el primer caso el texto legal se refiere únicamente a que testaren de nuevo en mancomunado; sin embargo, creemos que no hay óbáculo para que lo verifiquen por separado, manifestando cada uno de ellos al testar que obra en conformidad con el otro y demostrándose luego así; lo que el Apéndice prohíbe es la revocación independiente y oculta, no otra cosa.

Para la revocación unilateral en vida de ambos esposos se exige que el que la efectúe «antes de verificarlo haya notificado su intención por medio de Notario al otro cónyuge». Requisito que se duplica en dos: de tiempo y de forma.

1.º La notificación ha de ser previa al otorgamiento: la palabra *antes* no deja duda alguna (27). Se precisa que se *haya notificado*, esto es, no basta con el requerimiento al Notario y que éste lleve a cabo más tarde el trámite de la notificación: debe haberse cumplido antes de otorgar el nuevo testamento. Con ello se convierte casi en imposible la revocación cuando el que quiera efectuarla esté en peligro de muerte y durante el período de ausencia del otro cónyuge.

2.º Entendemos que la notificación *por medio de Notario* no puede ser otra que la practicada en el instrumento adecuado: en acta notarial (28). La necesidad de la intervención de este funcionario no cabe interpretarla de otra forma que actuando como tal y con arreglo a las normas que regulan su actuación. Esta buena doctrina sigue la Audiencia de Zaragoza en sentencia de 4 de enero de 1929, pero el Tribunal Supremo discrepó de ella en 26 de noviembre de igual año, alegando que basta la noticia dada por el Notario al otro cónyuge, sin precisarse requisito formal alguno (29).

sobreviviente que se limitó a prestar su consentimiento al acto en el cual había únicamente su cónyuge. El Proyecto de 1899 fijó la libre revocabilidad en todo caso (art. 49). Y el de 1904, en cuanto a la revocación en vida de ambos cónyuges, distinguía según hubieran hablado al testar los dos conjuntamente o uno solo de ellos, estableciendo norma similar a la vigente con relación a la revocación otorgada por el superstite (art. 248). Este es el precedente del actual artículo 19, habiendo tomado sus reglas, según los redactores, «de nuestra jurisprudencia sobre la legislación anterior al Código general y de ejemplos tan recomendables como los del Código alemán». (*Exposición de motivos de dicho Proyecto*, pág. LVIII).

(27) Requisito que LACRUZ BERDEJO no estima razonable: *Notas al Derecho de sucesiones*, de BINDER, pág. 125.

(28) En el mismo sentido LORENTE SANZ: *El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés*, «Primera semana de Derecho aragonés», pág. 142; v MUÑOZ SALILLAS: *Dos interesantes sentencias recaídas en el Juzgado de Primera Instancia de Tarazona, en autos seguidos ante el mismo*. «Anuario de Derecho aragonés», VI, pág. 206.

(29) Igual criterio ha mantenido la Audiencia de Zaragoza en sentencia de

Esta notificación habrá de llegar al destinatario, no bastando la practicada a otra persona en su defecto, conforme a las disposiciones del Reglamento Notarial; su personalísimo carácter lo impide. Por ello será conveniente que en la misma acta se haga constar la certeza de haber llegado a conocimiento del notificado; caso de no verificarse directamente.

Según el texto legal parece ser que ambos cónyuges tendrán la obligación de cumplir con tal trámite, tanto quien lo hiciera primero como el que ya había sido notificado del propósito del otro. Pero con una adecuada interpretación no resulta así: una vez conocida la intención del otro cónyuge por haber sido notificada; el testamento deja de ser mancomunado en su esencia; mientras no las revocaren mantiéñense las disposiciones de los dos testadores como independientes: unidas meramente en su exterioridad formal, pudiendo cualquiera de ellos revocar las que le competen; ha desaparecido aquella esencia de pacto que impedía la revocación por separado, los cónyuges han recobrado su libertad desde que ambos conocen la intención de uno de ellos (30).

Por la simple notificación no queda revocado el testamento: precisase la nueva disposición de última voluntad, cualquiera que fuere su forma y con relación a cada uno de los testadores, pues aunque el Apéndice no lo aclare debe entenderse que cada cual sólo podrá revocar sus propias disposiciones y no el total testamento, subsistiendo las referentes al otro mientras no usare de su facultad de revocarlas—ya libre—y en cuanto no estuvieren explícitamente condicionadas por las de su cónyuge.

De duras críticas ha sido objeto este precepto (31), que a nuestro modesto entender no las merece tanto. El testamento mancomunado no contiene solamente una expresión de voluntad conjunta en la forma, sino que en él hay un implícito y mutuo condicionamiento en todas sus cláusulas; existe una *regulación por ambos* esposos de la *herencia de cada uno* de ellos: quírase o no implica

20 de febrero de 1948, estimando cumplido tal requisito al estar presente la mujer en el acto de testar el marido, revocando el mancomunado: decisión que LACRUZ califica de equitativa, especialmente si el notificado, al otorgar testamento posterior, revela estar enterado. Notas citadas, págs. 125 y 126.

(30) Por ello el revocante podrá, si sobrevive a su cónyuge y éste no ha modificado sus disposiciones contenidas en el testamento mancomunado, resultar beneficiado por las mismas, sin que el mismo cobre pleno valor con relación al otorgamiento que el viudo verificó en él y, por ende, sea ineficaz la revocación. Los párrafos primero, por una parte, y segundo y tercero, por otra, del artículo 19, contemplan supuestos diferentes. El testamento mancomunado, como tal, ya fué revocado válidamente según el primero; los otros no entran ya en juego: el sobreviviente acepta una liberalidad como si proviniera de cualquier testamento ordinario. Vide en contra, PALÁ: *Observaciones al Proyecto de Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón*, págs. 57 a 59.

(31) PALÁ: *Observaciones cit.*, págs. 54 y ss.; GARCÍA ATANCE: *Revocación del testamento mancomunado*. «Segunda Semana de Derecho Aragonés», páginas 250 y 55.

un pacto sucesorio con el especial efecto de su revocabilidad (32). Ni el argumento histórico ni el moral de la posible coacción bastan a desprestigiar la construcción legal: aquél, porque no debe impedir las reformas necesarias en bien de la institución; y éste porque en todo caso justificaría la abolición del testamento mancomunado y no solamente de las formalidades para su revocación. A pesar de que la práctica haya demostrado que tal notificación no se efectúa casi nunca (33), optamos por su exigencia: sin ella sí que quedaría el cónyuge inocente a merced del de mala fe. Misión de los Notarios es instruir a los otorgantes sobre las consecuencias de su acto para que elijan entre el pacto sucesorio, el testamento mancomunado o el ordinario, con sus distintos efectos respecto a la revocabilidad. Y sobre ello podemos decir que cuantas veces lo hemos hecho, ambos esposos a dúo—y no uno de ellos llevando la voz cantante—nos han contestado: «Preferimos *ése* que impide que uno lo cambie sin conocimiento del otro». Si el matrimonio está bien avenido, lo prefiere; si no, no van juntos a testar: lo hace cada uno por separado y ocultamente.

Pero también reputamos nosotros necesaria una reforma: la de que sea válida la revocación con tal que se notifique ésta, aun cuando no se hubiere comunicado previamente la intención o propósito de revocar, o cuando conocedor de ella el otro cónyuge, manifestare auténticamente su conformidad o simplemente revocare por su parte también el testamento mancomunado (34). Con ello se evitarían las soluciones injustas a que se puede llegar en casos extremos, habida cuenta de la natural propensión a dejar para última hora estos actos.

Si revocado unilateralmente el testamento mancomunado se revocare a su vez aquél otorgado con tal efecto, expresando la voluntad de mantener el primero, éste recobrará validez en cuanto a las disposiciones del cónyuge revocante, pero no como tal testamento mancomunado; es decir, el otro esposo podrá revocarlo por su parte en cualquier tiempo sin necesidad de notificación alguna, ya que, como hemos dicho, desde que recibió la formulada por su consorte pierde el común instrumento su especial esencia de pacto que impone tales requisitos para su revocación.

La revocación otorgada sin la formalidad de la previa notificación no surte efecto alguno. El negocio es nulo por falta de un requisito formal a él externo, pero integrante del supuesto de hecho complejo y necesario para la validez de la revocación (35). Este especial requisito tiene una finalidad: evitar la revocación separada y oculta en garantía de los derechos del otro cónyuge. Por lo cual, si bien la prueba del conocimiento de la misma no es bastante para suplir la notificación, ni tampoco el que ésta se verifique por otro medio, la conformidad del consorte con la revoca-

(32) LORENTE: Ob. cit., pág. 128.

(33) GARCÍA ATANCE: Ob. cit., pág. 260.

(34) V. PALÁ: *Observaciones* cit., págs. 55 y ss.

(35) Cfr. BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, págs. 347 y ss.

ción que manifiesta conocer hace innecesaria aquélla, confiriendo plena validez a dicha revocación.

Fallecido uno de los testadores, el sobreviviente no podrá revocar el testamento común si no renuncia por completo a los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado, pasando aquél a ser irrevocable si el superstite aceptare liberalidad a su favor en su otorgamiento contenida (36).

En el primer caso se precisará definir y liquidar el caudal propio de cada cónyuge testador, si no constare con anterioridad fijado formalmente. Esto es: primero se ha de averiguar con claridad lo que corresponde a cada esposo: se habrá de liquidar la sociedad conyugal; y además el sobreviviente deberá repudiar la herencia de aquél por completo en lo que al testamento mancomunado se refiere y únicamente en cuanto a él: no tiene por qué dejar de aceptar las establecidas en otro testamento o contrato sucesorio que con el de mancomún fueran compatibles. Verificado así, recobra la libertad de disposición de sus propios bienes, entendiéndose por tales no sólo los privativos, sino también su haber en los comunes, pues el término no se emplea aquí en sentido restrictivo, como se hace con referencia a los de la sociedad conyugal (37).

La revocación será ineficaz tanto si no se ha renunciado a los beneficios del finado provenientes a través del testamento—falta de un requisito esencial (38)—como si tales liberalidades ya hubieren sido aceptadas—acto *contra legem*—; y en ambos casos, como en el contemplado anteriormente de revocación en vida de los dos testadores, nula de pleno derecho. Ahora bien, el negocio que la contenga en sí no es inválido: las disposiciones que no afecten a la revocación, que no modifiquen el contenido del testamento mancomunado subsistirán plenamente (39).

(36) Aplicando tal norma la Audiencia de Zaragoza, en sentencia de 28 de septiembre de 1949, declaró nula por causa ilícita una venta de bienes otorgada por el viudo a favor de un hijo reservándose el usufructo, al estimar que encubría una donación *mortis causa* contraria al testamento mancomunado, cuyo contenido había aceptado el vendedor en su beneficio. LACRUZ extiende la irrevocabilidad al caso de existir cláusulas correspondientes, afectando sólo a ellas, excepto si se hubiere concedido a los testadores la libre revocabilidad (notas citadas, pág. 126). Correspectividad que, a nuestro entender, ha de deducirse claramente o constar de modo expreso, pues de lo contrario la inducción tácita podría llevar a encontrarla en todo testamento mancomunado.

(37) En contra: IBÁÑEZ CEREZO: *El testamento mancomunado*. «Segunda Semana de Derecho Aragonés», pág. 256.

(38) Cfr. sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 24 de marzo de 1952. Si bien el mismo Tribunal en otro fallo de 23 de diciembre de igual año declaró válido el testamento revocatorio sin tal previa renuncia, hay que tener en cuenta que no existían bienes del premuerto, por lo que holgaba el trámite previo de definir y liquidar el caudal propio de cada cónyuge.

(39) La Audiencia de Zaragoza, en sentencias de 30 de junio de 1934 y 8 de octubre de 1951, declara «originariamente nulo» y «nulo de pleno derecho» al testamento con tal contenido. En todo caso, sin embargo, hay que distin-

En cuanto a la cláusula permisiva de la libre revocabilidad por el sobreviviente con relación a sus propios bienes la reputamos aceptable. Pues si el testador puede conferirle tal facultad respecto a los bienes de ambos designándole fiduciario y concediendo valor únicamente a las disposiciones del testamento mancomunado en cuanto no fueren revocadas por el viudo (40), mayormente podrá permitírsele en cuanto a sus propios bienes soamente (41).

ARTÍCULOS 22, 23, 25 Y 26 (CASOS 6 Y 35)

El testamento ante Párroco, de vieja raigambre foral, precisa determinados requisitos concurrentes y posteriores para su validez.

En cuanto a los primeros, son:

1.º *Autorización por el Párroco o quien canónicamente le sustituya en el lugar del otorgamiento.*—Tratándose del testamento de un enfermo asilado en el hospital de Nuestra Señora de Gracia o provincial de Zaragoza podrá autorizarla cualquiera de los Capellanes o Pasioneros del mismo (42).

2.º *Que en la localidad no exista Notario o falte certeza de que llegará a tiempo.*—El supuesto es doble, como la adopción de la partícula disyuntiva *o* lo demuestra (43). De no existir Notario en la localidad puede otorgarse el testamento ante Párroco y aunque no hubiere urgencia de ella o pudiera acudirse al Notario. Por localidad donde éste existe debe entenderse no el lugar, aldea, caserío o barrio, sino el término municipal en que tenga fijada su residencia, mientras la Notaría no esté vacante. La sustitución no implica existencia de Notario cuando la Notaría sustituida no tenga designado titular: si lo hay, por esta razón, y aunque haya nombrado sustituto (44), *existe Notario*. Si el Notario no puede prestar su ministerio por incompatibilidad, creemos, con Rivas Pérez (45), que se debe considerar como si en la localidad no lo hubiere.

Si existe Notaría demarcada en el lugar del otorgamiento y está provista, sólo en el caso de que falte certeza de que el Notario llegará a tiempo puede el párroco autorizar el testamento. Es decir: el testador ha de estar en peligro de muerte, pues si no, no hay razón para temer que el Notario no llegará, debiendo faltar

gui: como título formal no será nunca nulo por esta causa, siéndolo únicamente sus disposiciones modificativas del testamento mancomunado anterior. Así opina también LORENTE SANZ en su *Crónica de Jurisprudencia* «Anuario del Derecho Aragonés», tomo VI, pág. 301.

(40) Aplicando conjuntamente los artículos 18 y 29 no hay obstáculo para ello.

(41) Cfr. LORENTE: *Ob. cit.*, pág. 145; LACRUZ: *Notas cit.*, pág. 126.

(42) V. RIVAS PÉREZ: *El testamento ante el Párroco en Aragón*. «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, págs. 387 y ss.

(43) RIVAS: *Ob. cit.*, pág. 384.

(44) Artículos 49 y 52 del Reglamento Hipotecario.

(45) *Ob. cit.*, pág. 386.

la certeza de ello. Las circunstancias de cada caso nos darán la solución, llegando a facilitarse de tal modo por ellas este testamento que cabrá incluso en una pequeña población, estando en ella el Notario, cuando no se le encuentre y el peligro sea inminente. La falta de certeza de que llegará a tiempo es requisito de carácter negativo: basta que no se sepa con seguridad si llegará, sin necesidad de razones que lo justifiquen.

3.º «El párroco o quien le sustituya, a seguida de manifestar el testador su voluntad, la consignará en notas escritas, claras y precisas, que firmará. Al pie pondrán también sus firmas, si saben y pueden hacerlo, el otorgante y los dos testigos.» Aplicando analógicamente la doctrina desarrollada en torno al testamento ante Notario, traducimos este requisito en los siguientes:

a) *Manifestación de su voluntad por el testador al Párroco y a dos testigos.*—No se precisa, sin embargo, que se haga conjuntamente a todos ellos: puede haberse entregado minuta previa al Párroco o redactarse por él sin estar los testigos; basta con que se manifieste por el testador a los mismos que tal escrito contiene su voluntad. Los testigos habrán de ser idóneos con arreglo a las normas generales (46).

b) *Redacción del testamento en notas claras y precisas con arreglo a la voluntad del testador.*—Aunque se exprese que es el Párroco quien debe consignarlo no quiere decirse que ha de ser escrito por él personalmente: puede hacerlo otro. E incluso creemos que cabe utilizar un medio mecánico. La redacción no está sujeta a reglas especiales ni precisa formalidad alguna, pero reputamos necesaria la expresión del día, mes y año, por ser requisito general de todo testamento escrito (47). Sólo la falta de precisión y claridad, cuando sea tan grande que impida conocer con certeza la voluntad del testador, producirá la nulidad por contravención de este requisito.

c) *Lectura del testamento y manifestación de conformidad del testador.*—Es requisito ineludible; de lo contrario, no se podría saber si está acorde con la voluntad de aquél ni los testigos cumplirían con su misión. Puede ser verificada la lectura por cualquiera de los intervinientes y aun por otra persona; lo esencial es que todos queden enterados de su contenido, por lo que también cabe que cada uno lo lea para sí. El testador deberá manifestar de forma indubitable su conformidad con el mismo.

d) *Firma del testamento.*—Según el texto legal, deberá firmarlo el autorizante en todo caso, y el testador y los testigos cuan-

(46) La Audiencia de Zaragoza, en sentencia de 20 de febrero de 1948, estimó inaplicables a este testamento las disposiciones a que nos remite el artículo 27.

(47) RIVAS PÉREZ cree también necesaria la expresión de la hora: Ob. cit., pág. 303. No lo estimamos así por tratarse de una solemnidad exigida únicamente en el testamento autorizado por Notario y no en los especiales, como es el presente.

do sepan y puedan. De ahí que para estos últimos no rija la regla general de que uno al menos ha de saber y poder escribir.

e) *Unidad de acto*.—Si bien los precedentes forales son contrarios a ella (48), es requisito esencial de este testamento, porque lo es del otorgado ante Notario, cuyas normas le son aplicables mientras no se establezca la excepción; y lo exige el propio artículo 23 al decir que, *a seguida* de manifestar el testador su voluntad, se extenderá y firmará el testamento. Pero como no hay obstáculo para que previamente se redacte y escriba, entendemos que la unidad de acto sólo se refiere a la lectura, manifestación de conformidad del testador y firma (49).

Todos estos requisitos son esenciales, afectando de nulidad al testamento que no los reuna, si bien éste podrá convalidarse como testamento en peligro de muerte si en él se encuentra el testador y se reúnen dos testigos, uno de los cuales puede ser el propio Párroco. Indudablemente, para evitar la posible nulidad es aconsejable que el autorizante se atenga a las normas notariales (50). Lo que no se requiere es la dación de fe de haberse observado las formalidades legales, ni general ni especialmente, basta con que se demuestre su cumplimiento en la adveración.

Requisitos posteriores al otorgamiento son la adveración y la protocolización, prescindiendo de su conservación y presentación que, *per se*, no influyen en la eficacia del negocio. Se ha de cumplir con todas las formalidades prescritas en los artículos 25 y 26, que se pueden condensar así: práctica de las diligencias ante el Juez de primera instancia o el municipal (comarcal o de paz) en quien delegue; fe del Secretario judicial en todo caso, sin que quepa delegación; unidad de acto en cuanto a la propia adveración, que comprende: constitución del Juzgado, con el autorizante y los testigos, en la puerta de la parroquia o iglesia del hospital; fe de conocimiento por el Secretario, del sacerdote y de los testigos; lectura del escrito testamentario; juramento del Párroco y de los testigos, y firma de todos los asistentes. Declarado el escrito como verdadera voluntad del finado, debe protocolizarse, con las diligencias practicadas, en una Notaria del distrito.

Faltando algunos de los requisitos relativos a la adveración, no puede producirse ésta, sin perjuicio de que posteriormente se intente y logre (v. gr.: aparición del testigo ausente). Pero si ha fallecido el autorizante o alguno de los testigos o no pudieren declarar por cualquier causa, no es posible la adveración: la ri-

(48) La Observación 10 *De testamentis* permitía hacer el testamento en muchos intervalos.

(49) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 5.ª edic., IV, págs. 296 y ss.

(50) Y así, el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, velando por este testamento, remitió unos formularios a los párrocos aragoneses para que a ellos se atuvieran al redactarlos.

gidez del texto del artículo 25 no permite otra interpretación (51). Para la práctica de tales actuaciones no se señala plazo alguno: pueden verificarse en todo momento; luego este testamento no caduca por el mero transcurso del tiempo (52).

Si el testamento reuniere todos sus requisitos coetáneos, será válido, pero perderá su valor, esto es, caducará, si no llegare a alcanzar los que como posteriores hemos enumerado. La certeza de esta caducidad se logrará al tener la más absoluta de no poder producirse la adveración. Que, en definitiva, queda reducida a una sola causa: fallecimiento del sacerdote o de algún testigo, pues las demás que pudieran impedir la se referirán a los requisitos simultáneos al otorgamiento: a no poderse probar lo que no existió (53).

ARTÍCULO 29 (CASOS 3, 7, 17 y 18)

Ha recogido el Apéndice una práctica corriente en Aragón que, si bien encontró amparo en las disposiciones generales anteriores al Código civil, fracasó en Castilla, resultando aquí beneficiosa y loable: el testamento por comisario. Este sólo podrá serlo el cónyuge y no otra persona (54), debiendo sujetarse en el cumplimiento

(51) Cfr. VIDAL TOLOSANA: Ob. cit., pág. 29, y RIVAS PÉREZ: Ob. cit., pág. 397. Igual opinaban FRANCO y GUILLÉN: Ob. cit., art. 366.

(52) Cfr. VIDAL y RIVAS, nota anterior, y especialmente QUINTANA: *Caducidad del testamento otorgado ante Párroco*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, págs. 365 y ss. Contrariamente el Proyecto de 1899, en su artículo 53, dispuso que este testamento podía «ser declarado ineficaz si se prueba en juicio que el testador pudo otorgar otro, en otra forma, dentro de los dos meses contados desde que salió del peligro de muerte», quizá porque sólo contemplaba este caso de urgencia y no el normal de no haber Notario en la localidad.

(53) Dudosos es la aceptación de esta forma para el testamento mancomunado. Optamos por la solución afirmativa siempre que no haya Notario en la localidad o estén ambos cónyuges en peligro de muerte, pues la falta de certeza de que aquél llegará a tiempo se requiere con relación a cada testador. Vide LORENTE: Ob. cit., pág. 130, y RIVAS: Ob. cit., pág. 386; en contra, IBÁÑEZ: Ob. cit., pág. 251.

(54) El artículo 260 del Proyecto de 1904, del cual tomó sus reglas el 29 vigente, permitía se encomendara la fiducia a cualquier persona o personas mayores de veinte años. Hoy cabe lo mismo en las capitulaciones matrimoniales al amparo del artículo 60 que nos remite al uso local respectivo, con arreglo al cual en el Alto Aragón se encarga la regulación sucesoria, en defecto del cónyuge superviviente o con él, a un Consejo de parientes. ¿Valdrá disposición similar contenida en testamento en comarca donde tal uso impere? Difícil es mantener su eficacia frente al artículo 29, pues le falta el apoyo del 60 al no estar pactada en capitulos. Mas no prohibiéndolo aquél taxativamente y no rigiendo en Aragón el artículo 670 del Código, la solución está en acudir al artículo 6.º del mismo y, por consiguiente, reputarla válida si se prueba la costumbre.

La Audiencia de Zaragoza—sentencia de 15 de marzo de 1949— declara que desde la publicación del Apéndice «no cabe hacer la designación de heredero por medio de fiduciarios comisarios sin intervención del cónyuge sobreviviente», posición radical en la que olvida lo que el artículo 60 dispone, y está en

to del encargo a las normas generales y, además, a las siguientes, en su caso, cuya contravención produce la nulidad radical de lo actuado.

1.º *Necesidad de la asistencia de los parientes designados por el premuerto.*—Aunque se mantenga que la conformidad con la disposición por el viudo efectuada ha de ser coetánea, nada obsta para que su prueba pueda aportarse posteriormente, demostrándose por ratificación otorgada por los parientes. De esta forma se evitará el peligro de incumplimiento ante la inminencia de la muerte del cónyuge fiduciario sin poder reunirse con él los parientes. El otorgamiento sucesivo no debe ser recusado cuando, como en este caso, quien dispone es el viudo y los parientes sólo deben acompañarle en su actuación, lo cual no debemos interpretar como presencia física, sino como asistencia moral: contribución a la voluntad formada y conformidad con ella. Probada ésta, válida es la disposición así efectuada.

2.º *Respecto de los límites por el testador señalados.*—Si se excediere, la nulidad puede afectar a todo el otorgamiento o sólo a parte de él: aquella en que los rebasare (55). En cada caso concreto habrá que examinar si la disposición verificada se opone por completo o parcialmente a la voluntad del testador, y en este último, si la parte restante es susceptible de ser mantenida por separado. Y, además, si las cláusulas contradictorias son nuevas o meramente reducibles en sus efectos.

3.º *Cumplimiento del encargo en escritura pública.*—En cuanto la disposición tenga esta forma, es válida por lo que a este requisito se refiere, ya se trate de testamento, capitulaciones o contrato sucesorio en general. ¿Y los testamentos que no constan en escritura pública? Creemos que también lo son, ya que para surtir sus efectos han de protocolizarse previamente, quedando equiparados con ello a los otorgados ante Notario, aunque con una terminología precisa, que no es la empleada por la ley (56), no se trate de propias escrituras públicas, pero sí de instrumentos con el mismo carácter.

No es preciso que se cumpla con la fiducia en un solo acto: puede y suele hacerse en sucesivos otorgamientos, siempre que cada uno no se oponga a los anteriores (57).

El viudo podrá revocar los testamentos en que hubiere hecho uso de las facultades concedidas, pero no así los negocios *inter*

completo desacuerdo con la realidad vivida en el Pirineo aragonés: en las tierras de capítulos. Al casar el Tribunal Supremo este pronunciamiento—26 de mayo de 1952—se mantiene en el campo del derecho anterior al Apéndice, no entrando en la interesante cuestión de la validez en el ordenamiento vigente.

(55) V. gr.: asignación de legítimas en cuantía superior a la fijada por el difunto.

(56) «Elevar a escritura pública» es la frase que emplea la Ley Procesal Civil: Título VI, Libro III.

(57) Así cabe ir señalando dotes conforme se casan o acomodan los hijos y más tarde nombrar heredero.

vivos. Estos son irrevocables en todo caso, por disposición tajante de la ley, aunque él sólo interviniera y aún no hubiesen sido aceptados. Únicamente en el supuesto de carencia de efectividad por voluntad al viudo extraña—repudiación de la donación, por ejemplo—podrá disponer de nuevo del mismo objeto. Pero por sí no puede jamás revocar: si lo hiciera, tanto la revocación como la posterior disposición, son nulas de pleno derecho.

ARTÍCULO 43 (Caso 8)

No es la finalidad de este precepto regular las reservas hereditarias, sino, conforme al espíritu de libertad del Derecho aragonés, proscribir las legales. Por ello, dispone que «la reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca previamente determinada en instrumento público». Es decir, la reserva no existe en Aragón, pues si se ordena voluntariamente, ya no se trata de este instituto tal como lo concibe el Derecho general de la Nación, sino de una modalidad que afectará a la institución de heredero o al legado, garantizando la conservación de los bienes en favor de un segundo llamado. Estamos, pues, ante una sustitución fideicomisaria o figura similar.

La forma pública es necesaria, como en toda disposición *mortis causa*. Cabrá en capitulación matrimonial o contrato sucesorio—escritura pública en ambos casos—y en testamento. Pero, al requerir el artículo 43 de manera explícita el instrumento público, ¿destierra las formas especiales de testar que, cuando menos inicialmente, no son instrumentos públicos? No lo creemos: hemos de entender por instrumento público todo testamento que revista tal forma, bien desde su otorgamiento, bien por su elevación posterior después de fallecido el testador y conforme a los trámites legales. Otra cosa sería absurdo: así, por llamar el testador reserva a su disposición contenida en forma ológrafa, ésta carecería de validez por imperio del artículo 43, mientras que si la designaba como sustitución valdría con arreglo a las normas generales. No hay que dar al precepto una extensión que no pretende: sólo recusa la reserva legal, la voluntaria seguirá los cauces normales.

En definitiva, estas «reservas» dictadas por el causante quedan sujetas a las mismas formalidades que toda disposición *mortis causa*, siendo, por tanto, radicalmente nulas las que no estuvieren contenidas en capitulaciones matrimoniales, contrato sucesorio o cualquiera de las formas admitidas para testar.

ARTÍCULO 44 (Caso 24)

El párrafo segundo del artículo 44 faculta a la mujer casada para aceptar una sucesión sin licencia de su marido. A pesar de su generalidad, entendemos que existen algunos casos en que tal aceptación es anulable por faltar la venia marital.

Cuando la mujer casada acepta una sucesión deferida por la ley, la voluntaria de personas distintas a sus padres (o ascendientes si fuere de ellos sucesora forzosa: art. 30, *in fine*), o la de éstos, cuando distribuyeren los dos tercios de legítima entre los hijos, no precisará tal licencia, pues sólo acata la disposición legal o la voluntad de quien está facultado para disponer como lo hace, sin que implique perjuicio económico para la sociedad conyugal, pues, en todo caso y a tenor del párrafo precedente del comentado, la herencia se acepta a beneficio de inventario (58).

En cambio, si el padre o la madre distribuye su herencia asignando a persona distinta de sus descendientes más del tercio del caudal, sin desheredar legalmente a éstos, la hija casada no podrá aceptar la voluntad de aquél sin autorización marital. Pues con ello implícitamente renuncia un derecho superior: al que tiene sobre toda aquella parte de los dos tercios legítimos deferida a extraños, si se trata de hija única, o a la que de la misma le corresponda proporcionalmente si concurre con sus hermanos o sobrinos. En tal caso, el acto carecerá de un requisito complementario de la capacidad: es, pues, anulable, y debe regirse por lo dispuesto en los artículos 65, 1.301 y concordantes del Código civil.

ARTÍCULO 45 (Caso 9)

Su finalidad es la misma perseguida por el artículo 43, con relación a las reservas: rechazar la imposición legal de un instituto no admitido por el Derecho histórico aragonés. Pero, si bien las reservas quedan desvirtuadas al provenir de la voluntad del causante, no sucede así con la colación, que, como tal, puede ser ordenada por éste.

De las dos acepciones en que el Código emplea el término colación (computación para fijar la legítima—art. 818—y aportación a la masa hereditaria de las liberalidades recibidas por el heredero forzoso cuando concorra con otros que también lo sean—artículo 1.035—) es a la última a la que se refiere la regla foral. Pues si admitiéramos la postergación de la colación en su primer sentido—cómputo para fijar la legítima—, la sucesión forzosa a favor de los descendientes en los dos tercios del caudal hereditario quedaría reducida a una mera entelequia al poder ser burrada impunemente por el causante con actos *inter vivos*. Además, la correlación entre el epígrafe del Apéndice que contiene el artículo 45 y el del capítulo V, título III, Libro tercero del Código civil, en el que se regula la colación (*disposiciones comunes a las herencias por—o con—testamento o sin él*, dicen ambos), así lo ratifica, hallando refuerzo en el campo doctrinal que remite el término *colación* al significado que aceptamos.

(58) Por faltar tal perjuicio se suprimió la licencia marital en la aceptación (*Exposición de motivos del Proyecto de 1904*, pág. LXVIII), y por existir continúa exigiéndose para repudiar la herencia.

Si el causante nada dispone, ningún bien es colacionable. Pero puede ordenarlo en «disposición de última voluntad, en capitulación matrimonial o en otro instrumento fehaciente», como reza el texto legal. El problema estriba en cuál puede ser ese *instrumento fehaciente*. Mas, adecuadamente enfocado, desaparece. La colación puede ser dispuesta bien al tiempo de ordenar la transmisión del bien que debe traerse a cuenta, bien independientemente. En el segundo caso, se trata de una pura disposición *mortis causa*, ya que en ella sólo se fijan reglas para distribuir la herencia del otorgante, luego por las normas de éstas habrá de regirse; podrá, pues, estar contenida en escritura de capitulaciones o de contrato sucesorio y en testamento. En el primer supuesto se trata de una cláusula integrante del negocio jurídico—donación, constitución de dote, etc.—por el que se dispone de los bienes a los que aquélla afectará. Por ello, habrá de sujetarse a las formalidades de éstos, pudiendo ser ordenada en documento público o privado, conforme a las reglas que rijan el particular negocio, pero fehaciente en todo caso. Lo cual ya es problema de prueba que queda fuera de nuestro campo.

En resumen: la colación dispuesta por el causante fuera del negocio transmisivo de los bienes a que afecta deberá reunir las formalidades de los actos *mortis causa*; la ordenada como parte, cláusula o condición de tal negocio dependerá de la validez de éste. Y, en uno y otro caso, será nula radicalmente la que no se sujete a la respectiva forma.

ARTÍCULO 49 (CASOS 1, 27, 31 Y 34)

El Apéndice concede una más amplia facultad dispositiva al marido con relación a los bienes de la sociedad conyugal que el Código civil. Pero prevé excesos en el uso de las facultades que le reconoce, sancionándolas más o menos explícitamente. En el artículo 49 encontramos tres supuesto de ineficacia de tales actos del marido: la de toda clase de disposiciones sobre bienes inmuebles propios de la mujer; la de liberalidades que tengan por objeto bienes comunes, y la de arrendamientos u otros disfrutes de fincas sujetas al expectante derecho de viudedad de la esposa.

1.º Dice el precepto legal que «sin expreso consentimiento de la mujer, el marido no puede enajenar ni gravar los inmuebles o sitios que pertenezcan privativamente a aquélla». Conforme al texto gramatical, aparece el marido como titular del poder de disposición sobre estos bienes, correspondiendo a la mujer únicamente el derecho a prestar un consentimiento, sin el cual aquél no puede ejercitarse. Pero estamos ante un *lapsus* de legislador: el consentimiento de la esposa no es más que el ejercicio de su facultad dispositiva; aquel poder que a ella como propietaria le corresponde, sin perjuicio de las limitaciones legales por razón de su sexo y estado (59). El mismo artículo nos lo prueba al tratar más adelante

(59) Cfr. nuestro trabajo *Dinámica* etc, pág. 545.

de las «enajenaciones que haga la mujer de inmuebles», enajenaciones que no podría efectuar si el poder de disposición de sus propios bienes, además del de los comunes, estuviere atribuido a su cónyuge (60).

Ergo: si el marido dispone de los bienes inmuebles de su mujer con consentimiento de ésta, lo verificado es válido, pues, en definitiva, ha sido ella quien ha dispuesto; pero si falta la voluntad de la misma, el negocio es nulo de pleno derecho, por carecer el actor del poder necesario para otorgarlo: falta el sujeto preciso para ello (61).

2.º El marido está facultado para disponer de los bienes comunes a título oneroso, sin limitación alguna, salvo el derecho de viudedad de su esposa, cuyo respeto no implica ineficacia (62). Y también, a título gratuito: únicamente se fija la invalidez de las liberalidades «que en cualquier forma hubiere realizado durante su última enfermedad, y también las que otorgare en estado de salud, si retuviere durante su vida la posesión de los bienes en que consistan», declarándolas nulas «en cuanto a la mitad que en estos bienes afecta a la mujer».

Como en el Derecho histórico no estaba prevista la disposición por el marido de los inmuebles comunes, aunque en la práctica se admitiera, los precedentes de esta disposición los encontramos relativamente a los bienes muebles: *non valet* la enajenación por aquél verificada, en perjuicio de la mujer, durante la última enfermedad de la cual falleciere (63), o la otorgada al tiempo de morir (64), ni tampoco, en cuanto a la mitad que a la esposa corresponde, la donación cuando retuviere la posesión de los bienes donados (65).

Comparando tales disposiciones con el texto vigente, vemos que, además de extenderlas a las enajenaciones de inmuebles, se restringen sus efectos invalidantes en cuanto ha de tratarse en todo caso de liberalidades, y sólo afecta la sanción a la mitad de los bienes. El precepto es restrictivo, sin posibilidad de extenderlo a otros su-

(60) Con mayor claridad se desprendía del Proyecto de 1904, al fijar en su artículo 76 norma similar como consecuencia de la conservación por la mujer del dominio de los inmuebles que aportó, expresamente establecida.

(61) Lo dicho es aplicable a los bienes muebles cuyo dominio conserve la mujer por pacto y no se aportaren como sitios ni se incluyeren en la dote. Vide nota 59.

(62) Aunque con ello se contravengan los precedentes forales, en cuanto a los inmuebles comunes cuando menos, según PALÁ: *Posibles aplicaciones del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en una nueva ordenación del Derecho aragonés*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1947-48, pág. 24. Contrariamente, la Audiencia Territorial de Zaragoza declaró aplicable en Aragón el artículo 1.413 del Código en sentencias de 23 de octubre de 1907 y 11 de julio de 1908. Vide también LACRUZ: *Observaciones sobre el principio de disposición sobre los bienes comunes*, «Anuario» cit., págs. 433 y ss.

(63) Observancia 1 *Ne vir sine uxore* y 24 *De jure dotium*.

(64) Observancia 1 *De rerum anotarum*.

(65) Observancias 4 *Ne vir sine uxore*, 20 *De donationibus* y 24 *De jure dotium*.

puestos que a aquéllos que con él guarden una clara y comprobada analogía (66).

Para tachar un negocio de ineficaz, conformé a tal regla, se precisa: 1.º *Que se trate de un acto de liberalidad*. Si está encubierto, demostrándolo se sujetará a este precepto, el cual, si la liberalidad fuere parcial, sólo a la parte gratuita será aplicable. 2.º *Que lo otorgue el marido*: a) *durante su última enfermedad*, o b) *reteniendo durante su vida la posesión de los bienes en que consista*. Estas circunstancias se fijan en forma disyuntiva, refiriéndose el Apéndice al expresar «y también» a liberalidades distintas; por ello comprende todas las otorgadas durante la última enfermedad, se retenga o no la posesión de los bienes, y aquéllas en que ésta se retuviere de por vida, cualquiera que fuere el tiempo en que se otorgaren y las circunstancias de salud del disponente. Aunque el texto legal para este segundo caso se refiera a las verificadas «en estado de salud» (67), no implica requisito alguno, sino mera dicción gramatical, contraponiendo este supuesto al anterior: quedan afectas, pues, las liberalidades que otorgare un enfermo reteniendo la posesión vitalicia de los bienes.

Como ya hemos dicho, analógicamente se extenderá la sanción legal a otros supuestos no contemplados claramente por la norma. Entre ellos, las liberalidades otorgadas en peligro de muerte, aun en estado de salud, y aquéllas en que se retuviere la posesión por tiempo determinado que demuestre la prevención de hacerlo para toda o casi toda la vida, y aunque luego no resultare así. Pero no a otros que con aquéllos no guardaren similitud. Ni a los externamente parecidos que no tuvieran la misma razón íntima: así, las liberalidades otorgadas por un enfermo crónico, cuya muerte no está próxima ni él contempla y que fallece más tarde a causa de la dolencia que le aqueja, no son ineficaces, pues la locución «última enfermedad» debe entenderse referida a aquella que produce un peligro de muerte relativamente próximo y previsible. Es la probabilidad de morir en un plazo inmediato lo que da lugar a la ineficacia.

El negocio incurso en la sanción legal es anulable. El marido se excedió en su facultad dispositiva: ha verificado lo que no podía, su actuación adolece de vicio inicial. Sin embargo, la nulidad no es radical, pues la acción para declararla sólo compete a determinadas personas que podrán confirmar el negocio impugnabile. Similarmente a lo dispuesto en el artículo 1.413, párrafo segundo, del Código civil, más que ante un negocio nulo nos encontramos ante un acto perjudicial a la mujer o a sus herederos. Pero su ineficacia no estriba en la medida de este perjuicio, sino en las con-

(66) En cambio, LACRUZ opina que la enumeración es sólo *ad exemplum*: *Naturaleza jurídica del consorcio conyugal aragonés*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1949-50, pág. 341.

(67) «Aun en estado de salud», decía con mayor claridad su inmediato precedente: el artículo 25 del Proyecto de 1904.

diciones en que se otorgó: dadas éstas, se produce la invalidez en cuanto a la parte de los bienes que a la mujer corresponde. Luego no estamos ante un caso de nulidad ni de rescisión: sus caracteres como de anulabilidad lo configuran. Al cual creemos deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código civil: la acción durará cuatro años, a contar desde el día de la muerte del marido (68). Pero podrá también ejercitarse antes, cuando, por liquidación de la sociedad conyugal, se fijen los derechos de los partícipes sobre bienes o cuotas concretas de los mismos.

El marido, con relación a los bienes comunes, ostenta una doble titularidad: la que le corresponde sobre ellos en su totalidad como jefe y administrador de la sociedad conyugal—que es de las llamadas por Roca Sastre *titularidades de disposición sin atribución patrimonial* (69)—, y la que le pertenece sobre la mitad de los mismos como condómino. Por lo cual, la enajenación que efectuare, excediéndose en las facultades que como tal marido le concede la ley, será ineficaz por lo que se refiere al total objeto, pero válida en la mitad que del mismo al disponente pertenece; por eso, el Apéndice sólo la declara nula «en cuanto a la mitad que en estos bienes afecta a la mujer».

3.º En su último párrafo, el artículo 49 establece un doble supuesto de ineficacia: de «los arrendamientos u otros disfrutes de fincas propias de la mujer, o de las que estén afectas a su (70) derecho expectante de viudedad», otorgadas por el marido por tiempo que exceda de un año y sin consentimiento de la mujer; y de las anticipaciones de precio o merced de tales disfrutes, en cuanto a ésta perjudiquen.

El segundo es claro en su expresión, pero no tanto en la aplicación práctica. Ha de tratarse de anticipación de precio o merced de arrendamientos o disfrutes que reúnan los requisitos de que luego trataremos, y esta anticipación ha de perjudicar total o parcialmente—«en cuanto» dice el texto legal—a la mujer. Aquí: en la calificación y medida de este perjuicio estriba la dificultad. ¿Cuándo se entiende que el pago adelantado perjudica a la esposa? Indudablemente, queda excluido el caso de haber prestado ésta su consentimiento, expreso o tácito. Y creemos también aquél en que las necesidades de la familia lo aconsejaren. Fuera de ellos, y apartando en dirección contraria el de fraude claro de la mujer, dependerá el dictamen de las circunstancias especiales de cada supuesto concreto.

Los efectos son los de toda rescisión, ya que la acción queda atribuida a una persona—la mujer—en mérito de un perjuicio y por éste limitada. Siendo transmisible únicamente a sus herederos

(68) La enumeración de este artículo no es taxativa. Cfr. BORRELL SOLER: *Nulidad de los actos jurídicos*, páginas 355, 374 y 375.

(69) *Derecho hipotecario*, II, pág. 234.

(70) «Un derecho» en lugar de su derecho reza la edición oficial. El error se comprueba fácilmente por pura lógica y por comparación con el precepto de que se tomó: el artículo 29 del Proyecto de 1904.

si la misma sobreviviere al marido, pues de lo contrario falta su base; en otro caso, estos herederos tendrán las acciones ordinarias para impugnar los adelantos de precio o merced, pero no la especial que nace de este artículo.

La muerte del marido produce la ineficacia de los negocios por él concertados que reúnan estos requisitos: *a*), ser arrendamientos o disfrutes, es decir, tener por objeto el goce de una cosa, constituyendo o no un derecho real: servidumbres personales, usufructo, uso, habitación, enfiteusis, censo consignativo, superficie, precario arrendamiento, subarriendo, aparcería; *b*), tener por objeto fincas—esto es, inmuebles por naturaleza—propias de la mujer o que estén afectas a su derecho expectante de viudedad; éstas últimas son, normalmente, todas las comunes y las propias del marido, con las excepciones prevista en el artículo 67; *c*), otorgarse por tiempo que exceda de un año (71); *d*), no haberlos consentido explícitamente la mujer. (No debe darse un sentido rigorista a esta última condición; normalmente la mujer se entera y está conforme con los disfrutes que su marido concede, especialmente con los más ordinarios no sujetos a formalidad alguna: los arrendamientos; sería, pues, una injusticia alegar que no prestó clara y terminante su conformidad. En estas situaciones ordinarias la carga de la prueba deberá recaer en la mujer, presumiéndose que con su consentimiento se concuyó el negocio. En cambio, si los esposos vivían separados, es el tercer contratante quien debe demostrar la voluntad conforme de la esposa; la presunción es contraria; *e*), que la mujer sobreviviera al marido. La medida está impuesta en garantía del derecho de viudedad: si éste no llega a cobrar efectividad, no tiene por qué aplicarse aquélla. En su caso finirá el disfrute a la muerte del marido como el concertado por todo usufruario, pero no por la causa contemplada en este precepto.

Reunidos los requisitos enumerados, nos encontramos ante un caso de revocación voluntaria; aunque se diga «caducarán», propiamente no se trata de una caducidad, pues la ineficacia no se produce por falta de requisitos posteriores que deban acompañar al negocio en tiempo más o menos determinado, sino que por un determinado hecho—la muerte del marido sobreviviendo la mujer—se atribuye a cierta persona la facultad de hacer cesar los efectos de aquel negocio: se le concede una acción revocatoria sin cuyo ejercicio no habrá lugar a la ineficacia del mismo. Los efectos de la misma será la terminación del arriendo o disfrute, pero en cuanto al colonato creemos subsistirá durante el año agrícola conforme a las disposiciones que lo rigen (72).

(71) Censura VIDAL TOLOSANA (Ob. cit., págs. 43 y 44) que con esta limitación se coloca al marido aragonés en plano inferior al del administrador vulgar, quien puede dar en arriendo por plazo de seis años.

(72) Artículo 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y Decreto de 3 de marzo de 1936. Implícitamente lo acepta el Apéndice al no sujetar a la revocación los arrendamientos que no excedan de un año, y expresamente en su artículo 74 con relación a la aparcería y «análogas formas de disfrutes» al extinguirse la viudedad.

En cuanto a las relaciones de esta norma con las legislaciones hipotecarias y especial arrendaticia, sintetizando lo que en otra ocasión dijimos (73), podemos resumirlas así:

1.º La revocación afecta a terceros registrales, pues se trata de una limitación legal que impide entre en juego el principio de fe pública.

2. Quedan sujetos a ella los arrendamientos de fincas rústicas, pues no está amparado el arrendatario por el artículo 27 de la Ley de 15 marzo 1935 y el 9.º de 23 julio 1942, que sólo contemplan el cambio de propietario, sino que analógicamente debe aplicarse el artículo 9.º de la primera; tanto en el caso por él previsto, como en el que nos ocupa, se extingue la titularidad de goce en una persona y se atribuye a otra *ex lege*, no como sucesor del anterior: luego no tiene por qué pasar por lo que aquél verificare.

3.º En cambio, en el arriendo de fincas urbanas el artículo 70 de la Ley 31 diciembre 1946 ordena la subsistencia de la relación contractual en todo cambio del titular arrendador, sin distinguir en cuanto a la clase de titularidad. Por ello manteníamos, en lo que creemos adecuada interpretación del texto legal, que la solución debía ser distinta a la del arriendo rústico, si bien estimábamos que «en buena técnica legal, el derecho contractual del arrendatario no puede prevalecer sobre el derecho familiar del viudo aragonés» (74). Pero hoy cabe ya sustentar con base firme la misma opinión para ambas clases de arrendamiento: la de su extinción al finir el derecho del titular de goce que lo concertó, pues así lo ha declarado el Tribunal Supremo en varias sentencias sobre el arriendo urbano (75), aplicando al mismo el artículo 480 del Código civil, sin que pueda oponérsele el 70 de la LAU, pues al extinguirse el usufructo no cambia el dueño ni el titular arrendador: no hay sucesión, el aforismo *res inter alios...* es aplicable al caso (76).

ARTÍCULO 52 (Casos 25, 26, 28 y 32)*

Siguiendo la línea marcada por los precedentes históricos (77), y frente al régimen general de la Nación, el artículo 52 del Apéndice reconoce la libertad de contratación entre cónyuges, con dos li-

(73) En *Dinámica* cit., págs. 535 y ss.

(74) *Ob. cit.*, pág. 540.

(75) 14 de mayo y 24 de junio de 1952 con relación al usufructo, y 19 de mayo de 1952 respecto a la sustitución fideicomisaria.

(76) No es convincente la interpretación de dicho artículo 70. La muerte del usufructuario implica cambio del titular arrendador, de quien arrendó, cambio en la titularidad de goce de la cosa: esto se ha producido, *ergo* dicho artículo es aplicable. Lo corrobora el no respetar expresamente la doctrina del artículo 480 del Código, como hace la legislación del colonato. El choque con la milenaria institución del usufructo también se ha producido con la *más milenaria* de la propiedad; en ambas las circunstancias han dado el triunfo al derecho del arrendatario en el campo legal.

Esto no obstante, la posición de nuestro más Alto Tribunal merece todos

mitaciones respectivamente fijadas: la primera en defensa de los derechos de los legitimarios y en conformidad con la clara ordenación de sus derechos en el nuevo régimen; y la segunda, nacida del Fuero 1 *De contractibus coniugum*, y de la Observancia 1.ª *De jure dotium*, en garantía de la conservación de la dote.

Dispone el artículo 52, relativamente a la primera limitación, que «no existiendo descendientes o bien dejando a salvo los derechos legitimarios que a éstos correspondan, según el estado de familia cuando ocurra el otorgamiento, valdrán la dote, la donación o la venta otorgada por el marido a favor de su mujer, y también, con la dicha salvedad, valdrán las donaciones que la mujer haga de sus bienes privativos al marido». Dos puntos interesan en ella: negocios a que afecta y tiempo en que se deben fijar los derechos de los legitimarios.

Si bien cuando la disponente es la mujer el texto legal habla sólo de donación, estimamos recíproca la norma: marido y mujer pueden otorgarse donación, dote (78) o venta, plenamente válidas, si el enajenante carece de descendientes, y solamente eficaces en cuanto dejen a salvo la legítima de los mismos, si existen. Permittedose donar a la mujer, es absurdo negarle la facultad de vender porque el texto legal no la mencione; y si la venta del marido a su esposa está afecta a restricciones, por la misma razón ha de sufrirlas la que ésta otorgue a aquél.

El peligro no estriba sólo en los actos a título gratuito, también en las disposiciones onerosas. Pues la venta de una finca de un conyuge a otro dará a su objeto carácter de privativo del adquirente, si así lo conviniere, quedando el precio como bien común, si otra cosa no pactaren, con lo cual se reduce en la mitad de su valor el caudal hereditario del vendedor. Pero si, por pacto, se produjere una plena subrogación, no habrá lugar a la limitación del artículo 52, siempre y cuando no se encubriere una liberalidad y no se perjudicare a los legitimarios.

En cuanto al segundo punto, el precepto dispone que se han de dejar a salvo los derechos legitimarios que correspondan a los descendientes según el estado de familia cuando ocurra el otorgamiento. Luego no hemos de medir la ineficacia del acto con referencia al día de la muerte del disponente y consiguiente perfección de los derechos de los sucesores forzosos, cual ocurre con las donaciones inoficiosas en Derecho común, sino a aquél en que la disposición se verificare. De ahí que: 1.º, si no hubieren descendientes al otorgarla es plenamente válida, aunque luego sobrevinieren y por ello se mermaren sus normales derechos como legitimarios; 2.º, la le-

los plácemes al seguir una trayectoria cada día más acusada: la de hacer prevalecer la equidad sobre la letra de la ley cuando una interpretación más o menos forzada de ésta lo permita.

(77) Fuero 1 *De contractibus coniugum*; Observancias 1, 25, 38 y 58 *De jure dotium* y 5 *De donatiombus*.

(78) En las capitulaciones aragonesas se encuentran casos de dote del marido.

gítima de los descendientes se fijará con relación al patrimonio del enajenante en el día de su otorgamiento, prescindiendo de las oscilaciones del mismo en el interregno hasta su muerte. Señálase sólo con relación al tiempo del otorgamiento el estado de familia y no la situación del patrimonio, pero también se debe deducir, ya que si un cónyuge puede disponer de todos sus bienes, por no tener hijos en aquel momento, lógico es que, por tenerlos, sólo entonces pueda hacerlo del tercio de la total masa.

Tres aclaraciones precisa lo anteriormente expuesto: que al concebido al otorgar la disposición se le debe tener por nacido a efectos de limitarla, si naciere con las condiciones legales; que no puede computarse la parte de libre disposición en cada otorgamiento, olvidando los verificados antes, pues de esta forma llegaría a agotarse el patrimonio: al tiempo de cada una se debe computar las realizadas con anterioridad, y que el derecho de los legitimarios no se perfecciona hasta la muerte del padre o la madre, luego aunque se hubiere llevado a cabo una enajenación rebasando los límites fijados, si al tiempo de la muerte del disponente no quedaren sucesores forzosos del mismo o aquélla cupiere en el tercio de libre disposición, será plenamente válida.

El negocio que excediere en su objeto del tercio del patrimonio será ineficaz en cuanto al exceso, y lo será también totalmente el otorgado cuando dicho tercio ya se agotó. Ineficacia producida por el perjuicio de terceros: los legitimarios del marido o de la mujer. Por ello, al igual que las donaciones inoficiosas (79), lo encuadramos en el campo de la rescisión. Cuya correspondiente acción sólo podrá ser ejercitada por el perjudicado en su derecho: por los legitimarios llamados a título universal o a una cuota-parte de la legítima, o por todos ellos si ninguno hubiere sido designado sucesor en la total herencia.

Verdad es que, al calificar de rescindible el acto, se debilitan las garantías de los descendientes frente al muro de la protección al tercer adquirente, pero no debemos olvidar que lo mismo sucede con las donaciones inoficiosas e igual meta ilícita se alcanza mediante la enajenación onerosa a tercero y subsiguiente desaparición del precio, sin que para ello tengamos algún remedio con verdaderos efectos.

El artículo que comentamos continúa diciendo: «Esto no obstante, cuando sean objeto de la donación bienes sitios o inmuebles que la mujer haya recibido como dote o como *firma de dote*, y cuando sobre tales raíces la mujer constituya a aseguramiento por negocio que no sea conocidamente de utilidad del matrimonio, el otorgamiento no será válido si no interviene el consejo favorable del padre; en defecto de éste, el de la madre, y a falta de ambos.

(79) Cfr. ROCA SASTRE: *Notas al Derecho de sucesiones de KIPP*, 2.º, página 351. El Proyecto de 1904 concedía en tales casos la misma acción que para la declaración de inoficiosidad de las donaciones: art. 243, 3.º, en relación con el 191, 1.º

el de los dos más próximos parientes de la esposa otorgante, varones y mayores de edad.»

Este precepto se refiere únicamente a los bienes raíces, no a los muebles aportados como sitios, como lo demuestra su falta de aclaración en este punto y la equiparación que implícitamente establece entre los términos *sitios o inmuebles y raíces*. Pero la hipoteca constituida en garantía de una aportación mobiliaria es un bien inmueble; por ello su disposición queda sujeta a las normas del presente artículo (80). Afecta a toda clase de inmuebles dotales, sin restringir su aplicación al *axovar y firma de dote* como hace el artículo 61; sin embargo, hubiera estado más acorde con la realidad jurídica limitarlo al *axovar* y a la *firma de dote* entregada como recompensa al mismo; no creemos que fuera otra la finalidad de los precedentes históricos que la de evitar la salida de los bienes de la familia, esto es, de los que se entregan a la mujer a *propia herencia suya y de los suyos* (81).

Los parientes que han de intervenir en defecto de los padres han de ser varones, los más próximos en grado y mayores de edad. Con estos requisitos bien puede suceder que haya más de dos que los reúnan. Para elegirlos entonces debe darse preferencia a los de más edad, por analogía con el artículo 58 y con las normas consuetudinarias del Consejo de parientes (82).

En definitiva, este precepto viene a decir que: 1.º Para que la mujer pueda donar o vender (83) a su marido bienes inmuebles de la dote o *firma de dote* precisa el consentimiento de su padre, madre o parientes, según el orden legal de llamamiento. 2.º Si se trata de aseguramiento por negocio que no sea conocidamente de utilidad al matrimonio, se precisará igualmente el consejo favorable de tales personas. 3.º Si el aseguramiento es por negocio de conocida utilidad para el matrimonio, podrá constituirlo la mujer sin intervención de tercera persona. En cuanto a los demás actos relativos a esta clase de bienes, habrá que atenerse a lo dispuesto en el artículo 61, no rigiendo para ellos estas normas (84).

No interviniendo el consejo favorable de la persona o personas llamadas a prestarlo, los actos realizados en los dos primeros supuestos serán anulables. Se trata de un especial complemento de capacidad: la facultad dispositiva de la mujer está condicionada al consentimiento de ciertas personas, sin que la ley establezca expresamente la nulidad de lo verificado sin él, sino únicamente su invalidez. Negocio anulable cuya acción para impugnarlo

(80) Y así lo establecía el artículo 98 del Proyecto de 1899.

(81) Sobre la confusión de estos conceptos en el Apéndice, cfr. PALÁ: *Observaciones* cit., pág. 86 y ss.

(82) Aplicadas estas últimas por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 1952.

(83) Pues, si, por permitirse la donación, hemos dicho que cabe la venta, a ésta deberán aplicarse las mismas garantías que a aquélla.

(84) Como ya declaró, refiriéndose al Fuero I *De contractibus conjugum*, la sentencia de 31 de octubre de 1914 de la Audiencia de Zaragoza.

prescribe a los cuatro años desde la disolución del matrimonio, correspondiendo exclusivamente a quienes tengan en ello interés: los llamados a prestar el consentimiento necesario, la mujer o sus herederos y los reversionarios de los bienes (arts. 1.031 y 65 del Código civil en relación con el que comentamos).

Más difícil es la solución en el supuesto de ineficacia contemplado en el caso tercero: que, tenido un negocio como útil al matrimonio, se hayan asegurado inmuebles dotales en su garantía sin intervención del padre, madre o parientes, y más tarde se demuestre que aquél no era de la utilidad que aparentaba. ¿Qué sucede entonces? En primer lugar, la ley exige claridad, en cuanto a dicha utilidad para el matrimonio, del negocio que se asegura: si éste *conocidamente* no la tiene, estamos en el caso segundo, el negocio es anulable. Pero si en un principio—al tiempo de otorgar el aseguramiento—tal negocio aparecía como de clara utilidad, no nos encontramos ante un caso de nulidad relativa, pues se otorgó conforme a las prescripciones legales que no exigen formalidad especial alguna; se trata de un negocio contrario a la finalidad y destino atribuidos a los bienes dotales y, por ende, perjudicial a las personas cuyos actuales o expectantes derechos se defienden con ello: es la rescisión su tipo de ineficacia.

Entre los casos 2.º y 3.º existe una zona ambigua difícil de dilucidar: los Tribunales en cada caso deberán pronunciarse por la anulabilidad o la rescisión, sin olvidar que el adverbio *conocidamente* impone cierta diligencia en el tercer contratante, el cual ha de calificar por sí y conforme a las normas reguladoras de la sociedad conyugal la utilidad del negocio que se asegura.

ARTÍCULOS 54 Y 72, 6.º (CASOS 2 Y 29)

El artículo 54, después de permitir al viudo la disposición gratuita de los bienes comunes y privativos del difunto en los términos que seguidamente estudiaremos, dispone que «en los demás casos no podrá enajenar ni gravar bienes raíces o inmuebles sin el consentimiento de los copartícipes, debidamente representados o asistidos los que no tengan capacidad plena». Como en otros lugares, el texto legal usa la palabra *raíces* para separar aquellos bienes muebles que por pacto tengan la consideración de sitios: se refiere únicamente a los inmuebles por naturaleza. De los muebles podrá disponer el viudo en su calidad de administrador.

Lo otorgado sin intervención de algunos o de uno solo de los copartícipes es radicalmente nulo, pues falta el consentimiento de uno de los comuneros, no pudiendo disponerse sin él de los bienes de la sociedad continuada ni de cuotas indivisas de los mismos, ya que, tratándose de una comunidad de tipo germánico (85), hasta su disolución no puede saberse a quién corresponderá cada uno

(85) Por su regulación legal es más fácil encuadrar en la *gesamnte Hand* a la sociedad continuada que a la conyugal. DE CASTRO califica como tal a aquélla solamente: *Derecho civil de España*, 2.ª edic., I, pág. 582, nota 3.

de los bienes que son su objeto. Luego, para la validez de la disposición se precisa en primer lugar saber quiénes son los herederos del finado; sin esto no puede averiguarse si todos los copartícipes han intervenido.

Excepción de esta regla son las disposiciones de bienes comunes verificadas por el viudo en favor de los hijos, al que también se le concede pueda otorgarlas de bienes del difunto, dentro de los límites legales en cada caso. Esta facultad, que la Compilación de Huesca negaba al cónyuge superviviente, a menos que por el premuerto la tuviera concedida (86), le fué más tarde atribuida por las Observancias 12, *De donationibus*, y 15 y 17, *De jure dotium*, siendo recogida en el vigente Apéndice en dos de sus artículos, con mutación de los respectivos requisitos, pues si antes la donación de bienes comunes debía hacerse con ocasión de matrimonio y presuponía la existencia de otra análoga en favor de hijo que casó en vida de ambos padres (87), mientras que la de los bienes privativos del difunto quedaba al libre arbitrio de su viudo (88), hoy aquellas limitaciones vienen referidas a estos últimos bienes, según el tenor de la Ley:

Artículo 54, § 4.º: «Podrá además—*el cónyuge sobreviviente*—, durante la dicha continuación—*de la sociedad conyugal*—, arregladamente a lo que se dispone en el artículo 72, norma sexta, asignar legítimas donaciones o dotes, con los bienes comunes, a los descendientes habidos con el finado consorte, que sean sucesores forzosos de éste, para ayudarlos a negociar por cuenta propia o vivir con independencia o con ocasión de contraer matrimonio o de ingresar en religión.»

Artículo 72: «Sexta. El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hubieren otorgado a favor de hijo o hija casados durante el matrimonio. A falta de este precedente, la tal donación no podrá comprender bienes privativos del cónyuge difunto.»

No creemos acertada la regulación por partida doble de esta especial facultad del viudo; mejor hubiera sido hacerlo en un solo precepto, delimitando con claridad los requisitos necesarios para ejercitarla según los diversos supuestos y la distinta naturaleza—común o privativa—de los bienes que fueren su objeto, con lo que se hubiera ganado en claridad. Requisitos que, según se desprende de aquellos textos, son los siguientes (89):

(86) Fuero 213 del ma. 207, según LACRUZ: *Fueros de Aragón hasta 1265*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1945, pág. 301.

(87) Observancias 12 *De donationibus* y 15 *De jure dotium*.

(88) Observancia 17 *De jure dotium*.

(89) Ver sobre esta materia el trabajo de LACRUZ: *Algunas observaciones sobre la facultad que conceden al cónyuge continuador de la comunidad los artículos 54 y 72-6.º del Apéndice*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1947-48, págs. 133 y ss., al cual nos referimos en las notas siguientes.

1.ª *Que se trate de una liberalidad.*—De «asignar legítimas, donaciones o dotes» habla el artículo 54, y de «donaciones», el 72. Pero en ambos casos la palabra *donación* debe entenderse en sentido lato y no en el estricto de negocio transmisivo de propiedad que emplea nuestro Código civil. Indudablemente puede el viudo liberar a su hijo de su deuda con relación a la sociedad conyugal o al padre difunto, o concederle gratuitamente un crédito o fianza; no vemos razón para negar tales actos al supérstite.

Pero en todo caso creemos que debe tratarse de negocio *inter vivos* y no *mortis causa*. Sin embargo, al permitir el primer artículo *asignar legítimas*, parece que implícitamente se concede la facultad de verificarlo por testamento. No es así, pues, cómo la liberalidad ha de surtir efectos inmediatos para cumplir con los fines que la posibilitan, queda recusado este medio, salvo algún caso excepcional: testamento con defunción que se supone será inmediata o casi inmediata y así sucede (90).

Sólo se permite asignar legítimas en cuanto a los bienes comunes y no respecto a los privativos del difunto. Es lógico: el viudo puede disponer de unos y de otros, pero sólo señalar las legítimas que en su herencia corresponda a los descendientes, y no en la del difunto (91). Y ello ha de hacerlo con bienes propios; por eso puede asignarla con relación a los comunes, de los cuales le pertenece una parte, y no en cuanto a los del difunto, que, en su totalidad, no son suyos.

2.ª *Que disponga el padre o madre supérstite en favor de descendientes habidos con el difunto que sean sucesores forzosos de éste.*—No cabe que el viudo disponga en favor de hijos del finado de otro matrimonio: los textos legales son claros. El artículo 72 habla sólo de hijo o hija, mientras que el 54 se refiere a todo descendiente que sea legitimario del fallecido, dando, pues, entrada a los nietos que representen al hijo premuerto. La distinción legal la creemos aceptable (92): en el caso del artículo 54 bien puede hacerse donación a un nieto para ayudarle a vivir con independencia o negociar por cuenta propia o con ocasión de ingresar en religión, mientras que el artículo 72, ceñido exclusivamente al matrimonio, no puede ser de aplicación, ya que, precisándose la boda del hijo para que exista nieto legítimo, o ya se le hizo tal donación o se manifestó voluntad contraria al no dársele nada, por lo cual no deberá tampoco recibirla quien ocupa su lugar.

La viudez del supérstite no es requisito esencial; lo será según el caso, como seguidamente examinaremos, la continuación de la sociedad y el disfrute de la viudedad, pero ambos pueden subsistir a pesar de las nuevas nupcias: por acordarlo todos los parti-

(90) Cfr. LACRUZ: Págs. 144 y 145.

(91) Prescindiendo, claro es, del caso de haber sido designado fiduciario por aqué.

(92) No muy claro se pronuncia LACRUZ (págs. 142 y 143) por la admisión de los nietos como donatarios cuando representen al hijo que premurió al cónyuge difunto.

cipes en cuanto a la primera (art. 53, *in fine*) y por haberlo permitido el difunto en cuanto al segundo (art. 73, núm. 8.º) (93). En cambio, *la privación de la patria potestad extingue esta facultad legal*, pues ella implica una confianza en el viudo que la ley o los Tribunales le niegan como padre o madre. Claro es, ha de ser a título de sanción y no comprende la extinción normal: por emancipación o mayor edad de los hijos (94).

3.º *Que no exista disposición contraria del difunto*.—Pues en tal caso el sobreviviente no puede atribuir bienes cuyo destino ya fijó aquél. No se expresa este requisito en los textos legales; es más: podría entenderse. e excluido en cuanto sólo se exige la masa indivisa, la cual puede existir tanto en la sucesión testada como en la intestada. Sin embargo, está latente en el espíritu de la norma que quiere adecuarse a una voluntad sobreentendida de los padre, pero no pretende violentarla, cual sería mantener en el viudo tal facultad a pesar de la contraria expresión del difunto (95). Quien podrá no sólo enervarla disponiendo de todos sus bienes o de algunos en concreto—y respecto a ellos únicamente en este caso—, sino también prohibiendo su ejercicio formalmente.

4.º *Que exista sociedad continuada en todo caso y, afectando la disposición a bienes privativos del difunto, no haya perdido el superviviente su derecho de viudedad*.

En cuanto a lo primero lo exige claramente el artículo 54, y aunque del 72 pudiera deducirse que solamente se requiere la indivisión de los bienes de que se dispone, en una amplia interpretación de su contexto, y, por tanto, caber la donación de los privativos del muerto indivisos entre sus sucesores a pesar de la disolución de la sociedad conyugal; creemos que la indivisión ha de afectar a todos los bienes—*unos y otros* es la expresión literal—, y, por tanto, se precisa la continuación de la sociedad (96). Sólo en el caso de disolución de la misma por carencia de bienes fructíferos o saldo deficitario (art. 53, § 4.º) subsistirá esta facultad en favor del sobreviviente, pues no se ha dividido el haber común, que es el presupuesto negativo de su existencia.

Con relación al segundo presupuesto—vigencia del derecho de viudedad—, no es necesario cuando se dispone de bienes comunes. Aunque el artículo 54 nos remita al 72, no todos los casos de aquél están comprendidos en éste, sino solamente uno de ellos: la donación por razón de matrimonio. Ni a la efectuada para ayu-

(93) En contra LACRUZ: Pág. 142.

(94) Cfr. LACRUZ: Págs. 137 y 138.

(95) En igual sentido, LACRUZ: Págs. 139 y 140.

(96) Cfr. LACRUZ: Págs. 140 y 141. Frente a este autor creemos que si se ha designado heredero del difunto, y a pesar de la comunidad familiar de vida y trabajo, no subsiste esta facultad *ex lege* a favor del viudo. Podrá actuar de modo similar si se lo permitió el cónyuge heredante o testador o si él mismo se lo reservó al designar heredero en uso de las atribuciones por aquél concedidas; pero en ambos casos estará en la voluntad del muerto y no en la permisón legal la fuente de lo verificado.

dar al hijo a negociar por cuenta propia, o vivir con independencia, ni a la otorgada con ocasión de ingresar en religión será aplicable, pues, este último precepto. Por lo cual, con arreglo al 54, no se precisará la subsistencia del derecho de viudedad. Pero no sólo respecto a estos casos, sino que también con relación al de donación de bienes comunes por razón de matrimonio, pues sería absurdo requerirlo en éste y no en aquéllos, cuando todos son tratados en un plano de igualdad por el artículo 54, simplemente porque el 72 contemple sólo el último supuesto.

Ahora bien, al disponer el viudo de los bienes privativos del premuerto lo hace al amparo del artículo 72, y éste trata del «ejercicio de los derechos y el descargo de las obligaciones del superstite, *locantes a la viudedad*», siendo uno de tales derechos el de poder verificar donación de los bienes del difunto. Luego de la misma es presupuesto necesario la existencia del derecho de viudedad, pues de él emana, además de la sociedad continuada, como ya hemos visto.

5.º *Que, cuando fueren su objeto bienes comunes, la donación se verifique con ocasión de ingresar en religión o contraer matrimonio el donatario, o para ayudarle a negociar por cuenta propia o vivir con independencia (art. 54), sin que se precise precedente alguno con relación a otros hijos (art. 72, 6.º, in fine), y si recayere sobre bienes privativos del difunto, se otorgue con ocasión de casarse el hijo o hija y sea análoga a la que el marido y mujer hubiesen otorgado a favor de hijo o hija casados durante el matrimonio (art. 72).*

De la redacción de ambos preceptos se deduce que la cuantía de la liberalidad está limitada por su fin. Si existe precedente de donación a otros hijos en vida de ambos padres, con arreglo al mismo se fijará aquélla: aunque el Apéndice lo refiera a las donaciones por matrimonio, equitativamente debe extenderse tal regla a los otros supuestos. Pero sin que por ello quiera decirse que la donación ha de ser idéntica a la anterior, sino proporcionada a ella en vista de las circunstancias de cada caso. Si no existe precedente, la costumbre del lugar, el número de legitimarios y su situación económica, la fortuna de la familia, lo que por ella haya trabajado el donatario, las necesidades que tiende a cubrir la liberalidad, etc., nos señalarán su límite (97).

Los cinco requisitos enumerados forman dos grupos: unos condicionan la existencia de este especial poder de disposición y otros fijan los límites de su ejercicio. Aquéllos están resumidos bajo los números 1.º al 4.º; sin ellos no existe tal poder: el acto es

(97) Cfr. LACRUZ: Pág. 145. El artículo 42 del Proyecto de 1904 ordenaba atemperarse «respecto de la cuantía de tales liberalidades a los precedentes que hubiera en la familia en casos parecidos»

nulo y cae en el campo general, fuera del ámbito de nuestro estudio.

Los segundos—condensados bajo el número 5.º—delimitan el poder de disposición del viudo en relación con la finalidad que debe cumplir, fijándose por ellos no sólo cuándo puede usarse, sino también qué bienes son susceptibles de ser su objeto y cuál ha de ser su cuantía. Límites imprecisos todos ellos (98) que tienen su causa: evitar que el viudo se exceda en sus facultades en perjuicio de los restantes hijos (99). Al igual que las donaciones verificadas por el causante son reducibles e incluso totalmente ineficaces cuando mermen los derechos de los legitimarios, así las que contemplamos podrán ser reducidas o invalidadas si men las atribuciones que la ley le concede. En el Derecho histórico fué ampliándose el poder de disposición del cónyuge supérstite, quien, al usarlo ilimitadamente, venía a ser un fiduciario *ex lege* del difunto. Pero el Apéndice ha querido cortar con los posibles abusos, señalando un límite a los actos de aquél. En su realización histórica la norma vigente no implica una ampliación de facultades hasta un tope que no puede saltarse, sino una fijación del mismo en defensa de los derechos de los otros hijos. Quienes, si el viudo lo rebasare, podrán atacar lo efectuado por él a través de la acción rescisoria que como perjudicados les compete y en razón y proporción de su perjuicio.

La expuesta opinión nos conduce a sustentar otra, en realidad atrevida, que estimamos acorde con el espíritu del Derecho aragonés—atribuir las mayores facultades al viudo—, el de la costumbre de la comarca en que la hemos llevado a la práctica—mantener la indivisibilidad del patrimonio familiar—y el de los artículos del Apéndice que comentamos—limitar las facultades del viudo en protección de los otros hijos—. Es la de que, estando conformes todos los sucesores forzosos del difunto, y a falta de disposición de éste, podrá su viuda por medio de donaciones distribuir entre aquéllos libremente los bienes del muerto, incluso asignándolos todos a uno solo de los legitimarios, quien prácticamente será el heredero de la *casa*, aunque a título de tal no los reciba. En tal caso, no rebasa el donante los límites fijados a su poder de disposición; lo que sucede es que éstos han desaparecido al cesar la razón de su existencia: la protección de los demás hijos.

En definitiva, ¿qué se ha logrado con ello? Evitar el expediente judicial de declaración de herederos y, además, según los casos, la partición de herencia, la repudiación por algunos herederos y las compensaciones a éstos. O sea, que, admitiendo nues-

(98) Únicamente encontramos una regla clara: que sin precedentes no cabe la donación de bienes privativos del difunto.

(99) La Observancia 12 *De donationibus* disponía que había de quedar una parte igual a lo donado, poco más o menos, para los demás hermanos.

tra solución, se llega al mismo puerto con ahorro de trabajo, tiempo y dinero. ¿Por qué, pues, no acogerla? El principal obstáculo para el Notario autorizante y la calificación registral está en el precedente necesario si la donación tiene por objeto bienes privativos del difunto. Pero ningún precepto legal exige que se demuestre la realidad del mismo: basta con la declaración de los interesados, la cual, si es falsa, arrastrará en su caída al negocio que en ella se basa. Mas, aun en este caso, la acción para impugnarlo sólo está atribuida a los posibles perjudicados, a los sucesores forzosos del difunto, quienes han prestado su conformidad a la donación otorgada por el viudo; luego ésta es inatacable: en buena hora pueden, pues, autorizar el Notario, inscribir el Registrador, entregar los depósitos los Bancos, etc.

Nuestra posición se refuerza cuando tal acto se verifica en capitulaciones matrimoniales, ya que en este caso queda amparada por el principio *standum est chartae* (art. 59).

En cuanto a la exigencia de declaración judicial para inscribir bienes inmuebles procedentes de quien falleció sin disponer, hemos de decir que se refiere únicamente a los adquiridos por herencia intestada (art. 79 del Reglamento Hipotecario) y no por otro título—donación en nuestro caso—, sin olvidar la tendencia contraria a este procedimiento manifestada ya por parte de la doctrina (100) e incluso por la jurisprudencia registral (101).

Por este camino pudiera llegar a admitirse en Aragón una fiducia *ex lege* (102), que precisa la conformidad de todos los interesados para ser actuada, suprimiéndose con el tiempo la expresión del precedente y del motivo de la donación, así como también que sea necesariamente por razón de matrimonio en el caso del artículo 72. Esto es, que el viudo y los hijos—o nietos—lleven a cabo, acomodándolo a su voluntad e interés, lo que la Ley encomienda al Juez. ¿Y por qué no? Está de acuerdo, al menos en algunas zonas, con una naciente costumbre y con el sentir del pueblo, dándose así mayor facilidad para mantener la cohesión familiar y el patrimonio casal; el acto es inatacable, pues entregaron sus armas los únicos que de ellas disponían; y la ley, con una interpretación extensiva, lo ampara, adecuándose equitativamente a inmediatos precedentes históricos (103). Bien ganado sería el triunfo de una labor de los juristas en este sen-

(100) El II Congreso del Notariado Latino aprobó la aplicación de las actas de notoriedad a las declaraciones de herederos. Sobre su posibilidad legal en España, cfr. NAVARRO AZPEITIA: *Actas de notoriedad*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», I, págs. 74 y ss.; GIMÉNEZ ARNAU: *Introducción al Derecho notarial*, págs. 309 y ss., y en sentido negativo, DE LA CÁMARA: *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español*, págs. 39 y ss.

(101) Resoluciones de 19 de octubre de 1949 y 24 de febrero de 1950.

(102) Es decir, confianza legal por presumir tácitamente la personal entre cónyuges.

(103) No olvidemos que la Observancia 17 *De jure dotium* concedía una limitada facultad al viudo con relación a los bienes privativos del difunto.

tido: la consagración de una costumbre—naciente y latente, repetimos—que algún día pudiera ser ley (104).

Como requisitos necesarios para esta especial donación, además de los cuatro primeros del supuesto general, ya vistos, se precisará: que todos los herederos forzosos del difunto presten su conformidad, y que se otorgue en escritura pública, dada su similitud con los títulos sucesorios, especialmente con el heredamiento.

ARTÍCULO 58 (CASOS 4, 10 Y 21)

Tres distintos supuestos de ineficacia contempla el artículo 58: 1.º De las capitulaciones por falta de forma. 2.º De su novación por no intervenir determinadas personas. 3.º De aquellos pactos de la novación que vulnere derechos adquiridos por terceros.

En cuanto al primero, se exige como requisito formal de las capitulaciones la escritura pública. Requisito que adquiere por tal vocación la categoría de esencial, cuya falta producirá la nulidad del negocio. Dado lo terminante del precepto, no cabe distinguos (105): apórtense bienes muebles o inmuebles, la autorización por Notario es ineludible; el empleo del término *escritura pública* restringe el documento público al fedatado por el depositario general de la fe pública, descartando incluso la excepción que el artículo 1.324 del Código civil establece. Lo dicho es aplicable tanto a las primeras capitulaciones como a las segundas o posteriores que las modifiquen total o parcialmente, y también a aquellos pactos—novatorios o no—que versen sobre el carácter de ciertos bienes, a los que es aplicable lo dispuesto en el artículo 48 *in fine* (106).

En cambio, nada se dispone respecto a la capacidad de los contrayentes menores de edad: el Apéndice, apartándose de los precedentes legales que les permitían otorgar capítulos sin asistencia alguna (107), no fija norma especial; la general de su artículo 13 está en oposición con la que para este caso establece el Código general en su artículo 1.318 en relación con el 46. Si viven y conservan su autoridad el padre o la madre, no hay problema; pero en su defecto, ¿a quién corresponde prestar la oportuna li-

(104) Otros inconveniente no son sólo de este medio. Así, la omisión de un hijo cabe igual en testamento, pero en ambos casos no queda desamparado; es más, en el que comentamos está protegido no como el que menos de los restantes hijos, cual sucede en la preterición (art. 32), sino en cuota igualitaria, en su parte a la herencia intestada.

(105) Cfr. *Dinámica* cit., págs. 525 y 526. Así lo interpreta también RIVERA ITURBE, pero estimulado tal norma contraria a la costumbre y al Derecho histórico, aboga por su supresión (*Sobre las formas de las capitulaciones matrimoniales en Aragón*, «Anuario de Derecho Aragonés», VI, págs. 215 a 219).

(106) En el Derecho anterior al Apéndice no se exigía forma pública para las capitulaciones. Los Proyectos de 1899 (art. 89) y 1904 (art. 70), sentaron reglas similares a las de los artículos 1.321 y 1.324 del Código civil, sustituyendo al Secretario del Ayuntamiento por el del Juzgado municipal.

(107) Fuero *Que los menores de veinte años, de 1564*.

cencia o consentimiento: a los abuelos y al consejo de familia, como ordena el Código civil, o al tutor, conforme a lo dispuesto en el Apéndice? Por lo segundo hay que inclinarse: el otorgamiento de capitulaciones por aragoneses menores de edad se acomodará a lo establecido en el artículo 13 del Apéndice (108). La especialidad objetiva del precepto territorialmente general no creemos le dé fuerza bastante para saltar el tapial formado por los artículos 1.º de la norma aragonesa y 13 del Código nacional, más cuando el ordenamiento de las capitulaciones matrimoniales es en los textos—y no digamos ya en la práctica—diametralmente opuesto a los pobres *contratos por razón de matrimonio* del Derecho común. La norma de éste no sería aplicable en todos los casos en que la capitulación dispusiere algo fuera del régimen de la sociedad conyugal, esto es, en la gran mayoría de éstas.

Consecuencia de lo expuesto es que el menor emancipado, por no serle aplicable el artículo 13, no precisará asistencia alguna para otorgar los capítulos de su matrimonio. Y no estará de más decir que en todo caso nos hemos referido a las capitulaciones otorgadas antes del enlace, pues después los cónyuges son mayores de edad.

Según el artículo 1.318 del Código civil, las capitulaciones que carecieren del concurso y firma de las personas que a su otorgamiento deben concurrir cuando los contrayentes son menores de edad, son nulas por contravenir la disposición legal. Distinta es la solución en Derecho aragonés. En el ordenamiento común la facultad de contratar que en este caso se concede a los menores es excepcional, por lo que contempla con extremada rigurosidad el acto no adecuado a la Ley; en el Apéndice se trata de la norma general de capacidad de los menores: partiendo de la misma en todo caso, iguales serán sus efectos. Luego, como ya vimos al comentar el artículo 13, estamos ante un caso de mera anulabilidad.

El segundo supuesto de ineficacia que del artículo 58 brota, es el de faltar el concurso de determinadas personas en la novación de capitulaciones. Pero no en todo caso, sino únicamente cuando se novaren capítulos que reunieren este doble requisito: haberse otorgado antes del matrimonio y haber intervenido los padres u otros ascendientes de los cónyuges. Luego las otorgadas después de casados, cualesquiera fueren los intervinientes, y aquellas en que sólo comparecieren los contrayentes o ellos y personas que no sean de las expresadas, cualquiera que fuere el tiempo de su otorgamiento, no precisarán para su novación las formalidades establecidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 58. Acarando un punto: que cuando las personas distintas de los ascendientes intervinieren en nombre de éstos, aun sin acreditar la representación (109), o en

(108) Parecidamente se pronunciaba el artículo 71 del Proyecto de 1904.

(109) No es extraño en el Alto Aragón que por el padre o madre impedidos comparezca un hermano del contrayente *forastero*—generalmente el futuro

su lugar—hermano heredero de la casa paterna que actúa como órgano de la misma—, igualmente se requiere el cumplimiento de lo dispuesto en tales párrafos, pues a estos casos debe entenderse extendida la norma por imperio de la razón que al legislador movió a dictarla (110).

Reuniendo dicho doble requisito unas capitulaciones, para novarlas se precisará, según el caso (111), la asistencia y conformidad de distintas personas o de ninguna:

1.º Si viven todos, algunos o uno de los padres o ascendientes que en el otorgamiento de aquéllas intervinieron, bastará con la asistencia y conformidad de los que de los mismos existan. En el caso de vivir quien, sin ser ascendiente, intervino *per se*, como órgano de la casa, a él hemos de referir la norma; pero si actuó por quien no comparecía, la asistencia de éste y no la de su representante es la que se precisa.

2.º Si han fallecido todos los ascendientes que intervinieron y no han transcurrido veinte años desde el día de la boda, deberán reemplazarlos en el acto novatorio, esto es, asistir a él y prestar su conformidad, dos parientes del marido y dos de la mujer: los más cercanos, varones y de más edad. Tales circunstancias han de entenderse en orden excluyente y, de acuerdo con la costumbre alto-aragonesa—con el secular consejo de parientes—, de la cual se tomó esta regulación, no comprender en ellos a los afines. La incapacidad de los que tomaron parte en el otorgamiento de las primitivas capitulaciones equivale a su fallecimiento, pues se trata de un acto personalísimo en el que no puede ser suplida su voluntad por la del representante legal. Igual cabe decir en cuanto a los parientes: su incapacidad los elimina, dejando su puesto al que le siga en el orden legal (112).

3.º Si, habiendo fallecido todos los ascendientes que intervinieron en las capitulaciones, han transcurrido veinte años desde el día del enlace, no se precisará para novarlas la conformidad de persona alguna: basta con la de los esposos. Así se deduce con claridad del texto legal.

La infracción de lo dispuesto en los párrafos que examinamos produce la nulidad de la novación, ya que se trata de requisitos esenciales para su validez y no de un complemento de capacidad

heredero de su *casa*—para entregar la dote en pago de legítimas. No se exige acreditar la representación, pues todos los otorgantes la aceptan, y no se precisa necesariamente la intervención de persona determinada a tal fin; el acto surte iguales efectos que si el padre o madre hubieran comparecido.

(110) Norma deficiente como ya hemos dicho: *Dinámica*, cit., pág. 524, nota 62.

(111) Y aunque los cónyuges fueran mayores de edad, como dice la Dirección General de Registros del Notariado, en resolución de 23 de enero de 1928. Es indudable: si no se precisara, sobra el precepto, pues todo aragonés casado es mayor de edad.

(112) Lo calificamos como acto personalísimo en cuanto a la formación de la voluntad, no por lo que se refiere a su expresión; cabe, pues, la representación voluntaria mediante poder especial.

de quienes no lo precisan por no tenerla restringida. Será nula, pues, la modificación de capitulaciones otorgadas antes del matrimonio con intervención de ascendientes cuando no prestaren su conformidad aquellos de los mismos que vivan y sean capaces; o cuando, otorgándose la novación antes de cumplirse veinte años desde la boda y habiendo fallecido o siendo incapaces todos los dichos ascendientes que en su día intervinieron, no dieran tal conformidad los parientes que la Ley exige.

Finalmente contempla el artículo 58 un supuesto de ineficacia parcial: la de los pactos contenidos en la novación de capítulos en cuanto vulneren o modifiquen derechos adquiridos si los interesados no hacen de ello renuncia expresa. El nuevo otorgamiento en sí es válido—de lo contrario huelga esta prevención—y válidas serán las disposiciones que contenga en cuanto no vulneren tales derechos, pero en lo que los modificaren serán nulas de pleno derecho, a menos que los interesados dieran su conformidad. El concepto de derecho adquirido no debe tomarse aquí en el sentido, ya clásico, de aquél que ha entrado a formar parte del patrimonio de una persona, sino en el de todo beneficio destinado a alguien, conocido o no, desde ahora o para un futuro cierto o incierto. La renuncia *a posteriori* de los titulares, ya conocidos en este caso, de tales derechos, expectativas o ventajas, dará eficacia a las estipulaciones que los hubiere modificado, actuando no como la ratificación de un acto anulable, sino como la declaración de voluntad que da vida a lo que sin ella no puede existir; no purificando el acto, sino aportando el elemento que faltaba.

ARTÍCULO 59 (CASO 19)

El comentario de este artículo nos llevaría al del debatido y peculiar principio *Standum est chartae*. No siendo nuestra misión analizarlo en estas cortas líneas, lo damos por conocido, fijando únicamente qué disposiciones serán ineficaces por rebasar sus límites (113).

Habiéndolo referido el Apéndice únicamente a las estipulaciones acerca de la sociedad conyugal y sus bienes, le marca dos fronteras: las prohibiciones expresas en la legislación vigente en Aragón y los fines esenciales del matrimonio; derecho positivo imperativo y derecho natural, de acuerdo con la anterior concepción de tal apotegma (114). En aquellas hemos de entender comprendidas no sólo las órdenes negativas, sino también las positivas que im-

(113) Sobre el mismo y con posterioridad al Apéndice, véase PALA: *Notas para el estudio crítico del apotegma Standum es chartae*, «Anuario de Derecho aragonés», 1944, págs. 273 y ss.; PALA y MARTÍN-BALLESTERO: *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*, igual «Anuario», págs. 60 y ss.

(114) Cfr. COSTA: *La libertad civil y el Congreso de jurisperitos aragoneses*, págs. 102 y ss.; PALA: *Notas cit.*, pág. 277 y Audiencia Territorial de Zaragoza: sentencias de 2 de abril de 1904, 16 de octubre de 1925, 13 de octubre de 1933 y 11 de junio de 1946, entre las más claras sobre la materia.

plican prohibición de hacer lo contrario: así, por que no exista precepto que impida por orden directa mermar la legítima, no por ello deja de existir prohibición de hacerlo.

Los efectos de la contravención son los de la nulidad de los pactos correspondientes por ser actos *contra legem*; nulidad total de los mismos, aunque vistos como parte de las capitulaciones pueda considerarse una nulidad parcial de éstas.

ARTÍCULO 61 (CASOS 14 Y 15)

En este precepto nos encontramos ante dos casos de ineficacia: enajenación de inmueble de mujer casada que tenga el carácter de *axovar* o de *firma de dote* y disposición de muebles dotales de la misma aportados como sitios.

El propio artículo nos define el *axovar*: es la dote que el padre o madre dan a la esposa *a propia herencia suya y de los suyos*. Antiguamente se tenía por tal la heredad dada en tal concepto y además de la dote (115); denominándose también *axovar* a la *firma de dote*: las fincas o cantidad de dinero que el marido, cuando casa con soltera, suele señalarla además de asegurar su dote (116). El Apéndice, delimitando ambos conceptos, al definir el *axovar* como donación del padre o de la madre, remite los bienes recibidos del marido a la *firma de dote*, no exigiendo que aquél haya de percibirse además de la *dote*. Estimaban los autores que el *axovar* está en desuso, no es así en el Alto Aragón, donde suele aportarse la dote—consista en metálico, ajuar o fincas—*a propia herencia suya y de los suyos*, pues tal carácter le confiere el pacto de reversión a la familia de la mujer si ésta falleciere sin descendencia. La *firma de dote* consistente en inmuebles, sí que podría darse por fenecida.

Aunque el texto legal hable de dote o *axovar* como supuestos distintos, la aclaración inmediata del concepto—«o sea a propia herencia, etc.»—se refiere a ambos términos, por lo cual, en definitiva, se trata de un mismo supuesto: de la dote especial vinculada a la familia y no de la dote simple no aportada en tal concepto. Solución lógica, pues esta última es de libre disposición por la esposa y no debe quedar sujeta a especiales formalidades. Sin embargo, ya vimos que en el artículo 52 se adopta criterio contrario, abarcando a la dote simple.

Para la enajenación del inmueble que tenga el concepto de *firma de dote* o el de tal dote especial o *axovar* se precisa un requisito alternativo: o que haya descendencia del matrimonio, o, si no la hay, que se efectúe bajo obligación y fianza de reinvertir el precio en otro inmueble equivalente, que tendrá igual condición jurídica. Recoge así el Apéndice lo dispuesto en el Fuero 6

(115) DIEZTE: *Diccionario del Derecho civil aragonés*, pág. 61.

(116) DIEZTE: Nota anterior, pág. 248.

De jure dotium (117), haciéndolo extensivo a la *firma de dote* inmobiliaria.

Si hay descendientes del matrimonio, la validez de la enajenación no ofrece dudas. Estos han de existir—uno cuando menos—al tiempo de su otorgamiento; así debe interpretarse la frase «mientras tanto que no haya descendencia del matrimonio» y a sentido contrario: habiendo descendencia, lícita es la disposición y plenamente eficaz, aunque más tarde se disolviera sin ella el matrimonio; no habiendo descendientes, es ilícita si no reúne los demás requisitos para este caso exigidos, y aunque del matrimonio los hubiere habido si al enajenar han muerto todos ellos.

Caso de no haber descendientes «esta enajenación deberá efectuarse bajo obligación y fianza de reintegrar el precio en otro inmueble que tendrá igual condición jurídica». Doble es el requisito: obligación de subrogar otro inmueble en el lugar del enajenado y fianza de hacerlo así (118). La obligación ha de ser asumida por el marido en los supuestos normales, ya que él, como administrador de la sociedad conyugal, es el depositario del precio recibido; pero no basta con que la contraiga: ha de afianzarse que así lo hará. El término es empleado en sentido lato y no en el estricto de contrato de fianza: repugna aquí la intervención de un tercero garantizando personalmente una obligación familiar. Por analogía con las disposiciones generales sobre aseguramiento de la dote, tal fianza habrá de consistir en una garantía real (119). La finalidad del precepto es que la finca *axovar* ó *firma de dote* no se pierda: convertida en hipoteca mantiene su naturaleza inmobiliaria impidiéndose el fácil consumo.

Más dice aún el texto legal: que la enajenación ha de efectuarse «caso necesario». ¿Se requiere, pues, la existencia de una verdadera necesidad y también su demostración? Creemos que no, aquélla queda al criterio de los cónyuges al no ser expresada de forma clara como requisito *sine qua non*, por lo cual bastará con la obligación y fianza exigidas; reunidas éstas la enajenación es válida, aunque se probare que no satisfacía necesidad alguna.

No habiendo descendencia del matrimonio, no podrá enajenarse inmueble que tenga la condición de *axovar* ó *firma de dote* sin dichas obligación y fianza; son requisitos necesarios para la dispo-

(117) Cuyo contenido en la Compilación de Huesca era este: «El marido et la muller no pueden bender aquello que el padre et la madre de la muller dieron a la filla en axovar quando caso, ante que hayan fillo, sino dando buenas fianças que prengan aquellos dineros et que los giten en otra heredad tan buena et tan buen lugar.» Según LACRUZ: *Fueros*, cit., pág. 305.

(118) Aunque se hable sólo de precio, también estará sujeta a dichos requisitos la permuta por muebles. En la permuta por inmueble equivalente debe conferirse al adquirido la misma condición jurídica: queda cumplido así el fin que la ley se propone.

(119) No estimamos aplicable norma similar a la del artículo 1.354 del Código civil; en este caso se entrega la dote al marido que se sabe no tiene bienes, en el que nos ocupa se dió una finca sujetándola a una relativa indisponibilidad para que no desaparezca.

sición, aunque no sea preciso fueren simultáneos a ella, nada impide poder prestarlos previamente e incluso más tarde; en este caso la enajenación no adquiere validez hasta que no se reúnen. El negocio que carezca de ellos es nulo por faltarle los que la ley fija como esenciales; el tercero deberá cuidar que se cumplan para que su adquisición pueda consumarse.

De acuerdo con los precedentes forales (120), el párrafo último de este artículo atribuye al marido la disposición de los bienes muebles de la mujer aportados como sitios, pero con una restricción: la de que no podrá efectuarla mientras no se inscriba en el Registro de la Propiedad la hipoteca que garantice su valor y que está obligado a constituir (121). Caso de verificarse la enajenación sin tal requisito será nula por oponerse a la ley. Si el adquirente conocía el carácter de los bienes le afectará la nulidad; si no, fácilmente quedará amparado por las normas protectoras del tráfico mobiliario civil y comercial, pues adquirió de buena fe del titular aparente, sin que tenga obligación de investigar sobre la procedencia de los muebles.

No trata el Apéndice de la disposición de la hipoteca constituida en garantía de los muebles de la mujer aportados como sitios. Dada su naturaleza habrá de regirse por las normas referentes a los inmuebles: es la mujer quien está facultada para disponer de la misma, y al hacerlo habrán de observarse las disposiciones del párrafo segundo de este artículo si asegurare el valor de bienes aportados a *propia herencia suya y de los suyos* (122) o que tengan el concepto de *firma de dote*. Esto es, habrá de sustituirse tal hipoteca por otra con las mismas condiciones y constituida sobre finca que ofrezca garantía suficiente (123).

ARTÍCULOS 63 Y 73, 1.º Y 2.º (CASOS 11 Y 20)

En el régimen anterior al Apéndice sólo podía privarse de la viudedad a un cónyuge por el otro si aquel renunciaba a ella expresa y especialmente (124). Disposición que recoge el artículo 63 exigiendo para la eficacia de la renuncia «estipulación explícita en las capitulaciones u otros documentos públicos», requisito tam-

(120) Observancias 1 *Ne vir sine uxore* y 1 *De rerum anotarum*.

(121) Restricción que, a *sensu contrario*, ya imponían los artículos 103 del Proyecto de 1899 y 77 del de 1904.

(122) Supuesto corriente en las capitulaciones del Alto Aragón.

(123) En todo caso se refiere el artículo comentado a la dote de la mujer. ¿No estará sujeta, pues, a sus prescripciones la aportación del marido que se configurare en forma similar a la de la esposa? El caso es frecuente en el Pirineo aragonés y comarcas próximas cuando se trata de enlace de *heredera con forastero*; suele establecerse que si éste fallece sin descendencia, su dote revertirá al heredero de su casa en determinados plazos y condiciones. Por ello creemos que—dada la identidad del supuesto—la disposición de la dote inmobiliaria del marido o de la hipoteca que garantiza la mobiliaria, se regirá por las reglas en el texto examinadas.

(124) Observancias 19 y 58 *De jure dotium*.

bién de «los gravámenes, condiciones o limitaciones de que es susceptible el usufructo viudal». El documento público no puede ser otro que la escritura, como el artículo 73, 2.º, corrobora, pues se trata de una renuncia de derechos no susceptible de constarse en otro documento público (125). Que la renuncia sea explícita no puede interpretarse como necesidad de una expresión formal de la misma, empleando tal palabra u otra similar, pues no entender por tal la mera conformidad del titular del derecho expectante de viudedad a la disposición verificada por su cónyuge sería atentar contra la equidad, llegándose a absurdas conclusiones (126). Lo que se precisa, y no otra cosa, es tal expresa conformidad en el acto que tiene por consecuencia privar al cónyuge de su derecho desde ahora—una venta—o en un posible futuro—una hipoteca—(127).

No se había planteado con claridad en el Derecho histórico aragonés el problema de la prohibición de viudedad fijada por el transmitente de los bienes a título lucrativo, pero del principio de libertad que lo informaba deducíase su validez, admitiéndolo el Tribunal Supremo con relación a los bienes sobre los cuales el cónyuge sólo alcanzaba un mero disfrute, por estar destinados a gozarlos otra persona a la muerte del mismo (128). La solución se plantea hoy clara respecto a los dejados o donados por persona distinta de los ascendientes con prohibición expresa de la viudedad: de ella quedan excluidos conforme al artículo 67, 2.º. Pero no lo es en cuanto a los que provengan de los ascendientes.

El artículo 63 dice: «Tampoco los ascendientes pueden prohibir en forma ninguna que el cónyuge de su descendiente usufructúe los bienes que éste reciba o deba recibir en sus sucesiones respectivas». El número 1.º del 67 excluye de la viudedad «los bienes que el finado poseía bajo cláusula de que recaigan a su muerte en persona determinada». Y el artículo 31, número 3.º, dispone que el testador—locución en la que debe comprenderse al disponente mortis causa, aunque sea por contrato, y al donante—puede imponer a los herederos forzosos los gravámenes, las limitaciones, las sustituciones, las condiciones o las obligaciones que tenga a bien, siendo en favor de otro o de otros descendientes legítimos, aunque no sean éstos del grado más próximo y vivan los del grado o grados intermedios en la línea recta». Los dos últimos preceptos se armoni-

(125) FRANCO en su *Memoria* cit. (art. 72) y *Adición* a la misma (art. 111) y el Proyecto de 1899 (art. 147) aceptaban el documento privado, exigiendo ya el público en todo caso el Proyecto de 1904 (art. 133).

(126) Lo es, a nuestro entender, la cláusula de renuncia de viudedad en las enajenaciones de bienes comunes otorgadas por los dos esposos.

(127) Así lo entendía la Observancia 26 *De jure dotium* al declarar no sujetos a la viudedad de la mujer los inmuebles vendidos con su consentimiento. En igual sentido se pronuncia la Audiencia de Zaragoza en sentencia de 15 de marzo de 1932.

(128) Sentencias de 9 de enero de 1885, 18 de octubre de 1889, 17 de junio de 1890, 17 de junio de 1899, 31 de diciembre de 1907, 30 de abril de 1913 y otras.

zan perfectamente, pero ambos chirrían al acodarlos al primero. Con arreglo al mismo es indudable que los ascendientes, respecto a los bienes que efectivamente reciba o deba recibir en sus sucesiones el descendiente, no pueden imponer una pura o simple prohibición de viudedad; no surtiría efecto alguno. Pero ¿estará privado de su derecho el cónyuge del descendiente respecto a los bienes a éste dejados con cláusula de sustitución fideicomisaria? (129). Hemos de distinguir distintos supuestos.

La herencia de un aragonés se divide idealmente, a efectos de la sucesión forzosa, en tres partes: una de libre disposición absoluta y dos de legítima colectiva, que libremente puede ser distribuida entre los descendientes. En la primera está facultado para limitar el derecho del llamado, aunque sea un legitimario, como quiera; en las otras dos puede hacerlo solamente cuando la limitación se establece en beneficio de otro descendiente. El derecho de viudedad recae sobre aquellos bienes de que es propietario el otro cónyuge, aunque no llegare a gozar de los mismos, pero no sobre aquellos en los cuales sólo adquiere un mero disfrute temporal o vitalicio, más o menos amplio. Si el ascendiente debe atribuir la propiedad de los bienes a su descendiente por imperativo legal, no puede evitar que el cónyuge de éste adquiera sobre los mismos un expectante derecho de viudedad. Mas puede impedirlo dejándoselos a aquél en mero goce, a título de usufructuario o de fiduciario, cuando la ley lo permita. Lo cual es posible con relación al tercio libre en todo caso y respecto a los otros dos si impone la limitación en favor de otro descendiente, aunque sea hijo del primer llamado. Luego únicamente en el caso de existir un solo descendiente no puede evitar que de los dos tercios de su herencia corresponda el derecho de viudedad al cónyuge de éste, conforme a la clase del mismo—simple o universal—y a la naturaleza de los bienes. Esta opinión (130) la hacemos extensible a las donaciones que otorgare el ascendiente deudor de la legítima, con una ampliación: que en cuanto a las mismas, y cuando pueda privarse de la viudedad a su posible titular, cabe no sólo la sustitución, sino también la prohibición directa y expresa, pues no se trata de bienes que el descendiente «reciba o deba recibir» en la sucesión

(129) Según el Proyecto de 1899 los ascendientes no podían establecer la prohibición de viudedad respecto a los bienes que al descendiente «correspondan como heredero forzoso o en los que le instituyan heredero o le dejen como legatario o usufructuario» (art. 147) y el de 1904 la declaraba nula con relación a los bienes que el descendiente «reciba o deba recibir en calidad de herencia forzosa o a título de *legítima libre*» (art. 131). Comparando con ellos el texto vigente, vemos que se ha limitado cualitativamente la prohibición de viudedad—no cabe la pura y simple en la sucesión—y se ha ampliado objetivamente—puede afectar a todos los bienes recibidos por *legítima libre* (esto es, cuando no se tiene derecho a cuota fija por existir varios legitimarios) o de la parte de libre disposición—.

(130) Coincidente con la de Aragüés: *La prohibición de viudedad*, «Primera Semana de Derecho aragonés», págs. 41 y 42, y la de la Audiencia Territorial de Zaragoza: sentencias de 13 de julio de 1931 y 27 de diciembre de 1934.

del donante, únicos supuestos en que, según el artículo 63, no está permitida.

En resumen, son nulos conforme a este artículo:

a) Por falta de forma esencial: La renuncia al derecho de viudedad y los gravámenes, condiciones o limitaciones del mismo que no consten explícitamente en escritura pública.

b) Por oponerse al mandato legal, siempre y cuando el perjudicado no prestare su asentimiento en la forma antes indicada:

1. La prohibición de viudedad ordenada por uno de los cónyuges.

2. La simple prohibición de viudedad dispuesta por el ascendiente respecto a los bienes que de él heredare su descendiente.

3. La simple prohibición de viudedad impuesta en donación y la privación de la misma por medio de sustituciones o limitaciones de la donación o del legado o herencia, en cuanto afectaren a la porción legitimaria y fueren ordenadas en favor de persona distinta de los descendientes.

Y, como consecuencia, son válidas:

a') La prohibición de viudedad decretada por el donante, heredante o testador no ascendiente.

b') La privación de tal derecho en donación o por medio de sustituciones o limitaciones en la sucesión, ordenadas por el ascendiente del cónyuge en favor de cualquier persona en cuanto afectaren al tercio de libre disposición, o en favor de otro u otros descendientes cuando recayeren sobre los dos tercios de legítima.

ARTÍCULO 64 (CASO 12)

La concesión, explícita o implícita, de viudedad universal deberá constar en escritura pública o testamento. De «capitulación matrimonial», «otro documento público» y «acto de última voluntad» nos habla el artículo 64 (131). La forma de las capitulaciones, como hemos visto, es necesariamente la escritura pública; otro documento público no puede ser más que escritura notarial: ni en los judiciales ni en los administrativos cabe esta concesión, todo lo más, en alguno de aquéllos el reconocimiento de su existencia; y los actos de última voluntad o son testamentos o contratos sucesorios que en escritura pública deberán constar. De ahí que la forma quede reducida a la misma escritura y a los testamentos en sus diversas clases.

El requisito es esencial: su falta, según el caso, producirá la nulidad de todo el negocio o solamente del pacto en que la viudedad universal se conceda.

(131) Similarmente se expresaban los artículos 144 del Proyecto de 1899 y 129 del de 1904.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

1.—Apertura del Curso en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

(Conferencia del Excmo. Sr. D. Manuel de la Plaza)

Bajo la Presidencia del Excmo. Sr. Ministro de Justicia, Sr. Iturmendi Gómez, a quien acompañaban en el estrado presidencial el Presidente del Consejo de Estado, Sr. Ibáñez Martín, el Presidente del Tribunal Supremo, Sr. Caslán Tobeñas, el Director y el Secretario General del Centro, Sres. Arcenegui y García Gallo, y otras ilustres personalidades, tuvo lugar el pasado día 14 de diciembre la solemne Apertura del Curso de Conferencias en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Abierta la sesión por el Ministro de Justicia, el Secretario del Instituto dió lectura a la Memoria relativa a las actividades de la Entidad, durante el pasado curso, en sus diversos aspectos; aumento de los fondos de la biblioteca, labor de las distintas secciones, desarrollo de los seminarios, trabajos aparecidos en las publicaciones del Instituto, conferencias pronunciadas en el mismo, asistencias a congresos, honores tributados a ciertos miembros del Instituto, nuevos nombramientos, etc.

A continuación fué pronunciada la Conferencia Inaugural del Curso, a cargo del ilustre magistrado y culto procesalista, D. Manuel de la Plaza y Navarro, que desarrolló el tema.

JUSTICIA Y SEGURIDAD

Su lección constituyó un profundo objetivo y entusiástico canto-homenaje a la idea de la seguridad jurídica, como base inexcusable del Ordenamiento Jurídico, y al proceso como medio de realización de la misma en coordinación plena con el ideal superior de justicia.

El poner frente a frente las ideas de justicia y seguridad, dice, no presupone en modo alguno, plantearse la cuestión de su respectivo rango. No puede caber duda de que la justicia ocupa el rango preeminente; ahora bien, si esto es una verdad indiscutible, también lo es la de que, sin una adecuada "seguridad", no cabe aspirar a la realización de la suprema virtud de la justicia ni a la implantación y existencia de un orden jurídico. Señala el conferenciante algunos ejemplos de instituciones cuyo único fundamento es la idea de la seguridad jurídica: el principio "nemo ius ignorare censetur", la cosa juzgada y la irretroactividad de las leyes. Es cierto que en las instituciones aludidas puede originarse a veces la injusticia, pero tal albur debe correrse en aras de la justicia general a través de la seguridad jurídica. No obstante la crisis que hoy existe en torno a las

ideas de la seguridad y de la juridicidad (que en el fondo no es sino una disimulada indiferencia por la ley), aquélla ha sido, es y será siempre la base del Ordenamiento Jurídico.

Se refiere a continuación a cómo el proceso debe realizar la idea de seguridad y a cómo deben servir a esa idea los hombres de Derecho. En cuanto a lo primero, no hay que olvidar que la complicación del proceso es a veces una necesidad para la efectucción de la seguridad jurídica. En la evolución del proceso se observa que éste ha pasado de la no reglamentación a su cristalización y fijación en normas fijas, rígidas, inmutables. El proceso ha de aspirar a ser una garantía de la seguridad jurídica sobre el tríptico de la sencillez, la probidad y la eficacia.

¿Cómo debe el hombre de Derecho, el juez, servir a la seguridad jurídica? Es preciso un reforzamiento de sus poderes, es preciso que no permanezca indiferente ante la lucha de las partes, que no se frenen sus facultades; pero todo ello dentro de un orden jurídico preestablecido. No olvidemos, dice el ilustre conferenciante, que la llamada Escuela del Derecho Libre estuvo a punto de acabar con la justicia y con los jueces, porque estuvo a punto de acabar con la indispensable seguridad jurídica.

Termina el disertante manifestando con insistencia la idea básica de su lección: no cabe un orden jurídico sin que se armonicen la seguridad y la justicia; ésta servida de aquélla. De no ser así, la arbitrariedad imperaría en el seno social y su consecuencia sería trágica: negación del Derecho y de la Justicia. Después de recoger unas palabras del Pontífice Pío XII de que todos deben vivir bajo un "Derecho formulado y circunscrito", finaliza el Sr. Plaza su interesante y brillante lección propugnando la defensa de la seguridad jurídica, como medio de contribuir a la paz social.

A continuación el Sr. Ministro de Justicia declaró abierto el Curso 1955-56 en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

CARLOS MELÓN INFANTE

2.—Discurso inaugural del Catedrático D. Alvaro D'Ors sobre el «Valor de la sistemática en los estudios del Derecho romano»

En la Universidad de Santiago de Compostela pronunció el discurso inaugural de apertura del curso académico de 1955-56, el ilustre profesor D. Alvaro D'Ors sobre el valor de la sistemática en los estudios del Derecho romano. El discurso supone, dentro de los límites espaciales que su estructura requiere, una apretada sinopsis de la línea doctrinal, de las conclusiones y de los resultados a que ha llegado en una gran parte del terreno de su investigación científica.

La importancia que este estudio tiene para el civilista resulta obvia el señalarla, ya que sí es el resultado de un trabajo más especializado y técnico, en el Derecho romano a través de los más depurados métodos de investigación teórica e instrumental (crítica de interpolaciones, papirología, lenguas clásicas, etc.), sus conclusiones suponen el conocimiento del genuino sentido de las instituciones y la función social que han prestado, procurándole al jurista conciencia cabal de su génesis y transformación, dotándole de una prudente seguridad para tra-

tarlas según su destino esencial e impulsarlas en su devenir por el derrotero que les impone su más auténtica genealogía. Según ha manifestado en otro lugar (1), el estudio del Derecho romano conduce así a la rectificación y supresión de la crisis actual del Derecho civil.

El profesor D'Ors expuso la genealogía de la sistemática jurídica. Consideró la experiencia de los trece siglos de historia del Derecho romano y la línea histórica que continuada por la escuela de Bolonia y el racionalismo iluminista culminó en el movimiento de la "Pandectística" moderna. Esta línea de continuidad constituye la historia del Derecho europeo. Para el profesor D'Ors, que este derecho europeo haya surgido de una elaboración escolástica de la materia jurídica, no dejó de tener una profunda influencia en su configuración. Cree que ello ha servido para perpetuar una determinada actitud en el tratamiento de la materia jurídica, una actitud que ya tenía su abolengo en algunos momentos de la historia jurídica de la antigua Roma: la actitud de los maestros de Derecho. Ahora bien, para el ilustre profesor resulta evidente que esta actitud escolástica tiene un claro precedente en la enigmática figura de Gayo, el cual vivió en el siglo II y que puede considerarse, por su aptitud escolástica, como uno de los maestros que aparecen en el ocaso de Roma. Según su criterio es un "pre-postclásico" y su obra isagógica no debe desvincularse del círculo intelectual anterior de la "grey de Escipión", que vuelve al método dialéctico de los maestros de la jurisprudencia.

A continuación el profesor D'Ors expuso lo que él considera los gravámenes que dejó Gayo a la posteridad. La distinción entre personas, cosas y acciones, especialmente la establecida entre personas y cosas, que no tiene el mismo sentido que en la jurisprudencia clásica, y, la desventurada distinción entre cosas corporales e incorporales, ya que tiende a desvirtuar los negocios patrimoniales comprendidos en el tratado de las cosas, por un lado, y de las acciones por otro, así como de las personas que en ellos intervienen.

Hace ver, también, cómo cada vez resulta más evidente que los romanos no conocieron el concepto de derecho subjetivo, sino que partieron para ordenar toda la realidad jurídica del concepto dinámico de acción. Según afirmó hace años, el papel primordial que se ha concedido al derecho subjetivo arranca de una concepción individualista que hace fructificar la jurisprudencia protestante sobre todo por obra de Grocio. A este respecto, recuerda el profesor D'Ors cómo ha podido clarificar el tema de la clasificación de los contratos, desvirtuada por el afán escolástico de Gayo, acudiendo a las diferencias procesales. También observa cómo el tratado de los negocios patrimoniales de la *res*, quedó separado del tratado de las personas. En consecuencia, cree que tales negocios quedaron mal comprendidos en su función histórica concreta y la abstracción llegó a producir, en el campo de la civilística, deformaciones abusivas. Así, expone el autor varios ejemplos como en el usufructo, la adopción el contrato literal o expensilación. La transformación de las ideas económico-jurídicas en Roma creó un proceso de abstracción que tiene sus consecuencias en la introducción de principios pecuniarios, tal como el que toda sentencia condenatoria debe obligar a la entrega de una suma de dinero. En relación con esta profunda transformación consideró la que él llama "generalización de la

(1) Cfr. en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, V-I (1952), 62 y ss.

compraventa", que tiene naturaleza mercantil, pues respondía al tráfico de aquellos géneros limitados llamados mercancías. La compraventa—aclaró—no estaba hecha para la enajenación de los bienes familiares; para éstos existía la manipulación.

El profesor D'Ors sacó como conclusión que la sistemática fué la que creó figuras abstractas y desvinculó las conexiones personales y reales que determinaron la existencia de las instituciones. Por eso cree que la sistemática no se debe considerar como el único instrumento técnico de la ciencia jurídica, ya que el derecho no es ni ciencia pura ni técnica pura. El derecho es ciencia y técnica a la vez, no es ninguna de las dos en forma pura. Es más que nada una *educación*, puesto que—concluye—la actividad de la jurisprudencia consiste ante todo en dictaminar sobre la justicia o injusticia de posiciones jurídicas concretas, sobre casos judiciales concretos. Es así, una actividad eminentemente moral y social.

Finalizó el ilustre romanista invitando a las jóvenes generaciones de juristas a que aprendan y sepan actuar con una plena libertad de su oficio y una libre plenitud de su saber jurídico, percatados de que el progreso del orden jurídico no debe proceder por vía de una arrolladora e imprudentísima legislación, sino por obra de sus ajustados pareceres de prudencia aplicados a los casos concretos de la práctica cotidiana.

JOSÉ BONET CORREA

II. NOTAS CRITICAS

Aspectos y problemas del Derecho Agrario de veinticinco países

Reseña de los «Atti» del Primer Congreso Internacional de Derecho agrario.

I.—El Dott. Andre Giuffré ha hecho una bella edición en dos volúmenes (800 págs. cada uno) de los trabajos del Primer Congreso Internacional de Derecho agrario. Yo diría de su presentación tipográfica que está a tono con el estilo general del Congreso. Desarrollado en Florencia—la ciudad elegante y perfecta—organizado y dirigido por el profesor Bolla, que le imprimió carácter, el Congreso adquirió desde el primer momento—y lo mantuvo hasta el fin—un elevado estilo. Tuve la suerte—desde luego innecesaria—de asistir a él y no puedo perder una ocasión como ésta para reconocer la sin par hospitalidad con que fuimos todos acogidos por la Universidad de Florencia, así como la perfección, poco acostumbrada, que se puso de relieve en el desarrollo del programa previsto para el Congreso. La publicación de los “Atti”, tal como ha sido hecha, es una prueba más de tal perfección.

II.—El volumen primero contiene como portada unas líneas de presentación del profesor Bolla, anunciando que se han recogido en la obra 64 aportaciones—55 ponencias y 9 comunicaciones más breves—“que ofrecen un sugestivo panorama, de una amplitud sin antecedentes, del Derecho agrario en Europa, en Asia, en las Américas”. Por falta de tiempo—para no dilatar la aparición de la obra—se prescinde del índice de materias sintético y sistemático. Ello será una de las primeras tareas a realizar por el recién nacido Instituto Internacional de Derecho Agrario. (A título informativo, consignaré el hecho de que este Instituto acaba de inaugurar sus actividades con una reunión en Florencia, durante unos días del mes de octubre, de juristas italianos de la máxima categoría—Mossa, Ascarelli, Biondo, Biondi por ejemplo— para tratar importantes cuestiones de Derecho agrario.)

Seguidamente se incluye la Circular de invitación de la que destacamos algunos párrafos fundamentales: “la colaboración siempre creciente que va estableciéndose entre los países agrícolas para el intercambio de trabajo, capitales y productos, ocasiona una exigencia siempre más marcada de conocer los ordenamientos mencionados (es decir, los ordenamientos jurídico-agrarios)”.

Se propone como asunto o tema central del Congreso el siguiente: “La legislación agraria de los respectivos países representados en el Congreso mismo, sus actividades, sus instituciones típicas, su sistema, sus repercusiones sobre la teoría general”. Debemos estimar un gran acierto esta orientación dada al primer Congreso Internacional de Derecho agrario; se trataba ante todo de conocer mutuamente las estructuras agrarias vigentes en los diversos países, como primer paso para una comparación entre las mismas, que ofreciera la posibilidad de elaborar una síntesis general. La magna cuestión del Congreso puede decirse que fué esa: vistos los diferentes ordenamientos jurídicos de la Agri-

cultura, que rigen en la mayor parte de los países civilizados, ¿resultaría posible descubrir ciertas líneas generales de evolución?

Han quedado, pues, para otra ocasión, las tareas de discutir y formular conclusiones. El Congreso no pretendía aprobar por unanimidad o por mayoría de votos una serie de tesis más o menos afortunadas en el terreno científico o con más apoyo político que otras. No se ha pronunciado sobre si la propiedad es derecho subjetivo o función social, por ej., ni ha afirmado la necesidad de una mayor distribución de la propiedad de la tierra. El Congreso fué una toma de contacto, un intercambio de tarjetas de visita o memorándum en cada una de las cuales se leía el régimen jurídico de la agricultura en el país del congresista o ciertos aspectos, entre los más interesantes, del respectivo problema de la tierra.

Ahora bien, aun careciendo de intención política y de aspiraciones dogmáticas, una vez expuestas las diversas ponencias y comunicaciones, no cabe dudar de que esa gran reunión ha servido para destacar ciertas ideas u orientaciones generales que sigue el Derecho agrario de todo el mundo. La tarea de señalarlas es justamente lo que podemos proponernos al margen del Congreso, siendo excelente oportunidad para ello, la que nos brinda el comentario de estos dos volúmenes. (Coincido así con las apreciaciones hechas por Carlo Zaccaro: "El Congreso tenía fines fundamentalmente informativos, de puesta al día, sobre la evolución legislativa en marcha en casi todos los países. Este resultado ha sido plenamente logrado..., pero de tal resultado no será difícil obtener los elementos directivos de toda la evolución legislativa en agricultura, lo que será objeto, según es lo más probable, del II Congreso Internacional que ha de tener lugar en París en 1957". *Rivista di Diritto agrario* 1954, fas-I-II p. 94). El primer volumen contiene, tras las breves líneas de presentación y la también breve, pero sustanciosa, circular citada, los nombres de los países representados y de las personas asistentes. Desgraciadamente, España no envió la misión representativa a que estaba obligada por su importancia como país agrícola y por su puesto en la doctrina jurídica de nuestro tiempo. Al profesor Federico de Castro le fué imposible de todo punto asistir por tener que representarnos en otra reunión internacional. Así, pues, no cabía comparar nuestra delegación—si es que merece tal nombre—con el formidable equipo de profesores de Universidad que envió Francia o Alemania, y, no digamos con la abrumadora—en calidad y cantidad—presencia de juristas italianos. Una vez más, como casi siempre, demostramos nuestra falta de preparación para esta clase de cosas.

Seguidamente, se recoge el importante discurso inaugural del profesor Enrico Finzi, Decano de la Facultad de Derecho. Quiero citar ante todo este párrafo: "no sin preocupación, los llamados juristas puros ven destacarse como autónoma del gran tronco de la dogmática tradicional, la nueva ciencia del Derecho agrario hasta tiempo reciente comprendida en ella. Temen que las nuevas orientaciones puedan dañar al admirable edificio que un esfuerzo tenaz, dos veces milenarío, dirigido a separar lo público de lo privado, la política del Derecho, aislando a éste en su verdadera esencia y contraponiéndolo casi a las otras ciencias sociales, ha sabido crear".

"... Por otra parte no da es más legítimo que intentar nuevas vías... Yo pregunto si el Derecho agrario no puede añadirse al viejo *ius civile* sin negarlo.

o tratar de superarlo; y creo que la cosa sea posible o más bien necesaria..." "Plantéanse nuevos problemas a los juristas que exigen contribuir de nuevo al progreso de la civilización con la preparación de los instrumentos idóneos para garantizar y conservar el objetivo económico, político y social que persiguen las nuevas normas del Derecho estrictamente agrario".

Creo que no podían haberse dicho mejores palabras como introducción a un Congreso de Derecho agrario. Ya en aquel magnífico trabajo sobre la propiedad y la disciplina de la producción ("Atti", del primer Congreso Nacional de Derecho agrario italiano. Firenze, 1936), habíamos visto a Finzi obsesionado por esa preocupación; decidido al progreso, pero firme en su voluntad de no abdicar como civilista. Y éste debe ser ciertamente el ejemplo a seguir.

IV. Es hora ya de entrar en el comentario de las aportaciones realizadas al Congreso. Las considero a todas de un interés extraordinario, por lo que se irán analizando una por una. En merecido puesto de honor figura la ponencia del profesor Bolla sobre "El problema jurídico de la tierra", que tiene valor introductorio y, al mismo tiempo, de resumen de los principales trabajos presentados al Congreso. Comienza el ilustre agrarista por destacar la importancia de la Academia de Georgofili, cuyo segundo centenario fué la ocasión del Congreso, el cual al mismo tiempo se reunió como consecuencia de la invitación formulada a los Gobiernos por la V Asamblea de las Naciones Unidas, a fin de que estudiaran los fenómenos patológicos de la distribución de la tierra. Los técnicos del Consejo Económico-social y de la F. A. O. han especificado los elementos característicos de la crisis agraria:

Desequilibrio distributivo en la propiedad.

Insuficientes dimensiones de las haciendas agrarias.

Contratos agrarios inidóneos a hacer al trabajo agrícola participe de la producción y a interesar a los campesinos en el progreso técnico.

Insuficiencia de la publicidad inmobiliaria, con efectos incluso sobre la colonización y la difusión del crédito agrario.

Endeudamiento excesivo de los patrimonios territoriales y exceso de presión tributaria en relación con la producción.

Esta crisis se evidencia en el desequilibrio entre el sistema de los Códigos vigentes en la mayor parte de los países y la realidad social. Para superarla es preciso ante todo conocer esta última, ahondar en la esencia de la propiedad rústica: Aquí insiste Bolla en su más querida y más famosa tesis: la especialidad del *fundus*, que no es sólo un pedazo de tierra, sino más bien una *unidad vital*, algo complejo y orgánico. Esto se prueba con la Historia y el Derecho comparado, superadas ya las Codificaciones del XIX por una abundante legislación de reforma. Cita el autor como ejemplos la Agriculture Act inglesa de 1947, la ley agraria de la República Federal alemana. El fundo concebido como "institución-cosa" es, para el profesor Bolla, la piedra básica del Derecho agrario ideal. "La propiedad de la tierra, entendida como institución-cosa, satisface a la doctrina de los intereses, porque los compone en relación con el fin, o sea con las exigencias humanas y sociales. Señala un progreso en el ámbito político. En relación con el reparto de la tierra realiza un equilibrio distributivo (en sentido evolutivo) que elimina las formas patológicas comentadas por el informe de las Naciones Unidas; coloca en la base del ordenamiento jurídico un

principio de responsabilidad que incumbe al individuo en cuanto persigue fines individuales y sociales.”

Con todo el respeto y afecto que me merece el profesor Bolla, debo hacer algunas observaciones sobre esta idea suya de la institución-cosa. Creo que, por una parte, es demasiado *materialista* explicar toda la especialidad del Derecho agrario por la especialidad del fundo, por esa institución-cosa; lo que ocurre es que el pensamiento de Bolla es paradójico, y después de apoyarse en esa *cosa*, la eleva de rango hasta hacer de ella, mediante la envoltura institucional, una unidad orgánica, algo vital, que permite la combinación del aspecto ético con el utilitario. El cree que no se debe implicar en esta cuestión del *fundo* el elemento del *trabajo*, que hay que reservar al Derecho social ese aspecto y por eso vale más hablar de fundo que de *empresa*. En mi modesta opinión está demasiado influido el profesor de Florencia por la concepción romana (tan bien estudiada por él en su básico trabajo *Le fundo nei suoi aspetti giuridici*, Primer Congreso Nacional de Derecho agrario cit), que llegó como máximo a vitalizar el fundo en su aspecto material, completándolo con el *instrumentum*, pero sin percibir nunca la unidad de destino que las cosas y las personas que viven de ellas alcanzan en la empresa.

Por otra parte, hablar de institución-cosa me parece tan vago o más que hablar de institución. Es mucho más concreto y realista hablar de empresa en el sentido de un organismo productivo, cuya unidad y cuya vida debe el Derecho agrario proteger, mientras que esta preocupación faltaba en el sistema de la Codificación. La teoría institucional con sus reconocidas vaguedades no nos es necesaria como no sea para subrayar la importancia supraindividual que tienen esos organismos sociales. El jurista no tiene por qué atenerse a conceptos filosóficos. El jurista *debe* emplear conceptos *sociales*. A mí me basta con observar en la realidad estos cuerpos u organismos productivos y de ahí tengo que partir. Me parece práctico que el Derecho los conserve y los perfeccione. A esto le llamo concepción *realista* de la empresa y del Derecho de la empresa. Esta concepción abarca todos los aspectos de la unidad productiva no sólo las cosas, sino las personas. Que con ello caigamos en el campo del Derecho del trabajo no lo creo. En primer lugar, observaré que la protección del trabajo en la empresa se realiza no sólo a base de las normas que solemos considerar como propias del Derecho del trabajo, sino también a través de otras del más puro Derecho privado, como las de arrendamientos y aparcería. Incluso el derecho de sucesiones, al regular la transmisión hereditaria de las explotaciones agrícolas puede atender a la protección del trabajo (derecho preferente del hijo cultivador habitual). Todo esto prueba la unidad del Derecho de la empresa, lo mismo sus normas de Derecho privado que de Derecho público persiguen los mismos objetivos.

He aquí, pues, en mi opinión cuáles son las limitaciones de la tesis central del profesor Bolla, el cual, sin embargo, se muestra flexible al reconocer que “la unidad orgánica y funcional del fundo ordenado en hacienda, llevado en empresa, se sitúa en el centro del ordenamiento agrario” (pág. 21).

Después de la ponencia introductiva del profesor Bolla, a la que había que dedicar—dada su importancia—especial atención, el primer volumen prosigue con los trabajos referidos al “Derecho agrario en general y a las Reformas fundiarias y agrarias”.

Nos encontramos, en primer término, con una interesante ponencia del profesor G. H. Aksenenok, director del Instituto Jurídico de la Academia de Ciencias de la U. R. S. S. Se parte de la situación anterior a la Revolución de octubre para hablar después de la nacionalización del suelo y tratar de construir una especie de teoría científica del derecho subjetivo al goce de la tierra como sustitutivo del antiguo derecho de propiedad, derecho aquel fuertemente condicionado por el destino económico de la cosa. Lo curioso es que se trata al mismo tiempo de un derecho político, atribuido preferentemente a los Kolkos y Sovkos, de un derecho, pudiéramos decir, a trabajar y disfrutar la tierra, no sólo en el cuadro de esas haciendas colectivas, sino que la Constitución reconoce al ciudadano un derecho exclusivo sobre la casa-habitación y la hacienda doméstica.

En definitiva, en el caso ruso se trata de una forma peculiar de desdoblamiento de los dos polos de la propiedad. Con toda franqueza se ha declarado que el dominio directo es del pueblo (léase *Estado y Gobierno*), y éste cede el dominio útil con una regulación especial de tipo administrativo. Si atendemos a las otras ponencias soviéticas, especialmente la de Paulox sobre el Kolkos y la de Orlovi sobre la familia campesina en la U. R. S. S., se ve que la gran novedad del Derecho agrario ruso no está en la nacionalización del suelo, que al fin y al cabo tiene precedentes históricos muy abundantes y paralelos como el de Méjico, sino en la forma colectiva de la explotación de la tierra. Claro que la concesión de tierra al Kolkos puede recordar las que se hacían en la Edad Media a los Monasterios; claro que se podrían citar conocidos ejemplos de colectivismo agrario, pero en todo caso debe estimarse como un sistema original este de las grandes haciendas colectivas complementadas con las Estaciones de maquinaria y tractores. Se trata, en suma, de gigantescas cooperativas con estatutos semejantes al de las nuestras: Asamblea general, Junta rectora, Presidente y Junta o Consejo de vigilancia. Se reproduce la estructura general de todas las personas jurídicas: la trilogía de órganos de deliberación, ejecución y control.

Aun siéndonos conocido el fracaso de la política agraria soviética, no podemos desdeñar su experiencia. Se ha tratado de afrontar con ella el problema de la mecanización a bajo coste, problema éste que se plantea en todos los países. Por algo la nueva Reforma agraria italiana ha establecido la existencia de Centros de maquinaria de carácter cooperativo en las zonas de colonización. En España, por ejemplo, la solución del problema del uso en común de máquinas es algo urgente que debe preocupar lo mismo al jurista que al político. El coste elevadísimo de una perfecta maquinaria agrícola exige el empleo de fórmulas asociativas para hacerlo llegar a la pequeña y mediana explotación. Sólo que el remedio no está en agigantar éstas (solución rusa), sino en crear Centros de ese tipo o fomentar las sociedades privadas que permitan combinar las ventajas de la técnica con la dimensión "humana" de las empresas (solución que podría oponerse a la anterior).

La ponencia rusa primeramente citada va seguida por la del norteamericano J. H. Beuscher, que se titula *Laws relating to agriculture in the United States*, y se presenta también llena de curiosas enseñanzas, intercambiables desde luego con lo que el Derecho continental puede ofrecer a ese enrevesado y complejísimo

sistema anglosajón, laberíntico y desconcertante por su variedad, no menos que por el valor del precedente. Llama la atención en la Agricultura de los Estados Unidos el altísimo grado de mecanización, (sólo el 10 por 100 de la población se dedica a la agricultura y alimenta, pues, a toda la nación) y la abundancia de propietarios-empresarios, verdadera prueba de una estructura agraria sana y vigorosa. La Ponencia de Beuscher ofrece aspectos interesantes al hipotecarista y civilista cuando trata del modo de transmitir el dominio y de garantizar el precio aplazado; esto último con dos métodos que equivalen a nuestras condiciones resolutoria e hipoteca.

Pero lo que más me interesa de ella es el relato de una investigación de psicología realizada por la Law School de la Universidad de Wisconsin para averiguar el sistema sucesorio más aconsejable, de acuerdo con las aspiraciones de los agricultores—a fin de realizar el principio de conservación de la empresa en la familia (*keeping the farm in the family*). Es muy corriente que nosotros sonriamos ante ese tipo de trabajos, considerándolos cosa de niños por no decir de locos. Y, sin embargo, yo creo que nos sobran muchas cosas y nos falta sociología rural, psicología social y demás ciencias nuevas que tratan en suma de conocer a fondo la realidad en que viven los problemas. Si nuestra Agricultura fuera la más avanzada del mundo, cabría sonreír, pero ¿de qué nos puede servir un sistema de normas que nos parezca perfecto, si con él no se resuelven, como es obvio, los problemas fundamentales del sector económico de que se trate? La ciencia española del Derecho agrario, y no digamos la de la economía, deberá empezar por un estudio concienzudo de la realidad, uno de cuyos aspectos más interesantes es el de la psicología de los agricultores.

La Ponencia del profesor De Castro lleva el modesto título de “Notas para el estudio del Derecho agrario en España”. En alabanza suya debo decir que ha sido calificada ya como “una de las más sugestivas entre todas las presentadas” (Záccaro, loc. cit. pág. 101). En otra ocasión he dicho que gracias a ese trabajo se ha visto satisfecho nuestro deseo de contar con la opinión de don Federico de Castro sobre los principales problemas del Derecho agrario, su especialidad, su fundamento, sus principios y orientaciones generales (Revista de Estudios Agrosociales”, núm. 6.179. Allí hice una reseña del Congreso de Derecho agrario, que considero complementaria de la presente).

Es interesantísimo el estudio que hace el autor de la *novedad* del Derecho agrario, las causas de su oscurecimiento en la época codificadora y de su renacer actual. Transcribiría muchos párrafos de esa parte, y, en general, de toda la Ponencia, que deben considerarse como definitivos, verdades que han de constituir la base de partida para una elaboración de la ciencia y la legislación agraria española, pero el trabajo de De Castro ha sido publicado en este mismo Anuario y estimo por ello preferible recomendar que se lea por entero. No le pesará a quien lo haga. Aparte de su solidez científica, está escrito con una especial brillantez y agilidad. Por estas razones me limitaré a formular—con todo el afecto y admiración que siento por mi Maestro—algunas observaciones sobre la tesis central del profesor De Castro, el cual critica la concepción del Derecho agrario como Derecho que regula las empresas agrarias y ve la especialidad de aquél en la relación jurídico agraria. Estudia el autor comentado los sujetos y el objeto de esa relación, para concluir que el Derecho agrario es “la regula-

ción de todo lo concerniente a los predios, en cuanto destinados a la explotación agraria". Esta definición es evidentemente verdadera, ya que toda norma jurídico-agraria se refiere directa o indirectamente a una finca cultivada (ocurre así, incluso en el caso de la explotación ganadera). Corresponde este concepto al clásico en la materia (por ej., De Semo lo define "como la rama jurídica de carácter prevalentemente privado, que contiene las normas reguladoras de las relaciones jurídicas concernientes a la agricultura". Cfr. una lista de definiciones en la obra de Cerrillo-Mendieta, ("Derecho agrario", pág. 10). Pero estimo que esa definición, a fuer de verdadera, no sirve para caracterizar lo definido, no nos da su esencia. Podríamos definir, por el mismo sistema, otras muchas ramas del Derecho. Así por ej. el Derecho ferroviario sería la regulación de las vías férreas o de las relaciones jurídicas relativas al Ferrocarril y hasta se podrían extraer—¿por qué no?—unos cuantos principios generales aplicables. El criterio de la materia no nos sirve, por su infinita variedad. La cuestión estriba en analizar por qué ha habido un Congreso Internacional de Derecho *agrario* y no se conoce por ahora el caso de otro análogo dedicado al Derecho automovilístico o ferroviario, pongo por caso. La respuesta creo que nos la da el hecho de que la agricultura es una verdadera rama o sector de la economía. Cuando el abstractismo del Derecho patrimonial quiebra se produce la especialización, pero entonces no es que cada clase de objeto o cosa dé lugar a un *ius specialis*, sino que ésto lo logran tan sólo aquellos bienes sobre los que puede asentarse una unidad productiva completa compuesta de cosas y personas. Sólo allí donde el Derecho individualista había olvidado la existencia de instituciones o empresas con valor objetivo, es donde se siente la necesidad de rectificar. Es, pues, una base económica, o si se quiere sociológica, la que determina la especialización.

Si se pudiera hablar de empresa automovilística, como algo sustancialmente distinto de las demás empresas industriales o mercantiles, seguramente habría un Derecho automovilístico que hubiera provocado ya, a buen seguro, el obligado Congreso.

Por esas razones, incluyo yo en la definición de Derecho agrario la referencia a la empresa agraria (que lleva implícita la referencia a su elemento básico: el predio) y, en mi opinión, el Derecho agrario es el que regula la organización, conservación y perfeccionamiento técnico y humano de las empresas agrarias. Señalo estos objetivos para que se vea mejor, cómo faltaban semejantes inquietudes en el viejo Derecho civil que se pasaba perfectamente sin la empresa, aunque bien sabemos a costa de qué clase de injusticias. Para un Derecho patrimonial que dice "cada uno haga lo que pueda", ¿qué necesidad hay de hablar de las empresas de tal o cual tipo? Un Derecho como el que ahora aspiramos a tener, que sueña con unos índices elevados de producción y con un equitativo reparto de la tierra y de los beneficios derivados de su cultivo, no tiene más remedio que mirar a la célula en que se desarrolla el proceso de producción y también el de distribución de beneficios. Y esa célula no es el predio, que al fin y al cabo es capital muerto, mero instrumento de producción, sino la empresa.

Lo que más miedo le da a D. Federico de Castro es que la empresa sea como el caballo de Troya, de donde salgan los mercantilistas invasores que nos arrebatan el campo, implantando su estilo capitalista y calculador, donde otro tiem-

po imperó el *pater familias* catoniano. Yo tuve buen cuidado, en mi modesta ponencia, de curarme en salud de todo mercantilismo, destacando las diferencias que se dan entre empresa agraria y empresa mercantil, no sólo por la finalidad, sino lo que es más importante, por su estructura. Distinguidos adecuadamente ambos tipos de empresa, como es fácil hacerlo y lo hacen ya nuestras leyes (ver ad ex. Ley de explotaciones agrarias ejemplares), resulta que la noción de empresa sirve, precisamente, para delimitar con más nitidez Derecho agrario y Derecho mercantil, poniendo un muro divisorio entre los dos.

Ahora bien, ¿qué duda cabe de que el concepto de empresa es general! Como que cabe hablar también de empresa liberal, empresa de navegación, aeronáutica, etc. Si los mercantilistas han sido los primeros en tomarla con la empresa, es porque, como dice Mossa, la empresa mercantil es "la forma más refinada de organización económica".

También le preocupa a De Castro que, al socaire de este entusiasmo por la empresa, se establezcan beneficios en favor de grandes explotaciones de tipo capitalista, dando preferencia a los criterios económicos (máximo de producción y coste mínimo) sobre los sociales (condición del cultivador) (Cfr. p. 87 de su Ponencia). Verdaderamente hay base para sospechar, ya que esas explotaciones se exceptúan de la expropiación por causa de interés social (no de las de más), pero cabe precisar:

Primero.—Una reforma agraria tan radical como la mejicana respeta las haciendas modelo y también el nuevo Derecho italiano de reforma. (v. mi Ponencia.)

Segundo.—No se ha precisado por la ley el tamaño o dimensiones de las explotaciones ejemplares. Lo mismo la grande que la mediana o pequeña pueden aspirar al título (aunque, de hecho, éste interesará más bien a las grandes).

Tercero.—La ley atiende también a la condición social del cultivador en la explotación agraria ejemplar: sus viviendas deben reunir condiciones muy elevadas de salubridad, y, además, es obligatoria la participación en los beneficios. Se combinan, pues, el factor o criterio económico con el social.

Cuarto.—Es perfectamente posible que el Derecho de la empresa sea "capitalista". La empresa se puede regular con una u otra orientación política, como puede hacerse con la familia (que admite por ejemplo una regulación "racista", contraria al Derecho natural), pero ello no quiere decir que el Derecho de la empresa sea *necesariamente* "capitalista". Por el contrario, basta leer cualquier libro de Derecho social para percibir el gran valor que históricamente ha tenido el concepto de empresa en la rectificación o superación del liberalismo jurídico. Es posible que haya un Derecho de la empresa "capitalista". Lo que sí es seguro es que no puede concebirse un Derecho *social* que prescinda de la realidad institucional de la empresa.

El Primer Congreso de Derecho agrario ha servido para evidenciar este cambio de orientación. Ya lo venimos viendo. Bastará por ahora que citemos, a propósito de estas discusiones sobre el valor del concepto de empresa, las siguientes palabras de Messineo que pertenecen a un breve resumen hecho por él de las aportaciones de ideas más interesantes realizadas con ocasión del Congre-

so: "el elemento *empresa* va asumiendo, en las relaciones jurídicas relativas a la agricultura, un peso que sea el legislador de 1942, sea los primeros estudiosos que comentaron los artículos 2.135 y 25 del Código civil no podían prever.

Intento subrayar... el hecho de que por ciertas tendencias se trata de hacer de la empresa una especie de institución (en el sentido dado a esta expresión por Santi Romano) una institución, con caracteres de estabilidad, libre del influjo de las voluntades particulares, en la que el elemento funcional (perdurar de la empresa) debería prevalecer sobre los derechos del propietario (o del concedente).

Muy interesante es la Ponencia de Fitzgerald sobre "Fame post-war developments in agricultural law in the United Kingdom". Es hora de llamar la atención en España sobre el Derecho agrario inglés que, tras la última guerra, está en efervescencia con miras, sobre todo, a provocar el aumento de producción. Se caracteriza, en general, por las amplísimas facultades de la Administración en orden a inspeccionar la marcha de las explotaciones, pudiendo llegar a expropiar las mal llevadas. También es interesante el gran papel de los Comités agrarios de Condado, Tribunales agrarios y de la jurisdicción arbitral, ésta última en materia de arrendamientos.

De un gran valor es el estudio realizado por el profesor Frassoldati a propósito de la autonomía del Derecho agrario, señalando sus principios generales de más interés; el de cultivar bien, dimensión mínima de la empresa agraria, inescindibilidad de los resultados conjuntos del año agrícola. Principio de colaboración en los contratos agrarios. Principio de colaboración entre los fundos.

La ponencia sobre el Derecho agrario finlandés debida a Oky Osti Haataja nos ofrece la evolución del arrendamiento que desemboca en el acceso del cultivador a la propiedad, con la ayuda financiera del Estado

De entre las aportaciones realizadas por los congresistas alemanes debe resaltarse la de Justus Wilhen Hedemann con el título "Situación general del Derecho agrario en la República federal alemana". Es muy sugestivo el planteamiento de la cuestión que hace el autor a base de 4 aspectos fundamentales: el Estado, el hombre, el suelo y el dinero. El primer aspecto comprende el estudio de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y jurisdiccional. Como en Inglaterra, y también en otros muchos países, se puede hablar en Alemania de una jurisdicción agraria de carácter general, fenómeno éste de gran interés que subraya la fuerte sustantividad de esta rama jurídica.

Plantea en este lugar Hedemann una cuestión inquietante: hasta qué punto sea posible contemplar la agricultura como una corporación independiente, como un *estado*.

En la parte dedicada al *hombre*, expone los progresos del feminismo, la situación de la familia rural alemana, se alude a las relaciones de vecindad, a los colonizadores y refugiados que se instalan sobre nuevas tierras...

El *suelo* lleva consigo, como cuestiones básicas, la de la concentración parcelaria y la de la distribución más equitativa de la propiedad.

El *dinero* se interfiere como problema en la circulación de las fincas que sufre restricciones para evitar la especulación y en materia de crédito agrario, endeudamiento, control de precios.

Es así como el profesor Hedemam ha trazado un cuadro completísimo del mundo rural alemán que se ofrece a nuestra vista lleno de interés.

Son muy concienzudas las dos aportaciones realizadas al Congreso por el profesor y hombre de gobierno danés, Svend Kinchs, una sobre "The main features of the danisch land law" y otra sobre "The danischs Forestry law". La primera nos da una visión general del Derecho agrario danés que hace crisis en 1919, iniciándose un gran movimiento de acceso a la propiedad. A partir de ese momento, dos finalidades importantes han estado siempre presentes en el ánimo del legislador: evitar el acaparamiento de tierras y luchar contra la subdivisión. Se protege intensamente la propiedad familiar y se han realizado grandes avances en materia de concentración parcelaria.

El profesor Augusto Levi, que hasta 1936 fué abogado en Florencia y ahora profesor de Derecho mercantil y Rector de la Facultad de Derecho de Tel Aviv es el autor de un amplio estudio sobre "La Evolución y estado actual de la agricultura del nuevo Estado de Israel" que lleva como lema las palabras del Levítico "...y la tierra no será vendida a perpetuidad, porque me pertenece". Curioso caso este de la legislación mosaica de desdoblamiento del dominio que hemos de ver repetido en los pueblos precolombinos; el dominio directo se atribuye a Dios; los hombres tienen sólo el útil. Más tarde, en el lugar de Dios se sitúa la fuerza o entidad social detentadora de la soberanía política, y hoy día, el Estado.

Levi expone la doctrina bíblica de la recuperación de los fundos en el Jubileo, el régimen árabe de la tierra, las instituciones históricas del Derecho otomano—que aparecen también estudiadas en las ponencias presentadas por los congresistas turcos—y las modificaciones legislativas introducidas durante el mandato inglés. Pero ya se sabe que lo más interesante de todo es la situación actual, por representar el Derecho agrario israelita un intento ambicioso de originalidad, sobre la base—indudablemente excepcional—de que todas las tierras cultivables fueron primeramente adquiridas por el Fondo Nacional Hebraico que después las ha hecho objeto de concesión, otorgada con preferencia a favor de las Cooperativas *Kibbutz*, de economía interna comunista de pioneros de la redención de la tierra.

.. *Moshav, ovidim*, cooperativas que a su vez fraccionan el terreno entre grupos familiares separados, sujetos a una disciplina colectiva y que gozan de una ayuda recíproca.

Moshav, shiftufi, cooperativa que ejercita, de modo colectivo, el disfrute del suelo y reparte ganancias entre los socios proporcionalmente al trabajo prestado, dejando a salvo las asignaciones por concepto de seguros sociales mutuos.

Esto demuestra, no menos que los citados ejemplos rusos, el gran interés que presenta hoy día el estudio de las cooperativas, y de todas esas formas de asociación, como las sociedades de cultivo (a las que acaba de dedicar una buena tesis doctoral en Francia Mr. Dudreuil), los grupos de colonización, las asociaciones para realizar mejoras, las estaciones de maquinaria común, etcétera, etc. Es este uno de los aspectos del Derecho agrario menos estudiados en España y, sin embargo, ya he dicho antes que lo considero vital para el progreso de la agricultura. No cabe duda que las cooperativas israelitas responden a la necesidad de absorber, a bajo coste, el fenómeno moderno de la mecanización.

S. S. Nehru nos ofrece un estudio lleno de curiosos datos sobre "Le développement du droit agraire aux Indes". El dueño de las tierras según los Vedas no era Dios, ni el rey, ni el Estado, sino el cultivador. El trabajo fundaba la propiedad. La situación cambia notablemente bajo la dominación británica: adquiere un gran relieve el *zamindar*, como arrendatario de los impuestos, prácticamente intermediario en el disfrute de la tierra, que sirvió para la explotación al máximo de indígenas por los ingleses, explotación que está duramente subrayada por el autor. La reforma fundamental, después de la Independencia, ha sido realizada por una Ley de 1950 que ha abolido el *zamindar* y ha establecido una serie de Comités locales agrarios con funciones judiciales, ejecutivas y legislativas. Cosa curiosa, en esa Ley se regulan las granjas colectivas que, según S. S. Nehru son más bien Kibutz israelitas que Kolhos soviéticos.

La Ponencia de Kevin R. O'Shiel y Timothy O'brien sobre "The land problem in Ireland and its settlement" nos muestra el gigantesco proceso de liquidación del "landlordism" con el consiguiente acceso a la propiedad del 98 por 100 de los arrendatarios irlandeses, mediante un sistema muy interesante de financiación. Buen ejemplo para el legislador español actual, preocupado por ese mismo problema.

Los holandeses Polak y Samkalden estudian la evolución del Derecho agrario en su país, dirigida a rectificar el sistema del Code Napoléon. Los aspectos más salientes de esta reforma se dan en arrendamientos (prórrogas, retractos, tasas de rentas) en la concentración parcelaria, en la venta de tierras (para evitar la especulación). Cuando estudiemos el Derecho suizo, podremos confirmar que los países de poca extensión cultivable, con abundancia de población, se ven forzados a luchar con el desequilibrio entre la demanda y la oferta de tierras y con el endeudamiento excesivo, o sea, contra la especulación sobre la tierra (Alemania, Holanda, Suiza, Austria).

La Ponencia de Bruno Rossi, con el título "Nuove prospettive e recenti orientamenti nello studio del Diritto agrario", es uno de los mayores alegatos que se formularon en el Congreso sobre el valor del concepto de empresa. Según este joven agrarista, recientemente fallecido, es preciso una reelaboración del Derecho agrario para centrarlo en la empresa. "Los derechos poseídos por los agricultores son títulos para la gestión de la empresa; la disciplina de la producción, no ya ilustrada con áridas listas de normas, sino colocada en torno a la nueva institución, aparece como un valioso instrumento legislativo dirigido a corregir, modificar o potenciar, la estructura de las diversas unidades empresariales...

La aparcería agrícola y ganadera aparecen como contratos para la constitución y gestión—en forma asociativa—de empresas agrarias.

Incluso el arrendamiento rústico sufre un amplio proceso de renovación. (pág. 483.)

Efectivamente, el valor del concepto de empresa para una sistemática de Derecho agrario, es fundamental. Debería empezarse su estudio por el de la empresa desde el punto de vista económico y sociológico, a fin de contar con lo que pudiéramos llamar infraestructura del aspecto jurídico. El estudio jurídico de la empresa debería comenzar por sus elementos personales: el empresario y sus colaboradores para analizar después los elementos reales (fundo,

pertenencias, etc.). Se pasaría seguidamente a exponer el primer momento vital de la empresa: su organización o creación; por el propietario, arrendatario, etc. y por los Entes estatales, como en España el Instituto de Colonización. Después procedería tratar de la conversación de la empresa en el tiempo: en el fenómeno sucesorio, arrendaticio, etc. Finalmente, el perfeccionamiento técnico de la empresa—unidades mínimas de cultivo, concentración parcelaria, fincas manifiestamente mejorables, explotaciones agrarias ejemplares—y el que hemos llamado “humano” o “social”—acceso a la propiedad, participación en beneficios, seguridad social—. Estos dos grandes apartados constituirían la anatomía y la fisiología de la empresa, es decir, que abarcarían todos los aspectos imaginables de ésta.

La Ponencia del profesor René Savatier, como la de todos sus colegas franceses, nos sorprende por la modernidad y valentía de su pensamiento. Se trata de un informe completo sobre la evolución de la interesantísima legislación francesa dictada en la materia. He comentado, en otras ocasiones, diversos trabajos de este brillante escritor y orador que es el profesor Savatier, y siempre me ha llamado la atención su extraordinario don de sugestión. Más que por lo que dice, interesa tal vez su prosa, por lo que nos hace pensar. Frases maravillosas, denominaciones felices, enfoques del todo originales, nos convencen de que un nuevo sistema de ideas y principios ha venido a instaurarse en el viejo campo del Derecho privado. Savatier es quizá tan brillante como Ripert, pero menos pesimista que éste, cuyo *Declin du Droit* es demasiado desilusionante. Los aspectos más salientes del Derecho agrario griego han sido expuestos en el Congreso por Aristotile Sideris (“II Diritto agrario e ilnuovo Codice civile greco”) y por Chryssos Evelpidis (“La reforme agraire en Grèce”). Lamenta el primero la falta de una legislación agraria de carácter sistemático y expone, después, las partes del Código que interesan a la Agricultura. El nuevo Código admite la costumbre como fuente del Derecho, subrayando el autor la importancia que tendría un acabado estudio de las costumbres agrarias. La propiedad se regula como Derecho subjetivo, no como función social, lo que no impide reconocerle numerosas limitaciones. Se comenta la falta absoluta de regulación de la enfiteusis y de la superficie. El profesor Sideris se muestra partidario de configurar el derecho del arrendatario como un verdadero derecho real. Muy interesante la norma de Derecho sucesorio que permite a un heredero pedir la atribución integral de una explotación agrícola expuesta al peligro de división entre varios sucesores.

El profesor Evelpidí, que ha sido ministro de Agricultura de su país, estudia la reforma agraria griega en la que observamos curiosas coincidencias con la nuestra, una prueba más de los paralelismos que se dan en el Derecho agrario comparado. Por ejemplo, se prevé la reserva de tierras a favor de los propietarios expropiados, y el aumento de estas reservas cuando se trate de cultivadores directos. Parece que la reforma lleva implícita la obra desamortizadora, pues se declaran expropiables las tierras del Estado, de los Municipios, de las asociaciones religiosas y de todas las personas morales de derecho público en general. ¡Lástima que la desamortización española no se hiciera combinada con un principio de reforma agraria o de colonización!

Resulta curioso señalar que las adjudicaciones de tierras se hacen a coope-

rativas de campesinos, las cuales las reparten entre sus miembros y administran las extensiones de utilidad común.

El Derecho agrario turco ha merecido también dos estudios básicos: uno de Kemaleddin Boirsen, profesor de Derecho civil en Estambul, sobre la "Reforma agraria realizada en Turquía por la nueva legislación", destacando la desamortización de tierras realizadas por la República turca a partir de 1923, habiéndose incrementado este movimiento en 1955. He aquí una de las constantes que apreciamos en el Derecho agrario moderno; se lanza a las manos de los particulares la tierra amortizada para que puedan crearse las empresas agrarias correspondientes.

La ponencia de Mendieta reviste gran interés para nosotros, por las afinidades de nuestro Derecho con el mejicano. No salimos muy bien parados los españoles en el juicio crítico que hace el autor sobre la época de la conquista (véase en otro sentido, Angel Caso: "Derecho agrario"). Muy importante es el estudio de Mendieta sobre las causas del latifundismo, la desamortización y la reciente y—todavía en marcha—reforma agraria—, Méjico es tal vez el ejemplo de un país que ha alcanzado estabilidad social y política sobre la base de una más justa distribución de la tierra. Es muy posible que sea cierta la tesis de Mendieta, para quien la historia mejicana no es más que la historia de los regímenes y de las crisis agrarias del país.

El Derecho agrario austríaco se estudia por Fritz Schwind que alude al problema del excesivo endeudamiento (tema éste característico de los países centro-europeos) y señala las nuevas orientaciones que se imponen desde 1918: proceso de redención de censos, unidades mínimas de cultivo, fomento de la explotación de tipo familiar.

Muy importante es el estudio presentado por el ilustre jurista y político sardo Antonio Segni, Ministro de Agricultura al promoverse la famosa Ley Stralcio de reforma agraria y actual Presidente del Consejo. Empieza el autor por lamentar el retraso con que Italia se ha incorporado al movimiento europeo de redistribución de la propiedad (tal vez se debiera ello al sentido conservador que tuvo la política agraria del Fascismo). La característica de la Ley Stralcio es la de combinar la distribución de la propiedad con su previa transformación, particularidad que, en otro trabajo, hemos reivindicado como propia de la Ley española de 1949 sobre transformación y distribución de la Propiedad en las Grandes Zonas Regables, anterior a la Ley italiana y, sin duda alguna, inspiradora de aquélla. No me cansaré de proclamar con orgullo que es en este sector del Derecho agrario donde les llevamos la delantera, por fin, a los italianos y a muchos otros pueblos.

Tiene interés señalar, cómo hace Segni, que la expropiación de la Ley Stralcio no implica sanción al incumplimiento de una función social, sino más bien una *limitación* de la propiedad; a pesar de todo, este Derecho sigue siendo un verdadero derecho subjetivo en cuanto el goce que proporciona es *exclusivo* aunque *limitado*. No se puede expresar mejor el estado actual de la mejor doctrina y de las legislaciones más perfectas a propósito de la propiedad. No obstante aumentar cada día sus limitaciones, aunque las constituciones proclamen que la propiedad debe cumplir una función social, no por ello salimos del te-

rreno de los derechos subjetivos, ni el propietario pasa a la prosaica condición de funcionario. Sigue siendo libre dentro de su finca.

En este mismo apartado de la obra sobre reformas agrarias, encontramos la sugestiva ponencia del japonés Sakae Wagatsuma que estudia la realizada en su país por impulso del general Mac Arthur como una de las piezas fundamentales de su política de democratización. Puede decirse que esa reforma—cuyo volumen es impresionante—ha liquidado la estructura feudal de la sociedad rural japonesa mediante un gigantesco acceso a la propiedad, que tiene aspectos muy interesantes, incluso para el derecho occidental. Igual que en el caso de Grecia han recibido un trato particularmente duro para los propietarios—*absentistas*—curiosamente definidos en la Ley de reforma.

V. El segundo volumen contiene los trabajos referidos a problemas concretos del Derecho agrario: “propiedad y gestión agraria”, “contratos y trabajos agrícola”, “crédito agrario” y una parte final que recoge las “comunicaciones e intervenciones”. Por último, los índices.

Se inicia con un estudio de Guido Astuti sobre “Riordinamento degli usi civici in Italia”. Sabido es que ésta es cuestión de gran interés y de notable volumen en ese país, aunque también en el nuestro podría ocupar a los estudiosos de Derecho administrativo y de Derecho privado el problema de los bienes comunales y de la suerte que han corrido después de la desamortización.

Etienne Balazs, profesor en el Instituto de Estudios Superiores Chinos de la Sorbonne, nos presenta un cuadro muy completo de la evolución histórica sufrida por el régimen agrario chino. Como en el caso de Méjico, la histórica China es la historia de su Agricultura. Llaman la atención el sistema agrario Tsing-t'ien, que recuerda el romano de la Centuriatio; en ambos casos se trata de una ordenación racional de los campos, que es, sin duda, el antecedente de nuestros modernos proyectos de concentración parcelaria. En el ejemplo chino, alrededor del campo central del señor, trabajado en común, se formaban ocho campos cuadrados de cinco hectáreas cada uno, concedidos a familias de campesinos.

En realidad, la historia china, tal como nos la muestra el profesor Balazs, es una evolución completa, agotadora de todos los problemas del Derecho agrario: las estructuras feudales, su desmoronamiento, la cuestión del acaparamiento de tierras, el sistema de las “villas” análogo al germánico de las “curtis” o unidades completas de producción, la acumulación de propiedades por los monasterios budistas y necesidad de una desamortización, las colonias de soldados-labradores en las fronteras, igual que las hubo en el Imperio Romano, la gran división alcanzada modernamente por la propiedad, característica de todos los viejos países, los nuevos intentos de Mao Tse Tung de industrialización y mecanización. ¡Cuántos paralelismos más se podrían encontrar con los problemas de la tierra en Occidente!

De un elevado valor técnico-jurídico es la ponencia de Barbero sobre “Fondo di azienda nell'impresa agricola”. Analiza el concepto de actividad económica y las relaciones entre empresa y hacienda. Aquella es una organización de trabajo; ésta lo es de los bienes, pero—en contra de Bigiavi—afirma que la empresa exige una organización de bienes, presupone una hacienda. Insiste en su teoría de la “cosa compuesta funcional” para la naturaleza jurídica de la hacienda y

la estima aplicable a la agraria, rechazando la conocida tesis de Valery, para quien el terreno jurídico de la Agricultura no es la empresa, ni la hacienda, sino el fundo. Reconoce que el fundo es la parte más importante de la hacienda agraria, hasta el punto de que llega a oscurecer y eclipsar a ésta, pero eso no obliga a admitir la revolucionaria tesis de Valery. Considero la ponencia de Barbero como fundamental para el estudio, de ahora en adelante, de todos estos problemas.

También dedicada a la explotación agrícola es la ponencia de Fritz Baur que lleva este significativo título: "La explotación agrícola como unidad jurídica en Derecho alemán". Se estudia hasta qué grado ha sido sancionada esa unidad en la legislación que resta en vigor sobre el *Anerbenrecht*, en el régimen de la concentración parcelaria, colonización y reforma agraria y leyes que sancionan al propietario negligente.

La misma orientación sigue el magnífico estudio hecho por el profesor de Burdeos Michel de Juglart, bien que, naturalmente, referido al Derecho de su país. El profesor De Juglart, a quien no dudo en calificar como el más completo de todos los agraristas franceses, estudia cómo se preserva la unidad económica en el ámbito de los arrendamientos y aparcería, capitulaciones matrimoniales, partición hereditaria; aspecto éste último de especial interés, con vistas a una reforma, que me parece necesaria, de nuestro Derecho sucesorio.

El ilustre ingeniero agrónomo y doctor en Derecho Manuel María de Zulueta, aportó un trabajo, del mayor valor, sobre "La empresa agraria en el Derecho español", dando primero su concepto, examinando después el reconocimiento de aquélla en nuestras leyes constitucionales y en el Derecho agrario en general, aludiendo especialmente a la legislación colonizadora, ley de explotaciones agrarias ejemplares y de fincas manifiestamente mejorables, para citar, en fin, la certera definición de empresa que da el Reglamento de Elecciones Sindicales. Termina su trabajo con estas palabras, que no dudo en suscribir: "Veamos, pues, cómo en la legislación española se abre paso un concepto más social de la empresa y cómo el Derecho agrario español muestra numerosas leyes e instituciones que tienden a robustecer y estabilizar la empresa agraria, de acuerdo con aquel concepto institucionalista.

Konrad Fehr es el autor de una ponencia sobre "El desarrollo de la protección del suelo agrario en Derecho suizo" El moderno Derecho suizo de la Agricultura reviste un interés extraordinario. Se puede calificar como uno de los más progresivos y completos. Según he dicho anteriormente, un país como Suiza, en que escasea el suelo cultivable, ha tenido que tomar serias medidas contra la mercantilización de la tierra; límites al endeudamiento excesivo, prohibición de revender durante cierto plazo las fincas adquiridas. Muy interesante es el estudio de la indivisibilidad hereditaria de las explotaciones agrícolas, institución que según Fehr no tiene su origen en el Derecho germánico, sino en el Derecho feudal. Esta ponencia se complementa con la del profesor Wilhem Oswald, "Idées directrices et structure de la loi federale ur les mantien de la propriété fermière rural" (del 12 de junio de 1951). (El autor, Rector de la Universidad de Friburgo, participó activamente en la redacción de esta Ley).

Empieza por diagnosticar los males de la Agricultura suiza: especulación, exceso de deudas, fraccionamiento excesivo de la tierra. Parte de ellos han

sido sometidos a curación por esa Ley de Derecho civil que "trata de alcanzar objetivos de Derecho público". He aquí algunos de los medios arbitrados: derecho de prelación (gentilicio a favor de ciertos parientes), laboral (a favor de los trabajadores de la empresa), derecho de oposición a las ventas de tierra, reglamentación del corretaje de fincas, compensaciones a los agricultores que pierden tierra de cultivo por causa de obras públicas, a fin de que no se dañen sus explotaciones, estabilidad de los arrendamientos, algo así como una legislación especial para caso de cesación en los pagos (análoga a las normas de especial aplicación a los comerciantes). Esa ley ha sido completada con otra también de 1951 (bien que no haya entrado en vigor hasta 1954 y sólo en parte), que se llama Ley federal sobre mejora de la Agricultura y conservación de la población campesina. A continuación del trabajo de Fher, encontramos la aportación al Congreso de Giovanni Galloni, quien bajo el título "Proprieta e destinazione Fondiaria" destaca el papel relevante de la empresa que tiene su propia función social. El acto de destinación señala el paso de la propiedad a la empresa. Acaba afirmando Galloni que todas las normas de Derecho agrario presupone la empresa.

Tal vez, en relación con ese estudio, pueda ponerse el de la Sra. Rabaglietti "Proprieta terriera, impresa e azienda" en el que liga la función social, no a la propiedad, sino a la empresa.

De gran valor informativo es la exposición realizada por Germani (Presidente de la Comisión de Agricultura de la Cámara de Diputados) de los "Lineamenti dell'ordinamento della proprieta fondiaria nel Diritto positivo italiano". A partir de los importantes artículos 42 y 44 de la Constitución, se expone la legislación de Bonifica, la forestal y de reforma agraria, las interesantes disposiciones sobre acceso a la propiedad, límites a la división (unidad mínima de cultivo), máximo empleo en Agricultura, limitaciones al despido en materia de contratos agrarios, estímulos a los propietarios para la mejora de sus fincas.

A continuación, Giorgani traza las directrices "Per uno statuto della piccola proprieta contadina"; asegurar la inalienabilidad e inexpropiabilidad, régimen sucesorio especial, que se considere unitariamente al fundo y las pertenencias, que se establezcan garantías a fin de que no se interrumpa el cultivo directo. Dentro del Derecho español, puede decirse que tenemos manifestaciones diversas de todos esos tipos. Sólo hace falta regularlas de modo sistemático, introduciendo las necesarias correcciones.

El magistrado alemán Kobler, traza un cuadro muy completo de "El régimen de la circulación de los bienes fundiarios agrarios y forestales en la legislación alemana", lo que prueba una vez más el enorme valor que estos dos volúmenes comentados tienen desde el punto de vista hipotecario. La idea central del trabajo—que me parece muy digna de atención—es que la circulación de esa clase de bienes debe sufrir restricciones, no ya por motivos puramente circunstanciales, sino por imponerle así la misma naturaleza de las cosas. Efectivamente, las fincas rústicas, más bien que destinadas a la circulación, lo están a la permanencia del cultivo por la familia arraigada en ellas y en este sentido debe darse hoy por cancelada aquella aspiración de las legisladoras del XIX de promover la circulación de las fincas, como si fueran mercancías.

La breve aportación de Mr. Noilhan pone de relieve la preocupación por pre-

servar la unidad de la explotación agraria. Bajo el título "Le concept d'unité d'exploitation agricole et sa protection juridique" se contienen referencias a diversos aspectos del Derecho agrario francés. Es interesante la demanda que formula Mr. Noilhan de una legislación más flexible en materia de sociedades que fomente las empresas familiares de tipo colectivo, medio, el más importante tal vez, de proteger aquella unidad.

Dedicados a Derecho agrario sudamericano, tenemos tres trabajos de consideración recogidos en este segundo volumen; el de Palma Labastida nos informa con amplitud sobre "La evolución histórico-jurídica de la propiedad rural en Venezuela". Sin resentimiento alguno contra la dominación española, el autor señala sus aciertos y sus defectos y reconoce que nada cambió con la Independencia, sino las manos de los latifundistas, hasta el punto que el móvil de la rebelión fué, en muchos casos, la ambición de ganar o aumentar la propiedad de la tierra. De gran valor son los datos sobre la actual reforma agraria, iniciada en 1949 con la creación del Instituto Agrario Nacional y promulgación del Estatuto Agrario (28 de junio) sobre bases semejantes a las de nuestra Ley de Zonas Regables. Transformación y distribución se combinan en la nueva política agraria. La influencia de la legislación española me parece evidente, como no sea pura coincidencia el marcado paralelismo que se observa entre ambas. Se exceptúan de la expropiación las que podemos llamar explotaciones agrarias ejemplares, se reconoce el derecho de los propietarios afectados a la reserva de tierras, etcétera, etcétera. El Gobierno ha iniciado la Obra de Riego del río Guárico para regar 110.000 hectáreas de tierra de ganadería. Vistos el ej. español, el italiano y venezolano, puede afirmarse que la tendencia actual del Derecho agrario no es la de realizar reformas sensationales de tipo *social* o *demagógico*, que de un solo golpe determinan la distribución de miles de hectáreas de tierra, sino la de realizar una obra metódica y racional de colonización o mejora de tierras para distribuir las luego, con criterios templados (reserva de tierras, indemnización justa, etc.). Es ésta una de las conclusiones de valor general más interesantes que pueden extraerse de ese Congreso.

Otra Ponencia de Derecho sudamericano es la del peruano Manuel Sánchez Palacios, profesor de Derecho Rural en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, que lleva por título "Evolución de la propiedad de la tierra en el Perú". En tal evolución se distinguen tres períodos; en el primero, la tierra era del Sol como divinidad de la que descendía el primer Inca; lo más curioso es una forma de colectivismo agrario que ha perdurado hasta nuestros días. La época de la Conquista es analizada con alabanza incluso, para la obra de los españoles, singularmente para la del Virrey Toledo. El siglo XIX representa como en todas partes el triunfo del individualismo y el olvido de las instituciones autóctonas que han sido reconocidas a partir de la Constitución de 1920, especialmente en el nuevo Código civil peruano de 1936.

No dudo en calificar de magnífica la Ponencia de M. Voirin, Decano de Nancy, sobre la "La propriété rurale en Froit français contemporain", dirigida sobre todo a demostrar la suplantación del concepto de propiedad—como básico para la organización social—por el de explotación, lo que significa relegar a segundo término la propiedad que no se liga, naturalmente, al trabajo orga-

nizador del dueño. Así, pues, a la vista de todas las ponencias francesas presentadas al Congreso, se advierte el triunfo de este nuevo concepto de explotación en la legislación de reforma. Ahora bien, para Mr. Voirin la explotación es una unidad económica, pero también una unidad social como lo prueban las normas de Derecho sucesorio que la protegen. En suma, podríamos concluir que los franceses, si bien se muestran más inclinados a hablar de explotación (que en términos estrictos significa *hacienda*) le dan a ésta un valor institucional. Cebro que civilistas de tan profunda formación clásica y tan reacios a admitir conceptos de importación, como son los franceses, se hayan mostrado en el Congreso tan abiertos a las nuevas tendencias y hayan, definitivamente, admitido el valor del concepto de explotación. Han sido especialmente ellos quienes han percibido que esto, significa en suma (según afirmo en mi Ponencia) una revalorización del valor trabajo. “la propiedad—dice M. Voirin—pierde su majestad, se vacía de sustancia, a menos que el propietario no quiera tomar en sus manos personal y efectivamente su puesta en valor; porque entonces revaloriza su propiedad”, entonces—digo yo—se eleva a la categoría de empresario. Ya no sólo es capitalista en sentido pasivo (rentista) sino en el sentido activo, creador de riqueza y de trabajo para los demás, decidido a enfrentarse con los riesgos, tanto como a percibir las ganancias, obligado a mejorar sus tierras para aumentar éstas, cumplidor, en suma, de una función social excelsa: ser útil por sí mismo a sus semejantes.

También llama la atención de la Ponencia de M. Voirin defensa que hace de la explotación familiar. Se ve hasta qué punto la ha protegido el moderno Derecho francés. Este es un Derecho agrario “a l'échelle humaine” que mira con disfavor el gigantismo de las granjas-fábricas, lo mismo si son de lactura occidentalista, que si descansan en esas cooperativas forzadas, donde el individuo se esfuma entre las grandes máquinas y el papel impreso de las oficinas. En ninguno o en pocos Derechos agrarios se observa tanto esa obsesión por proteger la explotación de tipo familiar, como medida al servicio de la protección de la familia.

Otto Wörsam estudia la suerte que han tenido, después de la ocupación, la Ley de III Reich sobre “fincas rústicas hereditarias”.

El profesor de Bolonia, Enrico Basanelli, insiste en una tesis que constituye el título de su Ponencia “Il lavoro come fonte della proprietà della terra” y rebate la objeción de quien ha sostenido que tal cosa no puede afirmarse en el terreno de la técnica jurídica. Se fija para ello en la materia de arrendamientos, en la de acceso a la propiedad (que en Italia se plantea al margen de aquellos) y en la de reforma agraria. Es este otro aspecto de la cuestión, que, según hemos visto, planteaba M. Voirin, para resolverla también en sentido afirmativo. Pero lo importante de la Ponencia de Basanelli es que se eleva desde el fenómeno al terreno de los principios, dando valor general al del trabajo como fuente de la propiedad.

Nicola Crisci estudia con notable profundidad un grave problema: “La divisione degli utili nella mezzadria”. Dando por generalmente admitida la tesis que la ve como contrato de estructura asociativa, combate la jurisprudencia de la Corte de Casación, según la cual el reparto de los beneficios o ganancias obtenidos con los productos que no se dividen *in natura*, no puede tener lugar mas

que al cerrarse las cuentas anuales del contrato, para afirmar que el aparcerero (él habla del "mezzadro" que deberíamos traducir estrictamente por "mediero") tiene derecho al inmediato reparto de las ganancias, deducidos los gastos.

Francisco Milani afronta un tema de altura casi filosófica: "La natura dei fatti e delle cose nei contratti agrari", encaminándose a demostrar principalmente que los "contratos agrarios", si bien no constituyen un género y no tienen, desde luego, todos ellos la misma casa, pueden, sin embargo, representar una categoría *a se* por la importancia preponderante que aquí asumen el objeto y la naturaleza de las cosas, de modo que cada especie contractual agraria se diferencia de las otras que, no contemplando la producción agraria, pertenecen al mismo género". Se trata, en suma, de afirmar una "especialidad" de lo agrario que me parece evidente. Esta especialidad explica justamente la utilidad que puede tener el estudio en bloque de todos los contratos relativos a la Agricultura. Ello no implica negar la del estudio que debe hacerse junto con los otros contratos de sus respectivos géneros, pero el colocarlos en aquella otra línea puede mostrar facetas insospechadas. Parece ser que contra estas afirmaciones se ha alzado en el propio Congreso Messineo (loc. cit.) que no admite se eleve a categoría jurídica *a se* el "contrato agrario". No bastarían a tal fin "ni la identidad de la función técnica y económica del objeto (el fundo) ni el resultado del contrato (la fructificación) como resultado de la colaboración entre capital y trabajo". Una discusión más de la doctrina italiana, que no está ni mucho menos resuelta.

El profesor Eric Molitor fué otra de las grandes personalidades de la ciencia alemana presentes en el Congreso, con una Ponencia sobre "La reglamentación jurídica del trabajo agrícola". Después de afirmar la necesidad de extender al ámbito agrario los principios fundamentales que inspiran el Derecho del trabajo, desarrollado, en primer término, con miras al trabajo industrial, advierte que las diferencias existentes en la realidad, hacen más difícil una reglamentación de carácter general y uniforme. Asimismo debe influir el tamaño y clase de la empresa. Mientras que en la de tipo familiar se podría establecer una reglamentación afin a la del trabajo doméstico, en la grande sería análogo a la del trabajo industrial.

El profesor Luigi Ollivero plantea el tema de la naturaleza jurídica del arrendamiento y algunos otros en su aportación titulada "Proprietà e affitto agrario". Rechaza que el contrato de arrendamiento haya dejado de ser un verdadero contrato de cambio para convertirse en contrato de trabajo y estudia la regulación de las mejoras, a la luz de las ideas de Venezian, que siguen siendo de gran valor, para poner de relieve los cambios operados por el Nuevo Código.

El profesor de Toulouse Paul Ourliac completa el cuadro de las ponencias francesas con la suya sobre "Tenures et contrats agraires". Es posible que sea de los de más documentados y bien construídos trabajos del Congreso. Nos muestra la evolución en Francia de todos los contratos agrarios, comprendiendo incluso el reciente Estatuto de Arrendamiento y Aparcerías (bien conocido por el autor, por su obra en colaboración con De Juglart "Fermage et métayage") del que hace una crítica bastante dura, poniendo de relieve cómo muchas de sus normas han carecido de efectividad práctica. Es este un hecho que debe compensar adecuadamente cualquier entusiasmo innovador y reformista

en el ámbito jurídico-agrario y ha hecho muy bien Ourliac en afirmarlo con su gran autoridad. El campo es de por sí conservador, poco dado a cambiar. Las leyes que lo quieren someter a convulsión quedan muchas veces inaplicables, cuando no perfectamente ignoradas por los agricultores que siguen fieles a sus costumbres y contratos. Claro que esto, a su vez, debe afirmarse con cautela. ¿No se acogen todos los arrendamientos a la prórroga y muchos de ellos al retracto? Tal vez sea excesivamente conservadora la afirmación con que Ourliac cierra su Ponencia: "La Revolución, si ha favorecido el acceso de los campesinos a la propiedad, no ha modificado la estructura rural; y parece que lo mismo ha ocurrido con el Estatuto del arrendamiento". Yo más bien diría que una Ley agraria o muchas por sí solas no sirven para alterar una estructura agraria. Esta tiene debajo un tejido fundamental de hechos económicos y sociales los cuales no obedecen en sus alteraciones al legislador, sino más bien a otros hechos de ese mismo tipo, a cuya creación o corrección puede contribuir una obra legislativa.

El argentino Silenzi de Stagni estudia el régimen del arrendamiento en su país siguiendo el conocido, y muy adecuado método de contraponer el sistema del Código con el de la legislación vigente, en la que aparecen los fenómenos que hemos venido observando por doquier: prórrogas obligatorias, regulación de la aparcería, revisión de rentas, obligación de mejoras, Cámaras paritarias, etc.

El profesor Carrara, ahora Senador de la República, ha ilustrado al Congreso sobre un tema bien concreto: "La cambiale agraria", señalando sus diferencias con la mercantil, en cuanto debe contener una serie de menciones extrañas a ésta, a pesar de lo cual, afirma el autor que no pierde su abstractismo, bien que—digo yo—valdría la pena meditar sobre el verdadero alcance de tal abstractismo según la Ley Uniforme y la legislación italiana.

Seguidamente, se incluyen varias ponencias sobre crédito agrario. Primero la de Mario Graziano Rava, A. N. I. C. A. "La organizzazione del crédito agrario internazionale", en la que acaba por proponer la creación de un Instituto Internacional al que se adherirían los Institutos nacionales.

Ph. e. m van Campen nos da un "Apercu des institutions de credit agricole aux Pays-Bas", informándonos en ella del gran desarrollo alcanzado a partir de 1950 por las cajas de crédito agrícola.

La última parte del segundo volumen se titula "comunicaciones e intervenciones", comprendiendo una breve exposición de E. S. Abensour sobre "L'oeuvre de la F. A. O. dans le domaine du droit agraire", que es muy interesante para todos los que se preocupan por estas cuestiones. Es impresionante, sobre todo, la documentación relativa a la legislación agraria de todo el mundo. Nicola Crisci tiene en esta parte un nuevo trabajo sobre "Aspetti internazionali del problema dell assistenza e della previdenza sociale in Agricoltura", lo que demuestra el interés, cada vez mayor, que va alcanzando el Derecho agrario internacional.

Alessandro de Feo escribe un par de páginas sobre "L'ordinamento giuridico della terra e la costituzione italiana" y Berwyn Feltón, jefe de la O. E. C. E., incluye otras que llevan por título "Statement on behalf of the organisation for european economic cooperation".

De gran valor es el resumen de sus principales impresiones del Congreso he-

cho por Messineo a que se ha aludido ya con la extensión que merece. Finalmente, Muzzafar Ali Kan Quizil bash trata de "Agrarian legal problem in Pakistan", poniendo de relieve las importantes medidas tomadas en su país, después de la Independencia, en favor de los cultivadores. Celio Sabini, simplemente agricultor, reconoce que la propiedad privada de la tierra se halla limitada por la función social que debe cumplir.

Este es el contenido de estos dos volúmenes. A pesar de la farragosa exposición hecha, no están más que indicadas en ella, las principales cuestiones tratadas en el Congreso. Huelga todo comentario o resumen final que la alargue todavía más. He procurado en cada punto concreto llamar la atención sobre aquellas ideas u orientaciones que estimo propias del Derecho agrario que, ahora ya, después de ese Congreso, podemos llamar mejor que antes *universal*.

Alberto BALLARIN MARCIAL
Notario
Letrado de la D. G. R. N.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE M.^a AMUSATEGUI, RAFAEL IZQUIERDO, JOSE LUIS LLORENTE, ROGELIO PEREZ MARTINEZ y ANTONIO PEREZ VEGA

DERECHO CIVIL

1. Parte general.

1. LA IGLESIA CATÓLICA Y LOS ENTES ECLESIASTICOS: *Se prorroga el plazo para la interposición de las demandas que se mencionan en las Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero de 1942 hasta el 31 de diciembre de 1956* (1). (Orden de Justicia de 16 de diciembre de 1955; B. O. del 22 de diciembre.)

Además de prorrogar el plazo, la Orden ante «los obstáculos con que tropiezan las Instituciones religiosas para reunir los documentos básicos a fin de ejercitar las acciones que les reconocen las citadas leyes» y «las dificultades que se encuentran para completar dicha documentación en los juicios que estaban ya instados» (Preámbulo) establece en el artículo 2.º que «durante este nuevo plazo podrán reproducir sus demandas las Instituciones religiosas que ya las presentaron anteriormente, y a las que se haya tenido por desistidas por aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del número 2.º de la Orden de 11 de octubre de 1941.

2. DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO: REGLAMENTACIÓN ESPECIAL DE LOS DESAPARECIDOS DE LA DIVISIÓN ESPAÑOLA DE VOLUNTARIOS: *Se regula un procedimiento especial para la declaración del fallecimiento de los desaparecidos o muertos en cautiverio de la División Española de Voluntarios.* (Decreto de Justicia de 11 de noviembre de 1955; B. O. del 20.)

A. EXPOSICIÓN.

1.º *Objeto.*—Se dicta este Decreto para arbitrar un procedimiento que permita «la inscripción de fallecimiento de quienes, perteneciendo a la División Española de Voluntarios o procediendo de ella, hubieran desaparecido en operaciones o muerto en cautiverio» (art. 1.º).

2.º Procedimiento.

a) *Expediente.* a') *Iniciación.*—Se incoará a instancia de parte o del fiscal jurídico militar competente (art. 2.º).

(1) El plazo anterior fué prorrogado por O. de 3 de febrero de 1955, hasta el 31 de diciembre de 1955. (A. D. C., t. VIII, fasc. II, pág. 536.)

b') *Instructor competente*.—Lo es la autoridad judicial de la Primera Región (art. 1.º).

c') *Instrucción*.—Se aportarán los siguientes documentos.

1.º Certificación de la Subsecretaría del Ejército de hallarse o no incluido el presunto fallecimiento de las relaciones oficiales de desaparecidos o en la documentación militar que las sustituya, y de las circunstancias que concurrieron en la desaparición en todo caso.

2.º Filiación militar del interesado.

3.º Declaración expresa de que al tiempo de su desaparición o del presunto fallecimiento en cautiverio continuaba ostentando su condición militar.

Unidos al expediente los mencionados documentos, se llevará a cabo por el instructor una información tan minuciosa como fuere razonablemente posible, encaminada al conocimiento de si con posterioridad a su desaparición hubo noticias del interesado y, en caso afirmativo, cuándo y cuáles fueron éstas. Si el fallecimiento se hubiere producido en cautiverio, la información precisará el tiempo y lugar del hecho, dentro de la misma razonable posibilidad. En ambos supuestos procurará recabar de los organismos de la Cruz Roja los informes oportunos (art. 2.º).

d') *Conclusión*.—Practicada la información se elevará al capitán general de la Región, quien previo informe de su Auditor y oyendo al Fiscal Jurídico militar, la terminará, declarando o no presumible el fallecimiento y la remitirá a la Dirección General de los Registros (art. 3.º).

b) *Certificado*.—La Dirección General, si estima que se ha omitido en el expediente la práctica de alguna diligencia conveniente al fin propuesto y materialmente posible, podrá devolver el expediente a la Autoridad militar remitente para que la lleve a cabo. Si no aprecia omisión, considerando incoado el expediente, librárá certificación que deba contener en lo posible todas las circunstancias necesarias para la inscripción (artículo 4.º, párrafos primero y segundo).

3.º *Inscripción de fallecimiento*. Se practica mediante la certificación anterior.

a) *Registro competente*.—Conforme al artículo 1.º, «podrá practicarse en el Registro Civil del último domicilio en España del fallecido o si éste no constara en el de su naturaleza».

b) *Efectos*.—Los efectos del asiento que se practiquen serán los prevenidos en los artículos 195, 196 y 197 C. c. (art. 4.º, párrafo tercero).

B. OBSERVACIONES. 1.º Según indica el preámbulo, se ha inspirado el procedimiento establecido por el Decreto en los artículos 89 y 90 de la Ley del Registro Civil de 17 de junio de 1870, en el Decreto de 8 de noviembre de 1936 y en el Real Decreto de 19 de febrero de 1923 «dictados para supuestos jurídicamente análogos» (1). Se han aceptado de las dos últimas

(1) Son muchas más, desde luego, las disposiciones dictadas para supuestos de este género. (Véanse lo más importante en CASTÁN, "*Derecho civil Común y Foral*", art. 1.º, vol. 2.º, pág. 262 de la 8.ª Edic. y DE CASTRO, "*Derecho civil de España*", II, I, pág. 541 de la Edic. de 1952.)

disposiciones distintos preceptos; concretamente se puede señalar uno de cierta importancia, el referente al Registro Civil competente para la práctica de la inscripción (el del último domicilio en España, y si éste no constase, el del lugar de naturaleza), a diferencia del criterio mantenido en el artículo citado de la Ley del Registro Civil (el del último domicilio, y si éste no es conocido, el de la Dirección General).

2. Después de la reforma del título VIII del libro primero del Código civil por la Ley de 8 de septiembre de 1939, no parece que sea correcto arbitrar un procedimiento especial y, en todo caso, nunca se podría establecer por Decreto como en el presente caso ha ocurrido.

3. Es extraño que tratándose de una declaración de fallecimiento, como lo evidencia la remisión a los artículos 195 a 197 C. c., se hable en el artículo 1.º de inscripción de fallecimiento, lo que obligará a realizarla en el Libro de Defunciones, cuando lo procedente sería la nota marginal en el acta de nacimiento (r. O. 16, 1941).

4. La remisión que el artículo 4.º hace a los artículos 195 a 197 del Código civil plantea algunos problemas: ¿Cómo se cumplirá lo ordenado en el párrafo segundo del artículo 195, o sea, fijación de la fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte? Tratándose de desaparecidos esta fijación tiene que ser meramente indiciaria y atender a lo establecido en los artículos 193 y 194; pero es que en el presente caso es difícil aceptar lo que para el supuesto de guerra se previene en el número 1 del artículo 194 (tratado de paz o declaración oficial del fin de la guerra). ¿Cuándo se entiende hecha la declaración de fallecimiento? Como aquí no hay auto del juez, parece seguro admitir que la fecha de la declaración a todos los efectos (art. 196 C. c.) será la de la certificación de la Dirección General (R. I.).

3. NACIONALIDAD DE ORIGEN: *Sólo pueden ingresar en la Escuela Diplomática los «españoles de origen»* (art. 31).

MATRIMONIO: REQUISITOS PREVIOS: *El alumno que desee contraer matrimonio debe obtener licencia del Ministro de Asuntos Exteriores. Está prohibido el matrimonio con extranjeras, con las mismas excepciones que se establecen para los diplomáticos. (Decreto de 21 de octubre de 1955; B. O. del 5 de noviembre).*

A. EXPOSICIÓN. *Matrimonio.*—En cuanto al permiso previo lo establece el artículo 45, conforme al cual «el alumno que desee contraer matrimonio tendrá que obtener previamente licencia, dirigiendo al Ministro de Asuntos Exteriores la correspondiente instancia, en la que conste el nombre y circunstancias personales de toda índole de la mujer de que se trate, pudiendo el Ministerio «solicitar cuantos informes estime convenientes para dictar su decisión». Por lo que se refiere al matrimonio con extranjeras el artículo 46 remite al capítulo XII del Reglamento orgánico de la carrera diplomática, estableciendo como sanción a su no observancia la baja automática del alumno en la Escuela en los mismos casos en que, de ser ya funcionario diplomático, daría lugar a su baja en el escalafón de la carrera.

B. OBSERVACIONES: 1. La exigencia de la nacionalidad española «de origen» para tomar parte en las oposiciones a ingreso, significa una restricción al artículo 11 del Fuero de los Españoles («Todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas, según su mérito y capacidad»), e

incluso al artículo 3.º, que está en la misma línea que la contenida en los artículos 34 y 141 C. P. (pérdida de la nacionalidad española por delito a los extranjeros naturalizados).

2. Por lo que se refiere al matrimonio, ya en otras ocasiones (1) nos hemos ocupado de la prohibición de contraer matrimonio los diplomáticos con mujer extranjera y de la exigencia a los militares de la licencia correspondiente para casarse, cuestiones ambas que con referencia a los alumnos de la Escuela Diplomática plantea el actual Reglamento de la misma (R. I.).

4. EFICACIA DEROGATORIA DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA: DECRETO DE VIGENCIAS: *Se determinan las disposiciones sobre expropiación forzosa que deben estimarse vigentes.* (Hacienda. Decreto de 23 de diciembre de 1955; B. O. 17 enero 1956) (2).

A. EXPOSICIÓN: I. Disposiciones vigentes conforme al texto de la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954:

a) Por constituir presupuestos del procedimiento expropiatorio:

1. Todas las disposiciones sobre declaración de utilidad pública o de interés social para diversas categorías de obras, bienes, servicios o concesiones (art. 1.º, a).

2. Todas las disposiciones *con rango de Ley* (3) que declaren la oportunidad de que un bien o clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de determinada función social, con imposición de la expropiación forzosa por incumplimiento (art. 1.º, b).

b) Por regular materias expresamente dejadas fuera por la Ley de 1954 (la cual regirá en ellas como derecho supletorio):

1. Las disposiciones sobre expropiación forzosa por entidades locales (4) (art. 1.º, c).

2. Las disposiciones sobre expropiación forzosa por colonización y fincas mejorables (5) (art. 1.º, d).

II. Disposiciones no aludidas en la Ley de Expropiación forzosa de 16 diciembre 1954, pero conformes con su espíritu.

1. Ley de Aguas de 13 junio 1879. 2. Real Decreto-ley 7 enero 1927 sobre obras y concesiones de aguas de utilidad pública. 3. Ley 1 septiembre 1939 sobre intervención de Empresas. 4. Decreto 23 septiembre 1939 de Regiones Devastadas con excepción del artículo 8.º 5. Ley 24 noviembre 1939 sobre ordenación y defensa de la industria. 6. Ley de Minas de 19

(1) A. D. C. Tomo VIII, fascículo III, págs. 921 y 922, con ocasión de la aprobación del Reglamento Orgánico de la Carrera Diplomática (Decreto de 15 de julio de 1955), y tomo VII, fascículo III, págs. 886 y 887 (*Matrimonio de Cabos Especialistas*).

(2) V. Exposición y observaciones a la Ley de Expropiación forzosa en A. D. C., t. VIII, fasc. II, pág. 539 y sigs.

(3) Compárese con las siguientes frases de la Ley: "... se haya declarado específicamente *por una Ley* la oportunidad..." (art. 71), y "... Que dicha declaración sea formulada *por Ley* o *por Decreto acordado en Consejo de Ministros*". (art. 72, 2.º)

(4) Art. 85 de la Ley.

(5) Art. 97 de la Ley.

julio 1944. 7. Ley de Bases de Sanidad de 25 noviembre 1944. 8. Ley 17 julio 1945 sobre expropiación para Instituciones benéficas y benéfico-docentes. 9. Decreto 12 junio 1953 sobre comercio de objetos histórico artísticos (art. 2.º).

III. Disposiciones adjetivas transitoriamente vigentes hasta tanto se dicten los Reglamentos de aplicación de la Ley. Son «las disposiciones reglamentarias que no se opongan a lo establecido en la misma» (art. 3.º).

B. OBSERVACIONES: En realidad, el presente Decreto se podía haber limitado al artículo 2.º, pues la vigencia de las disposiciones a que hacen referencia los otros dos artículos era evidente.

En cuanto a la lista de las declaradas vigentes por el artículo 2.º, es suficientemente larga como demostrar la quebra de la Ley en su intento unificador. Siguiendo el acertado criterio de adaptar la norma a la realidad ha parecido conveniente dejar subsistentes especialidades normativas por entender que respondían a realidades específicas (J. A.)

II. Derechos reales.

CENSOS: *Se dictan normas prorrogando hasta el 31 de diciembre de 1957 los plazos establecidos en la Ley de 31 de diciembre de 1945 sobre inscripción, división y redención de censos (Decreto-ley de 2 de diciembre de 1955; B. Q. del 17.)*

A. EXPOSICIÓN: Se prorrogan hasta el 31 de diciembre de 1957 los siguientes plazos señalados en la Ley de 31 de diciembre de 1945 sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña, que ya fueron prorrogados por el artículo 1.º de la Ley de 18 diciembre 1950:

- a) El establecido en el artículo 3.º para la división de los censos que afecten a varias fincas (1).
- b) El del artículo 15, párrafo b), sobre cancelación de inscripciones de los referidos censos (2).
- c) El fijado, en relación con los anteriores plazos, por el artículo 18, y, finalmente (3);
- d) El contenido en la disposición transitoria primera sobre redención parcial (art. 1.º) (4).

(1) El artículo 3.º de la Ley de 31 de diciembre de 1945 dice: "dentro del plazo de cinco años a contar desde la vigencia de esta ley, todos los censos que afecten a varias fincas deberán ser divididos entre ellas, haciéndose constar en la inscripción de cada una la parte de pensión que se le señale y los demás requisitos exigidos en el artículo anterior".

(2) El artículo 15, b) dice: "transcurridos cinco años desde la vigencia de esta ley, el Tribunal Arbitral a petición del censatario decretará la cancelación: ... b) de las inscripciones relativas a los censos que cayendo sobre varias fincas no hubiesen sido objeto de la división ordenada en el artículo 3.º".

(3) El artículo 18 dice: "transcurridos los cinco años que para la división fijan los artículos 3.º y 14 de esta ley, no se inscribirán en el Registro de la Propiedad ninguna segregación o división de la finca afecta a censo sin que éste se divida en tantos nuevos censos como fueran las fincas resultantes, haciéndose constar en las nuevas inscripciones las circunstancias mencionadas en el artículo 2.º".

(4) La disposición transitoria primera dice: "Durante el plazo de cinco años señalados por los arts. 3.º y 14 de esta ley podrán redimirse parcialmente censos,

B. **OBSERVACIONES:** El plazo concedido por este Decreto-ley tiene por finalidad no sólo proporcionar una nueva oportunidad para la división de los censos que todavía no lo habían sido, sino, sobre todo, dar tiempo al legislador para redactar «una nueva ley en la que a la vez que se facilite con un procedimiento sencillo y económico la división, se la estimule eficazmente» (Preámbulo).

A pesar de lo que dice el artículo 1.º, en su primer párrafo, la Ley de 18 diciembre 1950 no aludía para nada al plazo fijado por el artículo 18 de la Ley de 31 diciembre 1945. (A. P.)

III. Derecho de obligaciones.

1. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGISLACIÓN ESPECIAL:** *Se promulga la Ley de Bases para la nueva ordenación de esta materia. (Ley de 22 de diciembre de 1955; B. O. del 23.)* (1).

A. **EXPOSICIÓN:** A') Arrendamiento de fincas urbanas en general.

1. Régimen jurídico:

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley quedarán derogadas todas las disposiciones especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos, con excepción de las aludidas en las bases y las siguientes: Ley de Ordenación de Solares de 15 mayo 1945 y complementarias, Decreto 3 octubre 1947 (sobre obligación de alquilar), Decretos 22 septiembre 1947 y 22 abril 1949 y Orden 23 octubre 1947 (normas singulares sobre arrendamiento de fincas urbanas en la ciudad de Cádiz), Decreto 11 marzo 1949 (sobre «Papel de fianzas»), Orden 12 diciembre 1947 (sobre destino y aplicación de las cantidades a que se refiere el artículo 96 de la LAU derogada), Orden 22 febrero 1950 y Decreto 26 mayo 1950 (aclaratorio de los arts. 79 y 71, respectivamente, de la misma LAU) y Ley 15 julio 1952 y disposiciones complementarias sobre préstamos a los inquilinos para la adquisición de viviendas (Base final, ap. 2.º).

Se autoriza al Gobierno para que dentro de los cuatro meses de su promulgación publique en el *B. O. del Estado* el texto articulado de la presente Ley de Bases (art. 2.º).

2. Ambito de la Ley:

A) **Ambito material.**—«El arrendamiento que regula esta Ley es el de fincas urbanas y comprende el de viviendas o inquilinato y el de locales de negocio.» Regula también los subarriendos y cesiones de vivienda y de locales de negocio, así como el arren-

siempre que el censalista y el respectivo censatario, de común acuerdo, determinen la parte proporcional de pensión. Esta determinación obligará y perjudicará a los que la acuerden, pero no a los otros censatarios para el caso de posterior revisión».

(1) La exposición y observaciones de la parte procesal ha sido hecha por ROGELIO PÉREZ MARTÍNEZ, el resto por JOSÉ LUIS LLORENTE.

damiento de viviendas amuebladas, (Base 1.^a, ap. 1, párr. 1.º y 2.º) «El arrendamiento de fincas urbanas construidas al amparo de leyes especiales protectoras, se registrá por las normas particulares de éstas, y, en lo no previsto en ellas, por las de la presente Ley», salvo en cuestiones de competencia y procedimiento, en las que se estará por entero a lo dispuesto en esta Ley. (Base 1.^a, ap. 1, párr. 3.º)

Pero quedan excluidos de la presente Ley y se registrán por lo pactado y por lo establecido en la legislación civil, común y foral:

- a) Los arrendamientos, cesiones y subarrendos de viviendas o locales de negocio de fincas, «cuyo arrendatario las ocupe únicamente por la temporada de verano o cualquier otra, aunque los plazos concertados para el arrendamiento fueran distintos». (Base 1.^a, ap. 2.)
- b) Los arrendamientos de «locales para casinos o círculos dedicados al esparcimiento o recreo de sus componentes o asociados». (Base 1.^a, ap. 4.) (2).

«Se excluye también el uso de las viviendas y locales que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios tuvieren asignados por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.» (Base 1.^a, ap. 2, párr. 2.º) (3).

B) Ambito temporal:

- a) Entrada en vigor.—A los veinte días siguientes a aquél en que termine la inserción en el *B. O. del Estado* del texto articulado de esta Ley. (Base final, ap. 1.)
- b) Derecho transitorio:
 - a') Principio general de retroactividad de la Ley «sin otras excepciones que las que resulten de sus propios preceptos». (Base transit., ap. 1.)
 - b') Principales excepciones:
 - a") «Cuando a la promulgación de esta Ley el arrendatario hubiera accedido de modo fehaciente, con fecha posterior a la celebración del contrato, a desalojar definitivamente la vivienda o local de negocio, no será de aplicación lo dispuesto en la misma.» (Base transit., ap. 1, párr. 2.º)
 - b") «El ejercicio de los derechos reconocidos en la legislación precedente, cuando se hubiere iniciado judicial o extrajudicialmente antes de la vigencia de la presente Ley, se registrán en todos sus aspectos y conse-

(2) Sin embargo, estos arrendamientos quedan prorrogados por el plazo de un año a contar de la vigencia de esta ley, transcurrido el cual podrán ejercitarse las acciones precedentes con sujeción al Derecho Común. (Base transitoria, ap. 1 bis.)

(3) También continuarán excluidos, en iguales términos que en la legislación anterior, los arrendamientos cuya finalidad primordial sea el aprovechamiento de un predio rústico (Base 1.^a, ap. 3) y los arrendamientos de industria o negocio (Base 1.^a, ap. 5).

cuencias por aquella legislación.» (Base transit., ap. 2.)

c*) Las modificaciones introducidas en la Base tercera sobre subarriendo), apartados 4 y 5 de la base novena (sobre elevación de la renta) y base undécima (causas de resolución) sólo serán aplicables, por lo general, a los supuestos en ella previstos que se produzcan a partir de la vigencia de la presente Ley. (V. Base transit., aps. 4, 9 y 10.)

d*) Las situaciones jurídicas producidas al amparo de las bases cuarta (sobre cesión de vivienda y traspaso de locales de negocio) y quinta (sobre arrendamiento de viviendas amuebladas) de la Ley de 31 diciembre 1946, subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujetándose, en cuanto al ejercicio de las acciones encaminadas a hacerlas valer, a lo dispuesto en la presente Ley. (Base transit., ap. 5.)

C) **Ámbito espacial e internacional.**—«Los beneficios que la presente Ley concede serán aplicables a los inquilinos, arrendatarios y subarrendatarios extranjeros siempre que éstos prueben la existencia del principio de reciprocidad en los países respectivos a favor de los inquilinos, arrendatarios y subarrendatarios españoles.» (Base 2.ª, ap. 2.)

3. **Naturaleza de los derechos concedidos por la Ley.**—Se mantiene el principio general de irrenunciabilidad de los beneficios otorgados a inquilinos y subarrendatarios de viviendas. «No obstante—se agregan—serán renunciables, salvo el de prórroga, los concedidos a los que lo fueren de viviendas que, ocupadas por primera vez en las fechas que se indican, devengaren mensualmente, en la respectiva fecha tope, como renta legal de inquilinato, una cantidad no inferior a la que se expresa en el apartado 1 de la Base segunda.»

4. **Reglas de aplicación de los preceptos de la Ley:**

A) **Áplicación analógica.** (Base 2.ª, ap. 3, párr. 1.º)

B) **Abuso de derecho.**—«Los jueces y Tribunales desestimarán las pretensiones que ante ellos se formulen por demandante o demandado, con manifiesto abuso de derecho.» (Base 2.ª, ap. 3, párr. 2.º)

B') **Normas particulares del inquilinato:**

1. **Constitución:**

A) **Obligación de arrendar impuesta por el Gobierno en ciertos casos.**—Se mantiene en iguales términos que en la Ley anterior. (Base adic., ap. 3.)

B) **Elementos reales:**

- a) Cosa.—Se mantiene el criterio anterior en cuanto a locales destinados primordialmente a viviendas y locales legalmente asimilados a los de vivienda (v. Base 1.ª, aps. 3, 8 y 9), salvo lo dispuesto en cuanto a escritorios, oficinas, depósitos o almacenes en el apartado 11 de la Base primera. (Vide infra III, 1, A.)

«Hasta que el Gobierno,* por considerar aumentada la disponibilidad de viviendas decrete lo contrario, ningún local destinado anteriormente a hogar familiar podrá ser dedicado en lo sucesivo, de modo principal, a otros fines.» (Base adicional, ap. 1.)

- b) Renta:

a') Contratos subsistentes al entrar en vigor la nueva Ley:

a") De fincas arrendadas por primera vez antes de 1 enero 1942.

a'') Renta legal básica.—La que al entrar en vigor la Ley cobrará el arrendador, con todos los incrementos que viniere percibiendo, salvo los que estuviera satisfaciendo el inquilino por razón de diferencia en el coste de los servicios o suministros. (Base 9.ª, apartado 1.)

b'') Modificaciones de la renta.

— Se autoriza la elevación por el arrendador en los siguientes casos:

1. Por creación o aumento de contribuciones
2. Por realización de obras de mejora (4).
3. Por asignación fiscal de rentas superiores a las que viniere satisfaciendo el inquilino.—En este caso, si la elevación rebasa del 25 por 100 de la renta que se satisface, el exceso sólo podrá hacerse efectivo por anualidades sucesivas, a razón de un 5 por 100 como máximo sobre la renta.
4. Por subrogación en los derechos y obligaciones del inquilino de uno de los parientes señalados en la Base cuarta (la elevación no podrá exceder del 15 por 100).
5. Ejercicio, sin haberse estipulado en el contrato, de pequeña industria doméstica sujeta a tributación (el aumento no excederá del 10 por 100 de la renta legal).
6. Cuando el inquilino ejerza en la vivienda la industria doméstica de hospedaje.
7. Cuando por expiración del plazo por el cual se concedió, cesare la exención tributaria total o

(4) Cuando las efectúe de acuerdo con el respectivo inquilino o de los tres quintos de éstos si se trata de obras o mejoras comunes (Base 10.ª, ap. 6).

parcial de que gozara la finca. (Todos estos casos en el ap. 4, de la Base 9.ª)

- Además, dentro de los cinco años siguientes a la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, previo informe de la Delegación Nacional de Sindicatos y con audiencia del Consejo de Estado, podrá autorizar el aumento de la renta de estos contratos. Los porcentajes de incremento se establecerán teniendo en cuenta la situación económica de la Nación y cuantos factores y circunstancias la interpreten adecuadamente. (Base adic., ap. 5.)
- Revisión quinquenal de las rentas de los contratos en situación de prórroga legal.—Se hará aplicando los porcentajes que señale el Gobierno, en base a iguales datos y formalidades que los que acabamos de exponer. (Base 9.ª, ap. 6.)
- Reducción de la renta a instancia del inquilino cuando la declarada a efectos fiscales sea inferior a la percibida.—Le asistirá este derecho durante dos años. «pudiendo perdurar por plazo superior si el arrendador no formula declaración coincidente con la renta que hubiera venido percibiendo, en cuyo instante cesará dicha facultad del inquilino». (Base 9.ª, ap. 9.)

b*) De fincas arrendadas por primera vez después del 1 enero 1942.—En cuanto a la renta de estos contratos, se estará a lo dispuesto para los anteriores, salvo lo preceptuado en la letra e) del apartado 4 de la Base novena (elevación de renta por ejercicio de pequeña industria doméstica) y en el apartado 5 de la Base adicional (facultad del Gobierno para autorizar el aumento dentro de los cinco años siguientes a la entrada en vigor de la ley) que no les es aplicable.

b*) Contratos posteriores a la entrada en vigor de la presente Ley:

a*) Renta legal básica.—Será la que se estipule para el momento en que empiece a regir el contrato. Pero si la vivienda hubiese estado ocupada antes de la entrada en vigor de la Ley, el inquilino podrá instar ante la Junta de Estimación la revisión de la renta pactada si ésta fuera abusiva. (Base 9.ª, ap. 2.)

b*) Modificaciones de la renta.—Es aplicable lo expuesto más arriba (caso b*) salvo los aumentos de renta por

creación o aumento de impuestos y realización de obras de mejora (así como por ejercicio de pequeña industria doméstica) que no están autorizados para estos contratos. (cf. Base 9.ª, ap. 5.)

c') Ejercicio de la facultad del arrendador para elevar la renta.—Está regulado en el apartado 7 de la Base novena y presenta la novedad, respecto a la legislación anterior, de que cuando el inquilino rechazare la elevación legítima propuesta por el arrendador, éste sólo podrá optar por resolver el contrato si fuera temeraria la oposición de aquél. Pero no procederá la resolución si el demandado consignare, antes de contestar a la demanda, las diferencias reclamadas. (Base novena, apartado 7, e.)

C) Prestación de fianza por el inquilino.—«Quedan exceptuados de esta obligación los arrendamientos de locales al Estado, Provincia o Municipio, cuya renta haya de ser satisfecha con cargo a sus respectivos presupuestos.» (Base 9.ª, ap. 11, párr. 2.º)

2. *Contenido de la relación arrendaticia:*

A) Obligaciones del arrendador:

a) Conservación de la vivienda.—Se mantiene el principio de que las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda arrendada en estado de servir para el uso convenido, serán de cargo del arrendador (Base 10, ap. 1), pero se establece la especialidad de que en las viviendas habitadas con anterioridad al 2 de enero de 1942, podrá exigir el arrendador del inquilino, en compensación parcial del importe de las reparaciones, el abono del 6 por 100 anual del capital invertido en las mismas. Pero este aumento—que no tendrá el concepto de renta y si el de asimilado a ésta—nunca podrá exceder del 25 por 100 de la renta anual. (Base 10, ap. 2.)

En lo demás se sigue igual sistema que en la LAU, hasta ahora vigente. (cf. Base 10, aps. 4 y 5.)

b) Prestación de los servicios propios de la vivienda y obligación de garantía por las perturbaciones de hecho o de derecho que en la finca realice el arrendador.—Su incumplimiento faculta al inquilino en los términos que determina la Base 11, apartados 2 y 3.

B) Derechos del inquilino:

a) Los correlativos a las obligaciones del arrendador que acaban de exponerse.

b) Derechos de preferencia del inquilino:

a') Tanteo.—Podrá utilizar este derecho el inquilino en los

casos de venta por pisos, «aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros», así como en los casos de cesión solutoria y de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuando el supuesto de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado». (Base 6.ª, ap. 1.)

El plazo para el ejercicio del derecho de tanteo será el de sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se notifique la decisión de vender o ceder solutoriamente el precio ofrecido. Las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador (Base 6.ª, ap. cit.). Los efectos de la notificación caducan a los ciento ochenta días, transcurridos los cuales no podrá intentarse nuevamente la transmisión durante dos años. (Base 6.ª, ap. 5.)

«El adquirente por actos inter vivos de una finca urbana compuesta de pisos o departamentos, no podrá enajenar como fincas independientes los que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendados hasta transcurridos cuatro años desde dicha adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna.» (Base 6.ª, ap. 6.)

- b') Retracto.—Podrá ejercerlo el inquilino en los siguientes casos: 1), falta de la notificación citada; 2), omisión en ella de cualquiera de los requisitos exigidos; 3), si resulta inferior el precio efectivo de la transmisión; 4), menos onerosas las condiciones de ésta, o 5), distinta la persona a cuyo favor se realiza de la que figure en la notificación. (Base 6.ª, ap. 2.)

El derecho de retracto caducará a los sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que debe hacer el adquirente al inquilino de las condiciones esenciales de la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuera formalizada. (Base 6.ª, ap. 2, párr. 2.º)

- c') Normas comunes a tanteo y retracto:

a") Carácter preferente sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto del condueño. (Base 6.ª, apartado 4.)

b") El incumplimiento de la prohibición de transmitir impuesta al adquirente por tanteo o retracto «producirá la resolución del contrato originario y de la segunda transmisión a instancia de la parte perjudicada». (Base 6.ª, ap. 3.)

- d') Normas complementarias del derecho de preferencia del inquilino:

a") Acción de impugnación de la transmisión efectuada.—Sólo podrá ejercitarla el inquilino que no hubiese ejercitado el derecho de tanteo o retracto en los casos siguientes:

- 1) Cuando se hubiese infringido lo dispuesto en el apartado 6 de la Base sexta (prohibición de vender por pisos la finca adquirida en su conjunto).
- 2) Cuando el precio de la transmisión exceda de la capitalización de la renta anual al 3 por 100, si se trata de viviendas ocupadas por primera vez antes del 1 enero 1942, y al 4,5 por 100 si lo fueron con posterioridad a esta fecha.

Esta acción caducará a los sesenta días naturales, «contados desde el siguiente al de la notificación y sus efectos, caso de prosperar, se reducen a que el adquirente no podrá negar al inquilino la prórroga, fundándose en que necesita la vivienda para sí o para sus familiares. (Base 6.ª, ap. 7.)

b") Inscripción en el Registro de los documentos de adquisición de fincas urbanas a que se refiere la Base sexta.—Precisa la justificación de haberse cumplido los requisitos de notificación previstos y la falta de dicha justificación constituirá defecto subsanable que suspenderá la inscripción, aunque se podrá tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción definitiva si dentro de dicho plazo se acredita haberse ejecutado aquella notificación. (Base 6.ª, ap. 9.)

c) Cesión de la vivienda.—Se mantiene la prohibición del contrato de cesión o traspaso de viviendas y se reitera el derecho del inquilino a subrogar en los derechos y obligaciones derivados de su contrato a determinados parientes, con las siguientes innovaciones:

- a') Inclusión de los hijos adoptivos menores de dieciocho años al tiempo de la adopción.
- b') Se eleva a dos años el plazo de convivencia previa de los parientes aludidos, excepto para los hermanos, cuyo plazo es de cinco años, y para la subrogación del cónyuge no se exige plazo de convivencia. (Base 4.ª, ap. 2.)
- c') El plazo de ejercicio de la acción del arrendador para resolver el contrato de inquilinato, en caso de cesión no consentida, se eleva a dos años. (Base 4.ª, ap. 3.)

C) Obligaciones del arrendatario.

- a) Pago de la renta. (V. Base 7.ª, ap. 7 y Base 11, ap. 6.)
- b) Contribución al importe de las reparaciones (vide supra A). a.)

3. *Extinción:*

A) Cumplimiento del plazo contractual. Excepciones:

- a) Denuncia anticipada del inquilino. (Base 7.ª, ap. 7.)
- b) Prórroga legal.—Se mantiene el principio de la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el inquilino, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. Pero se añade ahora que «se aplicará igual norma en los casos de extinción del usufructo». (Base 7.ª, apartado 1.)

Causas de excepción a la prórroga:

- 1.ª «Cuando el arrendador necesite para sí la vivienda o para que la ocupen sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales.» (Base 8.ª, ap. 1, a.)

Tratándose de fincas arrendadas por pisos, el arrendador deberá ejercitar su derecho a la denegación, en primer lugar, contra las viviendas habitualmente deshabitadas, «siempre que constituyan medio adecuado a sus necesidades». Además se amplía la protección (denegación en último lugar) al clero secular—que ocupará el mismo lugar que el funcionario público—y a los pensionistas con hijos menores de edad. (Base 8.ª, ap. 3, párr. 1.º) En el supuesto de que el arrendador posea más de una finca arrendada en la misma localidad, podrá ejercitar su derecho sobre vivienda situada en cualquiera de aquéllas. (Base 8.ª, ap. 3, párr. 3.º)

La denegación de la prórroga se practicará mediante requerimiento, en forma fehaciente. Pero ahora se impone al inquilino la obligación de contestar si acepta o no la denegación. En el primer caso, cabe instar su lanzamiento por los trámites de ejecución de sentencia. En el segundo, el inquilino deberá exponer las causas de su oposición, y si no lo hace, el arrendador puede ejercitar su acción a los seis meses de la fecha del requerimiento, reduciéndose a la mitad las indemnizaciones. (Base 8.ª, apartado 4.)

El inquilino que desaloje dentro de los seis meses del requerimiento, percibirá la indemnización de dos anualidades de renta y si sólo una si desalojare dentro del año. En ambos casos, sin perjuicio de reclamar otra superior si justificara que los perjuicios que se le causan son mayores. (Base 8.ª, ap. 5.)

- 2.ª Cuando el arrendador proyecte el derribo de la finca para edificar otra que cuente, cuando menos, con un tercio más de las viviendas que en aquella hubiere y una como mínimo si no hubiese ninguna. «respetando al propio

tiempo el número de los locales de negocio si en el inmueble a derribar los hubiere». (Base 8.ª, ap. 1, b); sobre esta causa de excepción, además, los aps. 16 a 35 de la Base 8.ª)

- 3.ª «Cuando la vivienda no esté ocupada durante más de seis meses en el curso de un año.» (Causa ésta añadida por la reforma, Base 8.ª, ap. 1, c.)
- 4.ª «Cuando el inquilino ocupe dos o más viviendas en la misma población y el uso de todas ellas no sea indispensable para atender a sus necesidades.» (Base 8.ª, ap. 1, d); a continuación se fija un orden de prelación para ejercitar esta causa de excepción que también es nueva.)
- 5.ª «Cuando el inquilino, en un plazo de seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la presentación de la demanda, hubiese tenido a su libre disposición como titular de un derecho real de goce o disfrute, una vivienda desocupada y apta para la satisfacción de sus necesidades y de características análogas a la arrendada.» (Base 8.ª, ap. 1, c), que tiene, igualmente, carácter de novedad.)

B) Muerte del inquilino sin dejar persona que continúe el arriendo.— Pero se mantiene la posibilidad de la subrogación «mortis causa» en favor de ciertos parientes del inquilino con las siguientes innovaciones:

- a) Se incluyen los hijos adoptados antes de cumplir los dieciocho años, pero se elimina a los parientes en tercer grado de la línea colateral. El plazo de convivencia previa se eleva a dos años, pero no será necesaria la de los que estuviesen sometidos a la potestad del fallecido, y respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia de plazo de antelación. (Base 7.ª, ap. 2.)
- b) El orden de prelación para el ejercicio de este derecho, cuando fueren varios los beneficiarios, será: cónyuge, descendientes, hijos adoptivos, ascendientes y hermanos, y dentro de cada grupo prevalecerá la proximidad en el grado, la legitimidad, el doble vínculo y la consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad a favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con prioridad del sexo femenino. Los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes. (Base 7.ª, ap. 3, párr. 1.º)
- c) Para que esta subrogación sea eficaz, deberá ser notificada fehacientemente al arrendador, dentro de los noventa días siguientes al fallecimiento del inquilino (Base 7.ª, ap. 3, párrafo 2.º)
- d) Sólo se autoriza otra nueva subrogación en favor del cónyuge y de los descendientes legítimos, naturales o adoptivos. (Base 7.ª, ap. 4.)

C) Resolución de la relación arrendaticia:

a) A instancia del arrendador:

a') Causa referente al sujeto.—La cesión de vivienda de modo distinto al autorizado en la ley. (Base 11, ap. 1, c.)

b') Causas referentes al objeto:

a'') Pérdida o destrucción de la vivienda o siniestro equiparable. (Base 11, ap. 5.)

b'') Declaración de ruina de la finca. (Base 11, ap. 1, h.)

c') Causas referentes a la relación jurídica:

a'') Improcedencia de la prórroga forzosa.—«En los casos de extinción del usufructo, cuando el titular domical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad.»

b'') Extinción del derecho de arrendador: Expropiación forzosa del inmueble.—«En este caso podrá la Administración proceder al lanzamiento por la vía administrativa», previa indemnización a los inquilinos, que nunca será inferior a las dispuestas en la base octava de esta Ley. (Base 11, ap. 1, g)

c'') Incumplimiento de las obligaciones del inquilino:

1.º Falta de pago de renta o cantidad asimiladas, teniéndose en cuenta el Decreto 17 octubre 1940 sobre obreros y empleados españoles en paro forzoso. (Base 11, ap. 1, a.)

2.º Tenencia de huéspedes o subarrendos no autorizados en la base tercera de la Ley. (Base 11, ap. 1, b.)

3.º En los casos de industria doméstica de hospedaje y subarriendo parcial, aun con autorización del arrendador, si el subarrendador percibe cantidades superiores a las autorizadas por la presente Ley. (Base 11, ap. 1, b) bis, que a continuación regula el ejercicio de la acción resolutoria en este caso.)

4.º Transformación de la vivienda en local de negocio. (Base 11, ap. 1, d.)

5.º Daños dolosos causados por el inquilino o quienes con él convivan o realización—sin consentimiento del arrendador—de obras que modifiquen la configuración de la vivienda o debiliten la naturaleza o resistencia de los materiales. (Base 11, ap. 1, e.)

- 6.º Actividades que «de modo notorio» resulten inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres. Pero la causa de incomodidad notoria no procederá tratándose de locales arrendados con destino a oficinas o servicios de Estado, provincia, municipio o Corporaciones de Derecho público, colegios o escuelas públicas o particulares e instituciones piadosas o benéficas. La acción deberá ejercitarla obligatoriamente el arrendador si la solicitan la mayoría de inquilinos o arrendatarios. (Base 11, ap. 1, f.)
- 7.º En los casos de subarriendos o cesiones realizadas por el subarrendatario, si el subarrendador no ejercita la acción resolutoria contra el subarrendatario dentro de los dos meses de ser requerido al efecto por el arrendador. (Base 11, ap. 1, f.)

b) A instancia del inquilino:

- a") Perturbaciones de hecho o de derecho por el arrendador.
- b") No efectuar las reparaciones necesarias el arrendador.
- c") Falta de prestación por el mismo de los servicios propios de la vivienda. (Base 11, aps. 2 y 3.)

D) Desahucio por causa de necesidad social a instancia del Ministerio Fiscal. (Base adic., ap. 3, b.)

C') Normas particulares del arrendamiento de locales de negocio.—Nos limitaremos a exponer las que son privativas de este tipo de arrendamiento remitiéndonos a lo ya visto en cuanto a las que le son comunes —la mayoría— con el inquilinato.

1. *Constitución:*

A) Elementos reales:

- a) Cosa.—Recae este arrendamiento sobre «aquellas otras edificaciones habitables cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el ejercerse en ellas; con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo». (Base 1.ª, ap. 1.)

Pero quedan excluidos de la presente Ley los arrendamientos de locales de negocio «de temporada» (vide supra B'), 1. B), así como el arrendamiento de industria o negocio, con las salvedades relativas al de industria de espectáculos que ya establecía la legislación anterior (cf. Base 1.ª, aps. 5, 6 y 7) y también se sigue el criterio anterior en cuanto a los arren-

damientos destinados primordialmente a locales de negocio, aunque coexistan con vivienda. (cf. Base 1.ª, ap. 10.)

Lo que tiene carácter de novedad en la presente Ley es la asimilación a locales de negocio—salvo en lo relativo al traspaso que no procederá—de los destinados a escritorio, oficinas, depósitos o almacenes, cuando el arrendatario se valga de ellos para ejercer «actividad de comercio, de industria o de enseñanza, con fin lucrativo, aunque dicho local no se hallare abierto al público». (Base 1.ª, ap. 11.)

b) Renta:

a') Arrendamientos subsistentes al entrar en vigor la nueva Ley: Su renta legal básica será la que en dicha fecha cobrase el arrendador. (Base 9.ª, ap. 1.)

En cuanto a las modificaciones de esta renta, rige lo expuesto para el inquilinato (vide supra II, 1, B. b), con alguna salvedad; así, el caso cuarto de elevación de la renta por el arrendador, tratándose de locales de negocio, se refiere a su traspaso por el arrendatario (cf. Base 9.ª, ap. 4. d), y naturalmente, ni serán de aplicación las causas quinta y sexta de elevación de la renta, privativas del inquilinato. Para todo lo demás—incluida la distinción entre contratos referentes a fincas arrendadas por primera vez antes y después del 1 enero 1942—véase supra loc. cit., b").

b') Arrendamientos posteriores a la entrada en vigor de esta Ley.

— Renta legal básica.—Será la que libremente estipulen el arrendador y el arrendatario, «aun cuando dichos locales hubiesen estado ocupados con anterioridad a la vigencia de este texto legal». (Base 9.ª, ap. 3.)

— Modificaciones de la renta. (Véase supra loc. cit. b'.)

C) Prestación de fianza.—Su cuantía será la de dos mensualidades de renta. (Base 9.ª, ap. 11.)

2. Contenido:

A) Obligaciones del arrendador.—Rige lo expuesto para el inquilinato. (Supra B'. 2, A.)

B) Derechos del arrendatario:

a) En cuanto a los que se corresponden con las obligaciones del arrendador y a los derechos de tanteo y retracto son también comunes con los del inquilino. (Véase supra II, 2, B. a) y b.)

b) Traspaso:

a') Concepto y requisitos.—Se mantiene en todo la regulación de la LAU anterior. Así, la definición de traspaso

de locales de negocio como «cesión mediante precio de tales locales, sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento». (Base 4.ª, ap. 7.)

Los requisitos del traspaso son:

- 1.º Establecimiento y explotación ininterrumpida del local por el arrendatario durante un año como mínimo.
- 2.º Que el adquirente contraiga la obligación de permanecer en el local sin traspasarlo el plazo mínimo de otro año y destinarlo, durante este tiempo por lo menos, a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo el arrendatario.
- 3.º Fijación de precio cierto por el traspaso.
- 4.º Notificación al arrendador de la decisión de traspasar y del precio.
- 5.º Otorgamiento de escritura pública en la que se consigne, bajo la responsabilidad del arrendatario, la notificación mencionada y el precio.
- 6.º Notificación por el arrendatario al arrendador, dentro de los ocho días siguientes al otorgamiento de la escritura, de la realización del traspaso, precio recibido, nombre u domicilio del adquirente y que éste ha contraído la obligación expresada en el número 2. (Base 4.ª, ap. 8.)

Como se indicó más arriba, no tendrán derecho de traspaso los arrendatarios de locales destinados a escritorios, oficinas, depósitos y almacenes, no obstante estar asimilados por esta Ley a locales de negocio. (Cfr. Base 4.ª, ap. 9 y Base 1.ª, ap. 11.)

b') **Derechos del arrendador en caso de traspaso:**

a") **Tanteo y retracto.**—Se regula su ejercicio del mismo modo que en la Ley anterior (cf. Base 4.ª, apartados 11 a 13 y 15), pero con las siguientes innovaciones:

- 1.ª El propietario que adquiera por tanteo o retracto el local de negocio sin existencias, no vendrá obligado a continuar ejerciendo industria o comercio en dicho local. (Base 4.ª, ap. 16.)
- 2.ª Si el arrendador ejercita los derechos de tanteo o de retracto, no sólo sobre el local, sino también sobre las existencias o instalaciones o el negocio mismo que simultáneamente traspase el arrendatario, tendrá derecho a deducir del precio atribuido al local los porcentajes de participación que establece el apartado 14 de esta base

(vide infra, b"). Pero si ejercita dichos derechos únicamente sobre el local, no podrá hacer deducción alguna. (Base 4.ª, ap. 17, párr. 3.º)

3.ª En los casos de ejecución judicial o administrativa, se notificará de oficio al arrendador la mejor postura ofrecida en la subasta o, en su caso, la cantidad por la que el ejecutante pretenda la adjudicación, quedando en suspenso la aprobación del remate o de la adjudicación hasta que transcurra el plazo señalado para el ejercicio del derecho de tanteo. (Base 4.ª, ap. 20.)

b") Derecho de participación en el precio del traspaso.—Se le reconoce al arrendador en los mismos términos y porcentajes que la Ley anterior (cf. Base 4.ª, apartado 14.)

c") Derecho al aumento de renta a que se refiere la letra d). del apartado 4 de la base novena.—Dicho aumento no podrá exceder del 15 por 100 de la renta vigente en el momento del traspaso.

3 Extinción:

A) Cumplimiento del término contractual. Excepciones.—En general, véase lo expuesto sobre el inquilinato, supra B') 3. A), pero con las siguientes especialidades relativas a las causas de excepción a la prórroga forzosa:

a) En cuanto a la causa primera, se exigen los mismos requisitos que en la ley anterior (justificación de la necesidad de la ocupación, requerimiento, actividad comercial o industrial del que aspire a ocupar el local e indemnización al arrendatario; cf. Base 8.ª, ap. 9). Se añade que en el caso de que en una misma finca exista más de un local de negocios que pueda satisfacer las necesidades del arrendador, éste deberá ejercitar el derecho de denegación de prórroga contra el arrendatario más moderno. (Base 8.ª, ap. 29.)

b) Las causas cuarta y quinta de denegación a la prórroga no son aplicables a los locales de negocio (cf. Base 8.ª, ap. 1. d) y e.)

B) Muerte del arrendatario.—Pero si tiene heredero, éste le sustituirá «por el hecho de la muerte» de aquél en todos sus derechos y obligaciones. A falta de heredero o de su deseo de sustituir al arrendatario fallecido, podrá continuar el socio, disfrutando de este beneficio las entidades españolas que absorban los negocios de entidades extranjeras domiciliadas en España. (Base 7.ª, apartado 5.)

Las transmisiones «mortis causa» que se causen con posterioridad a la primera, darán derecho al arrendador a elevar la renta en

los términos del apartado 4. letra *d*), de la base novena. (Base 7.ª, ap. 5. párr. 2.º)

C) Resolución de la relación arrendaticia:

a) A instancia del arrendador:

- a') Causa referente al sujeto.—Traspaso realizado de modo distinto al autorizado en la base cuarta de esta ley. (Base 11, ap. 1, C.)
- b') Causas referentes al objeto.—Son las mismas expuestas para el inquilinato. (Véase supra B'), 3, C, a, b'.)
- c') Causas referentes a la relación jurídica.—En general, son las mismas que afectan al inquilinato (véase supra, locución cit., c'). Además, se resuelve el arrendatamiento de local de negocio por su transformación en vivienda y por incumplir el adquirente por traspaso la obligación de permanecer durante un año sin traspasar de nuevo el local. (Base 11, ap. 1, d) en relación con Base 4.ª, apartado 8, b.)

b) A instancia del arrendatario. (Véase supra, B'), 3, C, b.)

D') Subarriendo:

1 De viviendas:

A) Clases.—Puede ser total o parcial. Este último podrá hacerse de una o más habitaciones y con distintas personas. Sin prueba en contrario, se presumirá parcial si el inquilino sigue habitando en la vivienda, y total en caso contrario. (Base 3.ª, ap. 2.)

B) Constitución:

a) Requisitos—Siguen siendo los mismos que en la ley anterior:

- a') Autorización expresa y escrita del arrendador.
- b') Entregar al subarrendatario de mobiliario adecuado. (Base 3.ª, ap. 1.)
- c') Que el inquilino no tenga ya cedida en subarriendo otra vivienda en la misma o distinta población. (Base 3.ª, apartado 13.)
- d') Como excepción a estos requisitos, añade la nueva ley que no se requiere autorización expresa y escrita del arrendador para la tenencia de hasta dos huéspedes ni tampoco dicha autorización ni prestación de mobiliario adecuado cuando no exceda de dos el número de subarrendatarios que con sus hijos vayan a ocupar la vivienda. Pero no podrá alterarse el destino de ésta y el inquilino, en el término de treinta días naturales siguientes al de celebración del subarriendo, deberá notificarlo feha-

cientemente al arrendador, con excepción del nombre del subarrendatario. (Base 3.ª, ap. 17.)

- b) Prestación de fianza.—Su cuantía será la de una mensualidad de renta en el subarriendo total y de la mitad de la que corresponda al arrendamiento, en el subarriendo parcial. (Base 9.ª, ap. 11.)
- C) Contenido:
- a) Relaciones entre arrendador y subarrendador.—La autorización del primero para subarrendar no dará lugar al aumento de renta, pero aquél tendrá derecho a participar en la cuantía convenida, en el precio del subarriendo como ya preveía la ley anterior (cf Base 3.ª, ap. 6.)
- b) Relaciones entre subarrendador y subarrendatario. Determinación de la renta.—Se mantiene el precepto de que la de los subarriendos totales no excederá del doble del que corresponda al arrendamiento. (Base 3.ª, ap. 4.)
- En el subarriendo parcial se mantiene, igualmente, que no podrá percibir el inquilino por cada habitación objeto del mismo un alquiler superior a la cantidad que resulte de dividir el doble de la renta asignada al piso por el número de habitaciones no destinadas a servicios con que cuenta. (Base 3.ª, apartado 3.)
- También es novedad de la presente ley la de que arrendador y arrendatario vienen obligados a declarar a la Hacienda la participación en el precio del subarriendo que perciba el primero, y si se incumple esta obligación el subarrendatario podrá en la cuantía no declarada, la renta del subarriendo. (Base 3.ª, ap. 15.)
- c) Relaciones entre arrendador y subarrendatario.— El arrendador podrá exigir del subarrendatario el abono directo de la venta y de su participación en el precio del subarriendo, y tendrá, asimismo, acción directa para exigirle la reparación de los deterioros causados dolosa o negligentemente en la vivienda por el subarrendatario. (Base 3.ª, aps. 10 y 11.)
- d) Modificación subjetiva de la relación de subarriendo.—Se admite la cesión de los derechos y obligaciones del subarrendatario en los mismos términos que en la ley anterior (cf. Base 4.ª, ap. 5.)
- D) Resolución del subarriendo.—Tendrá lugar por haberse resuelto, a su vez, el contrato de arrendamiento y por pérdida o destrucción de la vivienda a que se refiera. (Base 11, ap. 5.) y, además, por las siguientes causas que enuncia la base 11. en su apartado 4:
- a) Para el subarrendador:
- a') Falta de pago de la renta pactada por el subarriendo.
- b') «El subarriendo o la cesión realizados por el subarrendatario.» (No obstante, cfr. Base 4.ª, ap. 5. cit. supra, d.)

- c') «La transformación de la vivienda subarrendada en local de negocio (y viceversa).»
- d') Cuando el subarrendatario cause dolosamente daños en la finca o realice determinadas obras sin consentimiento y cuando ejercite actividades inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (cf. Base 11, ap. 4, d) en relación con ap. 1, e) y f.)
- e') Vencimiento del plazo contractual, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 7 y 8 de la Base tercera.

b) Para el subarrendatario:

- a') Las señaladas en los apartados 7 y 8 de la Base tercera (ejercicio de la acción rescisoria por precio excesivo del subarriendo).
- b') Las que según el apartado 2 de la Base 11, permiten al inquilino obtener la resolución. (Vide supra B'), 3, C, b.)

2. *De locales de negocio.*—La nueva ley sólo dedica tres disposiciones especiales a este tipo de subarriendo:

- A) Exige siempre autorización expresa y escrita del arrendador.
- B) El precio será el libremente pactado.
- C) Se aplicará a esta clase de subarriendo lo dispuesto en los apartados 10 y 11 (acción directa del arrendador) y 12 (que prohíbe al subarrendatario celebrar, a su vez, contrato de subarriendo) para el de viviendas.

Estos tres preceptos están, respectivamente, contenidos en los apartados 18, 19 y 20 de la Base tercera.

E') *Modificaciones procesales más importantes.* (Base 12.)

1. *Modificaciones en cuanto a los requisitos:*

- a) Competencia.—«Para el conocimiento de todos los asuntos a que esta ley se refiere en que sea parte el Estado o los Establecimientos de Instrucción y de Beneficencia General, serán únicamente competentes los Juzgados de las poblaciones donde existan Audiencias.» (Ap. 29.)
- b) Postulación.—Si el interesado, en los casos en que la ley lo autoriza, no hace uso del derecho de comparecer y defenderse por sí mismo, habrá de valerse de abogado o procurador. (Ap. 27.)
- c) Acumulación de acciones.—Salvo en los juicios de desahucio por falta de pago, «podría el actor acumular las acciones que le asistan contra los distintos inquilinos de una misma finca, aunque lo sea por contrato diferentes, siempre que aquéllas se fundamenten en hechos comunes a todos ellos y el Juzgado sea competente por razón de la materia para el conocimiento de todas las acciones acumuladas. En igual caso podría acumular las acciones que le competan contra los distintos arrendatarios de los locales de negocio existentes en el

inmueble. No obstante, unos y otros podrán litigar con representaciones y defensa diferente. (Ap. 28.)

2. *Modificaciones en cuanto al procedimiento:*

a) Procesos ante los órganos de la Justicia municipal.

a') Resolución del arrendamiento por percibir el subarrendador rentas superiores a las que autoriza la ley. El arrendador, dentro de los treinta días siguientes de haberle notificado fehacientemente el subarrendatario la percepción de renta abusiva por el subarrendador deberá ejercitar la acción resolutoria. Se dará traslado de la demanda al huésped o subarrendatario que hubiese hecho la notificación, el cual podrá ser parte en el juicio, coadyuvando en la demanda resolutoria según escrito procesalmente articulado como tal demanda. La sentencia podrá decretar la resolución del arriendo, tanto en razón a lo alegado por el demandante como por el coadyuvante en la acción. Si notificado el arrendador no ejercita la acción resolutoria, el subarrendatario tendrá acción contra el arrendador y el subarrendador para subrogarse como inquilino en los derechos y obligaciones de dicho subarrendador, el cual será lanzado de la vivienda. Si el arrendador notificado silencia en su demanda este extremo y a causa de ello no se emplaza al notificante, podrá este, durante el año siguiente a la sentencia firme que se hubiere dictado, ejercitar la acción subrogatoria mencionada, que llevará implícito el lanzamiento del inquilino. (Apartado 5 bis.)

b) Procesos ante los jueces de primera instancia. Se sustancia como en la ley anterior por lo establecido para los incidentes, con la única modificación de que el plazo de prueba será de treinta días. (Ap. 9.)

3. *Modificaciones en cuanto a los efectos:*

a) Recursos:

a') Recursos contra las sentencias dictadas por los órganos de la Justicia municipal. Cabe la apelación en ambos efectos ante el Juez de primera instancia. Contra la sentencia que éste dicte, en apelación, cabe el recurso de «suplicación».

Régimen jurídico del recurso de suplicación:

Competencia.—Corresponde a la Audiencia Territorial.

Objeto.—El recurso ha de fundarse en infracciones de ley, de doctrina legal o, en su caso, en la errónea aplicación del abuso del derecho, y sólo en este último supuesto podrá denunciar el recurso la equivocada valoración de la prueba, según las reglas legales para su estimación.

Procedimiento.—Se interpone ante el propio Juez que falló dentro de los diez días siguientes, señalando el recurrente sucintamente las razones en que lo funda. Se da traslado

al recurrido por diez días para impugnarlo. Transcurridos este plazo, dentro de los tres días siguientes el Juzgado remitirá los autos y la pieza formada con el recurso a la Audiencia Territorial, que dictará sentencia dentro de quince días, devolviendo las actuaciones al Juzgado de origen con testimonio del fallo, para su ejecución. No procede este recurso contra las sentencias que se dicten en los desahucios por falta de pago. (Ap. 7.)

Efectos.—La sentencia dictada en el recurso de suplicación se comunicará, a instancia de parte al Ministerio fiscal y a la Delegación Nacional de Sindicatos, quienes podrán interponer contra ella recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal que se sustanciará por los trámites del artículo 1.782 de la LEC y que no tendrá más alcance que el que este precepto dispone. (Ap. 8.)

b') Recursos contra las sentencias dictadas por los Jueces de primera instancia. Puede interponerse el de apelación en ambos efectos, con la única variante, respecto a la legislación anterior, de que el plazo para comparecer ante la Audiencia es de diez días. Contra la sentencia de la Audiencia Territorial resolviendo apelación, cabe el recurso de injusticia notoria ante la Sala primera del Tribunal Supremo. (Aps. 13, 14 y 15.)

c') Consignación de rentas para recurrir.—Será requisito indispensable para recurrir que el inquilino pague o consigne la renta (ap. 22). Se exceptúa el caso del inquilino, obrero o empleado español en paro forzoso.

b) Costas.—Se regula todo lo relativo a ellas en el apartado 26. «En las apelaciones y recursos, el Juzgado o Tribunal hará sobre las costas del recurso el pronunciamiento que reputa justo en consideración a si aprecia o no temeridad en el apelante o recurrente. Cuando el recurso se declare desierto se impondrán las costas al recurrente. (Ap. 26.)

4. *Ejecución de sentencias.*—Si la sentencia contiene pronunciamiento que obligue a desalojar la vivienda, el plazo para desalojarla será de cuatro meses, prorrogables excepcionalmente por el Juez por otros dos. (Ap. 5). Sin embargo, en los desahucios por falta de pago, los plazos para desalojar del artículo 1.596 de la LEC, se entenderán exclusivamente referidos a las viviendas y locales de negocio y ampliados a dos meses, excepcionalmente prorrogables por otros dos por razones de equidad o personales del demandado. (Ap. 4 C.)

B. OBSERVACIONES.

A') La presente ley viene a sustituir en la regulación de los arrendamientos urbanos, a la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, articulada en 21 de marzo de 1947 (5), de cuyos principios esenciales no se aparta;

(5) Y modificada o completada, entre otras, por la Ley de 21 de abril de 1949 (sobre todo en el aspecto procesal) y Decretos-leyes de 20 de abril de 1951

no obstante, se advierte en el nuevo texto una mayor protección a los propietarios, en casos en que no estaría justificada la de inquilinos o arrendatarios.

Ya se advierte esta tendencia al precisar el ámbito material de la Ley, del que quedan excluidos los locales de esparcimiento y recreo, así como el uso de viviendas y locales de negocio de porteros, guardas, asalariados, etcétera, por razón de su cargo. Resulta acertado este punto de la reforma, toda vez que la prestación de vivienda a los trabajadores constituye, con frecuencia, una forma de retribución por los servicios o parte del salario en especie. De otro lado, se suprime el anómalo precepto del artículo 157 de la LAU anterior, en virtud del cual la relación laboral podía extinguirse por las causas de resolución del arriendo.

No parece tan afortunada la innovación de subordinar la aplicabilidad en los beneficios reconocidos por la ley, respecto a arrendatarios y subarrendatarios extranjeros, a la prueba del principio de reciprocidad. Dificilmente podrá ser aportada dicha prueba por los ciudadanos de países en que, no existiendo problemas de vivienda en los términos que en España no se haya previsto una situación de privilegio para inquilinos y arrendatarios. Y de otra parte, ¿cuál será la situación de los apátridas? En suma, hubiera sido preferible conservar el principio de la antigua ley, que reconocía, al menos respecto a los inquilinos, la regla de la igualdad de trato: Tal principio resultará mucho más perfecto, equitativo y en consonancia con el espíritu de la legislación común. (Art. 27 del Código Civil.)

En cuanto a la incorporación expresa de la doctrina del abuso del derecho, parece algo ambigua la expresión «manifiesto» abuso del derecho, que ya empleaba el Decreto de alquileres de 29 de diciembre de 1931, en su artículo 18, sustancialmente idéntico al precepto de la nueva ley. Pero en realidad, la eficacia de esta doctrina no resultará tanto de la fórmula empleado por la ley, como de su aplicación por los Tribunales. Y el Supremo, por otra parte, venía admitiendo la doctrina del abuso del derecho, especialmente desde la célebre sentencia de 14 de febrero de 1944.

En lo relativo a las normas sobre la renta, que se consideran punto crucial de la reforma se parte de la distinción fundamental entre los arrendamientos subsistentes y los que se perfeccionen con posterioridad a la entrada en vigor de la ley. Para estos últimos se establece el principio lógico de libertad de pacto. En cuanto a los anteriores, partiendo de la intangibilidad inicial de las rentas actuales, quiere lograrse una mejor justicia en este delicado punto mediante elevaciones autorizadas, de una parte, y por medio de las facultades revisoras concedidas al Gobierno, de otra. Se arbitra, pues, un nuevo recurso que intentará resolver o paliar la situación de desajuste con la realidad de las rentas antiguas.

Resultan también de interés las modificaciones que se operan en cuanto a la reducción de la renta a instancia del inquilino o arrendatario. [Cuando la renta declarada a efectos fiscales sea inferior a la percibida.] La novación del contrato que para estos casos preveía el artículo 133 de la LAU. antigua, queda instituida por el derecho a la reducción de la renta durante un período de dos años. Además, se incluye el principio—ya recogido por el Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954—de que la declaración de la renta efectiva por el arrendador hace cesar aquella facultad del inquilino o arrendatario (6).

Una de las novedades más salientes de la reforma es el precepto que

(sobre desahucio de locales de negocio por causa de perturbación social), 8 de febrero, 17 de mayo y 4 de agosto de 1952 (sobre ejercicio de los derechos de tanteo y retracto); Decreto de 9 de abril de 1954 (autorizando nuevos incrementos de renta), etc.

(6) Sobre esta discutida cuestión, vide GARCÍA CANTERO: "Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954, sobre declaración de rentas urbanas a la Hacienda pública"; estudio publicado en ADC, VIII, II, abril-junio 1955, págs. 497 a 513.

extiende la prórroga obligatoria a los casos de extinción del usufructo. De este modo rompe la nueva ley, de manera absoluta, con la jurisprudencia anterior que interpretaba el artículo 70 de la LAU., de acuerdo con el artículo 480 del C. c., declarando, en consecuencia, resuelto el arrendamiento concedido por el usufructuario al extinguirse el derecho de éste (7). Esta era, sin duda, la doctrina justa y tradicional. («Resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum.») Con arreglo al nuevo precepto, resulta que el usufructuario puede dar lo que no tiene: un arrendamiento que continúa más allá de los límites temporales de su propio derecho y con una consistencia y un alcance real mayores que éste (transmisibilidad hereditaria del arrendamiento, etc.).

También es de importancia la innovación operada en lo relativo a las causas de excepción a la prórroga: Resulta plausible la adición de tres nuevas causas, en que se advierte una mayor comprensión de los derechos del arrendador, frente a los del inquilino que no merece ser protegido. Pero, en todo caso, pueden hacerse algunas observaciones en esta materia.

Ante todo, puede aludirse al olvido que se hace de los hijos ilegítimos no naturales, dentro de las personas favorecidas por causa primera de excepción a la prórroga. (Igual olvido se acusa al enunciar la ley los beneficiarios en caso de subrogación, tanto «inter vivos» como «mortis causa», en que, por otra parte, vienen a incluirse los hijos adoptivos.)

Puede, asimismo, observarse que, entre las personas protegidas por la ley, para el caso de que el arrendador ejercite su derecho a la denegación de la prórroga, se incluye ahora al clero secular—en el mismo lugar que los funcionarios públicos—y a los pensionistas con hijos menores de edad. Se trata de una protección que obedece a motivos muy respetables; pero ¿por qué limitarla a estas personas? No cabe duda que existen otras situaciones de análogo desamparo social que podrían ser incluidas con igual razón.

Dentro de las causas de resolución de la relación arrendaticia, cabe mencionar que la nueva ley establece la posibilidad del lanzamiento del inquilino por la Administración mediante la vía administrativa en los casos de expropiación forzosa. Representa una novedad en las leyes arrendaticias, si bien ya estaba regulado con carácter general en otro lugar de nuestro ordenamiento jurídico (8).

En el campo del subarriendo se incluyen ahora los supuestos, antes excluidos, de «convivencia» con el inquilino de dos personas extrañas a su familia e hijos de cualquiera de ellas (art. 27 LAU. antigua). Pero el precepto que ahora regula este subarriendo especial (para el que no exige los requisitos generales de autorización del arrendador y prestación del mobiliario) está redactado de modo que provoca numerosas dudas. En efecto, al hablar de que «no exceda de dos el número de subarrendatarios que con los hijos sometidos a su potestad...», cabe preguntarse: ¿Cesará este supuesto cuando los hijos queden emancipados? Y de otra parte: ¿Por qué no se menciona a los respectivos cónyuges de los dos subarrendatarios citados?

B') Del mismo modo que en la regulación sustantiva la nueva ley, en materia procesal, reproduce, salvo escasas modificaciones, lo que constituía el régimen anterior. Entre las variantes presenta especial importancia la relativa a los plazos para desalojar las viviendas que, salvo en los desahucios por falta de pago, permitían antes de la nueva ley aplazar «sine die»

(7) Vide, entre otras, las sentencias del T. S. de 24 de junio y 14 de mayo de 1952 (ADC, VI, 4, pág. 1036 y sigs), 8 de junio de 1953 (ADC, VII, 1, pág. 291), 14 de mayo de 1954 (ADC, VII, 3, pág. 956), etc. y el comentario de VALLET DE GOYTISOLO a la STS de 12 de enero de 1955, en ADC, VIII, 3, pág. 984 y sigs.)

(8) V. Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, art. 107 y sigs. en ADC, VIII, 3, pág. 924 y sigs.

el lanzamiento. En cuanto a la intervención de abogado y procurador, se dan normas protectoras de ambas clases de profesionales forenses, no permitiendo que aquellos casos en que su intervención se dispense, pueda el litigante valerse de otra persona. Se regula también en la nueva ley la acumulación de acciones, a propósito de la cual nada decía la ley anterior, supliéndose ese silencio con las normas procesales comunes, de forma que aun sin la declaración actual, podía el arrendador acumular sus acciones al amparo del artículo 153 de la LEC.

Innovación trascendental supone la posibilidad de resolver el arriendo por percibir el subarrendatario rentas superiores a las que autoriza la ley, concediéndose al subarrendatario que notificó fehacientemente al arrendador ser abusiva la renta percibida por el subarrendador una intervención decisiva en el proceso resolutorio, circunstancia que impide la posibilidad de acuerdo entre arrendador y arrendatario para perjudicar al huésped o subarrendatario.

Es nuevo también en la ley el recurso de «suplicación», que permite impugnar las sentencias que los Jueces de primera instancia dicten en apelación. Se mejora así el régimen anterior, en el que sólo cabía contra dichas sentencias el recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal, de escasa aplicación, que no modificaba la situación inter partes y que podían interponer en cualquier tiempo y, aunque no hubieren sido parte en el litigio, el Ministerio fiscal y la Delegación Nacional de Sindicatos. Actualmente el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal podrá interponerse por el Ministerio fiscal, así como por la Delegación Nacional de Sindicatos, contra las sentencias resolutorias de los recursos de suplicación (J. L. LL. y R. P. M.)

IV. Derecho de familia.

1. MATRIMONIO CIVIL: PRUEBA: *No es suficiente la que proporciona la inscripción a efectos de la percepción de Ayuda Familiar.*

DIVORCIO: Se determinan los efectos de las distintas situaciones de los divorciados durante la vigencia de la Ley del Divorcio, en cuanto a la percepción de la Ayuda Familiar. (Orden de 26 de julio de 1955; B. O. del 29.)

A. EXPOSICIÓN: Se dicta esta orden aclarando el artículo 8.º de la Ley de 15 de julio de 1954, sobre Ayuda Familiar.

1. *Matrimonio civil.*—Los casados sólo civilmente, percibirán la asignación por matrimonio previa justificación documental de la subsistencia de dicho vínculo matrimonial, si lo hubiesen contraído durante la vigencia de la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932, siempre que no estuviesen casados con anterioridad canónicamente. También tendrán derecho a ella, los casados con posterioridad que demuestren no profesar la Religión Católica con prueba documental, y en caso de no poderla aportar mediante declaración jurada en la que se haga constar no estar bautizado, debiendo en todo caso, justificar no encontrarse su matrimonio entre los que fueron declarados nulos por la Orden de 8 de marzo de 1939 (Art. 9.º).

2. *Divorcio.*—Respecto a los divorciados durante la vigencia de la Ley del Divorcio, el artículo 10.º establece las siguientes reglas: 1.ª Los divorciados que estuviesen casados canónicamente y que posteriormente no hayan contraído nupcias civiles, tendrán derecho a la asignación por ma-

trimonio, el que hubiese sido declarado inocente en las sentencias de divorcio, y no haya solicitado la nulidad de la misma, en uso de la facultad que le confiere la Ley de 23 de septiembre de 1939; caso de haberla solicitado, deberán tenerse en cuenta las consecuencias que se deriven de aquélla con respecto a su situación matrimonial: 2.^a Los casados canónicamente, los divorciados, que hubiesen contraído un segundo matrimonio durante la vigencia de la Ley del Divorcio, perderán la asignación por matrimonio en los siguientes casos: 1.º—Hubiesen o no anulado el matrimonio, el declarado inocente. 2.º—Cuando no exista declaración de inculpabilidad en las sentencias de divorcio y éste no se encontrase anulado, perderán ambos cónyuges el derecho a la asignación de matrimonio. 3.º—Si los divorciados estuviesen ligados sólo en matrimonio civil, tendrán derecho a la asignación por matrimonio, únicamente el declarado inocente, siempre que sea el matrimonio civil de aquellos que dan derecho a percibir dicha asignación, según lo establecido en el ya transcrito artículo 9.º

3. También contiene la Orden normas interpretativas del artículo 8.º de la ley, respecto a cuándo se entiende que no hay separación de hecho (si la no convivencia obedece a enfermedad u otra causa de fuerza mayor justificada por medio de información ad perpetuum o acta de notoriedad), la separación judicial (aparte de determinar lo necesario para antes y después de que se dicte sentencia, en el artículo 6.º, se establece que la obligación de uno de los cónyuges separados de prestar alimentos o pasar una cantidad a los hijos para su educación no priva del derecho de Ayuda al cónyuge a quien con arreglo a las disposiciones anteriores le corresponda) y prueba de la reconciliación tanto si la separación fué de hecho como judicial.

B. OBSERVACIONES: 1. No basta, conforme al artículo 9.º, que se justifique la celebración del matrimonio civil para percibir la Ayuda Familiar (hecho constitutivo), sino que el solicitante debe justificar también la subsistencia de dicho vínculo (inexistencia de hechos impeditivos o extintivos). Por otra parte, se reitera a los solos efectos de la Ayuda Familiar la justificación de los extremos a que alude la Orden de 12 marzo de 1941 para la celebración del matrimonio civil; parece más lógico que bastase con justificar su celebración.

2. Sin plantearnos el discutido problema de si tienen valor constitutivo o no las actas del matrimonio civil (art. 100 C. c.) hay que señalar que la Orden de 8 de marzo de 1939, no declaró nulo ningún matrimonio, sino sólo determinadas actas. (R. I.)

DERECHOS MERCANTIL

ENTIDADES PARTICULARES DE AHORRO Y CAPITALIZACIÓN: *Se regula la constitución, funcionamiento, intervención e inspección del Estado en las Sociedades Anónimas y Asociaciones Mutuas que practiquen las operaciones de ahorro y capitalización.*

OPERACIONES DE AHORRO Y CAPITALIZACIÓN: *Se expresan cuáles son las que están prohibidas, así como la intervención administrativa en bases*

técnicas, tarifas, títulos y contratos que utilizan las entidades de ahorro y capitalización. (Ley de 22 de diciembre de 1955; B. O. del 28.)

A. AMBITO DE LA LEY: 1. *Ambito material.* «Quedan sometidas a los preceptos de esta Ley las entidades privadas que practiquen operaciones de ahorro y capitalización particular en sus distintas modalidades» (art. 1.º).

Quedan, en cambio excluidas de la presente Ley la Caja Postal de Ahorros, las Cooperativas de crédito, las Cajas Generales de Ahorro de carácter benéfico, las secciones de Ahorro de la Banca oficial y privada y los Pósitos de pescadores oficialmente clasificados como tales (art. 2.º).

2. *Ambito espacial.* Quedan sometidos al régimen de esta Ley todos los contratos y operaciones de ahorro y capitalización de las entidades a que alude el artículo 1.º que se refieran a personas que tengan su domicilio en España o que en la misma hayan efectuado la operación y los contratos relativos a españoles que sin residir en España, estipulen la sumisión de aquellos a las leyes españolas (art. 12.º).

B. ENTIDADES DE AHORRO Y CAPITALIZACIÓN:

1. *Requisitos legales para realizar operaciones de ahorro y capitalización:*

A) Requisitos previos.—Para dar comienzo a sus operaciones deberán inscribirse en el Registro especial que se lleva en la Dirección General de Seguros y Ahorro, siendo necesario para obtener esta inscripción los siguientes requisitos:

- a) Entidades españolas. .
- a') Sociedades anónimas.

1.º *Documentos.*—Deberán presentar copia auténtica de la escritura de constitución, estatutos, si no consta en la anterior, bases técnicas, tarifas, testimonio notarial de los asientos practicados en sus libros de contabilidad que acrediten la efectividad de la suscripción y desembolso del capital social, justificación de haber efectuado los depósitos y fianza de que tratan los artículos 6.º y 7.º, y certificación del acta de la sesión en que la entidad acordó solicitar la inscripción (art. 3.º).

2. *Capital y desembolso.*—Veinticinco millones de pesetas con un desembolso mínimo del 50 por 100 (art. 7.º).

3.º *Depósitos.*—De cinco millones de pesetas a disposición del Ministro de Hacienda en la Caja General o en el Banco de España, en valores públicos del Estado español admitidos al tipo medio de cotización del mes anterior al del depósito, y a la par si se cotizan sobre ésta (art. 7.º).

b) Mutualidades.—A los efectos de esta Ley serán consideradas las que reúnan las siguientes condiciones:

1) Que la personalidad colectiva y mancomunada de todos los asociados sea la entidad responsable. 2) No ser las operaciones que realcen objeto de industria para dicha colectividad. 3) Que las funciones sociales sean ejer-

cidas por un organismo representativo y amovible emanado de la voluntad colectiva de los asociados. 4) Que sean iguales los derechos y obligaciones de todos los asociados (art. 5.º).

Para la inscripción se especifican, como requisitos previos, la presentación de ciertos documentos y la constitución de determinados depósitos y fianzas.

c) Entidades extranjeras.—«Cuando en los países de origen de las entidades extranjeras solicitantes se exijan a las españolas mayor depósito que el establecido para las nacionales, el Ministro de Hacienda, a propuesta de la Dirección General de Seguros y Ahorro, podrá elevar los depósitos que las referidas entidades deban constituir en España en cuantía proporcional al que a las entidades españolas se les exija en el país respectivo (art. 7.º). También se regulan especialmente los requisitos de su inscripción.

B) Libros obligatorios.—Las entidades sometidas a esta Ley llevarán, además de los libros exigidos por el Código de Comercio, los especiales que reglamentariamente se determinen. Para cada una de las clases de operaciones que efectúe la entidad llevará una contabilidad independiente de la general (art. 16).

C) Garantías.—Además de las reservas legales y estatutarias que les correspondan, deberán constituir las siguientes reservas técnicas:

- a) Fondo de capitalización.
- b) Reserva de capital.
- c) Reserva para beneficio de los suscriptores.
- d) Reserva reguladora de desviaciones por sorteo.
- e) Reserva para obligaciones pendientes de pago (art. 19). Estas reservas deberán constituirse e invertirse como se indica en el artículo 20 de la Ley.

Las Mutualidades constituirán la reserva general de garantía y las reservas técnicas.

D) Fusión y transformación.—a) Sociedades españolas.

a') Procedimiento.—La fusión de las sociedades anónimas de capitalización se efectuará como establecen los artículos 142 y siguientes de la Ley de sociedades anónimas requiriéndose antes del acuerdo de fusión, la aprobación de la Dirección General de Seguros, oída la Junta Consultiva de estas entidades de capitalización. Antes de dictar su acuerdo, el Centro directivo decretará una visita de inspección a todas y cada una de las sociedades participantes de la fusión, y concederá un plazo de tres meses para que los suscriptores, asociados o imponentes, disconformes con la fusión lo hagan constar por escrito en dicha Dirección General, permitiéndoseles, si fuese autorizada la fusión, rescindir sus contratos con derecho a percibir la correspondiente reserva neta y la participación de los beneficios acumulados, si los hubiere (art. 23).

Las Asociaciones Mutuas podrán fusionarse entre sí o con sociedades

anónimas inscritas para el mismo tipo de operaciones, y transformarse en ésta clase de sociedades (art. 24).

b') Capital.—La sociedad resultante de la fusión acreditará un capital no inferior al de la entidad que lo tuviere mayor entre las fusionadas (art. 23).

2. *Sociedades extranjeras*.—La fusión de sociedades extranjeras, acordada en el país de origen, será autorizada por la Dirección General de Seguros cuando se justifique haberse realizado con arreglo a las leyes de su país y ambas sociedades se encuentren inscritas en España con anterioridad al acuerdo de fusión (art. 23).

3. *Beneficio fiscal*.—La disposición transitoria segunda exime del pago del impuesto que grava la fusión, absorción o transformación de las sociedades, cuando las entidades a que se refiere esta Ley, las realicen en un plazo de cinco años, a contar de la publicación de la misma.

E) *Cesión de carteras*.—Las entidades de capitalización podrán transferir sus carteras a otras que se hallen inscritas en el Registro especial, notificándolo a la Dirección General de Seguros el acuerdo de cesión, con el que acompañarán memoria, balance y cuenta de pérdidas y ganancias. La Dirección General lo concederá o denegará en un plazo de tres meses a contar desde la notificación, según el resultado de la visita de inspección que ordenará hacer a las entidades de que se trate.

La inscripción de la sociedad cedente caducará automáticamente desde la cesión y no puede volver a ser inscrita en la misma modalidad en un plazo de 10 años.

Los tenedores de títulos que no estuvieren conformes con la cesión de cartera podrán rescindir sus contratos, con derecho a percibir la correspondiente reserva neta y la participación en los beneficios acumulados, si lo hubiere (art. 25).

F) *Disolución y liquidación*.—Las entidades de capitalización se disolverán en los casos siguientes:

1) Cuando las sociedades anónimas hayan perdido la mitad de su capital suscrito.

2) Por cumplimiento del término fijado en los Estatutos o Reglamentos sociales.

3) Por terminación de la empresa que constituía su objeto o por imposibilidad de cumplir el fin social, a juicio de la Dirección General de Seguros.

4) Por la fusión o absorción prevista en el título III de esta Ley.

5) Por acuerdo de la Asamblea o Junta general extraordinaria.

6) En caso de liquidación forzosa decretada con arreglo al artículo 37 de esta Ley.

7) Por cualquier otra causa establecida en sus Estatutos o Reglamentos (art. 31) (1).

Una vez firme el acuerdo de disolución se procederá seguidamente a la liquidación, salvo en los casos de fusión o transformación. La Dirección General de Seguros decretará una visita de inspección antes de empezar la liquidación a fin de establecer, si puede llevarse a efecto por la propia entidad o si procede la intervención de la misma, proponiendo al Ministro de Hacienda, una vez realizada la liquidación, la eliminación de la entidad del Registro especial, cosa que se hará mediante orden ministerial. Hasta este momento las entidades sometidas a liquidación conservarán su personalidad jurídica (arts. 32 y 33).

C. CONTRATACIÓN DE AHORRO Y CAPITALIZACIÓN:

1. La Ley casi no afecta a los contratos que pueden realizar estas entidades. Cabe, sin embargo, citar algunas normas de interés al efecto.

1.º *Operaciones prohibidas*.—Las enumera el artículo 13:

- a) Las de los sistemas «tontino» y «chatelusiano» (2).
- b) Las de cualquier clase de participaciones de los suscriptores en los beneficios de las entidades cuando no se asigne periódicamente a cada título o contrato el importe que le corresponda en los respectivos ejercicios.
- c) Cualquier industria o negocio distinto del ahorro o capitalización.
- d) La práctica de operaciones distintas de las autorizadas en la orden ministerial de inscripción.
- e) La contratación de operaciones en moneda extranjera salvo en los casos en que lo autorice el Ministro de Hacienda.

2.º *Intervención administrativa*.—a) Las entidades de capitalización están obligadas, para ser autorizadas a operar, a presentar en el Registro especial las bases técnicas, tarifas y los títulos o contratos que se propongan utilizar en sus operaciones (art. 3.º). La existencia en los títulos o contratos de condiciones ilegales, ambiguas o lesivas para los asociados, así como cuando las tarifas, notas técnicas y demás bases carezcan de las garantías suficientes para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, son causas de denegación de la inscripción en el Registro (art. 10 d y e).

b) Para comenzar sus operaciones estas entidades se exige la autorización del Ministro de Hacienda y subsiguiente inscripción—ya dicha—en el Registro especial que se lleva en la Dirección General de Seguros (art. 3.º).

Si la inscripción fuese denegada—las causas de denegación se establecen en el artículo 10—se entenderá apurada la vía gubernativa y podrá re-

(1) Entre las causas de disolución de las entidades de capitalización, señala esta ley, al igual que la de 16 de diciembre de 1955 sobre Entidades Aseguradoras con la que guarda un paralelismo casi absoluto, la de haber perdido la mitad de su capital suscrito. Difiere, pues, este precepto del correspondiente de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige una pérdida superior a los dos tercios del capital social. El fundamento del nuevo precepto se explica teniendo en cuenta la especial significación del capital social en estas entidades que es, ante todo, de garantía.

(2) Véase sobre los sistemas «tontino» y «chatelusiano», A. D. C., VIII, 2, página 575, nota (1).

currirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero la naturaleza de alguna causa de denegación excluye la posibilidad de ese recurso como la del apartado f), artículo 10.

c) *Intervención directa*.—Tendrá lugar cuando lo pida la propia sociedad, cuando la Dirección General de Seguros compruebe el funcionamiento irregular de la entidad y cuando se apliquen las sanciones previstas en los apartados 1.º, 4.º y 5.º del artículo 37 (art. 35).

Cuando por medio de acta de inspección se compruebe la situación anormal de una entidad se decretará la intervención, que podrá ser preventiva o permanente. La primera procederá cuando la entidad hubiera perdido más de la tercera parte del capital desembolsado sin llegar a la mitad. En este caso se le concederá un plazo para que subsane las anomalías y reponga el capital perdido. Si no lo hiciera, se decretará la intervención permanente (art. 36).

d) *Sanciones*.—El artículo 37 señala las sanciones de apercibimiento, multa, suspensión temporal, intervención y liquidación forzosa, que, por infracción de esta Ley o por incumplir las órdenes emanadas de la Dirección General de Seguros y Ahorro, impongan las autoridades señaladas en el artículo 39, siempre que aquella Dirección General haya llegado al conocimiento de los hechos que las motivan por alguno de los medios señalados.

e) *Organos*.—La Dirección General de Seguros y Ahorro, del Ministerio de Hacienda, la Junta Consultiva para asesoramiento del Ministro y del Director General, y la Inspección de dicha Dirección General.

D. JURISDICCIÓN COMPETENTE: «Todas las cuestiones que se susciten con motivo de las operaciones de ahorro y capitalización verificadas por las entidades sometidas a esta Ley quedan sujetas a la jurisdicción española, sin que sea válido pacto en contrario. Con carácter puramente informativo podrá pronunciarse el Tribunal Arbitral de Seguros y Ahorro en cuantas cuestiones sobre interpretación de títulos y contratos le sean sometidas de común acuerdo por entidades y contratantes. Dicho pronunciamiento no perjudicará la acción de las partes para que en el caso de no conformarse, puedan acudir a la jurisdicción ordinaria» (art. 40). (A. P.)

DECRETOS DE COMPETENCIA

A cargo de JOSE MARIA AMUSATEGUI

PLURALIDAD DE EMBARGOS POR AUTORIDADES DISTINTAS: *Rige el principio de prioridad, aunque se hayan embargado los mismos bienes como pertenecientes a distintas personas responsables.* (D. de 19 de enero de 1956; B. O. del 22.)

A. EXPOSICIÓN: Embargados ciertos bienes en procedimiento de apremio administrativo por impago de contribuciones, fueron posteriormente reembargados (juntamente con otros) como propiedad de distinta persona (un hermano del responsable la deuda fiscal) por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia. Al anunciarse la subasta judicial se opuso el Delegado de Hacienda respecto a los bienes previamente trabados en garantía del Fisco.

Planteadamente la cuestión de competencia se decide «a favor del Delegado de Hacienda»:

Considerando. Segundo: «Que aunque... se dirijan contra personas distintas, lo cierto es que... han sido embargados los mismos bienes, lo cual no es imposible en una hipótesis de condominio, y que, por tanto, cada una de las trabas acordadas puede ser un obstáculo para el normal desarrollo del otro procedimiento, por lo que puede entenderse que existe un conflicto entre ambos que es necesario resolver.»

Tercero. «Que el criterio seguido en estos casos concede la preferencia al embargo que ha sido primero en el tiempo, sin que esto sea... prejuzgar la prelación de crédito ni los derechos que los distintos acreedores puedan ejercitar en uno y otro procedimiento» (1).

B) OBSERVACIONES: Es perfectamente correcto el criterio de esta decisión de competencias. Cuando se trata de bienes cuyo dominio se pretende y han sido embargados a nombre de distinta persona, lo que procede es el ejercicio de una tercería y no el embargo contra distinta persona.

En general, cuestiones como la presente se plantean por no utilizar los instrumentos procesales adecuados. Los dos supuestos típicos son:

1.º El embargo de bienes cuya propiedad no se discute y posterior embargo de los mismos en garantía de créditos que se estiman preferentes. Lo que procedía para evitar la cuestión era el ejercicio de una tercería

(1) V. D. 21 de mayo de 1955, en A. D. C., T. VIII, F. IV, pág.: 1309.

Ver también D. c. de 16 de mayo de 1949. También DD. cc. de 27 de agosto de 1914, 23 de agosto de 1932 y 7 de febrero de 1936.

de mejor derecho por los acreedores que se consideren preferentes. El mero embargo queda sometido al principio de prioridad.

2.º Embargo de bienes y posterior embargo como pertenecientes a otro titular (que es el caso aquí planteado). Lo que procede es la tercería de dominio (2), ejercitada por el acreedor en sustitución procesal (art. 1.111 del C. c.) de su deudor. El mero embargo es algo que afecta a la ejecución y no al fondo, y que por esta razón se somete enteramente al principio de prioridad.

(2) En el resultando tercero habla de tercería de mejor derecho, a nuestro juicio equivocadamente.

En nuestro derecho administrativo positivo se admiten las tercerías por los artículos 9.º de la Ley de Contabilidad de 1 de julio de 1911 y 230 y 231 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Luis: «Tratado de Seguros». Vol. II: «Los seguros de daños»; Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955; 647 págs.

En el presente volumen, que comprende los capítulos XXI a XL del Tratado, se estudia el contrato de seguro de daños. Se define, siguiendo a Fiorentino, como el que tiene por objeto trasladar, en todo o en parte, los efectos dañosos que determinados acontecimientos futuros e inciertos pueden producir en el patrimonio de un sujeto al patrimonio de otros, a cambio del pago de una prima o cuota; se acepta la clasificación corriente de seguros de cosas y seguros de responsabilidad; se estudia el concepto de indemnización y sus factores (suma asegurada, valor real del objeto, importe del daño asegurado). Existen ciertos hechos que concurriendo en la realización del siniestro pueden limitar la garantía del asegurador (caso fortuito, malquerencia de extraños, delito, vicio propio de la cosa, etc.), que son examinados con atención. Asimismo, es objeto de un capítulo especial el riesgo extraordinario o catastrófico y el de guerra, de los cuales nuestra Patria posee una interesante experiencia desde 1936; lo que podemos llamar «pequeña historia del riesgo catastrófico» es recogida con gran minuciosidad, desde el Decreto de 5 de mayo de 1944 hasta la Ley de 16 de diciembre de 1954 que refunde en un «Consortio de compensación de Seguros» los diversos existentes. El capítulo XXIV se dedica a la llamada regla proporcional para el cálculo de la indemnización, sus limitaciones convencionales y los problemas que plantea la desvalorización monetaria. El cuadro de obligaciones del asegurador y del asegurado se expone en los capítulos siguientes; en cuanto a las últimas, y con ocasión de exponer lo que el autor denomina «cláusula de dirección del proceso», creemos percibir cierta orientación de privatización del Derecho penal, a todas luces inadmisibles (1). En los capítulos XXVIII al XL el autor expone las diferentes clases de seguros de daños con una amplitud que pocas veces es posible encontrar; algunas veces —por ej., seguro de robo, de transporte— es muy detallado el estudio que se hace, otras es más breve o se limita a una ligera descripción de la naturaleza.

Se va confirmando la impresión de que estamos en presencia de un verdadero Tratado, al que no puede negarse un aceptable criterio científico en la ordenación del utilísimo material acumulado por el autor: al

(1) En la página 174 se dice: «Si una víctima es debidamente indemnizada puede influir decisivamente su testimonio en el sumario instruido para apreciar o no responsabilidad penal en el asegurado. Es... de sumo interés para este último el que se llegue a una transacción pecuniaria con la víctima, con tal de que no se trate de una petición exorbitante.» Reconocemos que la práctica diaria ofrece demasiados ejemplos de algo muy semejante, pero ello constituye una desnaturalización del proceso penal.

fin de cada capítulo se inserta la jurisprudencia de nuestro T. S. y también la del Tribunal Arbitral de Seguros. No faltan indicaciones de legislación comparada.

Gabriel GARCIA CANTERO

BENITEZ DE LUGO, REYMUNDO, Luis: «Tratado de Seguros». Vol. III: Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955.

El presente libro constituye uno de los cinco volúmenes que sobre el tema de los seguros ha escrito el Sr. Benítez de Lugo. Con un total de 625 páginas trata en el mismo de diversas materias que se distribuyen en forma orgánica de la siguiente manera, dentro del plan general de la obra:

Parte cuarta: Los seguros de personas.—Integra los capítulos XLI a L.

Parte quinta: Contratos derivados del de seguros.—Capítulos LI a LVI.

Parte sexta: Contratos imperfectos de seguros.—Capítulos LVII a LVIII.

Parte séptima: Regímenes legales de las empresas de Seguros privados.—Capítulos LIX a LXI.

La primera de las citadas partes se distribuye a su vez entre el estudio del seguro de Vida, el seguro de Accidentes, el seguro voluntario de Enfermedad, el de Enterramiento y el de Viajeros.

Entre los contratos derivados del de seguro se tratan el reaseguro, coaseguro, contraseguro, seguro subsidiario, recoaseguro o coaseguro interno, y, finalmente, co-reaseguro.

Los contratos imperfectos de seguros estudiados por el autor son el contrato de ahorro, los sistemas de «cadena», el contrato de capitalización, el contrato tontino y, por último, el llamado contrato de previsión o chate-lusiano.

La última parte del libro se dedica al examen de la política intervencionista del Estado y del control financiero o fiscalización administrativa de las entidades aseguradoras.

Características generales de este volumen son tanto la claridad y tratamiento profundo de las cuestiones expuestas, como su valor práctico que se manifiesta no sólo en la acertada exposición de la legalidad vigente en España, sino también de los avances experimentados en el Derecho comparado, tendencias doctrinales y jurisprudencia moderna.

Obra de orientación, examina a través de una vasta experiencia del autor y de su agudo razonamiento, interesantes problemas de política legislativa en materia de seguros de un interés evidente e importancia fundamental para la reglamentación de esta difícil rama de la economía y el Derecho patrios.

En resumen, dado el interés de la materia y los méritos intrínsecos del libro, es lectura recomendable para todos.

Rafael RUIZ GALLARDON

BOBBIO, Norberto: «Studi sulla Teoria Generale del Diritto». Turin, 1955, VIII + 156 págs.

En este volumen presentado por la Editorial Giappichelli, se recogen siete trabajos del autor, publicados entre 1949 y 1954, en diversas revistas italianas. Una pequeña introducción pretende dar unidad a los temas en ellos tratados. Realmente la unidad se advierte más que en el modo de exponer o en el tema único o central, en la idea jurídica que el autor profesa.

No es raro que un autor italiano que ha estudiado la obra de Carnelutti y a quienes preocupa la teoría pura del Derecho en los tiempos de su más pura formulación, y los autores que más o menos la siguen, sea normativista, amigo más de la forma que del fondo, de la lógica que del contenido, de la eficacia que del valor. No sorprende tampoco que a la teoría general del Derecho se le atribuya un papel de cúpula por encima de la Filosofía del Derecho, que se ocupa de la justicia y del Derecho positivo, que se ocupa de los efectos de la ley. Por encima del valor ético y del contenido de las normas la teoría general del Derecho estudia el fenómeno jurídico en su estructura normativa.

El autor se da cuenta e intenta rebatir unas posibles objeciones de lectores timoratos. Pero defender las tendencias normativas formalistas con argumentos formalistas normativos constituye una petición de principio que no puede convencer.

Así se comprende que los siete trabajos que componen el volumen tengan más valor como resumen de las doctrinas que deslumbran al autor —Carnelutti, Kelsen, Haegaert— que como valoración crítica de tales posiciones. Desde este punto de vista la utilidad más patente del libro estriba en que sus capítulos pueden servir de estudio preliminar para poseer las coordenadas en las que centrar las obras de los autores a los que Bobbio glosa.

J. M. DESANTES

COSSIO, Alfonso de: «El dolo en el Derecho civil». Madrid, Ed. Rev. de Der. Priv., 1955; 382 págs.

Habiendo llegado a la cátedra a los veinticuatro años de edad, el profesor Cossio cumplirá pronto otros veinte de directa labor universitaria. Ha publicado tres libros y numerosos trabajos monográficos, y pronunciado varias conferencias de que queda perdurable recuerdo. Quizá todo ésto pueda justificar que encabecemos esta breve nota sobre su última obra con unas consideraciones sobre la personalidad del A.

Contra lo que ocurre en otros países, desdeñamos con frecuencia el ocuparnos de intuir, a través de los escritos, el alma del autor que ha de vivir en ellos. Bien es verdad, que, por desgracia, abunda entre nuestros juristas la prosa impersonal y mediocre, el comentario insugente, las páginas atiborradas de zurcidos y de citas, la pobreza del sistema expositivo, y, la con-

fusión sobre las ideas históricas en que nuestro derecho se funda. A pesar de su aparente brillantez, gran parte de las publicaciones con que hoy contamos son prácticas a la hora de plagiar y completamente inservibles cuando de pensar llega el momento. Y no extraña que sea imposible encontrar en estas obras, detrás de pobres latidos, el alma de una idea, la línea vital de un pensamiento, una convicción profunda, y una creación inspirada del derecho.

En el profesor Cossío—siempre enjuiciado a través de sus obras—encontramos invariablemente una idea jurídica general que, si se me permite decirlo, es sólo jurídica por accidente, pues bajo otra forma podría haber sido teológica o metafísica. Al enfocar cualquier problema de la vida jurídica, parece que el autor parta siempre de esta idea central: que el Derecho ha de rechazar todo resultado que repugne (y ha de acoger toda situación que se acomode) al común sentir moral y jurídico de los obligados a cumplirla. Tal vez pueda haber influido en este concepto el estudio concienzudo del Derecho germánico en tiempos que pugnaba por entrar en su espíritu la doctrina de la escuela de Tubinga. Quizá una sublime intuición sociológica. Sea de ello lo que quiera, esta postura debe encontrar apoyo en nuestro propio Derecho positivo. Sin necesidad de pensar en el paralelismo entre la Ley y la costumbre, basta considerar la remisión reiterada de nuestro Código civil a los usos y a la buena fe, y el valor legal concedido a las buenas costumbres y a la moral pública. Y hasta nos atreveríamos a decir que, el castigo al fraude de la Ley, a pesar de su habitual tratamiento, encuentra su decidido entronque en el concepto más general de la buena fe en el cumplimiento de la norma: única manera de poder aceptar—a mi parecer—que la lucha contra el fraude de la Ley pueda ser preventiva además de represiva.

Este concepto íntimo de lo socialmente justo se hermana en Cossío al profundo dominio del Derecho romano. Un conocimiento superior al normal en cualquier civilista. Deben recordarse su primitiva preparación clásica y sus trabajos doctorales sobre el Derecho romano, que dieron el fruto de una tesis sobre la distinción entre «*Res mancipi* y *res nec mancipi*». Pudo apreciarse la misma directriz en algunos de sus trabajos, como el de «*Los riesgos en la compraventa*» y el «*Tratado de Arrendamientos Urbanos*», cuya primera parte es, a estos efectos, de valor inapreciable. Y en la obra que da ocasión a ésta nota, la formación romanista del autor se manifiesta en los estudios de primera mano sobre el «*dolus malus*», las «*actio*» y «*exceptio*», «*doli*» y el dolo «*in contrahendo*», a los que dedica una parte proporcional de aquélla; en la cual merece atención especial la consideración del dolo, como vicio del contrato, en el Derecho intermedio (páginas 266-269).

Estos datos y la agilidad de su pensamiento, que le lleva a plantearse continuos problemas como piedra de toque para comprobación de sus teorías (véase, por ej., la parte dedicada en la obra comentada a la responsabilidad civil nacida de delito penal—págs. 153 a 199—, los supuestos de aplicación de la excepción de dolo—págs. 243 a 257—, el dolo en sus contratos nulos—págs. 372 a 382—, etc.), nos representan al profesor Cossío con esa

calidad cordial y escasa que caracteriza al jurisprudente. Todo ésto puede resultar a algunos arcaico o reminiscente; a otros, la precursión de una nueva actitud ante el Derecho. Pero no cabe duda de que representa una postura merecedora de atención: porque es personal, decidida y recta. De cualquier cosa podrá acusarse a Cossío menos de que esconde la cabeza bajo el ala cual cigüeña (sic), como con discutible estampa zoológica se afirmó en cierta ocasión.

Todas éstas consideraciones se destacan en la obra comentada, que prodiga las incursiones en diversos temas marginales. Alguna de ellas quizá pudiera estimarse más propia de una pieza de ensayo jurídico que de una monografía práctica (calidad que distingue a la colección a que ha sido incorporada). Tal ocurre, por ejemplo, con el concepto de pecado, que el autor aborda con el pie forzado de un texto de Pomponio (págs. 14 a 18). Pero, otras, son como ráfagas en que se nos manifiesta el criterio particular y progresivo del A. respecto a ideas básicas del Derecho civil. Así, no habíamos leído en lengua castellana una exposición tan elegante y selecta de los *tratos previos* como la ofrecida en las páginas 216 a 281 de la obra. Y en esta misma línea, podemos destacar las observaciones sobre el *negocio jurídico* (págs. 61-69), las *fuentes de las obligaciones* (págs. 56-58), el *abuso del Derecho* (págs. 81-84, 234-240 y 242), la interpretación del *artículo 1.258 del Código civil* (págs. 227-228), las diferencias entre *el error y el dolo* (págs. 315-322), la evolución de doctrina de las *anormalidades del negocio jurídico* (págs. 311-315), el concepto de *la excepción* (págs. 212-221), *el dolo procesal* (págs. 240-242), etc.

En cuanto al fondo del tema, la obra puede considerarse dividida en dos secciones autónomas: La primera, tras una introducción general, comprende los capítulos I (acción de dolo), y II (excepción de dolo). La segunda abarca el dolo in contrahendo y la teoría del dolo como vicio del consentimiento.

El estudio de la acción y de la excepción de dolo se apoya en tres premisas que forman el nervio de toda argumentación:

a) Dentro de nuestro Derecho cualquier acto *inmoral* que cause daño a otro, constituye, por eso sólo, un delito civil. Su noción comprende, por tanto, no sólo la responsabilidad extracontractual, sino la que se produce en el cumplimiento de obligaciones, y tanto los hechos prohibidos expresamente por la Ley como los que no lo sean.

b) La Jurisprudencia, atendiendo a la autonomía de la acción de dolo y a la gravedad que el delito civil reviste, debería aplicar un régimen más riguroso en la determinación y liquidación de los daños, y criterios análogos a los empleados en el campo penal.

c) Sería de desear que la legislación otorgara efectos penales al dolo civil, cuando menos mediante penas de carácter privado y preventivo.

d) En cuanto a la excepción de dolo, debiera consagrarla clara y terminantemente nuestro Derecho positivo, fundándola en las normas objetivas y permanentes del *Derecho natural*. Sin embargo, aun hoy, a pesar de que el Derecho actual es ajeno al formalismo estricto, puede admitirse la «excepción» tanto general como especial.

La última parte, que por su perfecta trabazón, podría constituir una monografía independiente, está dedicada al dolo in contrahendo. Tras una breve exposición del Derecho romano, estudia el autor el dolo en los tratos previos, en la perfección del contrato y en los contratos nulos. Destacando un cuidadoso recorrido por el tema en Derecho anglo-sajón ciertas originales consideraciones sobre la distinción entre dolo causante y dolo incidental, y la determinación de los elementos del dolo como vicio del consentimiento.

En el aspecto de forma, Cossío continúa empleando en la exposición de sus doctrinas el mismo estilo elegante y persuasivo que caracteriza a sus demás producciones y que tanto nos admiró en sus lecciones de Derecho hipotecario. El orden y la claridad expositivos sólo se ven alterados por citas escasas, oportunas y bien dosificadas: lo que, definitivamente, coloca al autor fuera de la regocijante sátira cervantina.

En suma, ante esta obra fundamental, nueva y vigorosa, el lector versado ha de reaccionar con inspiración y sorpresa. Porque ve en el profesor Cossío algo que, como ninguno, nos supo ofrecer Llewellyn: un hombre que busca en las Instituciones jurídicas la luz necesaria, pero también, en todo caso, su belleza.

Francisco C. VILLAVICENCIO

Catedrático de Derecho civil

GARCIA VALDECASAS Y GARCIA VALDECASAS, Alfonso: «Las creencias sociales y el Derecho» (Discurso de recepción del Académico de número Excmo. Sr. D. ...); R. A. de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1955; 56 págs.

Considera Planiol («Traité élémentaire de Droit Civil», 5.^a ed., 1950, página 8) como factores que entran en la formación del Derecho, los siguientes:

Las condiciones de hecho (donné réel), la tradición (donné historique), los hábitos de vida y de espíritu (donné rationnel) y el ideal de justicia (donné idéal); a continuación analiza cada uno de ellos desde el punto de vista que podemos denominar estático.

El catedrático de la Universidad de Madrid Sr. García Valdecasas, en su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y bajo el título «Las creencias sociales y el Derecho», se ocupó de un tema en gran parte coincidente, pero enfocado desde un punto de vista que podemos denominar dinámico.

Comienza afirmando que parece innecesario decir que tiene que existir una relación entre el derecho de un pueblo y su tradición; mas de lo que se trata es de preguntarse por la ley o leyes, si es que las hay, de conexión histórica entre las creencias de un pueblo y su derecho. ¿Hay entre creencias y derecho relación de antecedente y consecuente, de causa a efecto? ¿O es de acción recíproca? ¿Qué ritmo temporal habrá en su relación? ¿Podrá haber entre unas y otro oposición o tensión? Y, en cada caso, ¿qué nos podrá dar razón del fenómeno?

Toma, como punto de partida, la influencia de las otras ciencias en la del derecho; relación evidente, pues si la ciencia del derecho es ciencia, algo tendrá que ver con las otras. Obtiene una primera conclusión: históricamente, la conexión entre el derecho y las ciencias está condicionada por el sistema de creencias en que la sociedad vive. Las creencias sociales son un «prius» del derecho; el derecho ha ido reflejando creencias ancestrales, y todavía en parte las refleja. El derecho, en parte al menos, responde a las creencias del pasado, pero estas últimas no son inmutables, sino que sufren el embate de las creencias en formación, de aquí que puede preguntarse: ¿cuál será la relación entre las creencias nuevas y el derecho?

El ordenamiento jurídico, el derecho vigente, aparecerá corrientemente a los ojos del contemporáneo como «retrasado»; existirá una indudable tensión. El autor recoge la gráfica expresión, de cuño sociológico, de «superstición jurídica»; cuando la creencia social general ha consagrado otro derecho, los residuos del antiguo son como una superstición frente al nuevo orden jurídico.

La tensión del derecho es, a su vez, un caso de un fenómeno más general: el de la tensión entre las creencias sociales recibidas y las nuevas creencias en gestación; y aquí un nuevo problema: el de la formación y transformación de las creencias sociales.

Todo hombre aprende por lenguaje y ejemplo un conjunto de creencias con las que afronta la realidad; son para él creencias recibidas. Pero el hecho de que las sociedades humanas varíen como realidad temporal es un supuesto determinante de la variación de las creencias.

Las creencias a que llega una generación, partiendo de las que recibió, son una interpretación de la realidad. Esa interpretación, su punto de llegada, la transmite como creencia a la generación siguiente; para ésta es un punto de partida.

Cada generación, al enfrentarse con el mundo de creencias que se han formado en el decurso del tiempo y en la sucesión de las generaciones que la precedieron, puede adoptar dos actitudes fundamentales: de conservación, manteniéndolas inalteradas—lo cual conduce a la estabilidad social—, o de oposición radical, de revolucionaria renovación de creencias—lo cual tiende a producir nuevos cambios. Estas dos actitudes extremas son la actitud consuetudinaria y la actitud revolucionaria.

Es imposible que en una sociedad se actúe exclusivamente por costumbre; pero tampoco podría haber una sociedad humana que careciese de costumbre. Ahora bien; ¿en qué consiste la fuerza persuasiva o impositiva con que se nos aparece el comportamiento que es acostumbrado? Cuando el hombre ha resuelto una situación, repite la respuesta encontrada ante situaciones análogas; la respuesta generalizada, mecanizada ante una situación dada, es la costumbre.

Lo consuetudinario es un vehículo de lo tradicional, mas no se identifica con la tradición. Lo consuetudinario conserva lo tradicional (en la forma de tradición social), pero es como su elemento de inercia. Hay en la tradición otro elemento, dinámico, que se conjuga con el elemento consuetudinario, inerte, y transforma su sentido. «La tradición es por esencia y raíz acto de entrega».

La tradición no es, pues, el depósito, el tesoro del pasado; eso es, a lo más, el objeto con que la tradición opera. La tradición no es nunca la mera conservación y transmisión de un acervo antiguo. Es, al contrario, un acto de discernimiento estimativo, de selección positiva del saber adquirido. La tradición se nos revela como categoría fundamental de la vida social y como supuesto formal de que tenga la sociedad misma eso que llamamos historia. El hombre es, por esencia, un ser constitutivamente tradicional.

La actitud revolucionaria, en su radicalismo total, es un imposible absoluto. Las revoluciones son siempre parciales, aunque pretendan ser totales, y siempre relativas, aunque pretendan ser absolutas. Así, el Código de Napoleón, que se presentaba como triunfo revolucionario, resultó ser un monumento a la tradición jurídica. Además existe una tradición revolucionaria, pues lo nuevo deja de serlo a la siguiente generación.

De lo expuesto, ¿qué consecuencias resultan para la doctrina del derecho y del Estado? El profesor García Valdecasas enumera algunas de las importantes:

El derecho está en la sociedad para necesidades suyas esenciales y respondiendo a creencias y actitudes comunes. El derecho no hace contenido suyo creencias y actitudes nuevas hasta que se han generalizado e inveterado: este proceso es de pura evidencia en el derecho consuetudinario; por algo la costumbre jurídica se forma a compás, aunque moroso, de la vida orgánica de la sociedad. Con más urgencia—sin duda, a veces, con más precipitación—procede el derecho legislativo elaborado por los órganos del Estado. Sería de mucho interés examinar hasta qué punto esta múltiple, invasora actividad normativa de los Estados nuevos llega a ser plenamente derecho. Los efectos de la «inflación jurídica» son de naturaleza idéntica a los de la económica; la proliferación excesiva del derecho promulgado acaba por diluir y desmedrar la vigencia específica del derecho así producido. Esta es la difícil y alta misión del Estado: ha de respetar el derecho, ha de mantenerlo, pero ha de salir también al encuentro de las nuevas necesidades de la vida social, dando cuerpo a las aspiraciones y tendencias legítimas que en la transformación de la sociedad se diseñan y evitando las innovaciones extrañas que puedan perturbar su sana evolución.

Por su parte, la ciencia del derecho no puede hoy limitarse a la interpretación interna de los preceptos jurídicos ni tampoco a la mera formación de preceptos técnicos. El jurista, como uno de los temas capitales de su ciencia, debe proponerse la previsión y orientación del futuro social; debe prestar especial atención a la Sociología; y todo ello desde una actitud ética. Las ciencias «morales» tienen que recobrar a marchas forzadas el terreno perdido, y no ya por razón de sí propias, sino porque lo necesita con apremio quien es su autor y en parte su criatura, el hombre mismo. No es urgente hoy desencadenar nuevas energías físicas, es urgente domeñar su empleo, alumbrando nuevas fuerzas espirituales.

Hemos querido dar una idea del riquísimo contenido de esta disertación del profesor D. Alfonso García Valdecasas, que interesa al jurista en general y que ofrece para el iusprivatista unos puntos de vista muy sugestivos sobre costumbre y derecho consuetudinario, tradición y revolución, investi-

gación de la paternidad y filiación, y en general sobre la formación del derecho.

Gabriel GARCIA CANTERO

Doctor en Derecho. Juez de Primera Instancia

GIOIA, Antonio: «L'azione surrogatoria nel Diritto vigente». Nápoles, 1955, XIII + 244 págs.

El Código de Napoleón, en su artículo 1.166, fijó el precepto acogedor de la acción subrogatoria en el Derecho francés entre los efectos de las obligaciones. Los códigos que le siguieron, más o menos abiertamente, dejaron la insitución enquistada en las disposiciones sobre obligaciones. Este encorsetamiento propio del procedimiento codificador y el hecho de que las escuelas positivistas y exegéticas que a las codificaciones siguieron no se preocupasen del origen histórico de la acción subrogatoria, ensombrecieron su naturaleza jurídica y empuqueñecieron su función propia y el campo de sus aplicaciones prácticas.

El Código italiano de 1942, da a la acción subrogatoria por su sistematización, una amplitud general y, aun conservando casi literalmente en el artículo 2.900 el mismo texto que formulaba el artículo 1.234 del viejo Código civil de 1865, se puede decir que ha centrado la acción en su auténtica función instrumental de medio para la tutela de los derechos del acreedor.

Esta diversidad de apreciación legislativa divide a la doctrina. Existe una idea restringida de la acción subrogatoria como efecto anormal de las obligaciones, producido, precisamente, cuando se da su incumplimiento. Este es el criterio de los autores españoles, explicable dada la impronta francesa que se encuentra en nuestro artículo 1.111, aun cuando haya motivos para ampliar su sentido literal estricto. Pero lo curioso es que todavía representa la opinión sostenida en parte de la doctrina italiana, con el profesor Barassi a la cabeza. Frente a esta concepción estrecha, se alza otra más amplia a la que pertenece de lleno el libro de Gioia. Según ella, siempre que exista un crédito y un sujeto que tenga su titularidad, cuantas veces pueda conseguirse una ventaja económica a través del cambio del sujeto pasivo de la ejecución, es concebible la subrogación del acreedor en las relaciones entre su deudor y el deudor de este último. Aún se podría añadir un tercer concepto amplísimo que pretende extender la acción subrogatoria a las relaciones jurídico-públicas, pero éste, más discutible, no tiene importancia para nosotros.

La ampliación del campo de la acción subrogatoria tiene ventajas, no solamente de orden práctico, sino también de perspectiva doctrinal. Claro que en la euforia puede existir un peligro de extralimitación del que no se libra la monografía que comentamos, sobre todo en el capítulo de las aplicaciones concretas. Pero, a pesar de este riesgo, la ventaja es mayor si se tiene en cuenta que las ideas de los comentaristas del Código y de los autores que beben en ellos, una vez arrumbadas, producen un vacío que hay que llenar recurriendo al examen histórico y al replanteamiento de la na-

turaliza jurídica de la institución. Lo que siempre resulta fecundo, y este caso no constituye excepción. Por otra parte, la falta de doctrina sustantiva hace volver los ojos a la literatura procesalista que, en el campo concreto de la acción subrogatoria, también produce efectos saludables.

Todas estas características hacen, de la obra valiente de Gioia, un trabajo interesante y bastante completo en el que un capítulo entero extiende las consideraciones obtenidas en el campo civil al del comercio y al concursal. El objeto, los sujetos, el contenido, los efectos y aplicaciones quedan delineados en la obra. Mención especial merece su entronque procesal, al que quizá le sobre ambición y le falte un tratamiento más detenido y exhaustivo de sus problemas.

La parte quinta dedicada a las aplicaciones de la acción subrogatoria al Derecho civil, constituye una invitación al estudio comparativo de las ricas posibilidades obtenidas en el Derecho italiano y la escasa aplicación práctica que la institución ofrece en Derecho español.

J. M. DESANTES

GIULIANO, Enrico: «La compensazione. Con particolare riguardo alle procedure concorsuali». Milán, 1955; VIII + 198 págs.

La Editorial milanese Giuffrè publica en este volumen, que ostenta el número 2 en la colección de monografías del *Centro Italiano di Studi Giuridici*, la obra premiada en el concurso que sobre el tema convocó en 1952 este Centro y que falló una Comisión compuesta por V. Galizia, B. Biondi, E. Pinzi, A. Scialoja y C. Giussani. En Italia, donde la producción científica en el Derecho—sobre todo en el Derecho civil y en el aspecto monográfico—es tan abundante, un galardón de esta índole es ya garantía de que estamos ante un libro, cuando menos, interesante.

Su lectura no defrauda. Principalmente porque a un conocimiento de la mecánica de la compensación y de sus problemas en la legislación italiana—no raro dada la condición de Juez del autor—se une la perspicacia de las soluciones doctrinales, que no son mera consecuencia de una inteligencia ordenada o de una intuición bien dirigida, sino de un estudio dogmático e históricamente bien planteado y conducido críticamente.

El libro, como su título indica, tiene dos partes bien definidas. La primera, que pudiéramos llamar general, se propone, en el doble plano dogmático y positivo, encontrar los principios que informan la compensación en el Derecho histórico comparado y, particularmente, en el Derecho italiano. La compensación, prefijada como modo excepcional de extinción de las obligaciones, se descompone en sus tres elementos: sujeto, objeto y contenido, encontrando éste a través de lo que pudiéramos llamar mecánica de la actividad compensatoria. Esta tercera parte, la más detenidamente estudiada del libro, configura completamente el perfil institucional del tema para dar base firme a la exégesis de los preceptos sobre el tema con vista al problema específico que plantea la segunda parte.

Este concreto planteamiento la encabeza. El problema capital que la compensación presenta en los procedimientos concursales dominados por el

principio «par conditio creditorum», es que el acreedor que libera su crédito por compensación, sustrae del patrimonio concursal un valor que sólo a él beneficia. Aquí es donde la historia de la posición doctrinal y legal ante la cuestión, lleva al autor por un camino seguro, destacando, por su dificultad el estudio del Derecho común, en el que tiene fundamental importancia la obra de nuestro Salgado de Somoza. El autor, en la última parte de la obra, está en condiciones de obtener conclusiones definitivas en torno a la posibilidad de la compensación en el Derecho italiano de procedimientos concursales.

Este planteamiento universal del tema e incluso su método aplicativo al Derecho de Italia, es lo que da tal valor científico a la investigación de Giuliano que hará necesaria en adelante su consulta para afrontar cualquier aspecto relacionado con la doblemente intrincada problemática de la compensación.

J. M. DESANTES

LACRUZ BERDEJO. José Luis: «Lecciones de Derecho inmobiliario registral». Zaragoza, 1955; 258 págs.

Contiene ésta obra las explicaciones realizadas en la primera cátedra de Derecho civil de la Facultad de Zaragoza durante el curso 1954-55 por su titular, el profesor Lacruz Berdejo, y los profesores Albalade Giménez, Alonso y Lambán, Pérez Martínez y Sancho Rebullida. En ella se abordan las cuestiones generales del Derecho inmobiliario registral de acuerdo con una sistemática propia y original; es propósito del libro suplir la falta de textos adecuados en una materia tan importante para el estudiante de Derecho como es el Derecho hipotecario.

En los capítulos I, II, y III se exponen sucesivamente las ideas generales acerca del Registro de la Propiedad y el Derecho inmobiliario registral, la evolución histórica de la publicidad inmobiliaria en los Derechos griego, egipcio, romano y germánicos, y los diversos sistemas inmobiliarios existentes en la actualidad. En el capítulo IV examina Pérez Martínez la legislación hipotecaria española en sus vicisitudes históricas y situación actual, y describe el régimen hipotecario vigente en los territorios españoles de Africa; dentro de éste capítulo señala Lacruz cuál es el carácter y valor expositivo de los denominados «principios hipotecarios». En el capítulo V, dedicado a los elementos de la relación registral, se analiza el concepto de finca en sentido material y formal, sus diversas clases y modificaciones, los derechos y actos que tienen acceso al Registro, y el titular registral en sus diferentes supuestos. La inscripción es el objeto del capítulo VI, en el que se contempla, entre otros, el controvertido problema de si la inscripción suple a la tradición: cree Lacruz que la inscripción no suple a la tradición, sino que la presupone, ya que la tradición instrumental del artículo 1.462 C. c. perfecciona el acto transmisivo sin necesidad de posesión en el *tradens*; concluye este capítulo con el estudio crítico que Albalade Giménez hace del artículo 313 L. H. Las repercusiones registrales de la regla *prior tempore potior iure*, el rango de los derechos reales limitados, la permuta de puestos registrales, la reserva de rango y

los presupuestos y significado del cierre registral son los temas tratados en el capítulo VII.

El capítulo VIII se refiere a la eficacia defensiva de la inscripción. Señala Lacruz que la inscripción registral no constituye un título, pero produce la presunción *iuris tantum* de que el título existe. La naturaleza jurídica del proceso regulado en el artículo 41 L. H. es examinada por Albalate Giménez, quien sostiene, siguiendo a Herce, que se trata de un proceso declarativo especial y sumario; las causas de oposición a éste proceso son objeto de una fina exégesis por parte de Albalate. A propósito de las presunciones de los artículos 35 y 38 L. H., cree Lacruz que lo que se presume es la posesión civil en el sentido de los artículos 430 ss., C. c., la cual podrá ser desvirtuada por la prueba de la posesión jurídica (plena o mediata) de otro sujeto. En el capítulo IX se examina la eficacia ofensiva de la inscripción. Sostiene Lacruz, siguiendo a Núñez Lagos, que el requisito de previa inscripción no viene exigido en todos los supuestos de protección registral: lo exige el artículo 43 que defiende al titular registral de la nulidad o resolución del asiento o derecho de su causante registral, no lo exige el artículo 32 L. H., que protege al titular registral contra el título no inscrito; el requisito de onerosidad y de buena fe es necesario, en contra de lo que opina Núñez Lagos en ambas hipótesis. El ámbito de la protección registral es estudiado por Alonso y Lambán y Sancho Rebullida. Albalate Giménez analiza los presupuestos de la misma. El último tema del capítulo es la mecánica de la adquisición registral «a non domino» que para Lacruz es una adquisición derivativa en la que intervienen el negocio jurídico y la ley.

En el capítulo X estudia Alonso y Lambán el concepto, requisitos y efectos de la anotación preventiva, la nota marginal y la mención. Dentro del capítulo XI (extinción y cancelación) merece destacarse el examen que Alonso y Lambán hace de la nulidad de las constataciones registrales, distinguiendo la cancelación o rectificación de la inscripción por ineficacia del título de la cancelación o rectificación registral por nulidad de las inscripciones.

En los capítulos XII a XV expone Sancho Rebullida, de manera clara y concisa, la organización formal de la publicidad inmobiliaria. De las numerosas cuestiones tratadas en estos capítulos, presenta gran interés el original estudio que Sancho Rebullida hace del denominado principio de tracto sucesivo, así como las conclusiones sentadas por este autor en torno a la diferencia entre inmatriculación y primera inscripción, y con respecto al significado de la llamada reanudación del tracto sucesivo.

Es fácil ver la importancia que estas *Lecciones* tienen para el Derecho inmobiliario registral español. Sería interesante detenerse en la consideración de muchos de los problemas en ellas tratados, y dar mayor relieve a la originalidad de gran número de las soluciones propuestas. Quede todo para el momento, no lejano, de la publicación del Tratado de Derecho inmobiliario registral, en el que, sin duda, desembocará la ulterior revisión a que alude el profesor Lacruz en el Prólogo de sus *Lecciones*.

MIRABELLI, Giuseppe: «L'atto non negoziale nel Diritto privato italiano».
Ed. Jovene. Napoli, 1955; XI, 447 págs.

Parte el autor, en este sugestivo y amplio estudio de los actos no negociables, del artículo 1.324 del C. C. italiano vigente, que extiende las normas contractuales a todos los actos intervivos patrimoniales, en cuanto sean aplicables y no se hallen excluidas.

Pero se aparta en seguida de pautas legales, y ordena esta exposición doctrinal con arreglo a sistemática peculiar, luego de salvar las clasificaciones prevalentes de Manigk y de Klein, a las que—no obstante—hay, a lo largo de la obra, continuas referencias y cotejos. Estamos, con la que ahora se resume, ante una obra que habrá de ser consultada muchos años, cuando se estudie el todavía en mantillas campo de lo que no llega a ser negocio jurídico: fecundo, amplísimo, pero que se escurre (por lo menos actualmente) a un encuadre sistemático satisfactorio y definitivo.

En cuatro grandes partes—que el autor titula capítulos—está dividida esta sugestiva obra.

-El primero de esos capítulos es de carácter general, comenzando por una referencia, profunda pero breve, a los negocios jurídicos, cuyo concepto es técnico, lógico, y cuya historia recuerda someramente el autor; resumen éste que le da pie para entrar en materia y estudiar ya—aunque en términos generales—los que son objeto de la obra: los que no son negocio jurídico. A seguido proyecta ya la sistemática a seguir en las otras tres partes, o partes especiales, que dedicará a los puramente exteriores, actos exteriores que son precisamente «exteriorizaciones» de actos internos, y—mundo aparte(¿)—los actos de participación. Detenido es el estudio de las reglas generales de los actos no negociables, respecto a los que investiga cuáles sean los requisitos de capacidad, el papel de la voluntad, la validez del criterio sobre la causa, el objeto y la forma; los problemas de interpretación, la variedad de efectos; y las cuestiones de si cabe representación, si hay o puede haber simulación; y en fin, lo relativo a término y condición, y a recursos contra tales actos.

De las partes especiales, el capítulo II, luego de reproducirnos las clasificaciones que hicieron Manigk y Klein, adopta otra peculiar sistemática expositiva: y comenzando por los actos de unión y conmixtio, estudia los de accesión, especificación, de separación y de hallazgo, junto con los de introducción de cosas, y luego los problemas de mejoras y accesiones. Dedicó unas páginas también a las omisiones de participación o comunicación; y forma rubro independiente con los actos de pago, autotutela, imposición coactiva de servidumbres e intervención de testigos. Y resume sus conclusiones respecto a este tipo de actos entendiendo que «se trata de numerosos supuestos en que, independiente de la voluntad del agente, es trascendente la actuación del mismo, aunque no haya tipicidad». Advierte que no deben confundirse con los actos de legitimación. Y añade que producen consecuencias en atención a una autónoma determinación del sujeto; es decir, no hay una voluntad expresa para el resultado conseguido, sino material, pues el resultado o trascendencia jurídica no fué buscado expresamente.

La agrupación del capítulo tercero parece todavía más audaz, porque bajo el título de «actos que traducen un elemento interior», y luego de un estudio general del grupo (donde pone de relieve, con Betti, que el elemento intencional se esfuma casi, o que hay «meros indicios de voluntad», según Manigk) enumera y explica: el traslado de domicilio, los actos de destinación, los de aprehensión o dimisión, el acto debido, los de negotiorum gestio, mediación y avería (estos tres muy relacionados) y los ilícitos dañosos. También incluye aquí, en párrafo aparte, los que son manifestaciones de sentimientos, actos de tolerancia y los comportamientos de buena fe. Llegando ya al estudio de la zona imprecisa de los «comportamientos no negociales» en que razona cómo del simple hecho hasta el negocio jurídico hay un camino o graduación, y en que aparecen—de nuevo—algunos tipos de actos ya catalogados en la primera parte (ocupación y abandono) junto con los de convalidación o sanación, y los de revocación; y a seguido las declaraciones «descuidadas» (las farhlässige bewirkte Willenserklärungen, de Manigk, o «actos efectuales», de Messineo).

El estudio de los actos de participación halla menos dificultades de elaboración científica, en la cuarta parte de esta obra. Recuerda los estudios de Biermann, y tras una breve introducción común pasa a estudiar las notificaciones, comunicaciones y avisos o actos de denuncia; después, más despacio, se detiene en los llamados por los italianos actos «di accertamento» o de fijación o concreción. Y no concluye la obra sin detenido examen de los requerimientos y preguntas, intimidaciones y ofertas, y de los actos de oposición. Cuestiones todas más tratadas hasta hoy por los procesalistas, o siguiendo criterios por ellos establecidos, y que satisface ver estudiados por civilistas con sano criterio científico.

De la descripción que precede colegirá el que leyere la importancia de la obra de Mirabelli; sin apostillar ahora lo escrito con ponderaciones que parecen impropias de una información objetiva, cual es la que se busca con estas recensiones.

Luis PEREZ-ORDOYO

Notario

OTERO VARELA, Alfonso: «Dos estudios histórico-jurídicos». Roma-Madrid, 1955. Cuadernos del Instituto Jurídico Español (núm. 4). Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Delegación de Roma). Un volumen de 148 páginas.

Este volumen, cuarto de los cuadernos del Instituto Jurídico Español en Roma, que se editan bajo la dirección y cuidado del profesor D'Ors, contiene dos excelentes estudios del Dr. Otero Varela: «El ripto en el Derecho castellano-leonés» y «La adopción en la historia del Derecho español». Si bien el primero tiene un gran interés, si se tiene en cuenta lo que el conocimiento de este procedimiento puede contribuir a la aclaración del proceso antes de la recepción del procedimiento romano-canónico y, en general, a la disciplina procesal, el segundo tiene un interés muy particular para nosotros y es digno de gran atención por los civilistas.

La fecundidad metodológica de su estudio, por una correcta asimilación de los métodos de la historiografía jurídica internacional, conduce al doctor Otero Varela a esclarecer en ambas instituciones una línea de conocimiento y funcionalidad que concluyen con la genuina razón de ser y de existencia del ripto y de la adopción.

Por lo que respecta a la adopción, son de una gran estima las conclusiones a que llega en este estudio, porque nos dan la clave para toda la problemática moderna y para su utilización específica dentro de su particular enfoque político-jurídico. Para el Derecho romano, Otero Varela concluye cómo la adopción adquiere una importancia y una gran difusión a través de las circunstancias políticas de Roma. Era un instrumento —nos dice— de política dinástica llamado a ejercer un eficaz papel en aquel régimen electivo. En España —añade—, donde no se daban aquellas circunstancias políticas, no tenía razón de ser, y por eso las fuentes no nos conservan la más ligera noticia. De ahí —aclara— que después de la caída del Imperio tampoco lograra imponerse. Aparece recogida en el Breviario y ya evolucionada con respecto a la adopción clásica, pero su simple inclusión en este Código no es garantía suficiente de su aplicación. La circunstancia de aparecer descrita identificándola con un instituto de derecho vulgar y la carencia de documentos en toda la época llevan a la conclusión de que seguiría ignorada en la vida práctica. No se menciona siquiera en las demás fuentes visigodas, por lo que puede afirmarse —concluye Otero Varela— que fué desconocida por el derecho visigodo.

En el Breviario —añade— aparece la primera noticia de la «perfilatio» en nuestra historia jurídica. Sigue luego un largo período sin dar señales de vida hasta que con posterioridad a la invasión musulmana aparecen gran cantidad de documentos de esta institución. Observa cómo se debe resaltar que existen divergencias entre la «perfilatio» que aparece dibujada en los escasos textos que nos ofrecen noticias de ella y la «perfilatio» que nos muestran los documentos. Solamente que la «perfilatio» de los textos es posible decir que se asemeja a la adopción, entendida ésta en el sentido de agregación de un nuevo miembro a la familia, y esta semejanza aparece ratificada por algunas equiparaciones legales de ambos términos. La explicación de esta divergencia —opina el Dr. Otero Varela— estriba en el empleo fraudulento de la «perfilatio» para eludir el principio germánico de la comunidad patrimonial familiar y, quizá también, para escapar de los gravámenes fiscales. A su juicio, no interesaba alcanzar los efectos que producía como adopción, sino simplemente los efectos patrimoniales que de ella podían derivarse. Faltaba un clima, una realidad social, que la hiciera necesaria como lo había sido en Roma. También, en algunos fueros municipales, y especialmente en el Fuero Real, aparecen datos que permiten comprobar que la «perfilatio» se utilizaba asimismo con fines de legitimación de hijos habidos fuera de matrimonio.

La adopción de las Partidas es una recepción total de la justinianeas. Son pocos los datos que tenemos —manifiesta Otero Varela— para afirmar su aplicación en la práctica; apenas un par de fórmulas que no significan nada en este sentido, porque en todas partes, a lo largo de la época, los formularios reproducen fielmente los esquemas según los cuales debían de

ser redactados los instrumentos de adopción, aun cuando es sabido que ésta no merece un puesto particular en el derecho común. Ni aun posteriormente se llega a alcanzar un arraigo que justifique su conservación en los cuerpos legales y que habría motivado el que en las leyes de Toro se examinara la divergencia de los efectos hereditarios de la adopción del Fuero Real y la de Partidas, como se sintió la necesidad de fijarlo respecto de la legitimación.

Por lo tanto, observa y concluye el autor que tampoco había arraigado su práctica en el tiempo de la publicación del proyecto de Código civil de 1951, en donde se incluyó contra la opinión de la mayoría de los miembros de la Comisión codificadora, que suponían fundadamente que era una institución que no estaba en nuestras costumbres.

José BONET CORREA

PERE RALUY, José: «Derecho de nacionalidad», Barcelona, 1955; 312 págs.

Es este libro de utilidad indudable. El autor reconoce que el único intento sistemático, serio y logrado, que sobre el tema se ha hecho en España es el capítulo V del volumen II del Derecho civil de España del profesor Federico de Castro. El hecho de que la monografía de Peré Raluy tenga un contenido más extenso y un punto de vista formal más general ya advierte que hay materia nueva, no tratada anteriormente en forma sistemática. Por otra parte, la fecha de publicación del libro ha permitido a su autor estudiar el título 1.º del libro I del Código civil en la nueva redacción introducida por la Ley de 15 de julio de 1954. Finalmente, la circunstancia de ser el autor Juez municipal, da a la obra una importancia práctica, respaldada por el hecho de recoger el material ofrecido por las Ordenes del Ministerio de Justicia en expedientes de nacionalidad y por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Efectivamente, de los XVI capítulos de que consta la obra, tan sólo los cuatro primeros abordan cuestiones teóricas. Los doce restantes entran en el estudio de la nacionalidad desde el punto de vista positivo. Aun en este plano cabe advertir que el tema se trata en su aspecto dinámico. A: contenido del Derecho de nacionalidad se le dedica el breve capítulo XIII, que no llega a sumar cuatro páginas y el XIV, referido a las situaciones especiales (colonias, protectorado, apatridia, doble nacionalidad) que reúne pocas más. La observación es importante, no sólo para dar idea del contenido del libro, sino desde un punto de vista de crítica inmanente del mismo. En la introducción el autor quiere despegarse de una concepción privatística del tema de la nacionalidad, tanto por mostrar su opinión contraria a que sea el texto del Código civil su principal fuente, cuanto por el argumento sistemático de que el alcance de la situación jurídica del nacional no se agota en las cuestiones de capacidad. Se puede o no estar de acuerdo con este punto de vista, pero lo cierto es que el lector espera encontrar un tratamiento de conjunto que, llevado a feliz término, podía ofrecer conclusiones sintéticas interesantes. La lectura del libro defrauda esta esperanza. En realidad, y salvo el notable capítulo XIV, dedicado a

los procedimientos administrativo y judicial, la plantilla del libro coincide con la del capítulo del profesor Federico de Castro, con el que existe un diálogo continuo, coincidiendo o disintiendo de sus opiniones. La bibliografía de las páginas 303 y 304 confirma esta opinión.

Una valoración conjunta del libro debe hacer notar que el plan de Peré Raluy es, sin embargo, acertado. Lo que en su libro resulta más sustancioso y trascendente es esta parte práctica en que el tema aparece en sus fases de movimiento: adquisición, pérdida, prueba, conservación, recuperación, procedimiento. Por una parte porque de los retículos del temario es difícil que escapen los problemas que el Código civil—en su vieja y en su nueva redacción—plantea. Por otra parte el autor pisa terreno más firme en esta parte más extensa del libro que en la breve zona presidida por un propósito teórico.

No es este lugar para hacer una anotación crítica minuciosa. El juicio global puede formularse en la afirmación de que el autor, ni cuando acepta lo anteriormente dicho, ni cuando lo critica para adoptar un camino personal, aporta nada definitivo al estudio científico del tema. Así, por ejemplo, su definición pierde en generalización lo que gana en extensión: su terminología es ambivalente por no resolverse con criterio muy fijo: se acusa una tendencia positivista, frecuente en la doctrina, cuando hay que determinar la esencia de la institución; y un sincretismo indiferenciado cuando se trata de incrustarla en la sistemática. La valoración crítica de los llamados «Principios del Derecho de nacionalidad» resulta, quizá por breve, poco profunda. Basta pensar en la oposición al principio de unidad nacional familiar o en la supervaloración de la autonomía de la voluntad inconsecuente con la naturaleza de *jus cogens* que se reclama para la nacionalidad.

La obra está avalorada por un apéndice en el que se contienen los preceptos positivos sobre nacionalidad en los principales ordenamientos legislativos.

J. M. DESANTES

PEREZ SERRANO, Nicolás: «La noble obra política de un Gran Juez (Juan Marshall)». Discurso leído para inaugurar el Curso académico 1953-56 de la R. A. de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1955; 72 páginas.

El 24 de septiembre de 1955 se ha cumplido el segundo aniversario del nacimiento de Juan Marshall, ilustre Presidente durante largo tiempo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y el profesor Pérez Serrano ha tomado de ello ocasión para, con motivo de la lección inaugural del curso en la docta Academia madrileña, brindarnos una lección magistral sobre unos cuantos temas que interesan no sólo al Derecho Político y a la Magistratura, sino a la política jurídica en el más elevado de los sentidos.

El hombre.—Nacido en el Estado de Virginia, peleó como soldado durante la Revolución, recogiendo enseñanzas dolorosas que no había de olvidar. Antes de los cuarenta y cinco años había sido miembro del Legis-

lativo en su patria de origen. Durante breve lapso de tiempo fué secretario de Estado en el Gobierno del Presidente John Adams, que le nombró Juez del Tribunal Supremo en los últimos días de su administración. Se posesionó de la Presidencia en 1801, cuando el Tribunal inauguró sus tareas en la nueva sede de Wáshington, y conservó su cargo hasta su muerte en 1835, siendo el Presidente del Supremo que por más espacio desempeñó tan alta Magistratura. Comentando esta circunstancia, nos dice Pérez Serrano que seguramente no es fácil empresa conducir con acierto una Sala o un Tribunal de Justicia. Quien ocupa la Presidencia ha de poseer vigorosa autoridad personal, solvencia técnica acreditada y... dotes de mando indiscutible; sólo consiguen imponerse y hacer obra fecunda los presidentes dotados de singulares condiciones, entre las cuales figura, y no en último término, cierta reciedumbre de temperamento, capaz de aunar esfuerzos sin esterilizar aptitudes, y de comunicar impulso, tono y brío, sin anular a los Magistrados.

La obra.—Fué fecunda la labor de Marshall en sus treinta y cuatro años largos de Presidente; sus biógrafos señalan que redactó él personalmente la sentencia en 36 casos importantes que afectaban a problemas de Derecho constitucional, pero—como indica Pérez Serrano—los casos culminantes fueron, en realidad, tres, que por orden de importancia son: 1.º, el de *Marbury vs. Madison*; 2.º, el de *Mc. Culloch vs. Maryland*; y 3.º, el de *Dartmouth College*. Y de estos tres, el fundamental fué el primero, referente al problema de la inconstitucionalidad de las leyes.

La cuestión que en el fondo se planteaba era la de si una Ley votada por el Congreso, pero no acomodada a la Constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar vigencia una vez comprobada esta anomalía. Aunque a la hora de dictar sentencia el tema concreto había perdido interés, Marshall entendió que era inconstitucional el texto de la Ley de 1789, que autorizaba a los Tribunales para dar órdenes al Ejecutivo, y ya sobre esta base proclamó el derecho de la Corte Suprema a dejar sin efecto o no aplicar una Ley del Congreso que se hallase en esas condiciones. Y no sólo enunció esta doctrina, sino que la fundamentó en un razonamiento cuyos argumentos son clásicos desde entonces. La misión de los Tribunales consiste precisamente en decir qué cosa es Ley y qué cosa no lo es. Y como una Ley contraria a la Constitución no es Ley, los Tribunales no están obligados a cumplirla.

Esta doctrina—comenta Pérez Serrano—representó una innovación de primera magnitud, y hoy representa casi un lugar común en el Derecho norteamericano.

A continuación, el ilustre profesor de la Universidad de Madrid dedica unas muy jugosas consideraciones a la problemática de la inconstitucionalidad, planteándose la interesante cuestión de si Norteamérica es un Estado jurisdiccional, es decir, de si en este país los Tribunales han dejado de ser «jurisdicción» para convertirse en «jurisdicción», llegando a la conclusión de que «ese tránsito peligroso no se ha operado».

Concretando la tarea política de Marshall, debe reconocerse que a él se deben: 1.º, la supremacía de la Constitución y el derecho de los Tribunales a asegurarle ese rango privilegiado; 2.º, la elevación a gran altura de la

función judicial, antes borrosa; 3.º la teoría de los poderes implícitos para llenar los silencios de la Constitución; 4.º, el completar la estructura fundamental del país mediante sus fallos; 5.º, el consolidar la vida hasta entonces precaria de la Federación; 6.º, retrasar la guerra civil.

A modo de conclusiones, Pérez Serrano sienta las siguientes: 1.ª Marshall, como Presidente del Tribunal Supremo norteamericano, llevó a cabo con intuición genial y dominio de los medios técnicos, una espléndida obra política, de inmensa resonancia, que contribuyó a consolidar la Unión recién instituida; 2.ª Aunque el Poder judicial ha de estar normalmente apartado de toda contaminación política, por lo general peligrosa, los Tribunales superiores, con amplia visión y elevado espíritu patriótico, pueden realizar una misión trascendental en bien del país, a condición de que procedan con abnegado desinterés, pericia consumada y sublime alteza de propósitos; 3.ª Pero sería muy aventurado, y a la postre gravemente nocivo, que todos los miembros del organismo judicial descendiesen a la arena candente de los partidismos políticos; 4.ª Una política «nobile sensu» entendida, a cargo de los jueces, puede constituir remedio eficaz, que al menos modere excesos de ritmo en el telar legislativo, corrija desvaríos de la pasión instantánea y sirva de valladar inexpugnable en defensa de la dignidad humana.

En resumen: una lección espléndida del Profesor Pérez Serrano que deleitará a todos los juristas.

Gabriel GARCIA CANTERO

PLAZA NAVARRO, Manuel de: «Las garantías de la independencia judicial» (Discurso de recepción del Académico de número excelentísimo Sr. D. ...). R. A de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1954; 70 páginas

Comienza diciendo el ilustre Magistrado, Presidente hoy de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que el tema de la independencia judicial constituye una «vexata quaestio», que a pesar de serlo no ha perdido actualidad, acaso porque no suele acertarse con los medios más eficaces para ponerla a cubierto de todo peligro, o porque —paradójicamente— quienes más se distinguen en la defensa de ese ideal generoso, llegada la hora de llevarlo a la práctica, se duelen más de las consecuencias y arbitran un sistema de garantías meramente formales que ponen en peligro de naufragar la inconfundible personalidad del hombre que ha de juzgar. Las garantías de la independencia judicial son poco menos que letra muerta cuando el juez carece de un sistema de defensas personales que le pongan a salvo de muchos peligros que pueden afectar a su independencia funcional. Y con esta indicación del autor al comienzo de su disertación, ya se vislumbra cuál va a ser el centro de gravedad de la misma.

En primer término, se ocupa de las garantías políticas de la independencia judicial, recordando que en la concepción original de la teoría de la separación de poderes, el judicial queda eliminado del juego, es «invi-

sible y casi nulo», y, sobre todo, está deshumanizado porque el Juez es la boca de la Ley, su ciego servidor, más que su intérprete. No obstante lo cual, reconoce que esta teoría tiene un «sustratum» de verdad, y que modernamente ha sido acogida por la concepción del estado de Derecho, que tiende a establecer un sistema de garantías legales que definan con nitidez la posición de la Judicatura en el concierto armónico de las restantes funciones del Estado, de manera que la actividad judicial sea siempre imparcial y libre. Ello se logra por el principio de sumisión del Juez a la Ley y por el principio de neutralidad política de la Magistratura. Expresa su opinión de que el principio de la independencia judicial, más que del establecimiento del principio constitucional abstracto, depende del desarrollo que se le dé en las leyes orgánicas, teniendo en cuenta el temperamento nacional, y recuerda que nuestra nunca bien alabada Ley Orgánica del Poder Judicial abrió paso a un sistema de designaciones que favorecía el arbitrio ministerial. De aquí que aquel principio debe estar servido por una serie de frenos en los que estriba su verdadera garantía: la inamovilidad y la responsabilidad. La primera ampara al Juez contra los excesos e intromisiones de la Administración, y la segunda garantiza a la comunidad contra los excesos de la Judicatura. El problema radica en reducirlos a normas que sirvan adecuadamente al nobilísimo designio. Hace unas consideraciones de Derecho comparado y concluye este apartado afirmando que, sin rendirse a un inconsciente optimismo, la organización actual de la justicia española se acomoda a las características de nuestro peculiar temperamento y está indudablemente enderezada a garantizar la independencia de la Judicatura.

Pasa luego a examinar la garantía técnica de la independencia judicial, sosteniendo que el fracaso del sistema judicial conduce, inevitablemente, al fracaso del sistema jurídico de cualquier país; el Juez es un intermediario entre la norma y el titular del derecho, y las leyes más técnicamente elaboradas fracasarán si se ponen en manos de un personal inhábil. El autor dedica una atención especial a dos problemas muy relacionados con el que desarrolla: el dilema «justicia técnica o justicia popular» y el originado por la proliferación de las llamadas jurisdicciones especiales que —son sus palabras— «convierte a cada jurisdicción en una especie de compartimento estanco de justicia de capilla». Concluye afirmando que el Juez inepto no es ni será nunca independiente; para serlo, por lo menos para serlo del todo, precisa que su excepcional capacidad de jurista y su depurada experiencia le permitan contemplar y juzgar también los límites de su propia función.

El tercer apartado lo dedica a la garantía moral, que es, para nosotros, si no la más extensa, sí la de más contenido de toda su disertación, y, como antes dijimos, el centro de gravedad de la misma. Maneja en ella de modo fundamental la obra de Castillo de Bobadilla, «Política para Corregidores» —que no es desconocida para quien durante un curso tuvo la fortuna de escuchar su verbo elocuente y arrebatador en la Escuela Judicial—, de señaladísimo valor clásico.

De nada, o de poco, serviría el que el Juez estuviera dotado de las mejores garantías políticas y técnicas, si el hombre a quien la sociedad con-

fiera el delicado y vídrioso cometido careciese de interiores defensas para refir contra sí mismo una callada lucha con sus pasiones, sus flaquezas, sus desmayos, todo lo que es inherente a la miserable condición humana. Con mayor razón en nuestra época, caracterizada por un menosprecio de los valores morales, cuando no por una amoralidad que todo lo invade. El Juez —como dijo Moneva Puyol— ha de ser una conciencia minuciosamente afinada por la discreción y, luego, invariablemente firme por la voluntad. El Juez ha menester de la fortaleza, teniendo en cuenta que, en ocasiones, los ataques a la fortaleza del Juez suelen venir por caminos sinuosos y entre ellos descuella el de la adulación; pero la fortaleza ha de estar moderada por la prudencia y acompañada por la templanza que Bobadilla definiera como «una blandura y serenidad de ánimo contra la demasiada ira».

En suma: la prudencia, justicia, fortaleza y templanza deben modelar la figura del Juez, y ellas trazan los rasgos fundamentales de una deontología judicial ahincada en suelo cristalino. Y la independencia de la justicia no se logrará sino en la medida exacta en que se conjuguen aquel factor político en que ha de inspirarse la organización de la justicia y este otro factor humano, sin contar con el cual las mejores intenciones se frustran y los más cuidados ordenamientos no sirven para cosa mayor.

Gabriel GARCIA CANTERO

RIST, Mario: «L'échelle mobile dans les contrats et dans les jugements». Paris, s. f. (1954). Ed. Domat Montchrestien. Un volumen de 182 páginas.

El Dr. Rist presenta, dentro de la línea copiosa que la literatura jurídica francesa posee sobre el tema de las cláusulas de estabilización, un nuevo estudio crítico y práctico acerca de la cláusula de escala móvil en los contratos y su trascendencia en las decisiones de los Tribunales.

Conocido es hoy el gran incremento y auge que han adquirido las cláusulas de escala móvil, especialmente en los contratos onerosos y pecuniarios de tracto sucesivo. En ellos actúa como elemento nivelador en la correspondencia o equivalencia de las prestaciones a lo largo de toda la vida del contrato para soslayar los efectos de la devaluación monetaria que conduce al acreedor, especialmente en momentos de inflación, a una lesión en sus intereses por la pérdida de valor de la unidad del signo monetario con que se paga. La modificación del valor del signo monetario por pacto privado supondría un atentado contra la base del sistema legal que acepta el nominalismo monetario. De aquí que el autor —según manifiesta en su prólogo— haya dudado, al momento de titular su obra, de cambiarlo por este otro: «el poder y los límites de los preceptos del nominalismo monetario».

El autor comienza por precisar lo que por nominalismo ha de entenderse, así como la compatibilidad del juego de estas cláusulas de escala móvil en la realidad económica y nacional francesa. No le parece exacto considerar estas cláusulas como vulneradoras del principio nominalista y, como con-

secuencia, del orden público. Cree que ello se deriva de una confusión, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han realizado, y es que una cosa es la variación de los precios y otra la variación del valor de la moneda.

Es frecuente en la práctica de los negocios, y sobre todo en las empresas nacionalizadas, en las sociedades industriales, así como en la emisión de acciones y obligaciones, acudir a la imposición de estas cláusulas de escala móvil. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entablado largas batallas. Para esta última, es decisiva la sentencia de 12 de marzo de 1952, que intentaba zanjar la cuestión en base a un criterio subjetivo de interpretación que presentaban las cláusulas añadidas al contrato; si las partes habían manifestado que sus prevenciones respondían al fenómeno de la devaluación monetaria o a la moneda en sí, el Tribunal las tenía por nulas. Si las partes se habían referido a índices económicos y en consideración a ellos así habían pactado la cláusula, ellas serían válidas y eficaces. Se concluye, en definitiva, que el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil en los contratos se conecta con la cuestión de la causa: la causa de la cláusula es el punto concreto que se persigue para aclarar si va contra la depreciación monetaria y, por lo tanto, concluir que la cláusula resulte nula, al ser una causa ilícita.

Para Ríst, sin embargo, la cuestión queda todavía en pie, pues es necesario saber en qué condiciones la causa de la cláusula tiende a esquivar la depreciación monetaria y en cuáles otros tiende a resolver una situación económica. Lo que a su juicio es necesario buscar es si una cláusula índice o de escala móvil hace o no variar la obligación en función de la fluctuación de la moneda, es decir, de «los elementos que caracterizan la unidad monetaria».

En el caso de la cláusula oro o valor-oro cree que el Juez podrá anular la cláusula, puesto que se admitió por todos que las leyes sobre el curso forzoso establecen una ficción de orden público de convertibilidad. Ahora bien, ante una cláusula de escala móvil que hace variar la obligación en función de las fluctuaciones de los precios de una mercancía, o de una serie de precios, o de unos índices de precios, el Juez tendrá que constatar que: el precio de una mercancía y el valor de la moneda son dos cosas completa y esencialmente diferentes, puesto que la moneda no se rige, de hecho ni legalmente, por los precios de las mercancías o el coste de la vida. Con lo cual, una tal estipulación, al no implicar una nulidad en la causa de los elementos monetarios tomados en consideración por las leyes monetarias, no podrá ser anulada y deberá producir pleno efecto.

La tesis de Ríst nos parece aguda y penetrante y acertada para lograr la admisión de las cláusulas de escala móvil. Para lograrla pone en juego el arsenal de instrumentos y conocimientos de la realidad social, económica y jurídica. Los problemas son sistematizados en su obra en dos amplias partes: una, referida a las cláusulas de escala móvil en los contratos y, otra, dedicada a plantear el problema y tratar la cuestión de si en el caso de ausencia de toda disposición contractual el Juez puede tomar en consideración las variaciones monetarias y económicas.

En las dos partes se advierte el examen minucioso de la doctrina, dentro de sus posiciones teóricas, y de la jurisprudencia, con su práctica prudencia, minuciosa y distintiva. La originalidad de su pensamiento y el penetrante análisis de la materia, hacen del estudio del Dr. Rist un arsenal útil y considerable para aclarar la cuestión de la validez de las cláusulas de escala móvil, tan frecuentes en estos momentos de inestabilidad económica.

José BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE§

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo: *In memoria di Carlo Fadda*.—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955, págs. 603-621.

Transcripción de la conmemoración leída en el Auditorium de Cagliari el 23 de marzo de 1955, para recordar el centenario del nacimiento de Carlo Fadda.

AZZARITI, Gaetano: *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*.—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955, págs. 622-631.

Considera el autor que el principio de la irretroactividad de las leyes no tiene verdadero alcance constitucional. Por ello, fuera del campo penal, es cuestión de la que *no ha querido* ocuparse la Constitución Italiana vigente.

El principio de irretroactividad tiene carácter directivo, pero derogable, por lo cual no es inconstitucional una Ley por ser retroactiva. El trabajo irá en el volumen en honor de Filippo Vasalli.

BENVENUTI, F.: *L'opera di Francesco Rovelli*.—IM, Año VI, septiembre 1955; págs. 150-153.

Perfil humano y científico del profesor de la Universidad católica del *Sacro Cuore* de Milán, con un resumen de sus obras jurídicas.

BENVENUTI, F.: *Sul concetto di sanzione*.—IM, Año VI, septiembre 1955; págs. 223-253.

Examen comparativo de los diversos tipos de ejecución, en el sentido amplio de actividad de realización del derecho objetivo: pública (constitucional, administrativa, judicial) y privada.

CASTAGNOLA, Luis: *Em que sentido o Diritto natural é natural no pensamento de José Graneris*.—RFP, Año II, núm. 2; págs. 158-173.

Investigación del concepto progresivo del Derecho natural católico según el profesor de Filosofía del Derecho del *Institutum Utriusque Iuris*, de Roma.

DE FRANCISCI, Pietro: *Del Derecho Moderno al Derecho Romano*.—RDP, septiembre 1955; págs. 747-757.

Comparándole con el Código de 1865, el autor se fija en la forma en que la tradición romanista ha influido en la elaboración del Código de 1942 (mezcla de pandectismo e historicismo) e indica cómo esto debe tenerse en cuenta en materia de interpretación de las normas del Derecho vigente.

FRANESCAKIS, Ph.: *Perspectives du droit international privé français actuel*. RIDCP, Año VII, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 349-360.

A propósito de la aparición de la segunda edición del *Traité élémentaire de Droit international privé* de Henri Batiffol, medita el autor sobre el hecho indudable de que el Derecho positivo francés se impregna de espíritu internacionalista. La tendencia es loable siempre que en aras del orden internacional no se lesione el legítimo interés de la sociedad nacional.

GUARINO, Antonio: *L'esperienza di Roma nello studio del Diritto*.—DG, Año LXX, Serie III, año XI, julio-octubre 1955; núms. 4-5; págs. 273-285.

Se inserta la conferencia pronunciada por el autor en la Academia Matritense del Notariado el 29 de abril de 1955, en la que se propugna la vuelta de los civilistas y cultivadores de la teoría general al Derecho romano y se pide la reacción contra el olvido en que éste se va dejando por los juristas. El Derecho romano, plagado de universalidad, contiene unas enseñanzas de las que el jurista no puede prescindir.

LANGHANS, F. P. de Almeida: *Antologia do pensamento juridico português*. BMI, núm. 49, julio 1955; págs. 31-47.

Breve biografía y extensa consideración del pensamiento jurídico del profesor conimbricense Pascoal José de Melo Freire dos Reis (1738-1798).

MANTZOUFAS, Georgias A.: *Il codice civile greco ed i suoi fondamenti*.—NRD, Vol. VII, fascículos 1-4, 1955; págs. 49-61.

Historia de la Codificación civil griega y de la redacción del Código de 1940, exponiendo las líneas directrices de su ordenamiento a través de las discusiones de la Comisión redactora.

MARTIN GOMES, Oscar: *A possibilidade da Unificação do Direito privado hispano-luso-americano*.—RFP, Año II, núm. 2; págs. 9-18.

A pesar de las dificultades que toda unificación legislativa presenta, cuando existe una comunidad de cultura es posible reducir progresivamente las diferencias. Todas estas características se dan en el caso de España, Portugal e Hispanoamérica, de ahí que sea realizable una tarea unificadora.

MELLO E SILVA, Ulysses de: *O problema da definição do Direito*.—RFP, Año II, núm. 2; págs. 136-147.

Frente a las tres corrientes predominantes en el esclarecimiento del problema fundamental del Derecho: neo-criticismo, neo-positivismo y tendencias fenomenológicas, se afirma la necesidad de adherirse a la idea de la justicia sustancial.

NICOLAU DOS SANTOS, José: *Fundamentos da Geografia Jurídica*.—REP, Año II, núm. 2; págs. 174-261.

Recogiendo una denominación del Profesor Max Sorre sienta los fundamentos de esta Ciencia que, como la Geografía Política, nace de ser idéntico el objeto material que estudian la Geografía humana y el Derecho. Geografía y Derecho tienen como elemento de relación el Estado. Por eso son ciencias, no sólo afines, sino complementarias. De su copulación se obtendrá en la Ciencia del Derecho la fecunda posibilidad de “un método geográfico de interpretación de los fenómenos jurídicos”.

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Eutelegenesia y Derecho*.—RFC, Año IV, enero-abril 1955; págs. 5-30.

Conferencia en el Colegio de Abogados de Tenerife en la que se estudia el problema de la inseminación artificial en general y se apuntan los problemas concretos que su aparición plantea, tanto *de lege data* como *de lege ferenda* a las diversas ramas del Derecho: civil, penal, canónico, internacional, etc.

PINEIRO MACHADO, Brasil: *O conceito de serviço público e o Direito administrativo*.—RFP, Año II, núm. 2; págs. 148-157.

A pesar de que el intervencionismo estatal creciente puede hacer creer que el concepto del Derecho administrativo va coincidiendo con el de servicio público, las más recientes tendencias doctrinales lo hacen equivaler al Derecho de la empresa—pública, privada o mixta—que desarrolla una actividad “de utilidad pública”.

RAMOS PASALODOS, Fernando: *Normas de concentración parcelaria; Derecho administrativo emergente. Intervención del Juez en las mismas*.—BI, núm. 316, Año IX, 5 octubre 1955; págs. 3-8.

Carácter de las normas contenidas en la ya copiosa legislación de concentración parcelaria y acertada disposición la de hacer que los Jueces de Primera instancia presidan las Comisiones Locales, pues a pesar del carácter administrativo de este Derecho hay problemas de tangencia con el Derecho civil.

RE. EDWARD D.: *L'enseignement du droit international et du droit comparé*

et les relations internationales.—RIDCP, Año VII, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 313-317.

Es necesaria la formación de equipos profesionales internacionales especializados en el Derecho internacional y en el Derecho comparado para conseguir la normalización de las relaciones jurídicas internacionales de lo que resultará una aproximación a la paz mundial.

WARLOMONT, R.: *Les influences belge et française sur le Code civil néerlandais de 1838.*—RH, Año XXXIII, 1955, núm. 3; págs. 412-437.

Historia de las vicisitudes de la codificación civil holandesa a la que los diputados de los territorios belgas llevaron la influencia de su Código, que era el de Napoleón.

2. Derecho de la persona.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Concepto de Frutos en el Código civil español.* RDN, Año III, núms. 9-10, julio-diciembre 1955; págs. 61-240.

Amplio y minucioso estudio sobre el concepto y significado de los frutos en el C. c. español. Comienza aludiendo a la posición sistemática de la teoría de los frutos en la doctrina y legislación, entendiendo que el lugar adecuado para tratar la teoría de los frutos es la Parte General del Derecho civil. Alude a continuación a las formulaciones doctrinales en torno al concepto de fruto y a su concepto en el C. c. Discrimina cuidadosamente la terminología legal, indicando cómo los frutos importan en amplias zonas del Derecho privado. En cuanto al concepto entiende el autor que si bien el Código no define propiamente los frutos, parte de una orientación laudablemente extensa y unitaria.

PAOLI, J.: *La condition de citoyenneté des plaideurs dans l'instance judiciaire «ex lege».*—RH, Año XXXIII, 1955, núm. 3; págs. 343-375.

Se defiende el criterio de que las *legis actiones* eran asequibles a los no ciudadanos romanos, mientras que el *judicium legitimum* no lo era.

SAPENA TOMAS, Joaquín: *La ausencia en Aragón.*—RDP, noviembre 1955; págs. 985-1001.

Estudiadas las cuatro fases de la ausencia en el Derecho Aragonés (Fueros y observancias, Código civil, Apéndice Foral y Ley de 8 de septiembre de 1939), entiende el autor que esta última Ley rige en Aragón, pero completada y modificada por aquellas reglas del Apéndice que recogen el peculiar ordenamiento histórico de la familia, de la persona y de la institución.

VALLADAO, Haroldo: *Lei reguladora do estatuto pessoal*.—RFP, Año II, número 2, págs. 19-43.

No es posible adoptar una concepción unitaria y genérica del llamado "estatuto personal", que abarque todo el amplísimo campo de relaciones jurídicas referentes al estado y capacidad de las personas, a la familia y a las sucesiones. La regulación de Derecho internacional privado debe hacerse encontrando para cada relación jurídica particularizada el principio que sea más justo y equitativo.

3. Derechos reales.

BIONDI, B.: *La doctrina giuridica della universitas nelle fonti romane*.—IM, Año VI, septiembre 1955; págs. 254-302.

Se induce una doctrina general romana acerca de las universalidades patrimoniales, mediante el examen de casos romanos y textos relativos a universalidades de bienes en general y de la *hereditas* en concreto.

BUONINCONTI, Lydia y DELL' UVA, Francesco: *Sull' opponibilità ai terzi delle servitù costituite anteriormente all' entrata in vigore del C. c. 1865*.—DG, Año LXX, mayo-junio 1955; págs. 232-236.

Se comenta favorablemente una sentencia según la cual prevalece contra la inscripción de un predio libre de cargas la existencia de una servidumbre no inscrita, constituida en 1755.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Familia y Propiedad. La propiedad familiar en la esfera civil y en la del Derecho agrario*.—RGLJ, Tomo 199, núm. 3, septiembre 1955; págs. 209-266.

Se trata del discurso de apertura de los Tribunales, de cuyo contenido ya dimos cuenta en la Sección de Bibliografía (I. Libros) en el ADC. VII-4. El trabajo terminará en otro número de RGLJ.

DE SANCTIS, Valerio: *Tentativi di estensione del diritto di autore: i cosiddetti «droits voisins»*.—RDC, Año LIII, marzo-abril 1955; págs. 167-180.

Es necesario regular positivamente los derechos que en la actualidad se acogen a las leyes de propiedad intelectual, pensados y dictados antes de que existiesen microfílm, cine, radiodifusión y televisión. Es necesario, también, un régimen internacional establecido por medio de Tratados.

DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: *En torno a la Ley sobre unidades mínimas de cultivo*.—RDN, Año III, núms. 9-10, julio-diciembre 1955; págs. 507-535.

Breves comentarios e indicaciones de conjunto sobre la Ley de Unidades mínimas de cultivo de 15 de julio de 1954.

GIANNINI, Amedeo: *Questioni e Note sul diritto d'autore*.—RDC, fascículos 5-6, mayo-junio 1955; páginas 257-288.

Sobre el problema, y en relación con él, de la reproducción fotográfica de obras de arte existentes en colecciones artísticas, se estudian las cuestiones jurídicas que estas reproducciones plantean en relación con el Derecho de autor en la Legislación italiana.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La enajenación de los bienes inmuebles de las entidades locales en la nueva reglamentación de contratación y bienes*.—REVL, Año XIV, núm. 83, 1955; págs. 689-711.

Concepto, naturaleza jurídica, requisitos, contenido y efectos de la enajenación de inmuebles por las Corporaciones locales a través del Reglamento aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955.

GUARITA CARTAXO, Ernani: *Evolução da teoria da «Universitas»*.—RFP, Año II, núm. 2; págs. 44-68.

El concepto abstracto de persona jurídica, incompatible con las nociones rudimentarias de la época romana primitiva, va configurándose a través de la historia de la misma Roma a medida que las necesidades de la práctica obligan a conceder acciones y facultades a las comunidades de personas, hasta aparecer ya en el Digesto la idea clara de la personalidad distinta de la colectividad y de los sujetos que la componen. El fenómeno se estudia a través de los textos.

MALLOL GARCÍA, F.: *El deslinde de bienes de las Entidades locales*.—REVL, Año XIV, núm. 83, 1955; págs. 774-779.

Estudio del procedimiento de deslinde de bienes de las entidades locales, teniendo en cuenta que el nuevo Reglamento de 27 de mayo de 1955 lo regula siguiendo los preceptos del Título II del Reglamento de Montes de 17 de mayo de 1865, lo que permite aportar la jurisprudencia dictada con motivo de cuestiones planteadas con ocasión de los deslindes amparados en esta última disposición.

MONTIEL, Alberto: *Nota mínima in tema di acquisto a non domino*.—RDC, Año LIII, marzo-abril 1955; págs. 109-111.

Tanto para el C. c. italiano de 1865 como para el de 1942 el principio "la posesión vale como título" puede ser invocado por el adquirente a non domino a título gratuito, sin constituir obstáculo el que este adquirente venga a ser posteriormente heredero del donante.

PÉREZ BOTIJA, E.: *El nuevo Reglamento sobre régimen jurídico de bienes de las Corporaciones locales*.—REVL, Año XIV, 1955, núm. 83; págs. 587-688.

Recorrido a través de las disposiciones del nuevo Reglamento destacando las

más importantes normas para concluir que se ha originado un cuerpo homogéneo, muy superior al conjunto de los incompletos preceptos anteriores.

RODRÍGUEZ MORO, N.: *La expropiación de empresas en el reciente Reglamento de servicios de las Corporaciones locales.*—REVL, Año XIV, núm. 83, 1955; págs. 739-753.

Evolución del concepto de utilidad pública como base de la expropiación; cambio operado desde la posibilidad de expropiar inmuebles a la de expropiar empresas; alcance de la expropiación municipal, requisitos materiales y formales y deseable unidad en las normas sobre expropiación que ni siquiera consiguiera la Ley de 16 de diciembre de 1954.

ROTONDI, Mario: *Se deposito di domanda segretta all'estero come causa distruttiva della novità di un brevetto.*—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955; páginas 677-690.

Con relación al Derecho italiano se estudia este supuesto: un "brevetto" de invención se deposita en Italia, cuando, para la misma invención, se ha efectuado ya la solicitud en país extranjero, pero sin que todavía tal solicitud se haya publicado. ¿Qué eficacia tendrá la solicitud depositada en el extranjero con relación a la hecha en Italia? Este es el problema que estudia el profesor Rotondi, distinguiendo según se trate o no de países adheridos a la convención general de París.

UBERTAZZI, G. M.: *Osservazioni per uno studio intorno ai diritti sui beni immateriali nel diritto internazionale privato.*—IM, Año VI, septiembre 1955; páginas 426-454.

La doctrina del Derecho internacional privado italiano no se ha preocupado del estudio de los bienes inmateriales. A pesar de la dificultad de localización en una determinada porción de territorio es necesaria su regulación internacional privada. El autor intenta el razonamiento de sus líneas generales.

4. Obligaciones y contratos.

ALTAVILLA, E.: *Per l'inaugurazione del Circolo giurídico napoletano.*—DG, Año LXX, mayo-junio, 1955; págs. 177-182.

Discurso pronunciado en la Universidad de Nápoles sobre la protección a la mujer y al niño en el trabajo que pretende, a la luz del Derecho comparado, demostrar las deficiencias de la legislación italiana.

AULETTA, Giuseppe: *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempire.*—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955; págs. 655-676.

El autor estudia el problema de la mayor o menor importancia o gravedad

que ha de revestir el incumplimiento, para que sea procedente la resolución de la obligación. Distingue estos tres casos: a) inexacto cumplimiento de obligaciones principales o accesorias; b) incumplimiento de obligaciones accesorias; c) retraso en el cumplimiento de obligación principal, en relación con el requerimiento de cumplir. El trabajo formará parte de los "Studi in memoria di Vasalli".

BERNAL SÁNCHEZ, Jesús-Aparicio: *Estudio de «lege ferenda» sobre arrendamientos urbanos.*—RDP, octubre 1955; págs. 883-906.

Comienza indicando cómo la circunstancia de que el arrendamiento haya de aplicarse a una difícil realidad, trae consigo una crisis en la dogmática arrendaticia tradicional, ya que las normas arrendaticias van insertas en un sistema de medidas para resolver la escasez de locales habitables. Se refiere luego a algunos aspectos concretos del arrendamiento, indicando los principios que deben orientarlos y aludiendo al Proyecto de Reforma (hoy Ley de Bases). Termina con referencias al aspecto económico del problema, y a la realidad del retraimiento del capital privado de su inversión en inmuebles urbanos.

BOLLAIN, Adolfo: *El apoderamiento de toreros.*—RDP, noviembre 1955; páginas 1001-1008.

En torno a la Sentencia de 30 de abril de 1955, estudia el autor la naturaleza y elementos del contrato que media entre el torero y su apoderado. En la sentencia se atiende que la base de la relación es de mandato.

CARNEVALE, Vincenzo: *Appunti in margine alle obbligazioni reali.*—DG, Año LXX, serie III, Año XI, núms. 4-5, julio-octubre 1955; págs. 296-301.

Consideraciones sobre las obligaciones "propter rem", su relación con el Derecho real, figuras afines, posible existencia de obligaciones reales, legales y convencionales, etc.

CHEVALLIER, P.: *La «reconclitatio mutui».*—RH, Año XXXIII, 1955, núm. 3; págs. 376-411.

La *reconclitatio mutui* es una teoría infundada, forjada por los comentadores, para explicar las fuentes en que se concede una *condictio* al *tradens* de un precio de compraventa, sin capacidad para la entrega del dinero.

CHESPI, A.: *Errore professionale del medico-chirurgo e regole dell'arte.*—IM, Año VI, septiembre 1955; págs. 303-315.

Reglas científicas médicas permiten al juez comparar la actuación del médico o cirujano para valorar su culpabilidad y responsabilidad. Ahora bien, hay que medir la adecuación de dichas reglas según su admisión en la doctrina y siempre que no haya otros más acordes con el proceder del facultativo y que

éste haya puesto en práctica. Tendencias de la jurisprudencia italiana en este aspecto.

DE COSSIO, Alfonso: *Cláusulas de escala móvil*.—RPD, noviembre 1955; páginas 963-984.

Después de aludir a las repercusiones de la desvalorización monetaria en la vida económica y a las formas de remediar sus efectos (revisión, estabilización), se refiere a las cláusulas de estabilización monetarias y no monetarias y al problema de su respectiva validez o realidad, con especial indicación de la Jurisprudencia francesa. Estudia la verdadera naturaleza de las cláusulas de escala móvil e impugna los puntos de vista desde los que se ha pretendido atacar su eficacia jurídica: curso forzoso, equivalencia de las prestaciones, orden público. La Jurisprudencia española, en general, admite las cláusulas de valor, pero estima el autor que la cuestión debe estudiarse en función de los distintos tipos de contrato, analizando el juego de las cláusulas de escala móvil en algunos contratos (mutuo, arrendamiento, etc.). En general el trabajo del doctor Cossio va destinado a esclarecer una serie de cuestiones oscuras, por las que a veces se ha negado la validez de las cláusulas de escala móvil.

D'EUFEMIA, G.: *Clausole a favore dei lavoratori nei capitolati di appalto e contratti collettivi di lavoro*.—DG, Año LXX, mayo-junio 1955; páginas 203-208.

El contratista de Obras Públicas está obligado a observar en cuanto al personal que le presta sus servicios los contratos colectivos de trabajo. Se demuestra por textos legales y por el argumento del enriquecimiento sin causa.

FERRARA, A.: *Sulla validità della «cessio pro solvendo fiduciae causa»*.—DG, Año LXX, mayo-junio 1955; págs. 209-214.

Es admisible en el ordenamiento italiano la figura del negocio fiduciario, configurado como negocio atípico. La *cessio pro solvendo fiduciae causa* opera una transferencia del crédito en el patrimonio del cesionario que es eficaz *erga omnes* y oponible a los acreedores concursales del cedente quebrado.

HERSCHEL, Wilhelm: *Diritto del lavoro qual compito dei Sindacati*.—NRD, volumen VIII, fascículos 1-4, 1955; págs. 31-40.

La protección del trabajo no es solamente un deber que compete al Estado, sino también un deber de Derecho privado que compete a las personas, individuales o sociales, y que se manifiesta en las relaciones de empresario y obrero tanto a cargo del primero como del segundo.

HOFMANN, G.: *In tema di donazione remuneratoria*.—DG, Año LXX, mayo-junio 1955; págs. 241-243.

Se define la donación remuneratoria distinguiéndola de la mera liberalidad

de uso, del *negotium mixtum cum donatione* y del cumplimiento de obligación natural.

IRIBAS, JUAN: *La responsabilidad civil derivada de la criminal.*—P, Año IV, núm. 39, noviembre 1955; págs. 817-827.

Consideraciones de tipo práctico sobre si constituye excepción de cosa juzgada de una jurisdicción para la otra la resolución de una de ellas sobre puntos coincidentes en ambas, en materia de responsabilidad civil derivada de delito, y sobre la responsabilidad civil subsidiaria en caso de delito culposo o doloso de persona por quien se debe responder.

LEWALD, Paul: *Muss der Vermieter, der einen vereinbarungsgemäss «abzuwohnenden» Baukostenzuschuss entgegengenommen hat, bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses den noch nicht «abgewohnten» Teil zurückerstatten?*—MDR, Año IX, cuaderno 6, junio 1955; págs. 323-327.

Aceptada por el futuro arrendador una ayuda de construcción pagada por el arrendatario, que luego autorice a éste a no pagar renta o a pagarla menor durante un cierto tiempo por compensación con la ayuda prestada, el autor, tomando en cuenta la Jurisprudencia estudia el supuesto de que el arrendamiento termine antes de tiempo, y la cuestión de si el arrendador debe o no restituir la parte de ayuda no "compensada" por el arrendatario. Entiende que no y fundamenta su tesis.

MARÍN TEJERIZO, C.: *El desahucio por vía administrativa.*—REVL, Año XIV, núm. 83, 1955; págs. 754.

Se trata de perfilar el alcance del nuevo Reglamento de Bienes de las Entidades locales en materia de desahucio teniendo en cuenta la persistencia de disposiciones anteriores a él y de superior jerarquía legal, con las cuales a veces entra en colisión.

MAZZOCCA, D.: *In tema di prescrizione del diritto al risarcimento per seduzione.*—DC, Año LXX, mayo-junio 1955; págs. 228-231.

Se pretende dilucidar el momento inicial de la prescripción, que se fija en aquel en que la seducida, enterada de las intenciones del seductor, está situada en condiciones de hacer valer el propio derecho.

MINERBI, Fernando: *Una questione in tema di locazione e il c. d. metodo giuridico tradizionale.*—RDC, Año LIII, marzo-abril 1955; págs. 135-166.

La Jurisprudencia debe remozar constantemente el Derecho escrito con el cambio de las condiciones sociales. De otra suerte el principio de legalidad, por

excesiva adhesión a la letra escrita se convierte en un principio injusto. Se demuestra en el trabajo con un caso práctico de doble arrendamiento de un mismo local.

RODRÍGUEZ-SOLANO, Federico: *El retracto arrendaticio rústico*.—P, Año IV, núm. 39, noviembre 1955; págs. 805-816.

Continúa el minucioso estudio sobre el Derecho de retracto en el arrendamiento rústico. En el presente número de P se inserta el apartado quinto, referente a la finca como elemento real del retracto.

SABATER, Antonio: *El no uso y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. RDP, septiembre 1955; págs. 770-779.

En consideración de la encontrada jurisprudencia y doctrina, el autor defiende la obligación del arrendatario de *usar* la cosa y estudia el fundamento legal de la acción resolutoria por no uso. Reciente Jurisprudencia mantiene la misma tesis.

SCHLESINGER, Piero: *Eccesso di mandato e gestione d'affari*.—RDC, Año LIII, marzo-abril 1955; págs. 94-99.

El mandatario que excede los límites de su encargo no se transforma en gestor de negocios sin mandato, pues es inadmisibles que en la misma persona y sobre la misma esfera de actividad o el mismo objeto concurra la doble condición de mandatario y gestor.

SIMONETTO, Ernesto: *Prestazione del socio e compensazione*.—RDC, fascículo 5-6, mayo-junio 1955; págs. 237-256.

Después de examinar distintas posiciones en torno al carácter de la aportación en dinero del socio a la sociedad, se enfrenta el autor con el debatido problema de si la aportación puede ser satisfecha por compensación. Aprecia la tesis afirmativa (doctrinal) y la tesis negativa (jurisprudencial), fundamenta doctrinalmente ésta última.

SOTO NIETO, Francisco: *En torno a la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Arrendamientos Rústicos protegidos. Prescriptibilidad del derecho de conversión de la renta a especie trigo*.—RGD, Año XII, núm. 133, octubre 1955; págs. 683-692.

Se estudia el problema con relación a los contratos anteriores a 1 de agosto de 1942 con renta estipulada en metálico y a los contratos con renta estipulada en especie distinta del trigo.

TABOADA ROCA, Manuel: *Despido injusto, despido nulo y despido libre: aparición y significación de estos conceptos.*—FG. Año XIII, núm. 99; páginas 175-222.

Estudio del despido en las leyes españolas, en la opinión de los autores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Central de Trabajo para concluir las diversas clases de despidos y sus diferentes consecuencias en las leyes vigentes.

TORRES AGUILAR, Juan: *La recuperación por el inquilino de la posesión de la cosa locada.*—RCDI. Año XXXI. núms. 330-331. noviembre 1955; páginas 711-720.

Estudio sobre el Derecho de retorno que concede al inquilino el artículo 85 de la LAU.

VASSEUR, Michel: *Gli sviluppi delle Clausole monetarie in Francia.*—NRD, vol. VII, fascículos 1-4, 1955; págs. 41-48.

Frente a las cláusulas de devaluación monetaria, los economistas y los juristas adoptan actitudes distintas: los primeros se oponen alegando razones económicas, los segundos, las acogen basándose en consideraciones de justicia.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Cessão de créditos ou de outros direitos* BMI, núm. especial I. 1955; págs. 5-374.

Con la sistemática clásica de exponer los diversos elementos de la cesión y sus requisitos expone completamente el tema, haciéndolo seguir del articulado que se propone para el nuevo Código civil portugués.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Mora do credor.*—BMI, núm. especial I, 1955; págs. 375-467

Justificación de la institución y de su regulación, requisitos, efectos y extinción como estudio previo al articulado del nuevo Código civil portugués.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Cessão da posição contratual.*—BMI, número 49, julio 1955; págs. 5-30.

Estudio del tema previo al articulado propuesto para el nuevo Código civil portugués.

WOLFF, Ernst: *Ein Wort zum Unmöglichkeitssproblem.* NJW. Año 8, cuaderno 1, 7 enero 1955; págs. 11-12.

Crítica el autor como superflua e inútil la división que hace el BGB de la

imposibilidad de la prestación en objetiva, subjetiva, jurídica y de hecho, originaria y subsiguiente, duradera y transitoria.

5. Derecho de familia.

BOEHMER, Gustav: *Soll das Stiefkind auch weiter ein «Stiefkind» der Gesetzgebung bleiben.* EF, año II, cuaderno 5, mayo 1955; págs. 125-129.

Con indicaciones de doctrina y de Derecho comparado, el profesor Boehmer se refiere a la cuestión de las pretensiones alimenticias de los hijastros y a la forma en que está prevista su reglamentación en la proyectada reforma (Proyecto II) del Derecho de familia alemán. Considera supuestos diversos y hace su respectiva crítica.

CHAPULÍ PÉREZ, Fernando y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *Modificaciones que en materia de celebración de matrimonio nacen de la discordancia de las Legislaciones canónica y civil y la norma penal.*—RGLJ, tomo CIC, núm. 3, septiembre 1955; págs. 267-294.

Propugnan los autores la necesidad de concordar las normas civiles, canónicas y penales en materia de celebración de matrimonio, fijándose en especial en los artículos 471-479 del Código penal, 45 a 50 del Código civil y en algunos puntos del Concordato. Debieran suprimirse los refuerzos penales del artículo 45 del Código civil, e incluso suprimir los números 2 y 3 del citado artículo. Sólo deben sancionarse como ilegales los matrimonios que hubieren sido declarado nulos.

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *El matrimonio civil como subsidiario del canónico.*—RGD, Año XI, núm. 132, septiembre 1955; págs. 594-604.

Después de unas generalidades sobre el sistema matrimonial español (matrimonio canónico y civil subsidiario) el autor, en base a las disposiciones de la orden de 1941 y a las del Derecho canónico hace interesantes aclaraciones y discriminaciones sobre estos tres puntos: a) Los que no pueden casarse canónicamente por impedimento o prohibición religiosa, ¿pueden casarse civilmente? b) ¿Existe en nuestro sistema matrimonial contrayentes a quienes estén vedadas ambas formas de matrimonio? c) ¿Cómo podría entonces legitimarse la unión y la prole?

MELICHAR, Erwin: *Der Verfassungsgrundsatz der Gleichheit der Geschlechter im Lichte der Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes.*—EF, Año II, cuaderno 5, mayo 1955; págs. 129-132.

Es principio constitucional en Austria el de igualdad de los sexos ante la Ley. El autor, a través de algunas decisiones del Tribunal Constitucional, indica cómo se entiende tal principio. Prohíbe las diferencias de trato arbitrarias,

pero en modo alguno impide diferenciaciones objetivas y justificadas impuestas a veces por circunstancias de las que no cabe prescindir.

PEREIRA, Altino Portugal S.: *O erro, no casamento*.—RFP, Año II, núm. 2; págs. 394-405.

Reduce a sus límites el error sobre la persona, que, en contra de una moderna tendencia doctrinal y legislativa, no puede anular el matrimonio cuando sea sobre sus cualidades, sino solamente cuando se refiera a su identidad, "ya sea física, civil o moral".

SIEBERG, Wolfgang: *Elterliche Gewalt und Gleichberechtigung*. NJW, Año 8, cuaderno 1, 7 enero 1955; págs. 1-6.

En el ejercicio de la patria potestad, el BGB parte de la posición preeminente del padre. El principio constitucional de equiparación de marido y mujer repercute, naturalmente, en la forma de ejercerse la patria potestad. El autor se refiere a la forma de aplicar la equiparación (Gleichberechtigung) en materia de patria potestad: facultades de decisión de uno o ambos cónyuges, actos internos, actos externos, representación del hijo, aspecto personal y patrimonial. Se toman en cuenta distintas opiniones y proyectos.

6. Derecho de sucesiones.

ALONSO LAMBÁN, M.: *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*.—RND, Año III, núms. 9-10, julio-diciembre 1955; págs. 241-399.

Continuación del trabajo iniciado en un número anterior de RDN. En el presente se refiere el autor a la estructura del testamento, al testamento escrito, al oral, al testamento ante el párroco, a los extraordinarios, al mancomunado y al testamento por comisario.

BETTI, Emilio: *Legato e Liberalità (Diritto romano)*. RTDP, Año IX, número 3, septiembre 1955; págs. 632-654.

Se trata de la relación leída el 27 de mayo de 1955 en Sassari en el Congreso en honor de Carlo Fadda. Sobre la base de un trabajo de este autor, en el que afirmaba no ser la liberalidad elemento esencial del legado en Derecho romano, el profesor Betti, analizando los textos, vuelve sobre la misma cuestión.

CICU, Antonio: *Legato e Liberalità (Diritto civile)*. RTDP, Año IX, número 3, septiembre 1955; págs. 642-654.

Se trata también de la relación leída el 27 de mayo de 1955 en Sassari en el Congreso en honor de Carlo Fadda. El autor, con relación al vigente Derecho

italiano, ofrece unas consideraciones en torno a la relación entre legado y onerosidad y gratuidad. Se escribe sobre la base de trabajos de Carlo Fadda.

FIRMO DA SILVA Antonio A.: *La sucesión hereditaria de extranjeros con bienes en el Brasil y sin domicilio en el país*. RIN, Año VII, núm. 25, enero-marzo 1955; págs. 11-13.

De acuerdo con la ley brasileña, se distinguen dos hipótesis: a), sucesión de extranjero soltero o casado con mujer brasileña, con o sin hijos, también extranjeros (ley del domicilio); y b), sucesión de extranjero casado con brasileña o extranjera, pero con hijos brasileños (ley nacional o brasileña: la más favorable).

GIULIANI, Andrea: *La sucesión del extranjero en Italia*. RIN, Año VII, número 25, enero-marzo 1955; págs. 5-10.

Consideraciones sobre los principios que rigen en Italia la sucesión del extranjero en su aspecto civil y fiscal.

II. DERECHO HIPOTECARIO

BEQUE, Emilio: *La reforma de la publicidad inmobiliaria en Francia*.—IJ, núms. 148-149, septiembre-octubre 1955; págs. 529-550.

Descripción en líneas generales del Decreto de 4 de enero de 1955, que lleva a cabo una decisiva reforma en el régimen inmobiliario francés. La reforma tiene una doble finalidad con objeto de remediar la inseguridad inmobiliaria: a), mejor organización técnica del servicio de publicidad mediante el mejoramiento de la llevanza de los Registros; b), una doble refundición, tanto del régimen de los privilegios inmobiliarios e hipotecas, como de la publicidad de los actos relativos a la propiedad y a los derechos inmobiliarios. En cuanto a lo primero, se crea un fichero inmobiliario, se exige la autenticidad de los actos sujetos a inscripción, se otorga un derecho de control al Registrador, etc. En cuanto a lo segundo, se da rigurosa entrada a los principios de publicidad y especialidad, y se dictan disposiciones sobre la inscripción, nota marginal, gastos, etc.

BOLLAIN ROZALEM, Luis: *Un caso práctico de Derecho hipotecario*.—RCDI, Año XXXI, núms. 330-331, noviembre-diciembre 1955; págs. 700-710.

Transcripción de un dictamen del autor sobre un supuesto de doble inmatriculación e identidad total o parcial de fincas.

CÁRDENAS HERNÁNDEZ, Luis: *La inexactitud registral y conceptos afines*. RDN, Año III, núms. 9-10, julio-diciembre 1955; págs. 421-446.

Deslinda el autor la inexactitud registral de los conceptos afines e indica qué supuestos deben considerarse constitutivos de verdadera inexactitud: título

falso, título nulo, título defectuoso. Estas son las causas por las que puede producirse la inexactitud al tener acceso al Registro un título que normalmente no debió haber ingresado.

MAZUELOS, José María: *Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas.*—RCDI, Año XXXI, núms. 330-331, noviembre-diciembre 1955; págs. 657-699.

Primera parte de un estudio de conjunto sobre las anotaciones de embargo, con finalidad de tipo práctico. En el presente número de RCDI alude a la naturaleza de las anotaciones y a cuestiones varias sobre concurrencia y prelación de créditos.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

GOLDSCHMIDT, Roberto: *Problemi della riforma del diritto commerciale venezuelano.*—RDC, Año LII, marzo-abril 1955; págs. 181-197.

Somero estudio de las principales materias a reformar en el Derecho mercantil venezolano, apuntando las soluciones que deben acogerse legalmente.

HAMEL, J. e LAGARDE G.: *Avvenire del diritto commerciale.*—NRD, volumen VIII, fascículos 1-4, 1955; págs. 1-4.

Frente a las tendencias que preconizan la unificación del Derecho privado y la fusión del Derecho mercantil en las grandes reglas del Derecho civil se afirma la autonomía, independencia del derecho del comercio.

OFFERHAUS, J.: *L'evolution du droit commerciale spécialement aux Pays-Bas.* RIDCP, Año VII, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 296-310.

Se señalan dos tendencias principales en la evolución del Derecho privado, que afectan particularmente al Derecho mercantil. Una generalización cada vez mayor del Derecho, en detrimento de los Derechos especiales o autónomos separados del viejo tronco civil y una influencia, cada vez mayor, de la jurisprudencia en la modernización de la legislación anticuada.

WURDINGER, Hans: *El libre desarrollo de la personalidad. Derecho de cartel y de competencia.*—RDP, octubre 1955; págs. 859-865.

Consideraciones sobre el Proyecto de ley sobre limitación de la competencia que actualmente se discute entre el Gobierno y la industria en Alemania, y su significación con referencia al principio de la libre competencia y de la libertad económica.

2. Comerciantes y Sociedades.

ANGELONI, Vittorio: *I diritti del creditore particolare del socio*.—RDC, año LIII, marzo-abril 1955; págs. 101-107.

Estudio de los requisitos legales y problemas casuísticos que se presentan cuando el acreedor de un socio actúa sobre la cuota social de su deudor o sobre los beneficios sociales que le corresponden.

EICHLER, Hermann: *Dividendi e riserve nella società per azioni*. NRD, volumen VIII, fascículos 1-4. 1955; págs. 18-21.

Después de precisar en los distintos momentos del balance de la sociedad la naturaleza del derecho al dividendo y la posibilidad de establecer reservas, concluye que en beneficio del interés de los accionistas y como medio de apoyo a la acción, instrumento del mercado de capitales, es conveniente asegurar una parte del beneficio neto que deba necesariamente distribuirse y no caiga dentro de la libre política de reservas de los administradores de la sociedad.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La responsabilidad civil de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas*.—RDP, octubre 1955; págs. 865-882.

Documentado estudio sobre la posición de los administradores de sociedades anónimas, en orden a su responsabilidad civil y comparando distintos sistemas legislativos. El esquema adoptado es: posición de los órganos de administración, responsabilidad y facetas de ella, solidaridad, sujetos que pueden exigir responsabilidad, acciones individuales, prescripción.

FERRI, Giuseppe: *Socio sovrano, imprenditore occulto e fallimento del socio nelle società per azioni*.—NRD, volumen VIII, fascículos 1-4, 1955; páginas 13-17.

Expone con consideraciones de tipo práctico las consecuencias, jurídica y económicamente catastróficas, de seguir las teorías de Bigiavi sobre estos mismos temas, expuestos en sus últimas publicaciones.

GARBAGNATI, E.: *Azione ed interesse*.—I. M. año VI, septiembre 1955; páginas 316-349.

Crítica de la doctrina del procesalista Salvatore Satta, según la cual legitimación activa e interés en la acción se identifican, como se identifican derecho sustantivo y acción.

GOMES, Raúl: *Ações de companhias e sua negociação obrigatória em pregão público*.—RFP. Año II, núm. 2; págs. 262-270.

Dado el pago de las leyes sobre operaciones de Bolsa y de sociedades anó-

nimas, razona para el Derecho brasileño la vigencia de los preceptos de la primera, no revocada por la segunda.

MENCONI, L.: *Sulla reintegrazione del capitale azionario in caso di perdita totale*.—I M, Año VI, septiembre 1955; págs. 361-370.

El caso de pérdida total del capital social de una sociedad por acciones, no es causa de disolución y su Junta general puede válidamente acordar una reintegración patrimonial, porque siempre queda en pie el derecho a la cualidad de socio y todas las facultades que de él dimanar.

MENCONI, Luigi: *Irreclamabilità al Collegio del provvedimento di sospensione della deliberazione assembleare impugnata*.—RDC, Año LIII, marzo-abril 1955; págs. 135-140.

En orden a la impugnabilidad de la disposición judicial que ordena la suspensión de la ejecución de un acuerdo de la Junta general de una Sociedad Anónima, la jurisprudencia italiana ha cambiado su orientación en el sentido de restringir su admisión al máximo.

MIGNOLI, Ariberto: *La «categoria di azioni» come gruppo*.—RDC, fascículos 5-6, mayo-junio 1955, págs. 221-236.

En base al artículo 2.348 del Código civil italiano, cabe la configuración de "categorías de acciones", en que se agrupan las acciones de la misma especie. Examinadas otras posiciones, considera las indicadas "categorías" como supuesto de figura asociativa atípica, estudiando después las asambleas especiales, el fin de las "categorías", etc.

MINERVINI, Gustavo: *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*.—RDC, fascículos 5-6, mayo-junio 1955; págs. 207-220.

Estudio en torno al fundamento de la facultad de los administradores para impugnar las deliberaciones de la Asamblea en las sociedades anónimas, comparando el artículo 2.377 del Codice civile con la anterior legislación. Entiende el autor que la legitimación para impugnar las "deliberazioni assembleari", se concede a los administradores en su propio interés. Fundamenta esta tesis.

MOSSA, Lorenzo: *Le deliberazioni dell'assemblea della Società per azioni*. NRD, volumen VIII, fascículos 1-4, 1955; págs. 5-12.

La naturaleza jurídica de los acuerdos de la que en nuestra terminología llamaríamos Junta general de la Sociedad Anónima, no se altera cuando en los acuerdos se consigue unanimidad. No se trata en ningún caso de un acuerdo de tipo contractual, sino de un "acto complejo".

PISANI MASSAMORMILE, M.: *Osservazioni in tema di società a responsabilità limitata*.—DG, Año LXX, mayo-junio 1955; págs. 228-231.

Valor, naturaleza jurídica y licitud de las certificaciones eventuales acerca de la cualidad de socio y de la cuota social, resolviendo negativamente la cuestión de si son títulos de crédito y gozan del régimen de circulación de los mismos.

SCHILLING, Wolfgang: *La partecipazione sotto l'aspetto del diritto sociale*. NRD, volumen VIII, fascículos 1-4, 1955; págs. 22-30.

Naturaleza jurídica y efectos jurídicos y sociológicos de la participación de los obreros en los Consejos de las sociedades anónimas alemanas. El principal, el contacto directo, sin intermedio de los administradores, de los accionistas y los obreros.

3. Cosas mercantiles.

FERNÁNDEZ VIVANCOS, Guillermo: *Letra de cambio. Domicilio donde debe ser protestada*.—RGD, Año XII, núm. 133, octubre 1955; págs. 693-695.

Certeramente se defiende que el acta de protesto de la letra ha de levantarse en el domicilio del librado.

LANGLE Y RUBIO, Emilio: *Las letras de cambio domiciliadas y su protesto por falta de pago*.—RDN, Año III, núms. 9-10, julio-diciembre 1955, págs. 7-60.

Destacado el interés privado y social en la función económica de las letras domiciliadas, se estudia la domiciliación de la letra en la doctrina y en nuestro Derecho positivo, indicando el lugar de pago de la letra y el de presentación al cobro.

A continuación estudia el autor el protesto, primero en general y luego referido a la letra ordinaria y a la domiciliada. Critica algunas corruptelas que se han introducido en la práctica y propone la solución preferible, en orden al lugar de levantamiento del protesto.

LEFAULLE, Pierre: *Réflexions sur l'expansion des trusts*.—RIDCP, Año VII, número 20, abril-junio 1955; págs. 318-323.

Situación anormal del trust en el Derecho de los países continentales y necesidad de adoptar medidas para conseguir su control jurídico y su publicidad.

VON CAEMMERER, Ernst: *Fragen des Akzeptkredits*.—NJW, Año VIII, cuaderno 2, 14 enero 1955; págs. 41-46.

Cuestiones diversas en torno al llamado "crédito de aceptación", o crédito

otorgado en base a una letra aceptada. Otorgamientos, casos de aplicación, naturaleza (de negocio de crédito), descuento, etc.

4. Obligaciones y contratos.

DEWATI, Antigono: *L'assicurazione delle spese legali*.—RDC, fascículos 5-6, mayo-junio 1955, págs. 201-206.

Consideraciones breves sobre los contratos de seguro de gastos legales, en cuanto a sus caracteres, relación con los seguros de responsabilidad civil, elementos, casos típicos y supuestos dudosos. Se trata de un ensayo publicado en Alemania en los estudios en honor de Alberto Elsrzweig.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

MICHELI Gian Antonio: *Note in tema di intervento dei creditori nella espropriazione forzata della nave*.—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955; págs. 742-754.

El trabajo irá en los "Studi in memoria di Filippo Vasalli". Consideraciones sobre la forma en que los acreedores han de intervenir en la expropiación forzosa de la nave, y sobre las relaciones del "Codice della Navigazione" y el "Codice de Procedura Civile".

PÁRAMO, Manuel de: *Del peligro en el auxilio y salvamento marítimos*. RFC, Año IV, enero-abril 1955; págs. 31-53.

Estudio del peligro como determinante de la fisonomía del Derecho marítimo: concepto, naturaleza, función, grados y criterio general para su clasificación.

6. Derecho de quiebras.

BARBERO, D.: *Compensazione dei crediti ed amministrazione controllata*.—IM, Año VI, septiembre 1955; págs. 215-222.

Si se admite modernamente la posibilidad de que el quebrado compense los créditos, mucho más hay que considerar admisible la compensación cuando el quebrado está en vías de salvar el peligro de quiebra mediante la administración controlada pactada con los acreedores.

DE MARTINI, Angelo: *Singolari aspetti del concordato di società in liquidazione coattiva*.—RDC, Año LIII, marzo-abril 1955; págs. 117-134.

En materia de liquidación de sociedad, aun cuando sea forzosa, los principios son diversos, y aun opuestos, a los del Derecho de quiebras. Se comprueba con algunos aspectos de la liquidación, principalmente con los poderes del Comisario liquidador.

PASTERIS, Carlo: *Sulla portata dell'art. 45 legge fallimentare.*—RDC, Año LIII, marzo-abril 1955; págs. 73-78.

El contrato de compraventa de inmuebles, no inscrito antes de la sentencia declaratoria de la quiebra del vendedor, resulta ineficaz respecto a la masa de la quiebra, en favor de los acreedores.

VACAS MEDINA, Luis: *El arresto del quebrado. Una laguna de nuestro Reglamento de Prisiones.*—BI, Año IX, núm. 319, 5 noviembre 1955. págs. 3-8.

Entiende el autor que es necesaria una reforma o aclaración del vigente Reglamento de Prisiones en el sentido de que se incluyan los Jueces de Primera Instancia, para los casos de quiebra, como autoridades competentes para decretar, en un Establecimiento Penitenciario el ingreso del quebrado, en concepto de detenido o arrestado.

VANNI, Giuseppe: *Divagazioni in tema di fallimento con procedimento sommario.*—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955; págs. 789-796.

La "Legge Fallimentare" italiana de 1942 introdujo un procedimiento sumario "di fallimento" con objeto de simplificar el procedimiento cuando el pasivo no fuese de importancia, y con objeto de limitar lo más posible los gastos. El autor hace breves consideraciones sobre la facultad que en este procedimiento se confiere al "juez delegado" de confiar sus funciones al "pretore" del lugar donde el deudor tiene la sede principal de la empresa.

IV. DERECHO NOTARIAL

ALBI AGERO, Tomás: *La descripción de inmuebles y los artículos 166 y 255 del Reglamento Notarial.*—RDN, Año III, núms. 9-10, julio-diciembre 1955; págs. 403-420.

Consideraciones sobre la verdadera inteligencia de los artículos 166 y 255 del Reglamento Notarial, en orden a la descripción de inmuebles, precedidas de unas indicaciones sobre la forma en general y en el instrumento público.

CURBELLÓ URROZ, Hebert: *La Forma Notarial como técnica normal y segura en la realización del Derecho Privado.*—RN, Año LVIII, núm. 620, marzo-abril 1955; págs. 103-134.

Trabajo presentado al III Congreso Internacional del Notariado Latino. El autor defiende la forma notarial como criterio de seguridad en la realización del Derecho Privado. El notario, técnico en Derecho, adapta imparcialmente la autonomía del voluntarismo a los principios jurídicos esenciales y lo revela en el instrumento que crea, con seguridad jurídica, plasticidad permanente, legalidad y credibilidad forzosa.

MOREAU DE MELEN, Ernesto: *La práctica notarial, creadora de reglas de Derecho*.—RIN, Año VII, núm. 25, enero-marzo 1955; págs. 18-24. .

Se encomia la labor del notario, que a veces realiza una labor correctora de la Legislación. Se ilustra el aserto con ejemplos.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

FRANCO SOBRINO, Manuel de Oliveira: *Processo e Direito Administrativo*. RFP, Año II, núm. 2; págs. 122-135.

Razona, contra corrientes de tendencia negativa, que dentro de la estructura peculiar del Derecho administrativo, es posible trazar unas líneas normativas de la actividad procesal, teniendo en cuenta que el proceso civil y el penal pertenecen a la "patología", mientras el administrativo forma parte de la "fisiología" de la vida jurídica.

SCHREIBER, P.: *Die Bestellung der Gerichte in der Schweiz*.—NJW, Año VIII, cuaderno 1, 7 enero 1955; págs. 13-14.

Brevísimas consideraciones sobre la organización de los Tribunales en Suiza, en base a la naturaleza federal del país.

2. Parte general.

ALLORIO, E.: *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*.—IM, Año VI, septiembre 1955; págs. 154-204.

Extenso trabajo que examina puntos fundamentales de relación entre el Derecho sustantivo y el procesal: naturaleza del Derecho subjetivo, su disponibilidad, Derechos potestativos, acción y proceso, afirmación de la identidad del Derecho subjetivo material y del objeto de la decisión judicial.

GÖRRES, Peter: *Zur Reform der Revision*.—MDR, Año IX, cuaderno 6, junio 1955; págs. 327-329.

Breves sugerencias en torno a la proyectada reforma de la revisión, en materia de cuantía y de admisión de la misma, fijándose en informes de ciertos Tribunales, entre ellos el BGH.

KOHLER, Alexander: *Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*. MDR, Año IX, cuaderno 6, junio 1955; págs. 333-335.

Extracto de las decisiones últimamente dictadas por el Tribunal Administrativo Federal, en las materias de su competencia.

LANCELOTTI, Franco: *Il foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazioni da fatto illecito*.—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955: págs. 691-717.

Consideraciones en torno a los problemas de competencia territorial en los procesos referentes a derechos nacidos de obligaciones derivadas de hechos ilícitos, en la Legislación italiana, con especial atención del artículo 20 del Código de Procedimiento civil y del artículo 2.043 y siguientes del Código civil. El trabajo formará parte de los Studi Giuridicire onore di Leopoldo Tumiatì.

LIMA, Heróides da Silva: *Eucargos do Ministério público no ramo civil*. RFP, Año II, núm. 2; págs. 291-302.

Después de una introducción en la que se encarece la labor del Ministerio Fiscal, se estudia la naturaleza de su intervención, ya en los casos en que es obligatoria, ya en los que es facultativa, en el proceso civil y sus posibilidades y límites.

MC WHINNEY, Edward: *Conflicts philosophiques dans la Cour Suprême des Etats-Unis. Le dilemme sur l'elaboration d'une politique jurisprudentielle*. RIDCP, Año VII, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 281-295.

Exposición y crítica de la tesis de la auto-limitación judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos formulada y practicada por los Jueces Holmes y Frankfurter.

PAPA, Salvatore: *Sul consiglio superiore della magistratura*.—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955; págs. 782-788.

Impresiones sobre el Proyecto de Ley presentado al Senado italiano por el Ministro de Gracia y Justicia el 9 de noviembre de 1954, en torno al Consejo Superior de la Magistratura y sus funciones. El autor critica algunos aspectos.

ROSE, Eitel: *Die Entscheidung nach dem Einspruch (§§ 338 ff., ZPO)*.—MDR, Año IX, cuaderno 6, junio 1955; págs. 338-339.

Contra la sentencia contumacial, la parte que no ha comparecido puede interponer oposición. Consideraciones sobre ésta y sus efectos en la Ordenanza Procesal civil alemana.

RULL, Baltasar: *Constante actualidad de los problemas orgánicos de la justicia*.—RGLJ, Año CIII, núm. 4, octubre 1955; págs. 439-449.

Propugna un conjunto de reformas en la Judicatura y los Tribunales de Justicia que abarcan desde la selección de los jueces hasta las prerrogativas del Presidente del Tribunal Supremo.

SERENI, Angelo Piero: *Revisione di sentenza da parte del giudice che l'ha pronunciata «New trials» e «Alharings»*.—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955; págs. 797-801.

El autor describe rápidamente la posibilidad que existe en Estados Unidos de que la Sentencia dictada por un juez sea revisada por él mismo, y propugna tal sistema para Italia. El trabajo formará parte de los estudios en honor de Leopoldo Tumiatì.

3. Procesos especiales.

ASCHER, Walther: *Die Pfändung des Anwartschaftsrechts aus bedingter Ubereignung und kein Ende*.—NJW, Año VIII, cuaderno 2, 14 enero 1955; págs. 46-48.

El autor defiende los puntos de vista y la fundamentación de una sentencia del BGH de 25 de mayo de 1954 en torno a un caso de embargo de un Derecho de expectativa derivado de una transmisión condicional. Frente a las diversas concepciones doctrinales de este embargo, la sentencia debe perseguir siempre finalidades de tipo práctico.

BIELSA, Rafael: *La cuestión de las jurisdicciones especiales*.—RDLC, Año XLIV, núms. 524-526, enero-marzo 1955; págs. 16-72.

Esquema sobre la naturaleza y mecanismo de las jurisdicciones especiales en el sistema constitucional argentino.

MINOLI, Eugenio: *Sul pignoramento o sul sequestro dei frutti pendenti I. Cenni storici*.—RTDP, Año IX, núm. 3, septiembre 1955; págs. 718-740.

Análisis de la evolución histórica del embargo y secuestro de frutos pendientes. Con fines de mejor comprensión e interpretación del Derecho vigente; cuidadosa distribución entre normas de Derecho sustantivo y normas procesales. Origen y desarrollo de la distinción y consecuencias.

OSTLKR, Fritz: *Antrag nach § 713. Abs. 12 ZPO in der oberlandesgerichtlichen Instanz*.—MDR, Año IX, cuaderno 6, junio 1955; págs. 340-341.

El párrafo 2.º del § 713 de la ZPO determina que el Tribunal permite al deudor, a su petición, evitar la ejecución forzosa prestando caución o consignando la cosa debida, si el acreedor por su parte no está dispuesto a asegurar la ejecución prestando caución previamente. Se estudia la esencia y mecanismo de la petición del deudor en el procedimiento de apelación ante los OLG (=Audiencias territoriales).

VALENTE, A.: *Revocazione ed opposizione all'esecuzione. Concorso, rapporti, effetti*.—DG, Año LXX, mayo-junio 1955; págs. 183-195.

Se trata de medios similares para evitar la ejecución. Los efectos de esta coin-

ciencia han de traducirse en la eliminación de su coincidencia en un mismo asunto, a través de la fusión de las dos acciones: revocatoria e impugnatoria.

SARANO, V.: *In tema di sequestro conservativo di autoveicoli*.—DG, Año LXX, mayo-junio 1955; págs. 248-251.

Condiciones que ha de reunir en su aspecto material y formal el embargo de automóviles para que sea válido y oponible a terceros.

ZIEGE, Hans-Joaquim: *Die Zulassung der Austauschpfändung: Voraussetzungen und Verfahren*.—NJW, Año VIII, cuaderno 2, 14 enero 1955; págs. 48-51.

La Ley alemana sobre Ejecución Forzosa de 20 de agosto de 1953. Ha sido reglamentado legalmente el "Austauschpfändung" o "embargo de trueque", que ya antes había sido admitido en la práctica y en la doctrina. El autor estudia sus presupuestos y procedimientos.

4. Jurisdicción voluntaria.

KEMMEL, Theodor: *Art. 3. Abs. 2 66 und der Richter (Rechtspfleger) der freiwilligen Gerichtsbarkeit*.—EF, Año II, cuaderno 5, mayo 1955; páginas 121-125.

Indicación de las modificaciones que ha de sufrir la FGG (Ley sobre Jurisdicción Voluntaria Alemana) en virtud del principio de equiparación de marido y mujer contenido en el artículo 3, párrafo 2.º de la L. Fundamental de Bonn. Después de unas generalidades alude el autor al problema en materia de tutela, de sucesión y de Derecho de bienes.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZABLES EN ESTA SECCION

- A. C. P. = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
- A. F. D. = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).
- A. J. C. L. = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
- A. U. M. = Anales de la Universidad de Murcia.
- B. D. C. = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
- B. F. D. = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba-Argentina).
- B. I. = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- B. I. M. = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.
- B. M. I. = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
- B. U. S. C. = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- C. D. A. = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- C. D. F. = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- C. L. J. = The Cambridge Law Journal.
- D. G. = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- D. M. = Derecho (Medellín-Colombia).
- E. D. = Estudios de Derecho (Antioquia).
- E. F. = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

- F. G. = Foro Gallego (La Coruña).
 I. J. = Información Jurídica (Madrid).
 I. R. = Justitia (Roma).
 I. M. = Jus (Milán).
 J. F. = Jornal do Foro (Lisboa).
 L. = La Ley (Buenos Aires).
 M. D. R. = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburg).
 N. J. W. = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 N. R. = Nuestra Revista (Madrid).
 N. R. D. = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 P. = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 R. A. P. = Revista de Administración Pública (Madrid).
 R. C. = Revista de Derecho (Concepción-Chile).
 R. C. A. = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 R. C. D. I. = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 R. C. M. = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 R. D. C. = Rivista del Diritto Commerciale (Milán).
 R. D. E. S. = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 R. D. L. C. = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 R. D. L. P. = Revista de Derecho (La Paz).
 R. D. M. = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 R. O. N. = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 R. D. P. = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 R. E. P. = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 R. E. V. L. = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 R. F. C. = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 R. F. D. B. A. = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 R. F. D. M. = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 R. F. L. = Revista del Foro (Lima).
 R. F. P. = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 R. G. D. = Revista General de Derecho (Valencia).
 R. G. L. J. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 R. H. = Revue historique de Droit français et étranger (Paris).
 R. I. C. G. = Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (Roma).
 R. I. D. C. = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 R. I. D. C. O. = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 R. I. D. C. P. = Revue Internationale de Droit Comparé (Paris).
 R. I. N. = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 R. J. C. = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 R. J. N. = Revista Jurídica Nicaragüense (Nicaragua).
 R. J. P. = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 R. J. P. R. = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 R. L. J. = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
 R. N. = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 R. P. = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 R. P. I. = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 R. T. C. = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).
 R. T. D. C. = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 R. T. D. P. = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
 R. U. M. = Revista de la Universidad de Madrid.
 S. A. = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 S. J. = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
 U. N. C. = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1955

Minas

Con ocasión de la calificación emitida por el Registrador mercantil sobre escritura de constitución de una Sociedad de responsabilidad limitada, parecen haberse planteado los problemas siguientes:

Si para la validez de la aportación de escombreras, terrenos y escoriales, existentes en minas diversas con explotación, se necesita el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 119 del Reglamento de Minería de 9 de agosto de 1946, por tener aquellas la consideración de sustancias de la Sección B; si, en otro caso, por hallarse tales tierras en minas caducadas e incluirse en la Sección A, debió acompañarse certificación de la Jefatura de Minas que lo acredite; si debió consignarse en los Estatutos sociales la cláusula que limite la participación de extranjeros al 25 por 100, como ordena el artículo 30 de dicho Reglamento, o basta con la expresión de ser Sociedad española y de capital español; si se ha incumplido el artículo 3.º de la Ley de Sociedades limitadas, de 17 de julio de 1953, por no ser válida la aportación realizada sin el cumplimiento de los requisitos mencionados.

La Dirección General, revocando la nota y acuerdo del Registrador, se pronuncia así:

a) *Las escombreras, terrenos o escoriales procedentes de minas caducadas o de fábricas abandonadas tienen la consideración de sustancias de la Sección A, por disposición del artículo 21 del Reglamento de Minería, y con el nombre de terrenos metalíferos de igual procedencia se hallan catalogados en dicha Sección en el art. 2.º de la Ley de 19 de julio de 1944, sin que aparezcan incluidos en la Sección B., cuando aquellos terrenos radiquen en minas vivas o en explotación, como sería lógico si tal fuera el pensamiento del legislador, por lo que no parece lícito argumentar a contrario sensu para incluirlas en tal Sección, cuando poderosas razones evidencian lo contrario.*

b) *Dichas escombreras, productos accesorios o secundarios de las minas, pertenecen, como los minerales extraídos del yacimiento, al concesionario de la mina, de las cuales puede disponer libremente, bien para beneficiarlas por sí mismo o para transmitir las a un tercero con igual objeto y que, aun en el caso de tratarse de minas caducadas y ser consideradas por la Ley como de categoría superior al incluirlas en la Sección A, también puede disponer de ellas libremente el propietario de los terrenos en que estuvieren enclavadas, como dispone el artículo 4.º de la Ley de Minas y 5.º de su Reglamento, sin otra limitación que la de ponerlo en conocimiento de la Jefatura de Minas, acompañando Memoria acerca de las labores y el título a cuyo amparo se emprende la explotación, y ello cuando deba comenzar ésta; por lo cual es evidente que*

ni en uno ni en otro caso se requiere la autorización previa para transmitir las, ni por tanto se necesita la certificación que el Registrador exige en su nota, ni deja de tener su razón de ser el artículo 21 de dicho Reglamento.

c) El artículo 119 del citado Reglamento hace referencia a la venta, cesión, arriendo o cualquier forma de transmisión de concesiones de explotación, pero no a las transmisiones de productos de la mina, ya sean principales o secundarias, por lo que no son de aplicación los requisitos exigidos en los párrafos segundo y siguientes de dicho precepto; ni siquiera parece necesaria la comunicación a la Jefatura del Distrito, que exige el artículo 120, limitada a la transmisión de bienes inmuebles e instalaciones de toda clase y efectos a la explotación de la mina, porque las escombreras y terrenos metalíferos no tienen la consideración de inmuebles, una vez que están separados del yacimiento, según lo dispuesto en el párrafo 8.º del artículo 334 del Código civil, ni pueden considerarse como instalaciones afectas a tal explotación; todo lo cual evidenciu que sí, para la transmisión de inmuebles e instalaciones, elementos accesorios de la concesión, pero de indudable mayor importancia que las escombreras, no se requiere el cumplimiento de los requisitos del artículo 119, con mayor razón la transmisión de estas últimas ha de quedar excluida de su regulación.

d) Si bien el artículo 30 del Reglamento de Minería establece que cuando se trate de Compañías mercantiles cuyo capital no esté representado por acciones, los Estatutos o escritura de constitución deberán contener una cláusula que limite la participación de extranjeros al 25 por 100 del capital, participación que, excepcionalmente y por acuerdo del Consejo de Ministros, puede aumentarse cuando el interés nacional lo aconseje, al límite máximo del 49 por 100; el artículo 6.º de la Ley de 24 de noviembre de 1939 consigna idéntica prohibición, sancionando con vicio de nulidad la transmisión a extranjeros de toda participación superior a la cuarta parte del capital social, por lo que no parece que la manifestación reglamentaria consignada en la escritura o en los Estatutos pueda tener mayor eficacia y transcendencia para el futuro que la misma prohibición legal, susceptible de reforma.

e) El tercer defecto señalado en la nota del Registrador, tiene por supuesto erróneo el de que las aportaciones realizadas no son válidas por faltarle el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 119 del Reglamento de Minas, y al no ser de aplicación este precepto, es evidente que las aportaciones realizadas por los socios tienen validez jurídica y debe estimarse totalmente desembolsado el capital, sin perjuicio de las obligaciones que al aportante señala el párrafo 2.º del artículo 8.º de la Ley de 17 de julio de 1953.

Vid. Resoluciones de 17 de abril de 1953, que se cita, y además, la de 7 de mayo de 1913.

RESOLUCION DE 13 DE DICIEMBRE DE 1955

Derecho de opción

Presentada en el Registro una escritura de opción de compra con cesión de la administración de la finca a favor de la beneficiaria de aquel pacto, fué

denegada su inscripción conforme a lo establecido en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, en su primera parte, y en función del carácter obligacional del negocio, en su segunda.

Tramitado recurso gubernativo, el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y la Dirección ratifica el auto apelado, fijando la siguiente doctrina:

a) *El derecho de opción puede inscribirse en el Registro siempre que se configure con los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario.*

b) *Los efectos de la opción inscrita implican, más que una prohibición de enajenar, una facultad preferente de adquirir; el Registrador, al calificar, deberá distinguir cuidadosamente uno y otra, a fin de que, cuando la prohibición de enajenar no reúna las circunstancias exigidas por la Ley, deniegue su inscripción.*

c) *Es inaceptable la alegación de que el derecho de opción constituye una forma de garantía real que asegure el cumplimiento de la prohibición, puesto que, aun admitida tal afirmación, siempre resultaría autorizada la inscripción de la garantía en sí y no la de la prohibición, criterio confirmado en el artículo 37 del Reglamento.*

d) *Las amplias facultades de administración concedidas al optante no pueden ser inscritas en el Registro, ni como contrato independiente, ni como pacto especial agregado al Derecho constituido, por tener un marcado carácter obligacional.*

Vid. Resoluciones de 25 de noviembre de 1935 y 27 de marzo de 1947 que se citan, y además las de 27 de octubre de 1947, 19 de julio de 1922 y 1 de marzo de 1939.

RESOLUCION DE 26 DE DICIEMBRE DE 1956

Personalidad para recurrir

Denegada la inscripción de determinado documento por el entonces funcionario titular de la Oficina inmobiliaria, y recurrida su nota, el nuevo Registrador que le sustituye se manifiesta conforme con la petición del recurrente, excepto en lo relativo a las costas; emitido informe por el primero de los mencionados Registradores, mantuvo su calificación, que fué revocada por el Presidente de la Audiencia. De la decisión presidencial, se alza aquel funcionario, y la Dirección general se pronuncia en la siguiente forma:

Después de haber sido rectificada la calificación por las manifestaciones hechas en su informe por el actual titular de la Oficina, no puede reconocerse al anterior Registrador personalidad para recurrir, porque, conforme a lo ordenado en los artículos 122 y 116 del Reglamento Hipotecario, sólo aquél es el llamado a formalizar el correspondiente recurso de alzada, ya que reconocer este derecho a personas distintas que no traten de proteger interés legal alguno con su ejercicio, podría dar lugar a situaciones anómalas.

Vid. Resolución de 23 de marzo de 1926 que se cita y además las de 22 de diciembre de 1910 y 15 de octubre de 1934.

JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIAS COMENTADAS

La cláusula de escala móvil, «valor pan», en el arrendamiento de local de negocio

(Sentencia del Tribunal Supremo de 25 enero de 1955) (*)

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. Los hechos antecedentes.—2. «Considerandos» de la sentencia.—3. Enjuiciamiento crítico.—4. Estado real de la cuestión en nuestro Derecho positivo y criterios de la doctrina.—5. El problema de la eficacia y validez de las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos de locales de negocio.—6. Conclusiones críticas para la admisión de las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos de locales de negocio

1. *Los hechos antecedentes:*

Una breve descripción resumida de los hechos acaecidos nos pondrá, desde el comienzo hasta el final del debate jurídico, sobre la cuestión más fundamental dilucidada en esta sentencia de nuestro más alto Tribunal: la validez o invalidez de una cláusula de escala móvil añadida a un contrato de arrendamiento de local de negocio.

El Juez de Primera Instancia desestimó la excepción de incompetencia demandada y declaró que constituían un solo contrato los dos de arrendamiento de local en la planta baja de un edificio y el del piso entresuelo derecha, teniendo la concepción en el todo de arrendamiento de local de negocio y declarando la validez de las cláusulas y estipulaciones, incluso la referente a la regulación del precio del arrendamiento en la forma que estableció el contrato, obligándose el demandado a pagar a la autora la suma de 51.051,45 pesetas por los dos semestres de 1950 en concepto de renta del local y 10.645,45 pesetas por los dos del piso, aunque sin interés legal por no ser procedente, no se hizo expresa condena de costas y se dejó a salvo el derecho a impugnar el contrato en adecuado procedimiento por la parte demandada que deberá pasar por las anteriores declaraciones. Apelada a la Audiencia fué confirmada, y al ser interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso y revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia en virtud de los siguientes considerandos, que pasamos a exponer a continuación.

2. «Considerandos» de la sentencia:

Dejando a un lado la primera cuestión, incidentalmente debatida, de si el arrendamiento de un local de negocio con vivienda adherida constituye una pluralidad o una unidad de contrato, y, concluyéndose que de los términos de la cláusula no dejan lugar a dudas en cuanto a que la voluntad de las partes fué

(*) Cfr. una breve noticia en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-2 (1965), 677.

establecer el contrato como local de negocio y que es, además, el elemento objetivo predominante, se añade:

«Considerando que la cuestión fundamental que los motivos segundo y tercero del recurso plantean es la validez de la cláusula relativa al precio del arrendamiento que en ambos contratos se hizo constar en esta forma «establecido el arrendamiento, siendo hoy de una peseta con cuarenta céntimos kilo el precio oficial del pan, si éste excediese de una peseta con noventa céntimos será aumentado el precio del arrendamiento proporcionalmente al aumento total que haya sufrido el precio del pan desde la una peseta con cuarenta céntimos que hoy rige. Se aclara expresamente que caso de disminuir el precio del pan no existirá repercusión en baja del arrendamiento, ya que éste se establece muy por debajo del actual del mismo».

«Considerando que dentro del Código civil donde se proclama el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual—art. 1.255 de dicho Cuerpo legal—, hay que otorgar eficacia jurídica a las cláusulas como la indicada, y así lo ha reconocido la doctrina de este Tribunal al declarar que tales cláusulas constituyen una previsión para garantizar el justo interés contractual y amparar la justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos; pero existen en nuestro Derecho leyes y disposiciones que constituyen una excepción a ese principio general e impiden la aplicación de cláusulas de tal naturaleza como son las que regulan los arrendamientos urbanos, una de cuyas finalidades esenciales es mantener el precio de los arrendamientos, prohibiendo el aumento de su importe más allá de los límites que las mismas señalan y sin que lo establecido por tales leyes y disposiciones pueda ser derogado por la voluntad de las partes más que en aquello que en tales normas se determina (arts. 6.º y 13 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, 6.º y 11 del de 21 de enero de 1936 y 121, 128 y 11 de la Ley de Arrendamientos urbanos).

«Considerando que la cláusula en cuestión en cuanto consiente una elevación de la renta basada en las oscilaciones que pueda sufrir el precio del pan, es contraria a los principios de que son expresión de los preceptos invocados y concretamente se infringen por dicha cláusula lo dispuesto en los artículos 6.º y 11 del Decreto de 21 de enero de 1936 que era la disposición aplicable en razón a la fecha en que el contrato se celebró, siendo nula de pleno derecho la cláusula expresada como contraria a lo dispuesto en la Ley por virtud de dichos preceptos y de lo prevenido en los artículos 4.º y 1.255 del Código civil, sin que a ello pueda oponerse el carácter retroactivo que a la Ley de Arrendamientos urbanos asigna la primera de las disposiciones transitorias y, como consecuencia del mismo, su aplicabilidad a los contratos que en el día en que empezó a regir se hallasen en vigor, porque tal retroactividad no puede llegar a dar tal validez jurídica a las cláusulas de los contratos que como la que se discute no la tuvieron en ningún momento por haber sido inicial y radicalmente nulas por su oposición a la ley y, en su consecuencia, carece de aplicación al caso del artículo 11 de dicha Ley en cuanto dispone que los derechos concedidos a los arrendatarios de los locales de negocio son renunciables por éstos salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento, procediendo por lo dicho la estimación del recurso y, como consecuencia la desestimación de la demanda.»

3. *Enjuiciamiento crítico:*

Con todos los respetos que nos merece nuestro más alto Tribunal de Justicia, por la probidad y objetividad científica de los miembros que tradicionalmente lo componen, tenemos que manifestar nuestra disconformidad con este fallo (1). A mi juicio, se incurrió en dos errores fundamentales para este caso: 1.º Un error esencial en la interpretación y aplicación de los preceptos legales de la legislación especial de arrendamientos urbanos de los Decretos de 29 de diciembre de 1931, de 21 de enero de 1936 y, como consecuencia, de los del Código civil. 2.º Una patente contradicción, dentro del razonamiento discursivo de los considerandos segundo y tercero formulados en la sentencia, al reconocer, por un lado, la eficacia jurídica de estas cláusulas estabilizadoras y de escala móvil, y al declarar, por otra parte, la nulidad de pleno derecho de la cláusula expresada en el contrato objeto del litigio.

4. *Estado real de la cuestión en nuestro Derecho positivo y criterios de la doctrina:*

Las llamadas cláusulas de estabilización (entre sus diversas modalidades se encuentran la cláusula «oro» y «valor oro», las cláusulas «pago de cupones de renta» o «valor cupones de renta», la cláusula «moneda extranjera» o «valor moneda extranjera», la cláusula «pago en especie» o «pago en mercaderías», la cláusula de «revisión periódica» y la cláusula de «escala móvil» o «índice variable») no están previstas en el Código civil ni en la legislación especial de arrendamientos urbanos.

Por lo que atañe al Código civil ello es comprensible, ya que nace y vive en sus primeros treinta años dentro de una relativa seguridad económica monetaria que hacen innecesarias estas cláusulas. Pero desde hace unos años las cosas han cambiado de tal modo que la legislación especial pudo percatarse al observar que dichas cláusulas, en múltiples y reincidentes casos del tráfico jurídico contractual, se han añadido para mantener la equivalencia económica de las prestaciones a consecuencia de la inflación.

El llamado problema de la vivienda o de carestía de locales se puede decir que prácticamente fué desconocido por nuestro legislador de 1889. Igualmente la inestabilidad del dinero era un fenómeno apenas tan imperceptible como para poner en aviso a los acreedores frente a las pérdidas de valor de sus créditos, cuando habían realizado sus obligaciones a largo plazo. De ahí que, a pesar del amplio margen de libertad contractual concedido para obligarse a través del artículo 1.255, no se empleasen las cláusulas de estabilización, ya que no tenían razón de ser. Los supuestos económicos y jurídicos no se daban y, concretamente, se hacían innecesarios. Por lo tanto, dentro de los preceptos específicos del contrato de arrendamiento, las cláusulas de estabilización no fueron previstas.

(1) Con la misma argumentación ya se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de noviembre de 1962, cfr. nuestra crítica adversa a dicha sentencia, BONNY CORDERA, *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1 (1965), 157. Con parecido criterio, SÁNCHEZ BLANCO, *Comentario a la S. 13 noviembre 1962*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1 (1965), 250.

Si añadimos a estos supuestos económico-sociales del periodo liberal el dato de una abundancia de locales, se puede concluir fácilmente como se hicieron prácticamente innecesarias dichas cláusulas. Los capitales de ahorro se invertían en la construcción de locales y viviendas que suponían una renta remuneratoria y permitían satisfacer la regular demanda de los inquilinos, ya que, por otra parte, la estabilidad de la moneda hacía que su poder adquisitivo fuese relativamente igual y constante. Con una oferta y demanda equilibradas las viviendas y locales no constituían un problema de ocupación y uso insuficiente.

Por eso nuestro Código civil aceptaba para el pago de las deudas pecuniarias (tal como es el pago de la renta o precio por el alquiler dentro del arrendamiento urbano) el principio nominalista. La acogida de dicho principio por nuestro ordenamiento positivo tuvo como vehículo, fundamentalmente, el *Code Napoléon* que, a su vez, recogió la doctrina tradicional europea (2), cuyo antecedente inmediato estaba en la formulación que en Francia se había desarrollado en los siglos XVI y XVII (3).

El principio nominalista supone que las obligaciones pecuniarias siempre responden de la misma suma numérica expresada en el contrato, cualquiera que sea el valor de la moneda, y que el deudor no está obligado a restituir más que aquella suma de la especie en curso al tiempo del pago. Tal criterio nominalista fué principalmente sancionado en los artículos 1.170 del Código civil y 312 del Código de Comercio, según los cuales el principio general que domina es que el pago de las deudas de dinero debe hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda metálica o el papel moneda que tenga curso legal.

Interesa dejar sentado que el principio nominalista, acogido en casi todas las legislaciones europeas (4), ha sido interpretado de diversos modos por sus más esclarecidos prosélitos y detractores. Cuando los nominalistas entienden que el curso legal de una moneda es el que impone imperativamente el Estado, mediante la atribución de un valor concreto a una unidad (peseta, franco, dólar, lira, marco, etc.) como instrumento general de cambio, trata de lograr una inalterabilidad de la unidad-símbolo del dinero (5), porque frente a este valor se alzan otros dos: el intrínseco y el comercial. Mientras que el primero se refiere al valor integrado por la materia de que está hecho el signo monetario, el segundo es el valor real o efectivo de la moneda determinada por su poder de adquisición en el mercado, es decir, por la cantidad de bienes o servicios que será posible obtener en contrapartida.

Es interesante destacar aquí—para luego comprender las conclusiones que obtenemos—el carácter eminentemente político y estatal del nominalismo. Así, KNAPP (6), uno de los más ilustres nominalistas, sostiene que el dinero es una creación del ordenamiento jurídico y obra absoluta del Estado. Más acertado

(2) Cfr. NOGARO, *Les principes fondamentaux du Droit monétaire français*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 29 (1929), 949.

(3) Cfr. ASCARELLI, *Premesse di storia dogmatica alla teoria giuridica della moneta*, en *Seggi giuridice* (Milano, 1940), pág. 252, y ahora, en *Studi giuridici sulla moneta* (Milano, 1952), pág. 26 y ss.

(4) Cfr. NITSSBAUM, *Money in the Law*, Chicago, 1929, págs. 249 y ss.

(5) Cfr. LANDEBERGER, *Währungssystem und Relation*, Berlin, 1919, pág. 6.

(6) KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, Berlin, 1906, pág. 1 y ss.

nos parece el criterio de NUSSEBAUM (7) cuando precisa que el principio nominalista no trata de la ficción de un valor constante sino, solamente, de la continuidad en la representación de una determinada unidad ideal. «Un marco igual a otro marco—dice—, pero no valor de un marco igual a valor de otro marco.» «De tomar en serio la idea de la constancia legal del valor—añade—se llegaría a la conclusión de que el verdadero valor del dinero está excluido de la consideración jurídica.» Igualmente CAPUTO (8) cree que por este principio nominalista la moneda, cualquiera que sea la situación del mercado, siempre cumple su propia función como medio legal de pago.

Más radicales GOLDSCHMIDT (9) y BUDGE (10), que examinaron los resultados a que lleva la teoría nominalista al anquilosar las relaciones, concluyeron que nuestra época desemboca en una crisis de la revalorización. KRESS (11) y ECKESTEIN (12) dirán que las disposiciones del nominalismo son insostenibles. También afirmará NAPPI (13) la necesidad de una absoluta derogación del principio nominalista. De aquí que surgiera una reacción con la teoría llamada valorista (14). Así, ENNECCERUS-LEHMANN (15) opinan que la deuda pecuniaria no se dirige a la prestación de determinadas monedas, ni siquiera a la prestación de una cantidad de determinadas especies monetarias, sino que el objeto de la deuda pecuniaria es más bien el valor de una cantidad debida: las deudas pecuniarias son deudas de valor. En este sentido se pronuncian actualmente BLOMEYER (16), ESSER (17), MOLTOR (18), HOCHÉ (19) y LARENZ (20). Sin embargo, frente a este criterio valorista, un sector de la doctrina italiana reacciona y mantiene el vigor del principio nominalista, si bien distingue, en cuanto a los efectos de la devaluación monetaria, la diversidad de trato que es necesario establecer entre las deudas de valor y las deudas de dinero. (GRASSETTI (21), fren-

(7) NUSSEBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, trad. esp. de SANCHE SERRAL, Madrid, 1929, página 29. Este criterio es seguido en nuestra doctrina por BELTRÁN DE HEREDIA (José), *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1966, pág. 223.

(8) CAPUTO, *La clause di garanzia monetaria*, Milano, 1939, pág. 10.

(9) GOLDSCHMIDT, *Die Aufwertungskrise, ein Ergebnis der Lehre vom Nominalismus*, Berlin, 1926.

(10) BUDGE, *Vom Theoretischen Nominalismus*, en *Conrads Jahrbüchern*, núm. 113, página 418.

(11) KRESS, *Lehrbuch des allgemeine Schuldrechts*, Frankfurt, 1929, pág. 287.

(12) ECKESTEIN, *Geldschuld und Geldwert im materiellen und internationale Privatrecht*, Berlin, 1932, pág. 76.

(13) NAPPI, *Utopia attuale del principio nominalistico*, en *Monitore dei Tribunali* (1947), pág. 73, y *Ancora sulla assurda applicazione del principio nominalistico ai debiti pecunari*, en *Monitore dei Tribunali* (1948), pág. 77.

(14) Cfr. WAHLE, *Das Valuationsproblem in der Gesetzgebung Mitteleuropas*, Berlin, 1934.

(15) ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse* 14, II (Tübingen, 1964), pág. 42 y ss.

(16) BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrechts*, Berlin y Frankfurt am Main, 1953, pág. 66.

(17) ESSER, *B. G. B. Schuldrechts. Lehrbuch des Schuldrechts*, Karlsruhe, 1949, pág. 62.

(18) MOLTOR, *Schuldrecht*, I (München y Berlin, 1949), pág. 25.

(19) HOCHÉ, *Schuldrecht. Allgemeine Lehren*, München y Berlin, 1963.

(20) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Allgemeiner Teil* (München y Berlin, 1966), pág. 96 y ss.

(21) GRASSETTI, *Debito di valore, debito di valuta e portata del principio nominalistico*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 34, II (1966), 387.

te a MOSSA (22), SCADUTO (23), ASCARELLI (24) y GRECO (25), duda que la cláusula curso y la cláusula valor tengan siempre la misma finalidad económica. Se puede concluir con PACCHIONI (26) que el principio nominalista y el principio valorista son la expresión del mayor debate entre la Sociedad y el Estado.

Actualmente la doctrina europea camina hacia una restricción de la rigurosidad del principio nominalista al acercar la disciplina jurídica de las relaciones patrimoniales a la realidad económica, según se puede advertir a través de los estudios de NICOLO (27), CARNELUTTI (28), MOSCO (29), TRASBOT (30), KEYNES (31), FERRARI (32), DUDEN (33) y RIST (34). Advierte DUDEN que en lugar del valorismo formal, que propiamente era un «nominalismo-oro», se abre paso, cada vez más, un «nominalismo material», basado sobre el poder de adquisición de la unidad de la moneda.

Es que, a nuestro juicio—según ya lo hemos manifestado (35)—, el nominalismo lo que trata de garantizar es que la moneda aceptada sea una *unidad de cuenta* en el pago de las obligaciones; el valor de las cosas vendrá referido por las fluctuaciones del mercado, y el valor del dinero, como consecuencia de éstas y de otros varios factores, también oscilará constantemente. Por lo tanto, para después extraer claras y precisas consecuencias, tenemos que concluir que la función del nominalismo es la de mantener, simplemente, esa unidad de cuenta (la peseta como instrumento liberatorio de pago en el Estado español) sin que a la esfera jurídica privada trascienda otra repercusión que la mayor o menor libertad—consecuencia de una política social, económica o monetaria—que las partes puedan tener para señalar la cantidad de unidades que percibirán cada una como contrapartida equivalente del valor real de las cosas.

Pero este régimen tradicional establecido en el Código civil se trastrocó rápidamente al variar con el tiempo los postulados económicos y políticos sobre

(22) MOSSA, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 21, I (1928), 607.

(23) SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, págs. 58, 61 y 143.

(24) ASCARELLI, *La moneta*, Padova, 1928, y en *I debiti di valore*; ahora en *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952, pág. 63.

(25) GRECO, *Le clausole monetarie*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 33, II (1935), 540.

(26) PACCHIONI, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, Firenze, 1948, pág. 286.

(27) NICOLO, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, en *Foro Italiano*, IV (1946), 32.

(28) CARNELUTTI, *Svalutazione monetaria e processo*, en *Rivista de Diritto Processuale*, II (1947), 170.

(29) MOSCO, *Gli effetti giuridice delle svalutazione monetaria*, Milano, 1948, pág. 41.

(30) TRASBOT, *La devaluation monétaire et les contrats de Droit privé*, en *Le Droit privé française au milieu du XX^e siècle. Etudes offerts a Ripert*, II (1950), pág. 159.

(31) KEYNES, *The general theory of employment interest and money*, London, 1961, página 266.

(32) FERRARI, *Brevi osservazioni sui limiti di applicabilità del principio nominalistico*, en *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura civile*, VII-2 (1963), 606.

(33) DUDEN, *Allgemeine privatrechtliche Wirkungen der Geldreform*, en *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 3 (1948), 330-341, y *Regole giuridiche sul valore valutario*, en *Nuova Rivista del Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, VI, 9-12 (1963), 237.

(34) RIST, *L'échelle mobile dans les contrats et dans les jugements*. Paris, s. a. [1964], páginas 5 y ss. A su tesis se adhiere en nuestra Patria, con nuevas consideraciones, don ALONSO de COSÍO, *Cláusulas de escala móvil*, en «*Revista de Derecho Privado*», 39 (1965), 963 y ss.

(35) Cfr. BORRÉ CORREA, *Op. cit.*, pág. 98.

los que se había fundado. El régimen nominalista, asentado en un sistema político liberal e individualista, resultaba ser la máxima garantía que se ofrecía por el Poder público para el pago de las deudas de dinero dentro de una organización económica en la que el signo monetario correspondía perfectamente con el valor intrínseco que poseía comercialmente y con aquel que el Estado le había reconocido nominalmente.

Al producirse la quiebra en el valor del signo, por el paso del sistema bimetálico al sistema fiduciario, y al sobrepasar en la emisión de papel-moneda el control y garantía de reserva, produciéndose un fenómeno de inflación, uno de los términos de la relación jurídica que tuviese por objeto prestaciones dinerarias, fallaba y creaba un desequilibrio patrimonial que se contrasta y advierte patentemente en las obligaciones de tracto sucesivo y no aleatorias, con un empobrecimiento considerable del acreedor y el consiguiente beneficio para el deudor. De ahí que, frente a este fenómeno de la inflación, las partes procuran resguardarse de tan fatales consecuencias de la desvalorización monetaria mediante la adopción de cláusulas estabilizadoras añadidas a los contratos.

Pero tales cláusulas no fueron tampoco previstas ni reguladas en la legislación especial de arrendamientos urbanos, aunque sí admitidas imperativamente para los arrendamientos rústicos (35 bis) y sancionadas válidamente por la jurisprudencia (36). Para los arrendamientos urbanos tan sólo se puede establecer una línea ascendente de restricción del principio de autonomía de la voluntad a través de las distintas etapas legislativas hasta nuestros días que permita la admisión o exclusión y, por tanto, su validez o invalidez conforme con este ordenamiento jurídico.

Resumiendo lo que ya tenemos expuesto en otro estudio (37) se advierten tres etapas legislativas para los arrendamientos urbanos donde el principio restrictivo de autonomía va en aumento: 1.º La legislación del período 1914-1936. 2.º La legislación posterior a 1936 y anterior a 1946. 3.º La legislación hasta ahora vigente. Se puede ya apuntar otra nueva etapa a la vista de la Ley de Bases del Proyecto de reforma actual (38). Ello nos denuncia, ante todo, que

(35 bis) Con el artículo 3 de la Ley de 23 de julio de 1942 de Arrendamientos Rústicos, el legislador español adoptó una cláusula de escala móvil, «valor trigo», cuyo índice de valor es el trigo, según el precio oficial que cada año señala el Poder Público. También lo cree así ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español. III. Obligaciones y contratos*. Madrid, 1964, pág. 79.

(36) Dentro de las cláusulas de estabilización, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sanciona la validez de las llamadas «cláusulas oro» o «valor oro», no sólo para la etapa de aquellos casos de pagos efectuados con moneda roja, sino al haber sostenido el criterio de su validez con carácter general. A la primera etapa se refieren las Sentencias de 2 de marzo de 1943, 4 de julio de 1944, 12 de marzo de 1946, 29 de abril y 16 de junio de 1946, 22 de marzo de 1947, 5 de abril de 1948 y 9 de enero de 1950. El segundo criterio lo sostiene la sentencia de 4 de enero de 1951, que hace extensas consideraciones sobre la cuestión.

(37) Cfr. BONET CORREA, *Op. cit.*, pág. 154 y ss.

(38) El actual proyecto de la Ley de Bases de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos (Base 2.ª: Naturaleza de los derechos que concede esta Ley) asapha—según dice su preámbulo—, en ciertos aspectos, la doctrina de la renuncia de los derechos y beneficios en cuanto la extiende a los arrendatarios de viviendas cuyas rentas, por su cuantía, denota la conveniencia de permitir una mayor libertad de pactos. Por ello se mantiene el principio general de que los beneficios que la Ley otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y a los subarrendatarios de las mismas, serán irrenunciables, considerándose nula

la cuestión de la restricción de la autonomía de la voluntad tiene una faceta originaria y fundamentalmente política. El poder del Estado, de reivindicación de su «dominio» eminente con el quehacer de redistribución de los bienes dentro de su colectividad organizada, es el que, en último término, señalará los límites de su alcance y expansión concreta.

En nuestro caso específico, la determinación del alcance de las cláusulas de escala móvil a través de la legislación especial de arrendamientos urbanos hace necesario el estudio previo de su licitud o ilicitud, así como el de su validez o invalidez para concluir la eficacia de dichas cláusulas.

5. *El problema de la eficacia y validez de las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos de locales de negocio:*

Ya hemos analizado con cierta amplitud y concisión en otro lugar (39) la cuestión de la licitud o ilicitud, así como la de la validez e invalidez de estas cláusulas. Ahora la sentencia que comentamos trae la cuestión a primer plano y, en los motivos segundo y tercero del recurso se trata de enjuiciar la validez de la cláusula relativa al precio del arrendamiento que en ambos contratos se hizo constar.

Del estudio de las cláusulas de escala móvil una doble conclusión hemos obtenido: la necesidad de diseñar el *criterio político*, que las impulsa o detrae, de la *razón jurídica* que entrañan.

Los conflictos bélicos y las crisis económicas han hecho desembocar legislativamente a los representantes políticos del Estado moderno en situaciones hasta ahora insospechadas. Si a ello añadimos la quiebra del individualismo jurídico amalgamado al Derecho civil y la aparición de las nuevas premisas sociales comprenderemos hasta qué punto se ha producido la invasión de las funciones públi-

y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga. Serán renunciables los beneficios que la Ley confiere al arrendador, lo sea de vivienda o de local de negocio, y a los arrendatarios y subarrendatarios de estos últimos, salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento, cuyo derecho no podría ser renunciado por el arrendatario. Hasta aquí, el proyecto sigue el criterio de la Ley de 1946. Ahora, al mantener el criterio de ampliar la doctrina de la renuncia de los derechos, dispone que serán renunciables, salvo el de prórroga, los concedidos a los inquilinos de viviendas con o sin muebles y a los subarrendatarios de las mismas cuando, tratándose de viviendas que, ocupadas por primera vez en las fechas que más abajo se indican, devengaren mensualmente en la respectiva fecha tope como renta legal del inquilinato una cantidad no inferior a las siguientes:

Hasta el 30 de septiembre de 1939, 500 pesetas.

Del 1 de octubre de 1939 al 1 de enero de 1942, 1.000 pesetas.

Del 2 de enero de 1942 al 31 de diciembre de 1946, 2.000 pesetas.

Y a partir del 1 de enero de 1947, 3.000 pesetas.

La precedente escala será de aplicación en poblaciones de más de un millón de habitantes. En las restantes se aplicarán en dicha escala las siguientes reducciones en los tipos de renta:

En poblaciones de menos de 20.000 habitantes, el 60 por 100; de 20.000 a 100.000, el 50 por 100; de 100.000 a 250.000, el 40 por 100; de 250.000 a 500.000, el 30 por 100 y de 500.000 a 1.000.000, el 20 por 100.

Por lo tanto, al ser posible la renuncia de los derechos concedidos a los inquilinos, excepto el de prórroga, quiero decir que la introducción de una cláusula de escala móvil, incluso en un arrendamiento urbano, implica la renuncia tácita al precio o renta, siempre que la renta base exceda de las cantidades señaladas, y será válida y eficaz.

(39) Ofr. nuestro estudio citado.

cas sobre las privadas (en el sentido tradicional). La intervención del Estado en el seno de la Sociedad aumenta cada día más en proporción a la masa reglamentada en sus diversas categorías y funciones. Frente a la tendencia «abstraccionista» de la ciencia privatística del régimen liberal se alza hoy la proyección «funcionalista» o «categorial» en todo el ámbito de los regímenes estatales socializantes.

El arrendamiento urbano es una de las instituciones que le tocó abrir la marcha dentro del Derecho civil en esta nueva dirección funcionalista. Ante la insuficiente iniciativa privada, creadora de una discordancia de criterios dentro del tráfico jurídico, el legislador cogió las riendas imperativas de la norma para sancionar un mejor espíritu de convivencia social. Y para ello insufló de vida nueva a los viejos modos haciéndolos quebrar muchas veces en sus formas tradicionales hasta llegar a desfigurarlos. ¿Quién puede hoy reconocer en el arrendamiento las notas de autonomía contractual en la determinación de su duración y en la renta o ya su naturaleza consensual? Es que el criterio eminentemente político (previamente determinado por las circunstancias sociológicas y económicas) atiende a la funcionalidad social del nuevo criterio de Justicia distributiva que pretende realizar. Frente a ciertos privilegios de determinadas personas en el régimen anterior (especialmente el intermediario como detentador de riqueza) se alcanzan las posturas correctoras de nivelación y eliminación. Tanto en el campo rústico como en lo urbano adquiere relieve el situado como elemento de producción. Y estos elementos no estaban precisamente en el capital inmovilizado representado por los propietarios. De ahí que surjan las limitaciones al dominio como el punto central de ataque, se vean reforzados, por el contrario, las posiciones de aquellas instituciones que ya representaban una desmembración de aquél, como sucede con el arrendamiento, en cuanto suponía una cesión del dominio útil. De ahí que el arrendatario pase a gozar de una situación favorable y preponderante y se le conceda por el poder estatal una serie de derechos de defensa frente a las exigencias de los económicamente fuertes, respaldados por una ilimitada autonomía particular que el régimen anterior erróneamente había instaurado. La ficción de la igualdad de las partes en la relación jurídica pronto se veía vulnerada en la realidad social por la hegemonía de los detentadores de capital. De ahí la posición legislativa correctora del desequilibrio.

Ahora bien, ¿hasta qué punto y límites puede desenvolverse esta acción correctora para no arrunbar totalmente una fuente de riqueza necesaria, como es el capital, y su expresión jurídica, el derecho de dominio? Si concedemos una situación privilegiada y superior al arrendatario ¿no acabaremos por rebajar y eliminar la del propietario?

Con el planteamiento de esta cuestión dejamos el que pudiéramos llamar aspecto político del problema, ya que cada régimen político lo organizaría conforme a su credo y postulados y restringiría o aumentaría, en mayor o menor medida, la autonomía particular actuante, para pasar al otro aspecto que mayormente nos atañe, o sea, el propiamente jurídico. Porque es el aspecto jurídico el que indudablemente lo aborda en su sentido más profundo, en el ontológico o de su ser.

Es decir, que el arrendamiento como contrato bilateral, oneroso y comutativo responde no sólo a las exigencias económico-políticas de la forma del

momento histórico en que se cristaliza, sino que presta una función recíproca o de alteridad en el ámbito de la persona humana: para una es retención del dominio útil, con las ventajas de su detención, pero también lo es para la otra la renta como legítima compensación de su cesión de riqueza del dominio directo. Si a esta última, el propietario o arrendador, le corresponde hoy el cargo de más amplios deberes; sin embargo, no se le pueden desconocer sus mínimos derechos. Y entre ellos está, fundamental y esencialmente, el de una equilibrada equivalencia de las prestaciones entre las partes dentro de sus contratos onerosos. De ahí que cuando se plantea el problema de la licitud o ilicitud de las cláusulas de escala móvil, cuya función es mantener esa equivalencia a lo largo de su vida contractual y corregir la injusticia que originan las fuerzas ciegas de la economía, especialmente a través de su fenómeno de inflación, al producir un perjuicio y lesión contra el acreedor, es necesario sancionar su licitud y decretar su validez. Contrario a la moral y a las buenas costumbres tanto como al orden público, es que una de las partes se enriquezca a costa de la otra, concretamente cuando es la propia norma la que sanciona y pretende mantener siempre su equilibrio. Pero si actualmente hemos querido proteger tanto al arrendatario (lesionado en la situación anterior), no vayamos a caer ahora en la posición absurda de desconocer y dañar al arrendador para retroceder al mismo desafuero.

Como conclusión diremos que el aspecto jurídico de su validez es patente y claro: con arreglo a un criterio de justicia distributiva la *licitud y validez* de las cláusulas de escala móvil es perfectamente correcta. En cuanto a su *eficacia* el problema es distinto, pues hay que enfocarlo no desde el terreno especulativo de lo justo o de lo injusto, sino dentro del terreno político de la relatividad histórica del Estado en que se vive. Razones de política económica, monetaria y social conducen simplemente a saber qué libertades se deja al individuo para que, conforme a unas directrices sociales de producción, distribución y consumo de la riqueza, él puede invertir sus bienes. Por eso adoptar una posición ante la eficacia o ineficacia de las cláusulas de escala móvil depende, en gran parte, de muchos otros problemas resultantes del futuro económico y político. Cuestión esta, pues, cuya solución no está en manos de las funciones del Tribunal Supremo: es el órgano legislativo el que deberá pronunciar su última palabra, a él le corresponde aceptar o repudiar estas cláusulas (40). Mientras tanto, el criterio de interpretación restrictiva de los Tribunales, en cuanto a su admisión o denegación, sólo será aplicable frente a normaciones concretas o específicas que las reechen o excluyan, bien entendida su exclusión por una norma contradictoria o incompatible a ellas.

6. Conclusiones críticas para la admisión de las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos de locales de negocio.

Una vez sentadas estas bases es fácil comprender los puntos débiles y vulnerables de la sentencia que comentamos. El primero que se nos presenta es el contenido en el considerando segundo de esta sentencia de 25 enero 1955. Se afir-

(40) Como muy bien ha manifestado el Notario VALVERDE MADRID, *Comentario a la sentencia de 25 de enero de 1955*, en «Revista de Derecho Notarial», IX-X (1956), 618, «se va sintiendo cada vez más una disposición legal dominadora del problema».

ma correctamente, por un lado, que «dentro del Código civil se proclama el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual (art. 1.255), debiéndose otorgar eficacia jurídica a cláusulas como la indicada». «Pero—se dice a continuación—existen en nuestro Derecho leyes y disposiciones que constituyen una excepción a ese principio general e impiden la aplicación de cláusulas de tal naturaleza, como son las que regulan los arrendamientos urbanos, una de cuyas finalidades es mantener el precio de los arrendamientos, prohibiendo el aumento de su importe más allá de los límites que las mismas señalan...»

A nuestro juicio, no se puede generalizar de esta forma, sobre todo cuando estamos ante la dilucidación e interpretación de un caso concreto, pues si bien una de las finalidades de la ley es mantener fija la renta, es necesario ver hasta qué límites de fijeza la impone dentro de las diversas situaciones que ella regula, porque dentro de las diversas etapas legislativas que ya hemos advertido se pueden examinar correlativamente, respecto al precio o renta del alquiler convenido, otras tres etapas de progresiva limitación: a) Una primera de *libre designación* por las partes («en los términos convenidos», dice el artículo 1.555, correspondiente a la normación del Código civil. b) Una segunda de *libre establecimiento* por las partes («alquiler estipulado», dicen los arts. 1.º, núm. 2; 3.º y 6.º del Decreto de alquileres de 1936), aunque dentro de unos límites establecidos («solamente podrá ser modificado...», art. 6.º de dicho Decreto de 1936). c) Una tercera de *tasa y bloqueo de rentas* en la legislación vigente (arts. 118 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946), con excepción para los locales de negocio a través de la posible renuncia de éstos beneficios (art. 11 de dicha L. A. U. de 1946).

Dentro de estos periodos se advierte cómo la normación ha sido distinta para las viviendas y para los locales de negocio. La necesidad de diferenciar el doble ámbito de aplicación de las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos urbanos es fundamental, según ya hemos expuesto (41). La funcionalidad y finalidad que uno y otro prestan y realizan hace patente el diverso trato que el legislador les ha dado. Mientras que la vivienda es un bien necesario y vital de disfrute, es «bien de consumo» y, por lo tanto, imperativamente necesario para satisfacer las primeras exigencias de la condición humana, el local de negocio es un «bien de producción», de carácter potestativo en el ejercicio humano y discretamente ejercitable en cuanto a la obtención de un lucro. El que un local de negocio implique el ejercicio de unas facultades de producción nos da, además, la razón del diverso trato que es necesario mantener en orden a la renta dentro de los arrendamientos urbanos. Por eso, si se concluye una naturaleza diversa de los derechos concedidos y se establece un régimen también diverso (posibilidad de renuncia de los beneficios que unos tienen mientras que para otros se sanciona la irrenunciabilidad), la diferencia funcional entre la vivienda y el local de negocio es clara y tiene una gran trascendencia para el establecimiento de cláusulas de escala móvil por las partes en sus respectivos contratos.

En el caso de la sentencia en cuestión se trata de un arrendamiento de local de negocio comprendido bajo la normación del Decreto de 21 de enero de 1936. Por lo tanto, no puede afirmarse y decidirse con carácter general—como se ex-

(41) Cfr. nuestro estudio citado, pág. 150.

presa la sentencia—diciendo que «existen leyes y disposiciones que constituyen una excepción a ese principio general e impiden la aplicación de cláusulas de tal naturaleza, como son las que regulan los arrendamientos urbanos, una de cuyas finalidades esenciales es mantener el precio de los arrendamientos prohibiendo el aumento de su importe más allá de los límites que las mismas señalan...», aunque a continuación cite infringidos los arts. 6.º y 13 de dicho Decreto de 1936.

A esta interpretación del Tribunal Supremo hay que oponer otra más precisa y justa, cual es la que se deriva no sólo de la letra de los artículos citados, sino del propio espíritu del Decreto. Estamos, según vimos antes, en la segunda etapa correspondiente a la libre estipulación de la renta, cuando los arts. 1.º, párrafo 2.º; el art. 3.º y el 6.º hablan de *precio o merced estipulado y alquiler convenido*, y en el preámbulo del Decreto se concede a los arrendamientos «el derecho a la prórroga de sus contratos, *sin alteración de sus cláusulas*, contra la voluntad de su dueños. Ahora bien; se añade en el art. 6.º que «el precio del alquiler estipulado en el contrato solamente podrá ser modificado a petición de parte» en los casos de realización de obras de mejora o revisiones catastrales. Es decir, que a la renta se le establecen unos límites y éstos son los de la cuantía pactada.

El problema está en saber lo que es *cuantía pactada* en una cláusula móvil «valor pan» y saber distinguir la *alteración de la cuantía* que se produce en la renta de la *modificación del precio del alquiler estipulado*. Son dos cosas completamente distintas. La «modificación» lleva consigo la alteración de uno de los elementos esenciales del contrato. Así, pues, cuando las partes, una vez que hayan celebrado el contrato, posteriormente, por un nuevo acto alteran uno de esos elementos (renta o precio en este caso), mediante un pacto diferente surge la «modificación». Por el contrario, la simple alteración convenida de la cuantía, como sucede en las cláusulas de escala móvil, procede desde el primer momento de la renta o precio pactado o estipulado.

Por lo tanto, cuando en el art. 6.º del Decreto de 1936 se habla de «modificación», se refiere, concretamente, al caso de que las partes alteren el alquiler primeramente estipulado. Mientras esto no suceda, la alteración de la cuantía de la renta a través de la cláusula pactada en el contrato no supondrá modificación, ya que no surge de un pacto posterior. La elevación de la cuantía opera en virtud del alquiler convenido y éste es todavía mantenido en el propio art. 6.º y a través del resto del articulado de este Decreto.

Y añadimos que esta alteración de la cuantía por la cláusula (que viene implícita dentro de la «renta estipulada») no supone modificación, porque se trata, además, de una evolución cambiante prevista y determinada en el primer momento del establecimiento del contrato. Por eso, tampoco cabe argüir que dicha renta cambiante no está determinada con arreglo a las futuras alteraciones que opere la cláusula de escala móvil. A ello hay que oponer que el objeto de la prestación de la cláusula no sólo está previamente determinado (en este caso el valor oficial del pan), sino que es determinable en el instante en que la cláusula ha de tener eficacia con relación a dicho índice oficial del precio del pan instaurado para ese momento.

Por lo tanto, no puede ser nula la cláusula de escala móvil que no modifica el precio del alquiler estipulado, sino que solamente altera la cuantía de la

renta así prevista y pactada. Como consecuencia, hace inútil la aplicación del art. 11 del Decreto (según entiende, por el contrario, la sentencia), que sanciona la nulidad de los pactos que se opongan a la aplicación de los preceptos de este Decreto. Pero como el pacto adherido a un contrato de arrendamiento de local de negocio en el que se establece una cláusula de escala móvil es válido, porque no va contra lo preceptuado en el art. 6.º ni en algún otro, hace innecesaria la aplicación del art. 11 de dicho Decreto e igualmente la de los arts. 4.º y 1.255 del Código civil invocados por la sentencia.

Otra de las incongruencias de esta sentencia es la que se observa entre el considerando tercero, en donde se invoca como norma aplicable el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, y el cuarto, cuando manifiesta que «no puede oponerse a la nulidad de la cláusula sancionada el carácter retroactivo de esta ley, añadiéndose que, en su consecuencia, carece de aplicación al caso el artículo 11 de dicha ley». Esta desorientación creemos obedece a que no se supo interpretar el Decreto de 1936 y a un temor infundado de la posible admisión de la cláusula a consecuencia de la Ley vigente. En el Decreto de 1936 la renta era dejada a libre designación de las partes que inicialmente contrataban un arrendamiento; tan sólo se prohibía que un nuevo pacto o contrato la modificase, porque el criterio de restricción de la autonomía de la voluntad sólo alcanzaba a la prórroga forzosa que se imponía y a esta limitación de la renta pactada. La conclusión, pues, de la validez de la cláusula de escala móvil «valor pan» en un contrato de arrendamiento de local de negocio, es clara y contundente.

2. SENTENCIAS ANOTADAS

El «concurso» de las personas designadas en el artículo 1.318 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de española con extranjero

(Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955)

I. EXPOSICION DE LA SENTENCIA (1)

A. HECHOS:

1. Doña María Cristina, de diecisiete años de edad, adoptada por un señor, al parecer, catalán, concierta en 7 de abril de 1931, un día antes de la boda, en capitulaciones matrimoniales, un régimen de separación con don Antenor, súbdito boliviano.

Comparecen para otorgarlas ambos contrayentes, juzgando el notario que doña María Cristina se halla suficientemente autorizada ya que se presenta copia de escritura en que el padre adoptante (autoriz.) y, en lo menester, da el poder necesario a su dicha hija doña María Cristina... para que con motivo de su citado y proyectado matrimonio, pueda otorgar y firmar escritura de capítulos matrimoniales con los pactos y estipulaciones que estime convenientes.

2. Durante el matrimonio, según se desprende de los resultados, ocurrieron los siguientes acontecimientos, cuya concreción por los datos de la sentencia, no es fácil: convenio en 1942, en Nueva York, estableciendo que lo que entonces conciertan prevalezca sobre las capitulaciones en cuanto se opusiere a ellas, «pero que, de otro modo, tal contrato prenupcial quedará en plena vigencia y efecto»; convenios en 1944 sobre diferentes extremos, liquidación de bienes, separación, etc., y particularmente que el convenio prenupcial «tendrá pleno vigor y efecto», excepto en cuanto contradiga las estipulaciones del nuevo convenio, percibiendo doña María Cristina, entonces, determinada cantidad; separación judicial de bienes ocurrida en Francia.

3. En 1949, doña María Cristina solicita en base, entre otros, de los artículos 1.261, 1.263, 1.318 y 1.315, C. c. y de la legislación boliviana, invocada en escrito de réplica, la declaración de inexistencia de las capitulaciones y que el matrimonio, por tanto, se celebró bajo el régimen legal de la sociedad de gananciales. En primera instancia se desestima la demanda; en apelación se declara la inexistencia de las capitulaciones, pero no la subsistencia del régimen de gananciales, salvando su voto particular el Presidente y un Magistrado de la Sala.

4. Contra la sentencia de la Audiencia recurren ambas partes. Doña María Cristina fundamentalmente alega: 1.º La sentencia es incongruente con la

(1) Un resumen de la doctrina que aporta, en A. D. C., 1955, fascículo 4.º, pág. 1414.

demanda y contradictoria en sí misma al declarar la inexistencia de las capitulaciones y no declarar que el matrimonio se había celebrado bajo el régimen legal boliviano de sociedad de gananciales. 2.º Es cuestión diversa el que más tarde haya podido ser objeto de renuncia ese régimen por la mujer respecto de la cual no ha habido reconvencción del demandado. 3.º Los contratos inexistentes no son confirmables. Don Antenor invoca: 1.º La infracción, por la sentencia, del artículo 1.318, C. c. ya que en las capitulaciones matrimoniales la entonces menor, doña María Cristina, concurrió autorizada por su padre adoptante para que las estipulara como creyese conveniente; 2.º La no aplicación del artículo 1.318, en su espíritu, pues doña María Cristina fué aconsejada en aquel acto por su madre de sangre.

B. El T. S. *estima el recurso* de doña María Cristina y *desestima*, en consecuencia, el de don Antenor, fundándose en los siguientes considerandos:

2.º «Que en el primero (motivos del recurso de D. Antenor), sentando la tesis, no admisible, de que la sola existencia de un contrato de capitulaciones matrimoniales excluye la posibilidad de que se contraiga el matrimonio en sociedad de gananciales, y que, por tanto, el hecho de que el padre adoptivo de la demandante la autorizara para celebrar ese contrato ponía de manifiesto su oposición a que se celebrara sometiendo los bienes de los cónyuges al régimen de gananciales; suposición del recurrente que no es admisible porque no existe disposición legal alguna que impida el que en las capitulaciones matrimoniales pueda estipularse este régimen; y partiendo de la acertada interpretación que en la sentencia que se discute se da al citado primer párrafo del artículo 1.318, al estimar que la prevención que en el mismo se hace de que al otorgamiento de las capitulaciones, si han de ser válidas, han de concurrir las personas designadas en la ley para dar el consentimiento al menor cuando haya de contraer matrimonio, *no impone, sin embargo, la obligación de asistir personalmente al acto*, lo que en muchos casos será imposible, *pudiendo comparecer por el mismo otra persona capaz para ello en su representación y por su mandato*, interpretación de ese precepto en que se da preferencia al espíritu que le informa sobre los términos en que está redactado, se trata por la parte demandada y recurrente de dar a ese artículo una interpretación aún más extensa, conforme a la cual deberá tenerse por válida y legal la autorización dada por el padre adoptivo de la demandante, cuando sólo contaba ésta diecisiete años, para que pudiera concertar por sí misma las capitulaciones matrimoniales «con los pactos y condiciones que estimara convenientes»; interpretación completamente contraria a la finalidad que tiene el mencionado precepto, con el que se trata de que determinada persona unida al menor por vínculos familiares los más próximos posibles y en su defecto de amistad, capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la Ley, sea la que intervenga en las capitulaciones matrimoniales de los menores de edad, cuidando de que no puedan por ellas sufrir daños en sus intereses de orden económico y estipulando para evitarlo aquellos acuerdos que, dadas las circunstancias de cada caso, sean más beneficiosos para los contrayentes, y como sólo conociendo lo que se va a convenir puede saberse si es favorable o perjudicial al menor y si, por lo tanto, es procedente autorizarle o no para realizarlo, es indiscutible que deja de cumplir con la obligación que tiene

y es ineficaz el consentimiento dado cuando con él se permite a un menor de edad hacer esas capitulaciones por sí y como tenga por conveniente; y al mantener esta doctrina la sentencia impugnada y negar valor y eficacia a las capitulaciones estipuladas por la demandante en esas circunstancias, no ha infringido el Tribunal *a quo*, por interpretarlo erróneamente y aplicarlo en ese sentido, el expresado artículo 1.318.»

3.º «Que si, como queda dicho, la interpretación que la parte demandada trata de dar en ese primer motivo de su recurso al indicado artículo 1.318 no es aceptable, aún tiene menos fundamento y, por lo tanto, es más inadmisibles la que sostiene en el segundo motivo, en el que partiendo igualmente de que hay que supeditar los términos en que está redactado ese artículo al espíritu que lo informa, se prescinde de tal modo de lo que en él claramente se dispone, que, atendiendo sólo al propósito que guió al legislador de que la persona llamada a autorizar las capitulaciones matrimoniales de un menor de edad lo haga con un fin tuitivo, de amparo y protección al mismo, se cree debidamente cumplido lo dispuesto en ese precepto legal cuando distinta persona de la señalada por la Ley puede en aquel acto aconsejarle y dirigíle, y así, haciendo el elogio, sin duda merecido, de la ejemplaridad de la conducta y facultades intelectuales de la madre de la demandante, y del cariño con que asistió y guió a su hija en aquel acto, en el que intervenía para refrendar los acuerdos que se adoptaran ante Notario, estima que es suficiente que esta señora asistiera a la firma de las capitulaciones, pudiendo aconsejar a su hija en aquel momento, para que deba tenerse por cumplido en las mismas lo dispuesto en el artículo 1.318: interpretación de este artículo carente de base jurídica y que lejos de apoyarse en lo prevenido en el 1.281 y sus concordantes del mismo Cuerpo legal, está en franca oposición con lo que en ellos se ordena, pues al decirse con toda claridad en el artículo 1.318 que únicamente serán válidas las capitulaciones matrimoniales, si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio, y establecido en el artículo 46 del mismo Código que esa licencia debe ser concedida a los hijos legítimos por el padre, en este caso por el padre adoptivo, que es que ha intervenido en la forma defectuosa e ineficaz que antes se ha dicho, como la recta aplicación de lo ordenado en el artículo 1.281 obliga a atenderse a los términos en que está redactado el artículo 1.318 y éstos son claros y no dan lugar a la menor duda sobre quién deba ser el que autorice las capitulaciones, hay que rechazar, por estar en abierta contradicción con lo que se dispone en estos preceptos legales, la interpretación que del artículo 1.318 se pretende dar en este segundo y último motivo del recurso formulado por la parte demandada, y, al no prosperar ninguno de ellos queda patente, como se declara por el Tribunal de instancia, que por falta del consentimiento del padre adoptivo de la demandante, *adolecen de nulidad absoluta y de eficacia por considerarse inexistentes las capitulaciones matrimoniales* que los litigantes trataron de hacer.»

4.º «Que en la súplica de la demanda, conjuntamente, de un modo inseparable por la relación jurídica que tienen entre sí, se solicita: a) La declaración de inexistencia jurídica y absoluta y total invalidez e ineficacia del aparente contrato de capitulaciones matrimoniales consignado en la escritura que doña

María Cristina otorgó en 7 de abril de 1931 con don Antenor ante el Notario don...; y b) Que se declare, en su consecuencia, que el matrimonio de demandante y demandado se celebró sin contratar capitulaciones matrimoniales, sometido al régimen de gananciales; aclarándose y rectificándose en la réplica esta última petición en vista de las objeciones hechas en la contestación a la demanda, respecto de la aplicación del régimen de gananciales, tratándose del matrimonio de una española que perdió su nacionalidad en el momento de contraer matrimonio con un boliviano; consistiendo la aclaración en manifestar que ese régimen de gananciales es el que procede en el presente caso a falta de capitulaciones matrimoniales, lo mismo si se aplica la legislación española que la boliviana; fundándose, por ende, tal petición en lo establecido en una y otra de estas legislaciones, de las que indudablemente la de aplicación es la segunda, pues habiendo perdido, conforme a lo establecido en el artículo 22 de nuestro Código civil, su nacionalidad española la demandante en el momento que contrajo matrimonio con el demandado por ser súbdito boliviano, y no teniendo existencia ni validez alguna las capitulaciones matrimoniales que se trataron de hacer el día antes, desde aquel momento y conforme a lo establecido en el artículo 971 del Código civil de Bolivia rigió respecto a los bienes de ambos cónyuges, la sociedad conyugal; como en aquella nación se denomina al régimen que es análogo al nuestro de gananciales.»

5.º «Que es necesario hacer notar, que las declaraciones interesadas en la demanda, como claramente se expresa en ella y en la réplica, se refieren al momento de contraer el matrimonio, no al régimen matrimonial de sus bienes que actualmente exista entre los cónyuges, como erróneamente se ha creído por el Tribunal de instancia, según de un modo reiterado se manifiesta en el considerando cuarto de la sentencia impugnada, y en esa equivocada creencia dicho Tribunal y teniendo presente que en el número 4 del artículo 975 del Código civil boliviano se permite a la mujer casada renunciar al régimen de sociedad conyugal después de contraído el matrimonio, por las razones que en ese cuarto considerando se exponen, se absuelve al demandado de una supuesta petición de que actualmente en el matrimonio rige la sociedad conyugal; y al relacionar ese fallo con lo realmente solicitado por la parte actora no puede ofrecer duda que se ha incurrido en la sentencia en una contradicción de hecho al desestimarse la segunda pretensión de la demanda que es consecuencia ineludible de la aceptación de la primera, toda vez que, como queda dicho, a falta de capitulaciones matrimoniales en Bolivia rige la sociedad conyugal de bienes...»

II. OBSERVACIONES

A. REFERENCIA A LAS DISTINTAS CUESTIONES

En el caso planteado se presenta fundamentalmente la cuestión del significado en las capitulaciones, del «concurso» de las personas designadas en la Ley para dar consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio. Nosotros nos vamos a referir principalmente a esta cuestión, y sobre todo al problema del tipo de ineficacia que produce la falta de ese concurso. Pero también aludiremos a otras cuestiones que se plantean en el caso, no siempre llevadas al proceso.

1. *Cuestiones sobre conflictos de leyes.*—Aparte del problema de la compe-

tencia, que quedó «fuera de lo que es objeto de discusión en este recurso» (primer considerando de la sentencia que dicta el Tribunal Supremo en sustitución de la sentencia casada) (2), se plantean dos cuestiones sobre cuáles son las reglas aplicables al fondo del caso: en primer lugar, si las reglas aplicables son las españolas o las bolivianas; en segundo lugar, si, en la medida en que sean aplicables las normas españolas, son aplicables las normas especiales que sobre el caso existen en el Derecho foral catalán.

a) *La cuestión de Derecho Internacional Privado.*—En relación con el caso, tal como queda concretado por las partes en el proceso, es necesario conocer: 1.º Qué ley rige la capacidad de la española en las capitulaciones con un boliviano (3); 2.ºCuál es el régimen aplicable cuando las capitulaciones carecen de eficacia o la pierden.

El Tribunal Supremo decide estas cuestiones de esta manera: 1.º Aplica la Ley española para juzgar la capacidad de la española; 2.º Declara que el régimen patrimonial del matrimonio, a falta de capitulaciones matrimoniales y habiendo adquirido la mujer la nacionalidad de su marido, es el establecido por la correspondiente ley extranjera.

La primera solución no ofrece obstáculos dado que conforme a lo dispuesto por el artículo 9, C. c., las leyes relativas a la capacidad legal de las personas obligan a los españoles. La única dificultad se presenta al medir el significado de los requisitos de la capacidad que, según algunos, como veremos más adelante, está determinado por el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones. Parece, sin embargo, que, aun rigiendo la capacidad la ley española, no debe atenderse, para precisar el alcance de los defectos de capacidad, al principio de inmutabilidad del Código español, pues este principio no corresponde al terreno de la capacidad, sino que forma parte de la regulación general del régimen económico matrimonial que, conforme a los artículos 9 y 1.325, corresponde a la ley del marido.

Respecto de la atribución general a la ley del marido, del régimen económico conyugal, hay que tener en cuenta, sin embargo, el arraigo que tuvo en esta materia la teoría de la autonomía de la voluntad (4), mantenida en la ju-

(2) Se trata de juzgar sobre la eficacia de capitulaciones otorgadas en España entre dos cónyuges bolivianos: la mujer, de origen español, domiciliada en Bolivia, y el marido, en París. El marido demandado interpuso excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción por entender competentes a los Tribunales de París, excepción que llegó, en su día, hasta el Tribunal Supremo, que por auto de 8 de julio de 1950 confirmó la sentencia denegatoria apelada; también se invocó después la excepción en la contestación y fué desestimada, desestimación que quedó consentida. Sobre la cuestión parecen de aplicación el art. 27, C. c.; los arts. 2.º, 51, 62, 1.º, y 70 LEC., y R. D. 17 de noviembre 1852; vid. TRIAS DE BES, *Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Barcelona, 1940, págs. 136 y siguientes; sobre la aplicabilidad del R. D. de 1852, vid. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, tomo II, Barcelona, 1948, pág. 349 y sigs.

(3) Parece que no puede haber duda, por lo que en su momento diremos, que el artículo 1.318 C. c. es una regla de capacidad.

(4) En la doctrina clásica española se entendía que tenía aplicación el régimen querido por las partes; sobre tal valor decisivo del pacto de los cónyuges respecto de su régimen económico, aunque residan en tierras regidas por leyes diversas, puede verse la doctrina basada en Part. 4.ª, tít. 11, ley 24, y calificada de «communis», en LARREA, *Novarum decisionum*, Lugduni, 1729, Pars 2.ª, D. 62, pág. 72 y sigs. Dado, sin embargo, que se admitía el sistema matrimonial de la libertad de pacto, no puede asegurarse, sin más, que rigiera, en las cuestiones de conflictos de normas, el principio de la autonomía de la voluntad.

jurisprudencia francesa y que parece aflorar en el artículo 1.325 en la expresión «y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes» (voluntad expresa); y hasta podía entenderse, con la doctrina de la Resolución, tan censurada, de 10 de noviembre de 1926, que en el supuesto de casamiento en *pais español* entre extranjero y española (supuesto excluido en el dictado literal del artículo 1.325), rige la ley española (voluntad presunta). De todos modos la solución que da esta sentencia—aplicabilidad de la ley nacional del marido—es la compartida por la doctrina y tiene precedentes en la jurisprudencia, incluso en la anterior al Código civil (5); además tiene la ventaja de conseguir que la ordenación de la familia, en sus aspectos personales y patrimoniales, responda a una ley única.

b) *La cuestión de Derecho Interregional.*—Rápidamente nos referiremos a esta cuestión no planteada en el proceso. La contrayente era una española, sometida a la potestad de su padre adoptante, nacido en Cataluña, hijo y nieto de catalanes y que se manifiesta catalán al otorgar testamento. Se pueden preguntar dos cosas respecto del Derecho Interregional: 1.º Si en las capitulaciones matrimoniales se daba un punto de conexión con el Derecho foral catalán al efecto de que el Derecho Interregional entrara en juego, es decir, si doña María Cristina, la citada contrayente, había adquirido vecindad catalana, y 2.º Si en cuanto a la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, hay diversidad de normas en el Derecho catalán. La solución afirmativa de ambas cuestiones llevaría a resultados distintos de los obtenidos en el proceso, en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 15, principio, C. c.

A primera vista parece que doña María Cristina, en virtud de la adopción, se hizo catalana ya que, «en todo caso», los hijos no emancipados seguirán la condición de su padre y, a falta de éste, la de su madre (art. 15, III, en relación con art. 154, II). Parece, sin embargo, que la vecindad, como la nacionalidad (6), no resultan afectadas por la adopción. Es verdad que la vecindad civil es de mucho menor entidad que la nacionalidad; pero justamente su propio significado—punto de conexión tenido en cuenta para resolver los conflictos originados por la subsistencia de los Derechos forales, determinando las leyes que han de aplicarse no sólo a las relaciones familiares, sino también a los derechos relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y a los de sucesión testada e intestada (art. 15, principio)—contrasta con el limitado alcance de la adopción. Sería incongruente que, suponiendo la adopción una pequeña alteración en las relaciones familiares, las cuales subsisten (art. 177) (7),

(5) Vid. TRÍAS DE BES, ob. cit., pág. 90, y GOLDSCHMIDT, loc. cit., págs. 215 y siga. Recientemente, en este sentido, la S. T. S. 10 diciembre 1962.

(6) Antes de la L. 15 julio de 1964, que reforma el Código en materia de nacionalidad, aunque la cuestión fué controvertida, se concluía ya que la adopción no determinaba el cambio de nacionalidad, «dado el valor mínimo concedido por el Código civil a la adopción, conforme a la tradición jurídica» (DE CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo II, Madrid, 1962, pág. 423); sobre la cuestión, vid. también PERE RALUY, *Derecho de Nacionalidad*, Barcelona, 1966, pág. 96 (21), donde manifiesta que «la ley de 15 de julio de 1964 ha venido a disipar toda duda al suprimir la referencia genérica al papel de la patria potestad como elemento definidor de nacionalidad y al eludir al derecho de los extranjero-adoptados por español para alcanzar la naturalización abreviada» (adquisición por vecindad).

(7) El vínculo familiar continúa tras la adopción, teniendo importancia, en general, a todos los efectos del parentesco (impedimentos, alimentos, apellidos, licencia matrimo-

significara, sin embargo, nada menos que el cambio de régimen de las mismas, y, sobre todo, que afectara a campos tan ajenos a la adopción como, por ejemplo, la sucesión testada o intestada del adoptado.

En cuanto a la capacidad de los catalanes para otorgar capitulaciones matrimoniales, pudiera pensarse que es aplicable el Código civil porque las leyes de matrimonio civil y de enjuiciamiento civil (8) unificaron en España las normas sobre el modo de suplir la capacidad de los menores en la contratación. Pero de entenderse que el principio de inmutabilidad de las capitulaciones determina que el artículo 1.318, C. c., establezca la ineficacia absoluta de las capitulaciones en que falta el «concurso» establecido en dicho artículo, sería patente la incongruencia de aplicar este precepto con tal alcance a regiones en que no rige tal principio de la inmutabilidad.

2. *Reglas para la interpretación de las leyes.*—Incidentalmente parece reconocer el Tribunal Supremo en esta sentencia que son aplicables a la interpretación de la ley las reglas legales sobre interpretación de los contratos. «La recta aplicación de lo ordenado en el artículo 1.281 obliga—dice el considerando tercero—a atenerse a los términos en que está redactado el artículo 1.318 y éstos son claros y no dan lugar a la menor duda sobre quién deba ser el que autorice las capitulaciones» (9).

Parte de la doctrina ha admitido que las reglas del Código sobre interpretación de negocios jurídicos pueden aplicarse a la interpretación de las leyes (10). Frente a esta posición, De Castro (11) advierte que no puede asimilarse esta interpretación a la del negocio jurídico, porque no se trata de una regulación *inter partes*, sino de un plan de organización social». Dado el carácter *obiter* que, de la aplicación del artículo 1.281 hace la sentencia, su doctrina no puede invocarse como jurisprudencial.

B. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL TIPO DE INEFICACIA QUE PRODUCE LA FALTA DEL «CONCURSO» DE LAS PERSONAS DESIGNADAS EN EL ART. 1.318

1. *Posición de la sentencia.*—En ella se interpreta el artículo 1.318 en el sentido de que la falta del concurso de las personas designadas por la ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio, determina la «nu-

nial, organismo tutelar, representación del ausente, sucesión forzosa y abintestato, reservas, desheredación e indignidad, testigos, incompatibilidades de funcionarios, etc.). La patria potestad que adquiere el adoptante es de alcance limitado (art. 166), recuperándola el padre a la muerte del adoptante (Resolución 6 de febrero 1906); la adopción naturalmente no determina cambio de apellidos (art. 175) ni crea derechos sucesorios (artículo 177).

(8) La S. 5 de febrero de 1889 resolvió sobre capitulaciones otorgadas por menores de edad, catalanes, haciendo aplicación de lo dispuesto por el tit. II, libro 3.º, LEO. (vid. nota 53 de este trabajo)

(9) El demandado, en su recurso, en el segundo motivo, invocaba los arts. 1.281 y 1.282 C. c., si bien con una finalidad no muy precisada y, en todo caso, distinta, según se desprende de los resultandos, de la interpretación de leyes.

(10) Vid. sobre esta cuestión CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, vol. I. 8.ª ed., Madrid, 1951, pág. 361, donde cita como partidarios a MANRESA y a PÉREZ ALGUERA, y él acoge el criterio «con gran cautela». También sigue el mismo criterio S. T. 8. 19 enero 1955.

(11) Ob. cit., tomo I, 3.ª ed., Madrid, 1965, pág. 513.

lidad absoluta», la «inexistencia» de las capitulaciones matrimoniales que los litigantes trataron de hacer.

Es verdad que en el recurso no se pretendió defender la tesis de la simple anulabilidad. Pero el Tribunal Supremo, de haber entendido que la tesis de la anulabilidad era la correcta, en virtud del principio «jura novit curia» (12), debiera haberla aplicado, ya que tal doctrina jurídica se ajustaba al objeto del proceso, concretado por ambas partes en la cuestión de la eficacia de las capitulaciones y cabía—parece—dentro de los límites impuestos por los motivos invocados en los recursos. Y, sobre todo, no debió emplear expresiones tan rotundas.

2. *Planteamiento del problema.*—La aplicación de la doctrina general de la contratación determinaría que la falta del «concurso», el cual tiene por fin completar la capacidad, sólo diera lugar a anulabilidad. Sin embargo, los términos literales del art. 1.318 y el principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales conducen aparentemente a la tesis sustentada en la sentencia. No hay por qué insistir en la trascendencia práctica de una u otra posición: si hay anulabilidad, la acción de impugnación corresponde a la persona en cuya protección es acordada y es posible la convalidación por confirmación o por el transcurso de los cuatro años; si hay nulidad o inexistencia, la acción es ejercitable por cualquier interesado y el negocio no puede convalidarse ni por el tiempo ni por confirmación; en la anulabilidad por defecto de capacidad, la ineficacia tiene cierto sentido relativo en protección del que lo sufre.

3. *Posición de la doctrina.*—No hay unanimidad en la solución. Manresa (13) y Mucius Scaevola (14) siguen claramente la tesis de la inexistencia; esta parece ser también la tesis de Sánchez Román (15) y de Castán (16). Por el contrario, se manifiestan en pro de la tesis de la nulidad relativa De Buen (17) y De Diego (18) (19).

4. *La doctrina extranjera.*—Respecto de los Derechos Frances (20) e Italiano anterior a 1942 (21), en que la cuestión se plantea en términos similares a los del Derecho Español (22), tampoco se da una unánime posición. La jurisprudencia francesa, desde antiguo, entiende que la nulidad determinada por la falta, en las capitulaciones, de la asistencia de las personas, cuyo consentimiento es ne-

(12) Aplicado por el Tribunal Supremo en otras ocasiones (DE CASTRO, tomo I, págs. 592 y 598). Véase también, en sentido restrictivo, la S. T. S. 17 mayo 1954.

(13) *Comentarios al Código Civil Español*, tomo IX, 5.ª ed., revisada por CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1950, art. 1.318, págs. 139 y 140.

(14) *Código civil comentado y concordado*, tomo XXI, Madrid, 1905, art. 1.318.

(15) *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, Madrid, 1898, págs. 571 y 572.

(16) *Derecho Civil Español, común y foral*, 7.ª ed., tomo 5.º, vol. 1.º, Madrid, 1954, página 183.

(17) *Notas al Curso*, de COLÍN Y CAPITANY, tomo VI, Madrid, 1926 (** 920), pág. 91.

(18) *Curso elemental de Derecho Civil Español, común y foral*, tomo 6.º, Madrid, 1928, pág. 117.

(19) VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo IV, Valladolid, 1921, pág. 274, no parece afrontar con exactitud la cuestión.

(20) Art. 1.386 Código Francés.

(21) Art. 1.386 del Código de 1865.

(22) La posibilidad de cambiar el régimen patrimonial durante el matrimonio, admitida en el Derecho alemán (art. 1.342 del Código), determina que no ofrezca inconvenientes la aplicación de la doctrina general de la ineficacia de los actos jurídicos.

cesario para la validez del matrimonio, es una nulidad absoluta; pero la doctrina, «en general», como reconoce PLANIOL (23), se inclina en favor de la tesis de la nulidad relativa.

Dentro de esta última tesis se ha producido, en parte de la doctrina francesa e italiana (24), una importante atenuación: la inmutabilidad de las capitulaciones determina que la confirmación no pueda efectuarse válidamente antes de la disolución del matrimonio (25) y que el transcurso del plazo, dentro sólo del cual es posible ejercer la acción de impugnación, no pueda empezar a contarse antes de que se produzca tal hecho.

Esta posición, en cierto modo intermedia, es la que ha prevalecido en el Código italiano de 1942: la falta de asistencia exigida hace anulables las capitulaciones (art. 1.425); pero entre los cónyuges, mientras dure el matrimonio, no corre la prescripción (art. 2.941); ni es posible la confirmación de las capitulaciones (en la *medida* en que, en este Código, no pueden alterarse), como, en general, no es posible cuando a una precedente causa de incapacidad haya sucedido otra o cuando esté prohibido concluir aquel acto determinado (cfr. art. 1.444) (26).

5. *El problema interpretativo.*—En los dos párrafos que constituyen el art. 1.318, el Código emplea expresiones que parecen apoyar inequívocamente la tesis jurisprudencial: las capitulaciones «únicamente serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio»; «en el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas, etc.»

Pero la letra de la ley es sólo un medio para conocer la norma (26 bis). La interpretación es una operación más compleja que la de un simple análisis gramatical: además del dato gramatical debe considerar otros y, sobre todo, debe buscar el fin de la norma. Debe considerarse, pues, qué se pretendió al establecer una norma especial sobre el otorgamiento de capitulaciones por los menores.

Como también se invoca que el principio de la inmutabilidad determina la caracterización especial de la ineficacia producida por la falta de asistencia de las personas que deben concurrir con los menores, otorgantes de las capitulaciones, se hace preciso investigar el alcance que tal principio tiene en la

(23) *Tratado práctico*, PLANIOL, RIPERT, NAST, trad. DÍAZ CRUZ, Habana, tomo 8.º, núm. 86. PLANIOL defiende la tesis mantenida por la jurisprudencia, *ibidem*, y también en *Traité élémentaire*, PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, 4.º ed., tomo III, 1951, pág. 43.

(24) Véase la doctrina citada en PLANIOL, *Tratado Práctico*, tomo 8.º, núm. 96. El problema, en Italia, es especialmente considerado, con referencia a la confirmación, por BIANCHI, *Del contrato di matrimonio*, Nápoles, 1924, núm. 34, págs. 57 y sigs.; es partidario de la tesis conforme la cual durante el matrimonio no es posible la confirmación.

(25) Quien no es capaz de consentir un acto no es capaz de confirmarlo o ratificarlo y los cónyuges no son capaces durante el matrimonio para consentir capitulaciones matrimoniales (BIANCHI, *loc. cit.*).

(26) TEDDESCHI, *Trattato de Vassalli, Il regime patrimoniale della famiglia*, Turín, 1950, número 39.

(26 bis) En la interpretación de los preceptos no hay que estar exclusivamente a un tenor literal cuando éste pugne abiertamente con el sentido general del Derecho reflejado en las demás normas (S. T. 8. 13 octubre 1952).

ineficacia de las capitulaciones, particularmente en la causada por el motivo indicado.

6. *El otorgamiento de las capitulaciones por menores de edad.*—Parece que quedará demostrado que las capitulaciones matrimoniales otorgadas sólo por los menores serán simplemente anulables si se demuestra: 1.º Que con las reglas especiales el legislador no quiso disminuir, sino aumentar, la capacidad de los menores hábiles para casarse. 2.º Que el «concurso» de otras personas tiene una finalidad de protección de las no plenamente capaces. 3.º Que en la regulación de las capitulaciones no hay nada que se oponga a la aplicación de la doctrina de la anulabilidad por defectos de capacidad.

En efecto, cumpliéndose estas premisas, habrá de enjuiciarse la falta del concurso como causa de anulabilidad. Si se concluyera que las capitulaciones son inexistentes o nulas, resultaría: 1.º Que se iría en contra de la propia finalidad perseguida por el legislador: el menor, lejos de ser más capaz que respecto de los demás actos, en general, resultaría, en virtud de las normas especiales, menos capaz, pues las capitulaciones otorgadas sólo por él, en lugar de ser simplemente anulables (arts. 1.300 y siguientes, C. c.), serían absolutamente ineficaces. 2.º Que se atribuiría al supuesto un tipo de ineficacia que no se corresponde con el motivo; el defecto de capacidad (art. 1.301). Los defectos de capacidad originan una ineficacia establecida como protección de las personas que no son plenamente capaces y que difiere, en su régimen, profundamente de la inexistencia y de la nulidad absoluta, precisamente por esa función protectora: los negocios son, en principio, eficaces, si bien impugnables (art. 1.300); se hace posible, durante corto tiempo, la acción de impugnación, estando sólo legitimados «los obligados principal o subsidiariamente» en virtud de los contratos afectados; pero «las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron» (art. 1.302), y la ineficacia tiene, por la misma finalidad protectora, un alcance relativo (arts. 1.304 y 1.314, II, en relación con el art. 1.308).

7. *La capacidad de los menores para otorgar capitulaciones matrimoniales.*—Del propio Código se desprende que la intención del legislador fué aumentar, respecto de las capitulaciones matrimoniales, la capacidad de los menores, hábiles para casarse. Basta para demostrarlo comparar el art. 1.263, núm. 1.º con el inciso 1.º del art. 1.318; aquél dice que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados; éste dispone que «el menor, que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales». Idéntica finalidad tiene el art. 1.329 al establecer que «los menores de edad pueden hacer y recibir donaciones en su contrato antenupcial» (cfr. arts. 624 y 1.263 con art. 1.329).

Esta finalidad se manifiesta a través de la historia del precepto. Se señala comúnmente, en la doctrina española y extranjera, como origen del mismo al antiguo brocardo «habilis ad nuptias habilis ad pact. nuptialia». En el Derecho Romano se previeron especiales reglas de capacidad para facilitar el otorgamiento de pactos nupciales (dotē) de los que «nuptiae contrahere possunt» (27).

(27) Digesto, libro 23, tit. 8, l. 73, principio. Además, también en Digesto, libro 23, tit. 4, l. 8, y Código, libro 5, tit. 12, Ley 28. Todas citadas por GARCÍA GÓYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo III, Madrid, 1852, art. 1.941).

La doctrina generalizó: «qui ex se idoneus est ad matrimonium, est per se ad pacta dotalia habilis et idoneus» (28). El citado brocardo fué acogido en los textos franceses y se tuvo presente al redactar el Código Civil Francés.

En el Derecho de Castilla, la poca frecuencia de las capitulaciones matrimoniales (29) determina que la doctrina no se detuviera especialmente en el problema de la capacidad necesaria. Pero sí considera la capacidad del menor respecto de diferentes pactos antenuptiales (dote, arras, donaciones esponsalicias): en general el menor era capaz, concurriendo el consentimiento del curador, siendo, además, necesaria la autorización judicial si el menor transmite bienes inmuebles (30) (31).

Cuando en la codificación se plantea la cuestión de la capacidad de los menores, se admite la regla especial con la clara intención de otorgarles mayor capacidad respecto de las capitulaciones matrimoniales. García Goyena, al comentar el art. 1.241 del Proyecto de 1851, precepto de contenido análogo

(28) GOTOFRÉDO, *Corpus juris civilis*, Coloniae Allobrogum, 1624, columna 745, letra y, glosa a Digesto, libro 23, tit. 4, ley 8; tiene el mismo alcance la glosa de este autor, edotus nomine potest obligari, qui potest nuptias contrahere, a Dig., libro 23, tit. 3, ley 73 (columna 742, letra p), recogida por GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.241.

(29) Es lugar común en la moderna doctrina civil española decir que en el Derecho Castellano no se admitió la libertad de pactos (por ej., SÁNCHEZ ROMÁN, tomo V, pág. 860; DE BURN, *Notas a Colln y Capitant*, tomo VI, pág. 453), de modo que las capitulaciones matrimoniales se reducían, como en el Derecho Romano, a meras tablas dotalas (CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo III, 1941, pág. 546); la admisión de las capitulaciones matrimoniales en el Código civil se considera como una alteración del sistema tradicional castellano por el deseo de aproximación a las legislaciones forales. GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, tomo III, pág. 289) también opina que la sociedad de gananciales formó siempre nuestro Derecho común, sin que él conozca «un solo caso en que se haya pactado el sistema o régimen puramente dotal». MANRESA (ob. cit., art. 1.315, págs. 92 y siguientes) atribuye un posible mayor contenido a las capitulaciones e invoca ciertos textos en pro de la admisibilidad de ciertos pactos, y, en este sentido, se manifiesta últimamente CASTÁN (ed. 1954, tomo 5.º, vol. 1.º, pág. 181). Sin embargo, los historiadores del Derecho han señalado una mayor alcance a las capitulaciones en el Derecho Castellano Medieval (MINGULIÓ, *Historia del Derecho Español*, cuaderno 6.º, 2.ª ed., Zaragoza, 1923, págs. 58, 84, 88; FONT Y ELUS, *La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho Medieval hispánico*, A. A. M. Notariado, tomo VIII, págs. 189 y siguientes). Y la doctrina clásica española sobreentiende que la organización económico conyugal se rige en primer lugar por lo convenido a este efecto por los contrayentes, siempre que no sea contraria «a las leyes o las buenas costumbres» (AZCUBEDO, *Comentarios*, tomo 3.º, Lugduni, 1737, tomo 3.º, libro V, t. 9.º, l. 9.º, núm. 7, pág. 312; RODRIGO SUÁREZ, *Opera omnia*, Duaci, 1614, Fuero, Libro 3.º, título «De las ganancias del marido y de la mujer», núm. 24, pág. 236); sobre el valor decisivo del pacto de los cónyuges, aunque los cónyuges cambien el domicilio a tierras regidas por distintas leyes, en base a la Partida IV, t. 11, ley. 24, véase lo dicho en nota 4.

(30) Part. 4, tit. 11, ley 14. Así concluye GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, art. 1.241). Sobre la capacidad de la mujer menor de veinticinco años para constituir dote, véase GREGORIO LÓPEZ (*Partidas*, Valencia, 1767) en el comentario a dicha ley. Sobre donación de arras o donaciones esponsalicias hechas por menores, SÁNCHEZ, *De sancto matrimonio sacramento*, tomo 1.º, Lugduni, 1621, lib. VI, disp. 38, págs. 489 y sigs.

(31) La regla «habilis ad nuptias, etc.» tiene, además del sentido positivo de conceder una mayor capacidad para los pactos nupciales, el negativo de privar de ella a quien no tiene la capacidad concreta del matrimonio, lo que es natural dada la naturaleza de los pactos nupciales. En este sentido se recoge una regla análoga respecto a los esponsales, por SÁNCHEZ, ob. cit., libro I, Disp. XV, núm. 1: «inhabilis ad matrimonium sunt inhabilis ad sponsalia».

al art. 1.318 del Código Civil vigente, se expresa en este sentido con toda claridad: «En efecto, el matrimonio es lo principal, puesto que en él se dispone de la persona; las capitulaciones matrimoniales, como pertenecientes a cosas, vienen a ser lo accesorio y subalterno. El que puede lo más puede lo menos, y sin la garantía de este artículo se dificultarían o retardarían los matrimonios: la capacidad para contraerlos a los doce años las hembras y a los catorce los varones, sería frecuentemente iusoria» (32). Y tal intención se admite también respecto de las correspondientes reglas francesa (33) e italiana (34), antecedentes de la española.

8. *El carácter asistencial del concurso.*—Del propio Código se desprende también que el «concurso» exigido por el art. 1.318 no es un requisito formal especial, sino un requisito especial de capacidad; tiene una finalidad protectora (35) de los menores, que no son plenamente capaces; cumple la función de un complemento de capacidad. Conforme a dicho precepto quien hace las capitulaciones es el propio menor (36) y el «concurso» viene a completar al negocio, haciéndole completamente eficaz.

En apoyo de esta afirmación está la propia palabra que se emplea para designar la asistencia «concurso» y las paralelas «autoricen» del art. 1.329 y «asistencia y concurso» del art. 1.323. El significado del complemento es similar al «consentimiento» o «asistencia» a que se refieren los arts. 59 y 317.

La Ley de Bases manifiesta también claramente esta finalidad asistencial: «Los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio se podrán otorgar por los menores en aptitud de contraerlo, debiendo concurrir a su otorgamiento y completando su capacidad las personas que, según el Código, deben prestar su consentimiento a las nupcias...» (base 23).

La propia doctrina española, que sigue la tesis de la inexistencia, califica el «concurso» como suplemento de capacidad (37).

La peculiaridad de esta asistencia está en que no es del padre, madre o tutor del menor, sino de «las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio» (art. 1.318, I).

9. *La regulación de las capitulaciones y la anulabilidad por defectos de capacidad.*—Las anteriores consideraciones no encuentran oposición en la regulación especial de las capitulaciones. En el art. 1.318 nos encontramos con

(32) En otra ocasión (comentario, art. 1.175) dice también: «Desde que una persona es hábil para disponer de su persona por matrimonio, debe serlo para los actos secundarios que conducen al mismo objeto; la ley no ha podido exigir para los segundos más garantías o precauciones que las que exige para el primero.»

(33) Esta explicación daba Simeón, citado por TROPLONG, *Du contrat du mariage*, tomo I, París, 1857, núm. 265, pág. 315.

(34) Así, BIANCHI (ob. cit., pág. 38, nota 1), que recoge también la cita de Simeón.

(35) En este sentido se puede admitir la frase de MUCIUS SCAEVOLE (Com., art. 1.318) de que el art. 1.318 tiene por fin no entregar «al criterio infantil la solución de graves cuestiones en materia de intereses que trascenderían a su porvenir y al de terceras personas».

(36) DE CASTRO, ob. cit., tomo II, pág. 161. Cr. más adelante, págs. 236 y 237.

(37) SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit., pág. 573) ve en el art. 1.318 una regla especial de capacidad: los menores pueden otorgar capitulaciones, «si bien supliendo su defecto de edad con la necesaria concurrencia». Análogamente, MANRESA, loc. cit., pág. 133: las personas que han de concurrir, «completan la personalidad del menor».

una regla especial de capacidad para prestar consentimiento contractual, de las previstas en el art. 1.264; pero establecer una regla especial de capacidad no puede significar, mientras no haya precepto expreso en tal sentido, una desviación radical del tratamiento de los requisitos de capacidad, desnaturando la institución de los «complementos», de finalidad protectora, y convirtiéndola en requisitos formales, cuyo incumplimiento puede colocar en una situación de beneficio a los capaces en perjuicio de los incapaces (38).

Las capitulaciones, en principio, lejos de configurarse en nuestro Código como un tipo *sui generis* de negocios jurídicos, son consideradas como un contrato más (39) y precisamente, a la cabeza de los contratos, en especial. Mientras la especialidad de su naturaleza no lo exija deben interpretarse los preceptos especiales de acuerdo con lo establecido para los contratos en general.

El art. 1.318 no se opone a esta interpretación impuesta por la función del precepto y por los principios del «favor negotii» y del favor de la capacidad. Los obstáculos de su tenor literal pueden ser salvados más fácilmente que los que ofrece el art. 1.263, 1.º, que en relación con el art. 1.261, da la impresión de que los contratos celebrados por menores no emancipados son en general inexistentes (40). Las expresiones del art. 1.318 «únicamente serán válidas», «en el caso de que las capitulaciones fuesen nulas», pueden perfectamente entenderse en el sentido de proclamar que, en tal supuesto, las capitulaciones están afectadas de un tipo de ineficacia, sin que aquellas simples expresiones delimiten su régimen, sino que en su simplicidad remiten a los preceptos que estructuran los tipos de ineficacia de los contratos. El Código emplea sin rigor las expresiones «invalidez», «nulidad» y, en su contexto, se descubre que muchas veces se refiere con ellas a la anulabilidad: así, respecto de la invalidez, arts. 1.300, 1.266, y respecto de la nulidad, artículos 101, 2.º y 3.º; 102, 1.265 y sigs. El art. 1.318, en su párrafo II, puede entenderse como una regla especial sobre los efectos de la anulación, exigida por la naturaleza peculiar de las capitulaciones y que completa lo dispuesto en los arts. 1.303, 1.304, 1.307, 1.308 y 1.314: declarada la nulidad «se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales».

10. *Inconvenientes prácticos de la tesis contraria. El «favor negotii».* — Con esta interpretación que damos se eliminan los resultados desastrosos de

(38) Contra el fin mismo de la nulidad fundada en la incapacidad, la cual ha sido siempre concebida como protección del incapaz (COLIN Y CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit Civil Française*, tomo 3.º, París, 1950, núm. 142, pág. 104); sobre la finalidad en general, de la nulidad fundada en la incapacidad, y en el mismo sentido, GARCÍA GORINA (*Concordancias*, com., art. 1.186): «La Ley no ha tenido por objeto sino conservar y proteger los intereses de los incapaces; por lo tanto, éstos sólo pueden reclamar o renunciar el beneficio introducido en su favor». DE BUEN, *Notas*, VI (** 920), pág. 91, funda la tesis de la anulabilidad en la aplicación de la norma contenida en el art. 1.304.

(39) *Contratos* se llaman en los arts. 1.315, 1.316, 1.317, 1.319, 1.322, 1.324 y en la institución del título III, libro IV. Esto no significa que el Código desconozca su naturaleza especial.

(40) MUCIOS SCARVOLA (al comentar el mismo art. 1.318) interpreta así el art. 1.263, olvidando la naturaleza de la norma y las razones legales (arts. 1.300 y sigs.) que abonan la tesis de la anulabilidad de los contratos celebrados por menores. Este punto de partida resta valor a su opinión antedicha sobre la interpretación del art. 1.318.

la tesis de la inexistencia que desconoce los principios que inspiran la estructuración de la anulabilidad. La acción pidiendo su declaración sería ejercitable por cualquier interesado (hijos, acreedores) con móviles indignos de protección (41) y no sólo por la persona en cuya protección se establece la ineficacia. Aunque pasaran cuatro años, término que la prudencia del Código marca, en general, para la protección de los no plenamente capaces, podría ser utilizada aquella acción, aunque los resultados fuesen adversos, a los incapaces (42). No sería posible la confirmación, aún después de llegada a la mayor edad y después de disolverse el matrimonio. Negocios de tanta trascendencia como las capitulaciones matrimoniales se verían discriminados por el legislador para dotarles de una mayor inseguridad, la que proporciona la inexistencia respecto de la anulabilidad, ineficacia muy modalizada. Si se trata de inexistencia o nulidad absoluta, las capitulaciones no producen ningún efecto, sin que, por tanto, pueda invocarse que «no esté obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció» (art. 1.304, aplicable a la anulabilidad por defectos de capacidad). Las capitulaciones matrimoniales pueden tener además un vario contenido (mejoras, promesas de mejorar o no mejorar, donaciones de bienes futuros para caso de muerte, concesión al viudo de la facultad de distribuir a que se refiere el art. 831, donaciones diversas, constituciones de dote) cuya íntima relación con el régimen pactado haría difícil, en muchos casos, la doctrina de la persistencia de su validez.

Al venir abajo el régimen pactado, y quizá sin la voluntad de ninguno de los dos contrayentes, desaparece uno de los presupuestos más importantes del matrimonio concreto, y esto, a pesar del interés manifestado por el legislador en mantener las capitulaciones matrimoniales. En efecto, el artículo 1.296 de la primera edición del Código civil disponía que «la rescisión a que se refiere el número 1 del artículo 1.291 no tendrá lugar respecto de las capitulaciones matrimoniales». El precepto, acertadamente suprimido (43), marcaba, sin embargo, un claro deseo del legislador: mantener la eficacia de las capitulaciones matrimoniales. García Goyena («Concordancias») al comentar el artículo 1.175 del proyecto de 1851, que era base del citado artículo 1.296 de la primera edición del Código lo fundamentaba «en el favor de los matrimonios y en

(41) Puestos de manifiesto por COLIN y CAPITANT (*Cours élémentaire*, 3.º, núm. 142, páginas 103 y 104) al estudiar los casos planteados en la jurisprudencia francesa, y que exponen a los cónyuges a los más graves perjuicios.

(42) Hay que observar que el Tribunal Supremo en esta sentencia apoya la pretensión del incapaz, pero al mantener la tesis de la inexistencia lo hace más allá del plazo de los cuatro años. Es fácil, sin embargo, imaginar supuestos en que la doctrina sustentada por el T. 8. conduce a resultados muy contrarios al incapaz.

(43) MUCCHES SCARVOLA (Ob. cit., art. 1.318), dice que fue justamente censurado por COMAS ya que los tutores no son los que otorgan las capitulaciones matrimoniales. Provenía del artículo 1.175 del Proyecto de 1851 (a su vez inspirado, como dice GARCÍA GOYENA, en el artículo 1.309 del Código francés) y en él se excepcionaba el beneficio de restitución concedido a los menores, «respecto del daño que se les haya causado en sus capitulaciones matrimoniales, cuando en ellas hayan intervenido los requisitos prevenidos en los artículos 1.241, 1.242 y 1.243»; si no hubieran concurrido los requisitos establecidos en el artículo 1.241 (concurso con el menor en las capitulaciones de «las personas de cuyo previo consentimiento necesita el menor para contraer matrimonios»), parece que no procedería tampoco el beneficio de restitución, que es subsidiario (art. 1.170), sino la correspondiente nulidad rescindible, (art. 1.184 y ss.).

la conveniencia pública de facilitarlos y fomentarlos: la sociedad está muy interesada en ellos para dejar inseguras las capitulaciones, sin las que tal vez no se habrían contraído».

11. *Especial referencia al interés social.*—Planioi invoca en contra de la tesis de la nulidad relativa, el carácter estatutario de las capitulaciones que fijan las reglas que rigen no sólo las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí, sino también sus relaciones con terceros; este carácter determina que la nulidad aplicable al supuesto no sea una nulidad relativa dado que la regla infringida ampara un interés que no es simplemente particular (44); en otro lugar (45), recuerda Planioi, en apoyo de su tesis, la doctrina especial sobre el régimen de la nulidad de sociedades.

Parece, sin embargo, que conviene más al interés social y al interés de terceros la anulabilidad (más cercana a la eficacia normal) que la inexistencia o nulidad (46). Con la anulabilidad hay mayor seguridad de que el estado que aparece tenga eficacia definitiva y, por tanto, menos probabilidades de que se plantee la ineficacia absoluta producida por la nulidad que tanto perturba a los terceros, los cuales sólo obtienen entonces protección en virtud de las normas que excepcionan aquella ineficacia, concediendo a la apariencia los efectos de la realidad en beneficio de la seguridad del tráfico. Si la consideración del carácter estatutario de muchos negocios conduce a algo, es a pensar que la misma anulabilidad puede ser peligrosa dada la trascendencia social de las estipulaciones capitulares que fijan los ámbitos patrimoniales y los poderes de gestión sobre cada uno de ellos.

12. *La anulabilidad y la inmutabilidad del régimen económico conyugal.*—Conviene examinar especialmente el problema interpretativo teniendo presente el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones (arts. 1.315, 1.319, 1.320 y 1.321), pues la doctrina se ha apoyado en él, bien para fundamentar la tesis de la inexistencia o de la nulidad absoluta, bien la de la modalización de la anulabilidad (47).

En el primer sentido se manifiesta Planioi (48): la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales impide la admisión de una nulidad relativa: es necesario saber desde el comienzo del matrimonio si el régimen de bienes es uno u otro (49).

(44) *Traité élémentaire*, III, pág. 43.

(45) *Traité pratique*, tomo 8, núm. 96.

(46) No hay que negar los peligros que para los terceros supone especialmente el período de incertidumbre de la anulabilidad; así COLIN Y CAPITANT (ob. cit., tomo 3.º, núm. 142, página 108), defensor de la tesis de la nulidad relativa.

(47) V. en este trabajo, II, B, 2 y 4. MANRESA (loc. cit., com., art. 1.318) y MUCIOS SCARVOLA (loc. cit., art. 1.316) contrarios ambos a la tesis de la nulidad relativa, dicen que, en todo caso, la inmutabilidad de las capitulaciones impide la confirmación.

(48) *Traité élémentaire*, III, pág. 43.

(49) COLIN Y CAPITANT (tomo 3.º, núm. 142, pág. 108), opone que el hecho de demandar la anulación no afecta al principio de inmutabilidad porque por la anulación un régimen sustituye al otro no sólo para el porvenir, sino también para el pasado. Las cosas ocurrirán, pues, caso de anulación, como si los esposos hubieran hecho depender su régimen de la realización de una condición, estipulación cuya validez es generalmente reconocida.

En España, MANRESA (ob. cit., com. art. 1.393, pág. 532), contra el parecer de GARCÍA GÓMEZ, entiende que no es posible estipular tales condiciones en las capitulaciones; Caspán

Esas afirmaciones exageran evidentemente la influencia del principio de inmutabilidad en la reglamentación de los tipos de eficacia de las capitulaciones, pues conforme a ellas se adquiere la impresión de que no hay más que dos posibilidades, la de la plena eficacia y la de la ineficacia absoluta de las capitulaciones matrimoniales. Pero esto significa desconsiderar los principios en juego y la función de los distintos requisitos del negocio. Ya hemos analizado antes la perturbación que supondría entender que la falta de un complemento de capacidad supone inexistencia o nulidad relativa. No hay por qué insistir—basta con apuntarlo—en la gravedad de las perturbaciones que acarrearía el entender lo mismo respecto de los vicios del consentimiento (error, intimidación, dolo). Es evidente que, como expresa Tedeschi (50), la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales impide los efectos que ordinariamente tiene el mutuo disenso de las partes, impide también los de la remisión o renuncia unilateral, pero no vale para quitar a un contrayente aquellos medios de ataque contra la convención concluida que la ley, por un vicio intrínseco de ella o por otros motivos, le concede. Ni esta prohibición ni las demás establecidas entre cónyuges—donación (art. 1.334), compraventa (art. 1.458), permuta (artículo 1.541), sociedad universal (art. 1.677), transacción (S. 12 diciembre 1899), compromiso (L. 22 diciembre 1953, art. 13)—pueden determinar que la ineficacia de los contratos prohibidos, verificados en tiempo hábil, haya de calificarse siempre de absoluta, *ipso iure* e insubsanable, aunque el vicio sólo dé lugar ordinariamente a anulabilidad.

Si llegar a la exagerada posición de Planiol, podría pensarse con los autores que siguen la tesis que hemos llamado de anulabilidad modalizada, que la inmutabilidad impide que el transcurso extintivo de los cuatro años o la confirmación (art. 1.311) puedan tener lugar mientras no se disuelva el matrimonio (51).

Esta posición ofrecería, sin embargo, el siguiente resultado inconsecuente: se trata con tal modalización de no variar las capitulaciones y, sin embargo, se mantiene viva, en términos extraordinarios, una acción de impugnación, prolongando lo que, en cierto modo, podría llamarse opción del legitimado con ella para continuar con la situación impugnabile o impugnaria con efectos definitivos. El dejar la determinación del régimen a un momento ulterior a la disolución del matrimonio—en que, por tanto, quiebran tantos intereses comunitarios—trae nuevos y no menores peligros.

Las prohibiciones—y una de ellas es la de otorgar o alterar capitulaciones durante el matrimonio—deben interpretarse en sentido restrictivo. Cuando el Código establece la prohibición de otorgar o alterar las capitulaciones se está refiriendo a la imposibilidad de que una o ambas partes, por su sola voluntad, puedan volverse atrás o modificarlas (voluntad negocial capitular). Pero no impide que cada parte use de las facultades derivadas de la eficacia peculiar,

(tomo 5.º, vol. 1.º, 1964, pág. 186), tiene la cuestión por dudosa pareciendo inclinarse por la negativa en virtud de la inalterabilidad del régimen, sobre todo tratándose de condiciones potestativas; DE BUEN (Notas, tomo VI, 912, pág. 76), entiende, por la misma razón, que las condiciones potestativas no están admitidas.

(50) Ob. cit., núm. 46, págs. 490 y 491.

(51) Es una opinión muy generalizada, la de que los cónyuges no podrían accionar de nulidad durante el matrimonio (COLÍN Y CAPITANT, ob. cit., tomo 3.º, núm. 141, pág. 108).

ordinaria y extraordinaria, que a las mismas asigna el legislador. Si en alguno de sus extremos (art. 1.316) o en su totalidad dan fundamento a acciones de uno u otro cónyuge, éstos pueden ejercitarlas a su voluntad (cfr. arts. 60 y 1.433); en nuestro Derecho, el peligro de que el amor conyugal sea causa de despojos—finalidad de la inmutabilidad y de las prohibiciones de ciertos contratos entre cónyuges—no impide el ejercicio de acciones entre cónyuges, ni tampoco su no ejercicio y por tanto su prescripción (art. 1.932, I) (52) o su renuncia. Particularmente la renuncia de un cónyuge, mientras no envuelva donación al otro, está permitida y, admitida la renuncia no puede haber inconvenientes en admitir la confirmación (vid. art. 1.314); téngase en cuenta que esta renuncia más que una alteración de las capitulaciones es una renuncia a alterarlas y, en cierto modo, consiste en la *simple elección* en una opción (53).

C. LA PRESTACIÓN DEL «CONCURSO»

El tenor literal del art. 1.318 parece exigir la presencia personal—«concurso y firma»—de las personas referidas. El Tribunal Supremo sienta en esta sentencia que pueden comparecer por estas personas, otras capaces para ello, en su representación, pero el consentimiento que ha de concurrir debe referirse a capitulaciones concretas.

Analizaremos los extremos de la doctrina anterior:

1. *La posibilidad de que se preste el concurso sin necesidad de presencia personal.*—Se trata de una interpretación realista: tiene en cuenta que la asistencia personal al acto sería imposible en muchos casos. Y que da preferencia, como dice la misma sentencia (Considerando 2.º), al espíritu que informa el artículo 1.318 sobre los términos en que está redactado. La posición de la sentencia es compartida, en general, por la doctrina (54).

(52) Se carece de un precepto similar al artículo 2.941 del actual Código italiano: vid. II, B, 4, de este trabajo.

(53) Sobre este problema parece que no puede dar muchas luces el Derecho histórico español. El castellano, por la poca frecuencia de las capitulaciones a que antes nos hemos referido (vid. nota 29 del trabajo); la doctrina discutía si durante el matrimonio podría haber cierto cambio del régimen económico (renuncia de gananciales admitida por la Ley 60 de Toro), teniendo presente la prohibición de donaciones entre cónyuges; de otra parte se admitió, sin distinguir, la ratificación de las donaciones de arras y de las esponsalicias hechas sin el *decretum iudicis*, pasados cinco años desde que el menor cumpliere los veinticinco (SÁNCHEZ, ob. cit., Disp. 38, núm. 38 y 42 que recoge, en este sentido, la opinión de Antonio Gómez, Matienzo, Acebedo).

Tampoco sirve de precedente el Foral por la inexistencia del principio de la inmutabilidad: no se dió en el Derecho aragonés anterior al Apéndice (MOUTÓN: *Diccionario Civil y Foral*, Madrid, 1904, *Capitulaciones matrimoniales*, pág. 151) ni se da en el del Apéndice (arb. 58): ni tampoco se da en el Derecho catalán (CORRELLA: *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906, pág. 652; MOUTÓN, loc. cit.; CASTÁN, tomo 5.º, vol. 1.º, 1964, pág. 408; *Proyecto de compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1956, art. 15).

De aquí que no hubiera dificultad en Cataluña para declarar la nulidad de unas capitulaciones matrimoniales, otorgadas por catalanes, menores de edad, sin la representación legal necesaria, «en la parte que contuviera declaraciones u obligaciones de los menores que les perjudicasen» (S. T. S. 5 febrero 1889 sobre capitulaciones otorgadas en 1881).

(54) Así, en general, la doctrina francesa (PLANIOL: *Traité élémentaire*, pág. 32). En Italia siguen esa posición: RUGGIERO: *Instituciones*, trad. SERRANO Y SANTACRUZ, Madrid, volumen II, pág. 783; TROBACCI, ob. cit., núm. 36, pág. 482. En España: MARRAS, ob. cit.

2. *En el encargo dado al tercero debe quedar claro que el consentimiento del que ha de prestar la asistencia se refiere a estipulaciones concretas.*—La tesis parece acertada (55), pero realmente, parece que, por tanto—y como también ha dicho la doctrina—no estamos ante un caso de representación: el tercero facultado no tiene más poder que el de firmar.

3. *«Quid» sobre si basta el consentimiento anticipado con determinación de las estipulaciones.*—De admitirse no sería necesario la presencia de tercera persona: el propio menor podría por sí solo, justificando ese consentimiento, otorgar las capitulaciones matrimoniales que tuviesen por contenido las estipulaciones autorizadas. La sentencia parece negar que baste ese consentimiento anticipado: simplemente afirma la posibilidad de que la asistencia se haga por mandatario, *capaz para ello*, y después insiste en la ineficacia de la autorización general a la contrayente «cuando sólo contaba ésta diecisiete años». Sin embargo, esta doctrina no puede estimarse como concluyente en sentido negativo dado que en el caso la autorización era ineficaz por ser general. La doctrina, en cambio, admite como suficiente el consentimiento concreto anticipado (56).

La doctrina exige que el consentimiento sea anticipado: no puede ser posterior al otorgamiento de las capitulaciones. Parece que aquí juega la misma razón invocada (57) para el consentimiento o asistencia del emancipado por el padre, madre o tutor: «El posterior no es eficaz, pues el padre, madre o tutor no tienen ya poder para despojar al emancipado de la acción de impugnación ya nacida.» En las capitulaciones sin concurso, las personas que habían de prestarlo, carecen también de poder para despojar al menor de la acción de impugnación.

Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS

da, com. art. 1.318, pág. 135; DE BUEN: *Notas*, VI (903), pág. 71; DE DIEGO, tomo 6.º, pág. 116.

(55) Coincide con la sustentada respecto del consentimiento o asistencia del padre, madre o tutor respecto del menor emancipado (DE CASTRO, II, págs. 236 y 237), con el cual, como hemos indicado, guarda analogía el «concurso» establecido por el artículo 1.318.

(56) PLANCHOL: *Traité élémentaire*, pág. 32; MARRERA, com. art. 1.318, pág. 135; PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, vol. 1.º, Madrid, 1947, págs. 238 y 239.

(57) DE CASTRO, II, pág. 237.

3.- SENTENCIAS

A cargo de Manuel AMOROS GUARDIOLA, Luis DIEZ FIGARO, Gabriel GARCIA CANTERO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, José Luis MORO SERRANO, Sebastián MORO SERRANO, Antonio PÉREZ VEGA y Enrique SÉCO, bajo la dirección de Antonio IPIÑAS, y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general

1. PUBLICACIÓN DE LA LEY: *Los textos de las leyes publicadas en la Colección Legislativa son tan auténticos y oficiales como los insertos en los Boletines Oficiales del Estado, según ya se declaró en Sentencia del T. S. de 5 junio 1891.*

LEY: DISCREPANCIA ENTRE LEY DE BASES Y LEY ARTICULADA DE A. U.: *La Ley articulada de A. U. no podía introducir variación alguna a lo dispuesto en la de Bases.*

LEY: LEY ARTICULADA DE A. U.: PRESUNCIÓN DE ERROR MATERIAL: *En caso de discrepancia entre los textos articulados de L. A. U., publicados en el B. O. del Estado y en la Colección Legislativa, debe presumirse error material en el primero si el del segundo coincide con el de la Ley de Bases. [Sentencia 2 noviembre 1955: Desestimatoria].*

NOTA: El error material señalado se refiere a la palabra «Consignará» del párrafo 1.º del artículo 96 de L. A. U.

2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: *Cuando es reiterada constituye norma a seguir:*

CLÁUSULA PENAL: *La indemnización prefijada, como cláusula penal, para el incumplimiento de una determinada obligación, no impide la reclamación de una responsabilidad mayor por el incumplimiento de otras obligaciones derivadas del mismo contrato.*

NOVACIÓN: *No existe cuando las cláusulas del segundo contrato pueden coexistir con las del primero.*

REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Si bien las reglas de la congruencia obligan a no alterar las pretensiones de las partes, no es necesaria una total adecuación a los términos literales de aquellas, cuando con ello, puede evitarse la incoacción de un nuevo pleito, como ocurre, si lo pedido fué una indemnización cuya cuantía se había de fijar en periodo de ejecución, y la sentencia determinó cuantitativamente su importe.*

RECURSO DE APELACIÓN: REFORMATO IN PRIUS: *La sentencia de apelación no puede agravar la posición del recurrente, a menos que la parte contraria entable también el recurso o se adhiera en su momento a él. [Sentencia 22 noviembre 1955.]*

OBSERVACIONES: La afirmación de que la doctrina jurisprudencial cuando es reiterada constituye «norma» a seguir, no puede aceptarse en su sentido literal. No puede otorgarse a la doctrina jurisprudencial, por muy reiterada que sea, el valor de una norma. La doctrina jurisprudencial no tiene valor normativo, sino interpretativo, como ya se dijo en estas mismas páginas (A. D. C., VII, III, 1954, pág. 964, con ocasión de la nota a la S. T. S. de 11 de diciembre de 1953). (L. D. P.)

3. JURA NOVIT CURIA: [Sentencia 26 octubre 1955. v. III, 32.]

4. DERECHO INTERTEMPORAL: DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL CÓDIGO CIVIL: *Al aprovechamiento de pastos adquirido desde tiempo inmemorial, desde luego con anterioridad a la vigencia del Código civil, le son aplicables las disposiciones del mismo a tenor de la disposición transitoria primera.*

SERVIDUMBRES PERSONALES: LA REDENCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 603 DEL CÓDIGO CIVIL: *Es acertado calificar jurídicamente como servidumbre al aprovechamiento de pastos por los vecinos ganaderos de los tres pueblos mencionados, a tenor de los artículos 530 y 531 C. c., y estimado así es de perfecta aplicación el artículo 603 del citado cuerpo legal.* [Sentencia 20 octubre 1955.]

5. DERECHO TRANSITORIO: SERVIDUMBRE DISCONTÍNUA: PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL: *Para que una servidumbre discontinua se rija por la legislación anterior al Código y pueda alegarse como título adquisitivo la prescripción inmemorial, no es preciso que el tiempo requerido para la usucapión estuviese totalmente transcurrido antes de la vigencia del Código, sino que basta que los hechos de su origen ocurrieran antes de la publicación de dicho Código.*

USUCAPIÓN: SERVIDUMBRE DISCONTÍNUA COMENZADA ANTES DE LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: ARTÍCULO 1.939: PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL: *Comenzado el ejercicio de hecho de una servidumbre discontinua antes de la publicación del Código civil, le es aplicable el artículo 1.939 y la disposición transitoria primera, y en consecuencia puede ser adquirida por prescripción inmemorial.* [Sentencia 22 octubre 1955.]

6. TÍTULO NOBILIARIO: POSESIÓN CIVILÍSIMA: *Las vinculaciones nobiliarias se rigen por la posesión civilísima.*

TÍTULO NOBILIARIO: IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL MEJOR DERECHO: *El mejor Derecho a un título nobiliario es imprescriptible.*

TÍTULO NOBILIARIO: ORDEN TRADICIONAL DE SUCEDER: *Cuando no se dispone otra cosa, es tradicional en España, en la sucesión de Títulos y Grandezas, el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida la línea anterior a la posterior; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la hembra; en el mismo sexo, el mayor al menor; y debiendo ser todos los parentescos consanguíneos.*

TÍTULO NOBILIARIO: IMPAGO DE IMPUESTOS: *El impago de los impuestos nobiliarios es infracción de leyes fiscales no alegable en casación.*

TÍTULO NOBILIARIO: DECLARACIÓN DE MEJOR DERECHO: CCSA JUZGADA: *La declaración del mejor derecho a un Título nobiliario no produce efectos «erga omnes», obligando sólo a los litigantes y a sus descendientes.* [Sentencia 19 noviembre 1955: Desestimatoria.]

7. TÍTULO NOBILIARIO: DECLARACIÓN DE MEJOR DERECHO: *El mejor derecho al uso y disfrute de un título nobiliario arranca del último poseedor legal de él y de la consanguinidad con el mismo de las personas que le pretenden o discuten.* [Sentencia 26 octubre 1955: Estimatoria.]

8. TÍTULOS NOBILIARIOS: MEJOR DERECHO: *El punto de partida para determinar el mejor derecho a la ostentación de un Título Nobiliario y Grandeza*

de España es el último poseedor legal con preferente derecho cuando se le concedió el título.

TÍTULOS NOBILIARIOS: CESIÓN: Es válida cuando sólo afecta a la relación entre cedente y cesionario, sin modificar para nada la sucesión oficial del mismo.

COSA JUZGADA: Exige identidad de personas, cosas y acciones, siendo indiferente la identidad de razones o fundamentos aducidos en distintos pleitos.

ACCIÓN Y DERECHO SUBJETIVO: INTERÉS: El ejercicio de toda acción implica la existencia de un derecho por ella protegido y un interés correlativo. [Sentencia 19 octubre 1955.]

9. DEFENSOR JUDICIAL: ARTÍCULO 165 DEL CÓDIGO CIVIL: SU ESFERA DE ACTUACIÓN: [Sentencia 26 noviembre 1955.] (v. V, 2.)

10. CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA: ACCIONES QUE NAZCAN DE LOS BIENES PARAFERNALES: Si bien, por ministerio de la ley, el marido es el representante de su mujer en juicio, dicha representación no tiene lugar cuando las acciones esgrimidas nacen, se derivan o tienen su origen en bienes de carácter parafernal.

FALTA DE ACCIÓN: Se da la falta de acción si es el marido quien comparece para el ejercicio de acciones procedentes de bienes parafernales.

ESCRITO DE RÉPLICA: ARTÍCULO 548 DE LA L. E. C.: No puede concederse validez a la pretendida subsanación de la falta de acción, hecha por el actor en el escrito de réplica.

LESIÓN ULTRADIMIDIUM EN CATALUÑA: CONTRATO MIXTO CON CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS: VALORACIÓN: TIEMPO Y ELEMENTOS A TENER EN CUENTA: Para apreciar la existencia de lesión en un contrato mixto con cesión de derechos hereditarios, hay que referir la valoración de los bienes al momento de producirse el fallecimiento, con la minoración en su cuantía debida a las deudas de los causantes y cesión de derechos, pacto de no pedir, renuncia y transacción que las partes conviniere. [Sentencia 11 octubre 1955.]

11. REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: AVISO DE EXPIRACION DEL CONTRATO: Erigiendo una cláusula del contrato de arrendamiento la comunicación del aviso de expiración del contrato al arrendatario y a la sociedad anónima ocupante de hecho, no cumple el arrendador comunicándoselo sólo al arrendatario aunque éste sea a la vez presidente de la sociedad anónima, pues con ello se confundiría la personalidad individual con la jurídica independientes como sujetos de una relación jurídica.

PRESUNCIONES: El enlace preciso y directo entre el hecho probado y aquel que se trata de deducir según las reglas del criterio humano sólo puede tener acceso a la casación a través del cauce del número primero del artículo 1.692 L. E. C. [Sentencia 28 noviembre 1955: no ha lugar.]

12. PERSONALIDAD JURÍDICA: ORGANIZACIONES DEL MOVIMIENTO: La declaración estatutaria de que el Movimiento constituye una sola personalidad jurídica con un solo patrimonio, no impide que existan delegaciones de facultades y servicios varios que, dentro de su encuadramiento jerárquico, pueden realizar actos jurídicos eficaces.

CAPACIDAD PROCESAL: *Corresponde comúnmente a la capacidad y personalidad civil.*

CAPACIDAD PROCESAL: *Procede la demanda cuando el nombre comercial, contra quien se dirige, se utiliza para designar una empresa. [Sentencia 14 febrero 1955.]*

OBSERVACIONES: El último considerando de la Sentencia anotada plantea algún problema curioso. La demanda se dirigió contra «P. P. I.», que es la denominación con que se conoce a una empresa propiedad de determinadas personas. El T. S., afirmando que el nombre comercial se utiliza para designar la empresa como organización objetiva, distinta de la persona de su titular, y, en consecuencia, para el tráfico del negocio, y es el medio por el que se da a conocer al público y con el que realiza sus operaciones mercantiles, rechaza la falta de personalidad en la parte demandada. Esta doctrina no deja, sin embargo, de suscitar graves dudas. La empresa, «como organización objetiva distinta de la persona de su titular», según la manera de expresarse de la propia Sentencia, ¿posee capacidad para ser parte? Parece que no, a menos que caigamos en la concepción, ya superada, de la empresa como persona. Por otra parte, ¿puede entenderse que lo que se hace es idéntica al empresario—efectivo demandado—a través de la denominación de la empresa? El artículo 524 de la L. E. C. exige la denominación «de la «persona» contra quien se proponga la demanda». (L. D. P.)

13. **NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL: NATURALEZA Y EFICACIA:** *Aunque en la legislación española no se contengan normas que decididamente permitan admitir la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad, de manera excepcional puede otorgársele a aquellas en que, más que crearse obligaciones, lo que se hace es reconocer situaciones preexistentes.*

NEGOCIO JURÍDICO: CAUSA: PRESUNCIÓN: *Salvo pacto en contrario se presume que la causa existe y que es lícita.*

PACTO SUCESORIO: *Sólo cabe acoger bajo esa denominación el que tenga por objeto la herencia de una persona viva en el momento de celebrarlo. [Sentencia 1 diciembre 1955.]*

En el documento, que dió origen al pleito, la declarante manifestaba que, obedeciendo a los dictados de su conciencia, se obligaba a partir, en iguales partes, con sus hermanos o con los herederos de éstos, los bienes de una determinada procedencia inscritos a su favor en el Registro o poseídos por ella.

El T. S. abordó el problema de la eficacia obligatoria de las declaraciones unilaterales de voluntad en el considerando cuarto.

«Ante el arduo problema que plantea la eficacia de las declaraciones de voluntad, como creadoras de obligaciones, resuelto de diverso y a veces opuesto modo por la doctrina española y extranjera y por las legislaciones positivas extrañas, lo cierto es que en la legislación española no se contienen normas que decididamente permitan acogerla, no tanto por obra de la enumeración que se contiene en el artículo 1.089 del C. c., como por ser contados los casos en que pudiera apoyarse un esfuerzo constructivo, sobre la base de los artículos 1.330 y 1.887 del propio Código, o partiendo como punto de arranque de las obligaciones incorporadas a los títulos de crédito, la pública promesa u otras instituciones similares. Pero, aun así, nada se opone a que, por modo muy excepcional, pueda otorgarse eficacia a determinadas

declaraciones de voluntad, cuando, como en el caso contemplado, no se trata de crear una obligación «ex novo», a modo de oferta que puede o no ser aceptada, sino, lo que es muy distinto, de revelar y poner al descubierto una situación preexistente.»

OBSERVACIONES: La doctrina jurisprudencial española sigue siendo, salvando la Sentencia de 17 de octubre de 1932, hostil al reconocimiento de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, con lo que se reitera la doctrina de las Sentencias de 25 de abril de 1924 y 21 de junio de 1945. La Sentencia, que anotamos, no se decide a recoger la teoría afirmativa. «Que en la legislación española no se contienen normas que decididamente permitan acogerla». El argumento no es extraordinariamente vigoroso. Si en la legislación española faltan normas que admitan la declaración unilateral como fuente de obligaciones, el problema habrá de ser analizado a la luz de los principios del derecho, con lo cual puede cegarse, sin duda, a consecuencias sorprendentes.

La Sentencia contiene, además, algún pormenor interesante. Por modo excepcional, se dice, puede reconocerse a las declaraciones unilaterales eficacia, si no creadora de obligaciones, al menos de reconocimiento de situaciones preexistentes. Con ello, el problema queda desenfocado. Se le traslada de la posibilidad de creación de situaciones jurídicas a la posibilidad de reconocimiento de situaciones jurídicas. Pero la aptitud de las declaraciones unilaterales para reconocer situaciones jurídicas, es cosa que nunca ha sido puesta en duda y que no sólo puede admitirse «por modo excepcional», como dice la Sentencia, sino de manera general. La eficacia vinculante u obligatoria de las declaraciones unilaterales de la voluntad parece quedar con ello plenamente rechazada. (L. D. P.)

14. **COSA JUZGADA: LA IDENTIDAD DE CAUSA:** *No existe identidad de causa cuando reclamada en un litigio la nulidad de un contrato de compraventa, que fué desestimada, se ejercita posteriormente la acción reclamando que se declare existente un negocio fiduciario de «fiducia cum creditores».*

NEGOCIO FIDUCIARIO: LICITUD Y VALIDEZ: *No se opone a ellas la existencia de figuras jurídicas típicas de similar finalidad (como el pacto de retroventa respecto de la «fiducia cum creditores»), «pues fueron los contratantes los que optaron por la forma jurídica que estimaron convenientes».*

CONSIGNACIÓN: PRECIO DE LA COMPRA EN UN NEGOCIO FIDUCIARIO DE «FIDUCIA CUM CREDITORES»: **OFRECIMIENTO DE PAGO:** *Los artículos 1.162, 1.176, y 1.177 del Código civil rigen el supuesto de la consignación en pago de una deuda en que sólo exista una relación pura y simple, pero no cuando se reclama el cumplimiento de un contrato que lleva en sí un negocio fiduciario de garantía, y el cual requiere—por haber sido negado—, que se declare existente y en el que se contienen obligaciones recíprocas. Al hacerse el ofrecimiento de pago al tutor no se incumple el artículo 275. [Sentencia 31 octubre 1955.]*

15. **VICIOS DE LA VOLUNTAD: INTIMIDACIÓN: REQUISITOS:** *La intimidación o coacción moral exige, como uno de sus requisitos para invalidar el consentimiento, que el miedo sea injusto o ilícito. No causa intimidación quien ejercita un derecho legítimo; y es claro que ejercitar la acción de una garantía hipotecaria no puede estimarse ilícito.*

ACTOS CONTRARIOS A LA NORMA: ARTÍCULO 4 DEL CÓDIGO CIVIL: SU VALOR COMO PRINCIPIO GENERAL: *El artículo cuarto del Código civil sienta un principio general de nulidad que rige cuando se estipule algo que la ley prohíbe o en el supuesto de que la nulidad no esté declarada especialmente.*

pero no tiene aplicación cuando tal nulidad se regula en el propio Cuerpo legal por disposiciones concretas. [Sentencia 17 octubre 1955.]

16. EL SILENCIO COMO DECLARACIÓN DE VOLUNTAD: JUNTA GENERAL EN UNA SOCIEDAD CIVIL: Aunque por regla general el silencio no significa conformidad, si la supone cuando hay obligación de contestar; como ocurre cuando, adoptado por aclamación un acuerdo en la Junta general de una sociedad civil, al preguntar el Presidente si alguno de los asistentes no estaba conforme, nadie contestó, pues en este caso el disidente tiene obligación de contestar, para, en su día, impugnar el acuerdo y ejercitar los derechos de que se crea asistido. [Sentencia 12 noviembre 1955.]

17. NEGOCIO DISIMULADO: Aun cuando para eludir la prohibición del número 2.º del artículo 1.459 C. c. aparezca externamente en contrato como una compraventa que el propietario hace a un Agente de Contratación de fincas, si de los actos preliminares, conversaciones, publicidad dada a la venta del terreno y modalidades de ésta, especialmente la facultad concedida al presunto comprador para ceder la adquisición aplazada a un tercero, se deduce que se trata de un mandato, procede declarar su nulidad. [Sentencia 4 marzo 1955; no ha lugar.]

18. CAUSA ILÍCITA: CAUSA Y MOTIVOS: [Sentencia 31 octubre 1955.] (v. III, 69.)

19. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS Si bien, con arreglo a la novísima interpretación de la jurisprudencia, la interpretación de los negocios jurídicos, cuando se parte de términos indiscutidos, es cuestión de derecho impugnabile por la vía del número 1 del artículo 1.692, para ir en abierta contradicción con las afirmaciones de la Sala de instancia, se requiere demostrar el error en que incurre.

FIANZA: FALTA DE RECLAMACIÓN: El hecho de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación a su vencimiento, no supone prórroga de la misma, ni por tanto extinción de la fianza. [Sentencia 3 noviembre 1955.]

20. INTERPRETACIÓN DE NEGOCIO JURÍDICO: La rectificación en casación del criterio del Juzgador de instancia debe hacerse sobre la base de un evidente error o notoria equivocación. [Sentencia 20 octubre 1955.]

21. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: CASACIÓN: En la interpretación de los contratos no puede prevalecer la opinión particular del recurrente sobre la efectuada por el Tribunal sentenciador a menos que aquél demuestre bien la equivocación del juzgador en la valoración de los elementos probatorios que le sirvieron de punto de partida o el error lógico en que incurrió al construir sus deducciones para formar su criterio [Sentencia 23 noviembre 1955; no ha lugar.]

22. MEDIOS DE PRUEBA: DOCUMENTAL: ACTA NOTARIAL: SU VALOR PROBATORIO: Si bien sus requisitos son diferentes de los de la escritura, el acta notarial es auténtica y fehaciente en cuanto certifica todo lo que pasa, sucede y ocurre ante el Notario que la autoriza. Ha de concedérsele el valor proba-

torio que le proporciona la intervención de la fe notarial mientras no sea atacada de falsa. [Sentencia 9 noviembre 1955.]

OBSERVACIONES: Las actas narran hechos vistos, oídos o averdados por el Notario, los cuales se convierten así en auténticos; y su autenticidad sólo puede ser rebatida o impugnada por la querrela de falsedad. A este orden de ideas responde la Sentencia de 9 de noviembre de 1955, en concordancia con la doctrina de los autores. Sobre esta materia, distinción entre lo auténtico y lo autenticado, valor probatorio del instrumento público, etc., véase Núñez Lagos: «Los esquemas conceptuales del instrumento público», Revista de Derecho Notarial, 1953, I-II, págs. 145 y sigs., y la conferencia del mismo autor «Tópicos jurídicos», publicada en la misma revista, 1954, IV, págs. 567 y sigs.

23. **ACTA NOTARIAL DE CONVERSACIÓN TELEFÓNICA:** No es suficiente para probar a efectos de la competencia un contrato verbal de arrendamiento de servicios, el acta notarial relativa a una conversación telefónica, ya que el notario, oyente de la misma, no podía identificar al interlocutor situado al otro lado de la línea. [Sentencia 1 junio 1955.]

24. **COSA JUZGADA:** No se produjo la cosa juzgada material que protege el artículo 1.252 del Código civil cuando el juzgador de instancia, al encontrar deficientemente ejercitadas en el aspecto procesal lo mismo la acción por el demandante como la reconvencción por el demandado, desestimó ambas, sin absolución ni condena, ni entrar en el fondo del asunto. [Sentencia 26 noviembre 1955.]

25. **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN CIVIL: CULPA AQUILIANA:** Instruida causa criminal por el hecho causante del daño, el plazo prescriptivo de un año se cuenta a partir de la resolución de la jurisdicción criminal que ponga fin a la causa.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: No lo produce la sentencia que fija la indemnización a percibir por el perjudicado, cualquiera que sean los pactos celebrados entre dicho perjudicado y la compañía aseguradora, los cuales no pueden ser discutidos ni menos decididos en un pleito en el que la aseguradora no fué citada para comparecer. [Sentencia 21 noviembre 1955.]

II. Derechos reales

1. **DOMINIO: ACCIÓN REIVINDICATORIA:** No lo es aquella por la que se pretenda la exclusión de un cuaderno particional de las cosas de propiedad exclusiva de uno de los herederos.

DOMINIO: PRESUNCIÓN DE TITULARIDAD: El poseedor se halla protegido por la presunción, que deriva del artículo 448 del C. c., de tener título. [Sentencia 23 noviembre 1955.]

2. **USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA DE INMUEBLES:** Poseídos en concepto de dueño y durante más de treinta años unos bienes que se adjudicaron en virtud de partición hereditaria, la posterior declaración de nulidad de ésta no afecta a la posesión ni a la prescripción extraordinaria consumada.

POSESIÓN: NULIDAD DE OPERACIONES PARTICIONALES: *Al amparo de esa nulidad no puede enervarse la posesión por virtud de la cual la prescripción estaba consumada, aunque arranque de la posesión que el título nulo confirió en calidad de dueño.*

PARTICIÓN HEREDITARIA: NULIDAD: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: *La nulidad de las operaciones particionales, declarada con efectos retroactivos, no afecta a la prescripción ganada por los adjudicatarios que poseyeron a título de dueño durante el plazo legal.*

IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PARA PEDIR LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA: ARTÍCULO 1.965 DEL CÓDIGO CIVIL: *La acción es imprescriptible cuando los bienes de la herencia vienen poseídos de consuno en comunidad, pero no cuando uno de los participantes posee para sí, como dueño, con exclusión de los demás y con negación consecutiva de la comunidad, deshecha, bien o mal por la posesión exclusiva. [Sentencia 10 noviembre 1955.]*

3. COMUNIDAD DE BIENES: ACCIÓN EJERCITADA POR UN COMUNERO: *Si bien es cierto que un comunero puede actuar en nombre y provecho de la comunidad, carece de aquella facultad cuando la comunidad, en cuyo nombre actúa, es sólo copartícipe del derecho ejercitado. [Sentencia 4 julio 1955.]*

«... si bien es cierto que un comunero puede actuar en nombre y provecho de la comunidad, también lo es, que no podía hacerlo en nombre propio sin ser titular único del derecho que ejercita, y en este caso basta leer el encabezamiento de la demanda para advertir que ésta se deduce, como textualmente expresa, «litigando para la comunidad hereditaria de su padre don E. V.», lo que corrobora al final del hecho primero, y comoquiera que a esta comunidad sólo pertenece la mitad indivisa de la finca objeto de desahucio, es claro que el demandante carece de acción, sin que pueda entenderse subsanado este defecto por una tardía ratificación hecha por la copartícipe de la mitad de la finca, en grado de apelación, pues ella procesalmente carece de eficacia».

OBSERVACIONES: Sentado por reiterada jurisprudencia y admitido por la propia Sentencia anotada que cualquiera de los comuneros puede ejercitar las acciones conducentes a la defensa de la comunidad, no se ve clara la razón para negar tal facultad en el caso del pleito. La titularidad de la cosa objeto de la acción correspondía a una comunidad hereditaria y a una persona más. El actor, uno de los herederos, es, al fin y al cabo, comunero en el condominio de la cosa y como tal, parece, en principio, que puede, de acuerdo con la regla general, ejercitar la acción, que formuló, lo que origina la confusión es la existencia de una doble comunidad: la del dominio y la de herederos, los cuales son sólo titulares de la mitad de aquel. Ahora bien, los herederos que componen la segunda comunidad son también partícipes en la primera más amplia. Y, en este carácter parece que no hay dificultad en que puedan representarla en juicio.

El problema cambia de figura si lo que se señala es un defecto en la manera como el litigante se presenta en el juicio. El actor se presentó sólo «litigando para la comunidad hereditaria», y no para los condueños. Pero entonces el problema no sería de falta de acción, como dice la Sentencia, y la doctrina sentada carecería de alcance general (L. D. P.).

4. COMUNIDAD DE BIENES: LEGITIMACIÓN PASIVA DEL COMUNERO: *A la demanda dirigida contra un solo comunero podrá oponerse la excepción de falta*

de acción, pero no la excepción del número 4 del artículo 533 de la L. E. C., que se refiere a la falta del carácter o representación con que una persona es demandada.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: REPARACIONES QUE PUEDE REALIZAR EL ARRENDATARIO: *Caen dentro del concepto de obras necesarias las realizadas como consecuencia forzosa de las ordenadas por la Autoridad. [Sentencia 24 octubre 1955.]*

5. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES: PROPIA INVENCION: *Concorre este requisito cuando el solicitante no es el inventor, sino la persona a quien éste hubiera transmitido su derecho.*

PATENTES: NULIDAD: COMPETENCIA: *Corresponde a la Administración acordar la nulidad cuando no hayan cumplido los requisitos fijados en la ley antes de ser concedido el registro. [Sentencia 13 octubre 1955.]*

6. POSESIÓN DE BUENA FE: *Existe cuando hay un acuerdo que crea entre las partes una determinada relación jurídica, aunque su naturaleza no sea absolutamente precisable. La buena fe se presume cuando el poseedor está en la creencia de que su posesión no adolece de vicio que la invalide. [Sentencia 14 noviembre 1955.]*

7. POSESIÓN TOLERADA: SUBARRIENDO VIVIENDA: LANZAMIENTO: *La subarrendataria que al extinguirse el contrato de arrendamiento sigue ocupando por mera tolerancia el local, no afecta a la posesión del arrendador según lo preceptuado en el artículo 444 C. c., ni puede pedir la reposición en la misma por haber sido lanzada del local sin haber sido parte en el juicio de desahucio. [Sentencia 25 octubre 1955; no ha lugar.]*

8. SERVIDUMBRE DISCONTÍNUA COMENZADA ANTES DE LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: ARTÍCULO 1.939, 1.º: PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL: *[Sentencia 22 octubre 1955.] (v. I, 5.)*

9. SERVIDUMBRES PERSONALES: LA REDENCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 603 DEL CÓDIGO CIVIL: *[Sentencia 20 octubre 1955.] (v. I, 4.)*

10. SERVIDUMBRE: PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL: CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA: *Invocado por el demandante como título adquisitivo de una servidumbre de paso un documento privado otorgado por los antepasados de las partes, es incongruente la sentencia que estima la demanda fundándose en la prescripción inmemorial.*

CARÁCTER ROGADO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL: *Aunque los Tribunales pueden no ajustarse a las alegaciones jurídicas de las partes, han de respetar los hechos alegados y discutidos y causa de pedir, pues, por el carácter rogado de nuestra jurisdicción civil, el fallo ha de dictarse «juxta allegata et probata» y no cabe admitir que una parte deje sin rebatir hechos que su contrario no aduce y que el Juzgado sienta, en cambio, por su propia iniciativa. [Sentencia 13 diciembre 1955.]*

11. SERVIDUMBRE DE PASO: ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL: LEGISLACIÓN DE PARTIDAS: *Infringe la Ley quince, título treinta y uno de la*

Partida tercera, el Tribunal de Instancia que declara la existencia de una servidumbre de paso en virtud de prescripción inmemorial apoyándose en el hecho de que desde el año mil novecientos uno hasta el mil novecientos cuarenta y cinco se usa de la servidumbre, sin que conste que en fecha anterior, y desde el año de mil ochocientos setenta y uno no fuera usado el paso, es decir, que funda su apreciación en que no se ha probado el no uso, cuando el supuesto debía ser contrario, de afirmación de un acto positivo.

EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO INSCRITO: PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA: *Cuando no se trata de contradecir el dominio, sino de completar la inscripción haciendo constar en ella el derecho real de servidumbre que había sido omitido, no es aplicable el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. [Sentencia 13 diciembre 1955.]*

OBSERVACIONES: La demanda tiende al reconocimiento de la existencia de una servidumbre y por tanto, aunque afecta a la situación de libertad de cargas de la finca no se le puede calificar de verdaderamente «contradictoria del dominio». Y no implicando tal demanda un ataque a la inscripción que deba provocar la nulidad o la cancelación de ésta, es claro que no es exigible el cumplimiento del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

V. Las sentencias de 9 de febrero, 6 de mayo y 9 de julio, todas de 1955, comentadas en A. D. C. 1955, VIII-4, págs. 1384 y siguientes, en especial, la sentencia citada en último lugar.

12. ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 40 DE LA LEY HIPOTECARIA: AFECTA AL ADQUIRENTE: *Al no poder ser considerados terceros, afecta la acción a los demandados que adquirieron siendo exacto el Registro y en cuyas inscripciones de dominio se produjo el error que originó la inexactitud registral.*

ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 40 DE LA LEY HIPOTECARIA: NO AFECTA AL TERCERO PROTEGIDO: *La sentencia que ordena la rectificación no alcanza a los terceros que adquirieron con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria durante la vigencia del asiento que se declara inexacto. [Sentencia 31 mayo 1955.]*

«... que los demandados son meros adquirentes y no pueden reputarse terceros (...) dada su directa intervención en la escritura y consignados en la inscripción (sic) máxime cuando del asiento anterior—que debieron examinar—, se deducía la inexactitud posterior ante su palmaria contradicción». (Considerando 5.º)

«... por cuanto al excluir a los demandados a quienes absuelve, si bien reconoce que pertenece a la actora la finca de que se trata, aquel respeto que les concede es consecuencia de los fundamentos contenidos en el octavo considerando ante la situación privilegiada hipotecaria que ostentan y les corresponde por la protección registral que les dispensa el artículo 34 al no haber tenido intervención en los asientos donde el error tuvo lugar». (Considerando 3.º)

III. Derecho de obligaciones.

1. OBLIGACIONES BILATERALES: INCUMPLIMIENTO: *Si bien es cierto que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumpla sus obligaciones, no lo es menos que el que las incumpla, a consecuencia del incumplimiento anterior del otro, conserva este derecho, pues la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho de resolución y le libera desde entonces de sus compromisos.*

CASACIÓN: *La imputabilidad de la demora en el pago y consiguiente responsabilidad es una cuestión de derecho que no tiene encaje en el número 7 del artículo 1.692 de la LEC. [Sentencia 3 diciembre 1955; ha lugar.]*

2. CLÁUSULA PENAL: [Sentencia 22 noviembre 1955.] (v. I, 2.)

3. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CONTENIDO: DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE Y DE LA PÉRDIDA SUFRIDA: [Sentencia 29 octubre 1955.] (v. 9.)

4. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: *La enumeración del artículo 1.156 no es agotadora, sino que ha de completarse con otras causas especialmente previstas en el Código o que resulten de modo claro de la adecuada combinación de sus preceptos.*

CONDONACIÓN Y RENUNCIA UNILATERAL: *La revelación del cumplimiento de una obligación, aún hecha sin «ánimus donandi», por lo cual no puede considerarse como condonación, es eficaz como renuncia unilateral de un derecho al amparo del artículo 4.º del C. c.*

CONDICIÓN SUSPENSIVA Y MODALIDAD DE EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN: *El pacto de entregar la casa vendida libre de inquilinos no juega como condición suspensiva, sino como modalidad de ejecución de la venta. [Sentencia 24 octubre 1955.]*

OBSERVACIONES: *En el considerando cuarto de la sentencia anotada se define la condición suspensiva como el hecho futuro e incierto de cuya realización depende el «nacimiento» de la obligación. Ello debe achacarse, sin duda, a un error material, pues, como es sabido, lo que depende del hecho futuro e incierto no es el «nacimiento» de la obligación, sino el cumplimiento de la obligación (art. 1.113 y ss. del C. c.). (L. D. P.)*

5. OFRECIMIENTO DE PAGO HECHO A UN TUTOR: CONSIGNACIÓN: PRECIO DE LA COMPRA DE UN NEGOCIO FIDUCIARIO DE «FIDUCIA CUM CREDITORE»: [Sentencia 31 octubre 1955.] (v. I, 14.)

6. CONDONACIÓN Y RENUNCIA UNILATERAL: [Sentencia 24 octubre 1955.] (v. 4.)

7. NOVACIÓN: FECHA DE PAGO DE RENTAS: *La novación modificativa de las fechas estipuladas en el contrato de arrendamiento resultante de haberse satisfecho el precio del arriendo a la presentación del recibo durante cierto número continuado de años sólo tendrá lugar cuando fuera intención de los contratantes que no se entendiera vencido el plazo hasta que aquella presentación tuviera lugar.*

DOMICILIO DEL DEMANDADO: *El artículo 1.171 del C. c., al que se remite el 1.574, no se refiere, en efecto, al domicilio del deudor como casa-habitación del mismo, sino al lugar o plaza en que reside.*

CASACIÓN: *El artículo 1.248 por su carácter puramente admonitivo no puede servir de base a la casación.* [Sentencia 24 noviembre 1955; no ha lugar.]

8. **NOVACIÓN:** [Sentencia 22 noviembre 1955.] (v. I, 2.)

9. **PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS: OFERTA Y ACEPTACIÓN:** *El intercalamiento de frases de carácter accidental e inocuo en la oferta, al aceptarla no faculta al oferente para retrarla, por falta de consentimiento sobre las adiciones.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CONTENIDO: *Debe comprender no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE: *Cuando la ganancia dejada de obtener, además de no resultar acreditada, aparece incierta y dudosa, no puede acordarse indemnización alguna respecto a ella.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA PÉRDIDA SUFRIDA: *Cuando el acreedor, a consecuencia del incumplimiento, se vió obligado a adquirir otra cosa en sustitución de la dejada de obtener, la pérdida sufrida habrá de determinarse teniendo en cuenta estos dos supuestos: 1.º Que la cosa adquirida sea de la misma naturaleza y características que la contratada, a menos que se pruebe justificadamente que no existía dicha calidad en el mercado, y 2.º, que la diferencia de precio se refiera a clase igual de mercancía en la localidad y época en que tuvo lugar el incumplimiento contractual.* [Sentencia 29 octubre 1955.]

10. **CONTRATOS: REQUISITOS DE FORMA:** [Sentencia 31 octubre 1955.] (v. III, 69.)

11. **NULIDAD DE LOS CONTRATOS: LEGITIMACIÓN ACTIVA:** *Carece de título para pedir la declaración de no ser propiedad de los demandados ciertas fincas el que sólo es arrendatario de algunas de ellas, al no haber sido parte en los contratos cuya invalidez alega.*

RECURSO CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *Las cuestiones nuevas no pueden alegarse en casación por la naturaleza revisora de esta institución procesal.*

RECURSO CASACIÓN: LA SIMULACIÓN COMO CUESTIÓN DE HECHO: *La simulación como «questio facti» no puede ser impugnada al amparo del número 1 del artículo 1.692 LEC.*

RECURSO CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *La sentencia que concede punto por punto todas las peticiones de la demanda por sus mismas alegaciones y empleando sus mismas palabras y desestima totalmente la reconvencción, no es incongruente.* [Sentencia 7 diciembre 1955: Desestimatoria.]

12. **RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS: LESIÓN ULTRADIMIDIUM EN CATALUÑA: CONTRATO MIXTO CON CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS: VALORACIÓN: TIEMPO Y ELEMENTOS A TENER EN CUENTA:** [Sentencia 11 octubre 1955.] (v. I, 10.)

13. **RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS:** *El incumplimiento del demandante le imposibilita para ejercitar la acción de resolución.* [Sentencia 16 diciembre 1955.]

14. **CONTRATO COMPLEJO, ONEROSO Y ALEATORIO: FORMA: FIRMA POR UN TESTIGO:** *Tratándose de un contrato complejo, comprensivo de diversos negocios jurídicos, oneroso y aleatorio al propio tiempo, y atípico, no es posible aplicar las normas de la donación pura o las de la mixta, ni tampoco las del contrato de renta vitalicia sino que su forma se rige por el artículo 1.278 del C. c.; la carencia de la firma de uno de los contratantes nada supone cuando lo realiza un testigo a su ruego por manifestar aquél no saber hacerlo y en el pleito sostiene la validez del documento.*

REPUDIACIÓN DE HERENCIA: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Constituye documento auténtico a efectos de la repudiación de la herencia según artículo 1.008 del C. c., un escrito privado en el que concurrieron la viuda renunciante, los herederos y albaceas, quienes prestaron en él su conformidad.*

ALBACEAZGO: EXTINCIÓN: *La misión de los albaceas termina practicada la división de los bienes y desde ese momento los herederos quienes deben instar en juicio. [Sentencia 11 junio 1955.]*

CONSIDERANDOS: «La Sala de Instancia, al interpretar y calificar jurídicamente el contenido del documento aludido, expresa se trata de un contrato complejo comprensivo de diversos negocios jurídicos en cuanto al móvil o causa principal del mismo, si bien afirma constituir un contrato oneroso y aleatorio con características no definidas de un modo concreto en nuestra legislación civil; combatiendo estas apreciaciones el recurrente por estimar que doña Josefa M., viuda de Gaspar S., realizó un acto de liberalidad comprensivo de la figura de donación definida en los artículos 618 y 619 del C. c., de carácter mixto según los artículos 619 y 622 del mismo Código, y del contexto del documento aparece principalmente contener: 1.º, la renuncia por la viuda del usufructo vitalicio conferido en el testamento, así como al tercio legado; 2.º, la cesión a los hijos del pleno dominio de todos los bienes que le correspondían por sus aportaciones, como por la mitad de los gananciales, para que los distribuyeran con los del causante, paralizando así la división, con la condición de que si necesitara vender alguna finca de su hijuela, podía verificarlo libremente si los herederos no aportaban el metálico para atender a esa necesidad que motive la venta; 3.º, los herederos aceptan esa generosidad y se comprometen a abonar a su madre las cantidades en especie que expresan; 4.º, en la casa donde vivía la viuda continuará habitando ésta por sus días y el heredero a quien correspondiese recibirá de los demás 75 pesetas al año en concepto de alquiler; 5.º, los herederos proceden a la partición, haciendo los lotes correspondientes, los sortean y las partes prestan su aprobación a lo realizado, obligándose a su cumplimiento, y en vista de lo expuesto, no cabe admitir exista la donación pura, ni tampoco la mixta, ya que la cesión resultaba condicional y aleatoria, mediaban prestaciones recíprocas, sin posibilidad de determinar su cuantía, ni si excedía o no a lo cedido y se incluían diversos pactos sustanciales admitidos por las partes». (Considerando 2.º)

«La donación de inmuebles requiere, conforme al artículo 633 del C. c., escritura pública para su validez; pero calificando el contrato de oneroso sin definición concreta en la ley, se está en el caso del artículo 1.278 y concordantes del propio cuerpo legal de ser obligatorio cualquiera que sea la

forma en que se haya celebrado y sin perjuicio para que las partes puedan compelerse recíprocamente a llenar aquella forma». (Considerando 3.º)

«La repudiación de la herencia, según el artículo 1.008 del C. c., deberá hacerse constar en instrumento público o auténtico o por escrito presentado ante el Juzgado competente, y como la sentencia recurrida admite la efectividad y la realidad del documento de 25 de mayo de 1942 obrante por testimonio traído de otros autos; que concurrieron la viuda renunciante, los herederos y albaceas, quienes prestaron en él su conformidad, dicho documento, a estos efectos, merece la calificación de auténtico y por consiguiente reviste las condiciones señaladas en el precepto aludido, que ha sido interpretado rectamente por el Tribunal de instancia». (Considerando 4.º)

COMENTARIO: Fallecido el marido, la viuda desea ceder la totalidad de sus bienes a sus hijos, tanto los que en calidad de propios aportó al matrimonio como los que se le adjudican en concepto de gananciales, incluso el usufructo vitalicio y el tercio legado por su marido, todo ello a cambio de que subvengan a sus necesidades del modo más amplio, reservándose la facultad de vender fincas de su hija si sus hijos no acudían a satisfacer las mencionadas necesidades. Se redacta un documento privado en el que consta la conformidad de todos los interesados; documento que se aporta al pleito por testimonio de otros autos, deduciéndose—aunque no se dice expresamente—que entonces fué reconocido. El problema fundamental del pleito se reduce a determinar la validez de este documento desde el punto de vista de la forma. El Tribunal Supremo dice que se trata de un negocio jurídico complejo, oneroso y atípico, y sometido a la libertad de forma del artículo 1.278 del Código civil; parece, sin embargo, que algunas dificultades se oponen a la solución del Tribunal Supremo.

Descomponiendo el negocio jurídico complejo, no será difícil descubrir una donación de los inmuebles aportados por la viuda al matrimonio, la cual exige para su validez (art. 633) escritura pública.

Existe, asimismo, una repudiación («renuncia») se le denomina; hay que tener en cuenta que en el segundo considerando el Tribunal Supremo parece emplear el mismo lenguaje, no muy técnico, empleado en la redacción del documento en cuestión) del usufructo vitalicio y del tercio libre legado a la viuda. ¿Cómo es posible que un documento privado sea instrumento auténtico?

La doctrina comúnmente entiende (cfr. Castán, 7.ª, ed., IV, 210) que no hay donación mixta cuando el gravamen es igual o mayor que el valor de lo donado. ¿Puede decirse lo propio cuando existe incertidumbre acerca de la entidad del gravamen?

Para los procesalistas (cfr. Gómez Orbaneja: *Derecho procesal civil*, 1951, pág. 320), autenticidad del documento es la coincidencia de su autor aparente con su autor real; una vez reconocido legalmente o tenido por el juez como auténtico, el documento privado dispositivo prueba contra su autor y sus causahabientes exactamente con la misma fuerza que la escritura pública (id. id., pág. 321). ¿Habrá que entender en esta forma la remisión que el artículo 1.008 hace al instrumento auténtico, es decir, admitiendo que también pueden serlo los documentos privados? Algún autor se expresa también en este sentido (cfr. Borrell y Soler: *Derecho civil español*, V, 417). El Tribunal Supremo, en el cuarto considerando, subraya el que la Audiencia ha tenido como auténtico el documento, al decirnos que «la sentencia recurrida admite la efectividad y la realidad del documento de 25 de mayo de 1942 obrante por testimonio traído de otros autos».

Es digno de señalar el esfuerzo que se ha hecho en esta sentencia por mantener la validez de un pacto atípico, que por su frecuencia está necesitado de un profundo estudio doctrinal que resuelva los nada fáciles problemas, no sólo de la forma, sino de su relación con otras instituciones (por ejemplo, con la prohibición del artículo 634). (G. G. C.)

15. PRECONTRATO: NATURALEZA: [Sentencia 31 octubre 1955.] (v. III, 69.)

16. COMPRAVENTA CON CLÁUSULA DE EXCLUSIVA: NATURALEZA: *La cláusula de exclusiva supone una obligación de no hacer, respecto del tipo de prestación objeto del contrato y no priva al contrato al cual se une, de su naturaleza sustancial. Las prestaciones sucesivas, objeto de la venta con exclusiva, no dan lugar a cumplimiento fraccionado o parcial de una prestación compleja única, sino que cada una de ellas es autónoma y sustantiva.*

CLÁUSULA DE EXCLUSIVA: EFICACIA: TERCEROS: *La despliega sólo en las relaciones existentes entre las partes que lo contraen y no puede ser extendida a terceros, a quienes no haya sido manifiesto.* [Sentencia 29 octubre 1955.]

La doctrina sustancialmente contenida en la Sentencia citada puede resumirse en los siguientes párrafos:

1.° La cláusula de exclusiva puede agregarse a diversos contratos, e incluso puede existir de modo autónomo, y supone una obligación de *no hacer* respecto del tipo de prestación objeto del contrato, bien obligación de no realizar en favor de otros una prestación semejante, lo que se refleja en un mayor valor de la prestación para el acreedor, o bien obligación de no recibir de otros una prestación semejante, que se refleja a favor del deudor en un mayor valor de su actividad, o bien ambas obligaciones, dentro de límite de tiempo y, frecuentemente, también de espacio, pero sin que la duración determinada o la zona sean elementos esenciales. (Considerando segundo.)

2.° La cláusula de exclusiva no priva, al contrato al cual se une, de la naturaleza, que deriva de la estructura sustancial y del fin jurídico económico de la relación que tiene carácter preeminente, si bien modifica a veces sustancialmente sus elementos, siendo necesario, para que pueda hablarse de contrato mixto, que al pacto de exclusiva se agregue otro que represente una obligación autónoma, asumida con ocasión del contrato principal, como cuando en el contrato de venta con exclusiva, el comprador se obliga a desenvolver una particular actividad para la difusión de la mercancía, que es objeto del contrato de compraventa, dándose en tal supuesto una relación mixta de venta y arrendamiento de servicios, a la cual puede unirse también una donación remuneratoria, cuando, como sucede con frecuencia, el vendedor promete un premio en cuanto se supere un mínimo de venta. (Considerando 3.°)

3.° En el contrato de venta con exclusiva la relación principal consiste en la obligación que asume el vendedor de transferir, a instancia del comprador, la propiedad de ciertas mercancías, no determinadas en la cantidad, pero determinables, por un precio dado, que puede ser variable, con la obligación asimismo de no remitirla a otros adquirentes, revendedores de la misma mercancía, en la zona reservada al comprador con exclusiva, mientras el comprador puede asumir por su parte, cuando se trate de exclusiva bilateral, la obligación de no comprar de otros aquella mercancía, para vender en una determinada zona y por un determinado tiempo, pacto anexo de exclusiva que no contrasta con el régimen contractual de la compraventa, por virtud del cual el comprador, una vez propietario exclusivo de la cosa comprada, puede disponer de ella como le plazca, tratándose solamente de limitaciones obligatorias, que se unen al contrato de compraventa

y que se establecen para asegurar al comprador determinadas ventajas, por ejemplo, el acaparamiento de la mercancía en la zona determinada y al cual corresponde la limitación del comercio del vendedor que le obliga a vender en aquella zona sólo a aquél determinado cliente. (Considerando 4.º)

4.º En la venta con exclusiva, las singulares prestaciones repetidas no aparecen como cumplimiento fraccionado, a tracto sucesivo o generalmente parcial, de una prestación compleja única que se haya establecido en el contrato fundamental, sino que, por el contrario, cada una de dichas prestaciones es, respecto a toda otra que haya intervenido o intervenga durante la vida de la relación, autónoma, «per se stante», conservando el contrato fundamental, después de cada una de dichas prestaciones, por todo el tiempo de su duración o vigencia, la misma riqueza de contenido que tenía al principio, surgiendo sin embargo dichas prestaciones homogéneas o heterogéneas de un modo particular y tomando una determinada dirección personal, no en virtud de circunstancias contingentes y ocasionales, sino en cuanto *cada una de ellas y todas en conjunto constituyen el desenvolvimiento y la ejecución de precisas obligaciones jurídicas, surgidas entre las partes con el contrato fundamental en el que se dispone no sólo sobre el «sí», sino también sobre el «cómo» de las sucesivas prestaciones, siendo la causa del contrato, más que la venta, la repetición de las prestaciones de venta.* (Considerando 5.º)

5.º A las obligaciones negativas, típicas y esenciales, pueden añadirse otras, que, sin embargo, no cambian la naturaleza del contrato, como son, respecto del vendedor la obligación de que los terceros adquirentes suyos no vendan en la zona reservada al comprador, y por parte del comprador la obligación de comprar un mínimo de mercancías y la obligación, tan poco esencial, pero que ha llegado a ser bastante frecuente en la práctica, de no vender en la zona establecida otras mercancías que aquellas del vendedor, obligación que no puede confundirse ni con la esencial de la exclusiva de adquirir mercancías semejantes de terceros, ni con aquella de adquirir toda la producción. (Considerando 6.º)

6.º El pacto de exclusiva despliega su eficacia sólo en las relaciones de los contratantes, no pudiendo ser opuesto a los terceros, respecto de los cuales son válidas las ventas concluidas violando el pacto, correspondiendo indudablemente al comprador una acción de indemnización de daños y perjuicios *contra el vendedor*, si éste vendiendo a otros *ha descuidado dar a conocer la prohibición*—consiguiente a la precedente venta con exclusiva—de revender las mercancías en determinada zona, o *contra el tercer adquirente que, a pesar de que le ha sido manifestada la prohibición, ha revendido las mercancías en la zona reservada al primer comprador*, no pudiendo estimarse que el vendedor, que ha cumplido su obligación de comunicar a los sucesivos adquirentes el pacto de exclusiva contenido en una venta precedente, asuma la responsabilidad de la violación de la prohibición por el tercero, puesto que ha hecho cuanto podía. (Considerando 7.º)

OBSERVACIONES: La sentencia que anotamos se ha planteado y ha resuelto con escrupuloso rigor técnico el problema de los contratos o pactos de exclusiva, de tan frecuente aplicación en el tráfico jurídico moderno.

Los principales puntos de la sentencia son los siguientes:

a) Concepto del pacto de exclusiva. Lo define la sentencia, con gran precisión terminológica, como aquel pacto por virtud del cual se contrae la obligación bien de no recibir de terceros una determinada prestación, bien de no realizarla en favor de terceros, bien ambas obligaciones recíprocamente. Se carga de esta manera el acento sobre la idea de prestación—no recibir una prestación; no efectuar una prestación—, siguiendo las directrices del Derecho moderno, cristalizado, por ejemplo, en el Código civil italiano (arts. 1.567 y 1.568), según el cual, si en el contrato se pacta la cláusula de exclusiva a favor del suministrante, la otra parte no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni, salvo pacto en contrario, proceder con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto del contrato, y si la cláusula de exclusiva se pacta en favor del que tiene derecho al suministro, la otra parte no puede, en la zona para la cual se concede la exclusiva y durante la vigencia del contrato, directa ni indirectamente, realizar prestaciones de la misma naturaleza de las que constituyen el objeto del contrato.

La esencia del contrato de exclusiva se halla, pues, en no realizar o en no recibir determinadas prestaciones. Ahora bien, comoquiera que toda prestación es, en definitiva, el objeto de un contrato, resulta que el pacto de exclusiva a lo que propende en realidad es a impedir la celebración de determinados contratos. Podría concluirse diciendo que el pacto de exclusiva encierra siempre una obligación de no contratar; pero entre la obligación de no contratar y la obligación de no realizar o de no recibir determinadas prestaciones, a que la sentencia se refiere, parece que hay alguna diferencia: la misma que entre celebrar un contrato y ejecutarlo o cumplirlo. La cláusula de exclusiva, según esto, no supondría la prohibición de celebrar contratos, sino la prohibición de darles cumplimiento en una zona y en un tiempo determinados.

b) Clases de pactos de exclusiva. Distingue, también con gran precisión, la sentencia los pactos de exclusiva de tipo unilateral—sólo una de las partes adquiere la obligación de no efectuar o la de no recibir una determinada prestación—, y los pactos de carácter bilateral—ambas partes adquieren recíprocamente la obligación de no recibir y de no efectuar—, así como los pactos de exclusiva independientes o autónomos, de los que nacen agregados a un contrato y subordinados a él (cláusulas de exclusiva).

c) Límites espaciales y temporales. Se refiere igualmente a la posibilidad que las obligaciones antes mencionadas se limiten a un determinado territorio—zona—y a un determinado tiempo. Tales límites no son, sin embargo, esenciales al pacto, sino libremente establecidos por las partes en el ejercicio de su autonomía contractual.

d) Pacto de exclusiva y negocio principal. La relación existente entre ambos ocupa también la atención de la sentencia. Se afirma en primer lugar su conexión y dependencia. El contrato, al cual se une la cláusula, tiene «carácter preeminente»; la cláusula, en consecuencia, tendrá carácter subordinado. En segundo lugar se dice que la inserción de la cláusula de exclusiva no hace perder al contrato principal su esencial naturaleza, ni lo convierte en un contrato mixto como unidad constituida con elementos de diversos tipos contractuales, al mismo tiempo que parece configurar al contrato con cláusulas de exclusiva como yuxtaposición de dos pactos distintos aunque en relación de dependencia.

e) Contenido del pacto de exclusiva. Es una obligación de no hacer, como categóricamente se firma en el considerando segundo. La obligación de no hacer supone la necesidad de la prestación de una conducta de omisión. La prestación de no hacer es, por ello, una prestación continuada. De aquí que no se llegue a saber con certeza qué es lo que ha querido decir la sentencia al hablar de las «singulares prestaciones repetidas» que «no aparecen como cumplimiento fraccionado» o parcial de una prestación compleja única, sino que tienen entre sí carácter autónomo. Las «singulares prestaciones repetidas» no pueden referirse a la obligación que contiene el pacto de exclusiva, cuyo objeto es una prestación de no hacer que, por su naturaleza, ha de tener carácter continuado o, mejor, continuo.

«Las «singulares prestaciones repetidas» deben entenderse referidas al contrato principal, para no enturbiar la idea esencial de que el contenido del pacto de excusiva es una obligación de no hacer. Así parece deducirse del propio considerando—el quinto—donde se hace referencia a aquella expresión, puesto que al final menciona «la repetición de las prestaciones de venta», lo cual, aunque no sea terminológicamente correcto, arroja alguna luz sobre lo que con anterioridad habría querido decir.

f) Obligaciones accesorias. Como obligaciones accesorias que pueden unirse a las típicas y esenciales de la venta con exclusiva, menciona la sentencia:

1.° La obligación del vendedor de que los terceros, que adquieran de él mercancías de la misma especie, no las vendan a su vez en la zona reservada en exclusiva al comprador. Esta obligación no puede confundirse con la esencial a la exclusiva de no vender, en la zona reservada, más que al comprador, puesto que la exclusiva por sí sola no impide que pueda venderse a terceros, fuera de aquella zona, ni que estos terceros, que compraron fuera de la zona, vendan a su vez dentro de ella. Ahora bien, el vendedor que se obliga a que los terceros, que contraten con él, no revendan dentro de la zona, ¿cómo da cumplimiento a su obligación? La sentencia, en su considerando séptimo, parece dar a entender que basta con que «ponga en conocimiento» de los terceros la existencia de la prohibición que dimana del pacto precedente, lo cual es, a nuestro juicio, inexacto, pues al tercero no le basta conocer dicho pacto para no poder revender en la zona de que se trate. Es preciso algo más. Es preciso que se lo imponga como condición y que, caso de no aceptarlo su contrario, no contrate con él. Sólo de esta manera habrá cumplido la obligación que ahora analizamos.

2.° Las obligaciones del comprador de adquirir una cantidad mínima de mercancía o toda la producción.

3.° La obligación del comprador de no vender, en la zona reservada, otras mercancías que las del vendedor; obligación que no puede confundirse con la consustancial a la exclusiva que era, como se recordará, no comprar la mercancía más que al vendedor, lo cual es, desde luego, distinto de vender sólo la suya.

g) Eficacia del pacto del exclusiva. Desarrolla la sentencia este tema en tres puntos esenciales:

1.° El pacto de excusiva despliega sus efectos solamente entre las partes que lo contraen, sin que pueda vincular ni ser opuesto a terceras personas.

2.° El pacto de excusiva da derecho a cada una de las partes de exigir indemnización de daños frente a la que vio la obligaciones contenidas en dicho pacto.

3.° Si se agrega, en beneficio del comprador en excusiva, la obligación del vendedor de que los terceros que adquirieran en lo sucesivo la mercancía de él no pueden venderla en la zona reservada, en caso de incumplimiento por parte del vendedor, goza el comprador de la misma acción de indemnización antes citada; si el incumplimiento es obra del tercero, por vender la mercancía en la zona reservada, puede el comprador en exclusiva dirigirse contra él en reclamación de la misma indemnización. El hecho es, a primera vista, un tanto extraño. Hay dos contratos distintos: el primero, con cláusula de excusiva, se celebra entre un vendedor y un comprador; el segundo se celebra entre el mismo vendedor y un comprador distinto, a quien se le impone la obligación de no vender en la zona reservada. ¿Cómo las consecuencias del incumplimiento de este segundo contrato pueden ser exigidas por quien sólo fué parte en el primero? La sentencia no lo explica. Pero lo admite. Sólo un camino es posible para hacerlo viable: que la estipulación celebrada entre el vendedor y el segundo comprador, prohibiendo a éste vender en la zona reservada, sea una estipulación en favor de tercero del primer comprador con exclusiva. (L. D. P.)

17. **RETRACTO DE COMUNEROS Y COLINDANTES: INTERRUPCIÓN DEL PLAZO PARA RETRAER: CONSIGNACIÓN:** *Se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, y por eso no admite la interrupción. Si bien algunas sentencias declararon que podía tenerse por ejercitada la acción de retracto mediante un acto de conciliación sin avenencia, la propia doctrina creadora de esta tesis extensiva, ha señalado las condiciones de ese ejercicio excepcional. La falta de consignación en el momento de personarse en el acto de conciliación, puede subsanarse si se hace en el plazo de nueve días dentro del cual ha de ejercitarse la acción de retracto. [Sentencia 25 noviembre 1955.]*

17 bis. **RETRACTO DE COLINDANTES: PLAZO:** *El plazo de nueve días que señala el artículo 1.524 del C. c. se empieza a contar, a falta de inscripción, desde el momento en que el retrayente tiene conocimiento completo de la venta. [Sentencia 21 octubre 1955.]*

18. **ARRENDAMIENTO FINCAS RÚSTICAS SOMETIDO AL CÓDIGO CIVIL: UNIDAD DE CONTRATO:** *Si la voluntad de las partes está claramente expresada, no es obstáculo a la calificación como contrato único el hecho de enumerarse en párrafos separados las fincas de trigo o regadío, las de centeno y la viña, expresándose para cada grupo sus características, precio y forma de pagarlo.*

ARRENDAMIENTO FINCAS RÚSTICAS SOMETIDO AL CÓDIGO CIVIL: CICLO DE CULTIVO: EXPLOTACIÓN ALTERNA: *Para que se hubiere infringido el artículo 1.577 C. c., se habría precisado que la sentencia recurrida decretara el desahucio estando aún corriendo la explotación de un año agrícola y pendiente de la recolección sus frutos, pero en el caso debatido la explotación es alterna y el requerimiento se verificó una vez terminado el ciclo de cultivo estando las tierras descansando. [Sentencia 30 noviembre 1955; no ha lugar.]*

19. **ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: ESTIPULACIONES ACCESORIAS:** *No se convierte en arrendamiento complejo o atípico el arrendamiento de industria de espectáculos en que se incluyen ciertas obligaciones para la arrendataria con derechos correlativos para los arrendadores (nombramiento de conserje, abono de impuestos y de reparaciones..., etc.).*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DAÑOS Y PERJUICIOS: *No ha lugar a la indemnización de daños y perjuicios por el ejercicio del derecho a la prórroga forzosa.*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DISPOSICIONES TRANSITORIAS: *Las disposiciones transitorias 14 y 14 bis, no se aplican a los arrendamientos de industria de espectáculos. [Sentencia 8 octubre 1955; Desestimatoria.]*

20. **ARRENDAMIENTO COMPLEJO: UNIDAD DE CONTRATO CON VARIEDAD DE ELEMENTOS OBJETIVOS SUJETOS A NORMAS LEGALES DISTINTAS: LEGISLACIÓN APLICABLE:** *Siendo voluntad de los contratantes crear un solo vínculo contractual al cual quedarán sometidos, incluso por el término de duración convenida, dos contratos de arrendamiento celebrados en diferente fecha, uno de industria y otro de local de negocio, es preciso mantener la integridad del contrato aplicando la ley que corresponda al objeto contractual preponderante.*

ARRENDAMIENTO COMPLEJO: ELEMENTO PREPONDERANTE: *Para decidir cuál sea el elemento objetivo preponderante, hay que remitirse a los elementos*

que han sido objeto de arrendamiento, esto es, al piso principal con la industria de café, por un lado, y al piso primero como local desnudo o vacío, por otro, y comparándolos se advierte que el piso principal con su industria es de mayor volumen económico, de renta más elevada y de mayor valor comercial y capacidad. [Sentencia 21 Junio 1955.]

COMENTARIO: En principio parece impecable la doctrina de esta sentencia que repite la contenida en la de 21 noviembre 1952 y en la de 9 febrero 1954. No estará de más, sin embargo, tener en cuenta la «máxima cautela» que aconseja la de 10 junio 1953 «para evitar el peligro que, por viciosas y mal meditadas interpretaciones, se llegue a desvirtuar la elevada finalidad social que la ley especial persigue». En efecto, quien arrienda una industria en el mismo edificio en que tenía alquilada o va alquilar su propia vivienda independiente, y por comodidad suscribe un solo contrato, se ve expuesto a que, aplicando los criterios de la sentencia que comentamos (renta, valor comercial y económico, capacidad o extensión superficial), se le desaloje de la segunda al extinguirse el arrendamiento de la primera por cualquiera de las causas que establece la legislación común, con notorio desvío del espíritu de LAU. Tanto en la presente sentencia como en las dos primeras citadas, se trataba de un arrendamiento de local de negocio que concurría con otro sometido al C. c.; no cabe duda que cuando la concurrencia se produzca respecto de uno de vivienda los criterios para determinar el elemento preponderante, deben sufrir alguna modificación. (G. G. C.)

21. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: SUPUESTOS: Tiene lugar cuando lo que se cede en arriendo es un conjunto de elementos debidamente organizado y apto para obtener inmediatamente un producto económico, aunque se halle inactivo y pendiente de que el arrendatario lo ponga en marcha con medios que se le entreguen.

PRUEBA DOCUMENTAL: Es inadmisibles la designación del propio contrato de arrendamiento, cuya interpretación y aplicación al caso ha sido objeto de debate, como documento auténtico, para acreditar el error de hecho en la apreciación de la prueba, porque la razón e interpretación de un documento objeto de la discusión litigiosa no pueden ser averadas por el documento mismo.

DOCUMENTO AUTÉNTICO: No tienen carácter auténtico las licencias municipales de apertura de establecimientos, ni los oficios de la Administración de Rentas de la Delegación de Hacienda ni tampoco el testimonio de simples diligencias del sumario instruido con motivo del hecho de autos y terminado por sobreseimiento provisional.

VIOLACIÓN DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: La violación e interpretación errónea de las disposiciones reguladoras de la organización y reglamentadoras del Consorcio de la Panadería de Madrid, no pueden fundar un recurso de casación por tratarse de leyes administrativas. [Sentencia 29 septiembre 1955; no ha lugar.]

23. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: Se trata de un arrendamiento de industria si el objeto del contrato fué, no sólo el local y unas máquinas, sino el conjunto como un todo organizado, integrante de una unidad patrimonial.

nial» definida por el fin industrial perseguido, en actividad y en plena realización [Sentencia 25 noviembre 1955; desestimatoria.]

24. ARRENDAMIENTO URBANO: CASINO: *Estos arrendamientos no pueden ser equiparados a los de viviendas interpretando erróneamente el artículo 8. de la LAU.*

FIN LUCRATIVO: *El lucro no se concreta a la obtención de ganancias, sino que se extiende a la disminución de las pérdidas y comprende todo aumento patrimonial que lo mismo se produce con el de ingresos que con la reducción o ahorro de gastos.* [Sentencia 5 noviembre 1955; no ha lugar.]

Considerando 2.º: «Considerando que las entidades que tienen por objeto proporcionar a sus socios, con exclusión de los que, por no serlo, son extraños a ella, un centro de reunión y de recreo, en que para el espiritual entretenimiento dispongan de una reducida habitación cual el Casino Carcagentino si bien no tienen por definición ni por esencia jurídica un fin exclusivo de lucro, como lo tienen las sociedades civiles y las mercantiles, tampoco puede afirmarse que no persigan un fin de lucro como no lo pretenden las benéficas y las asociaciones piadosas, que, con aportaciones de bienes o de actividades personales gratuitas, no onerosas, de las individualidades que las integran, atienden gratuitamente a las necesidades de terceros extraños a la colectividad que nada exige a los beneficiados, o a las del cultivo de una idealidad o espiritualidad extraeconómica, fin que cumplen altruista, generosa, desinteresada, benéfica, piadosa o caritativamente mediante actos gratuitos, ninguno de los cuales es, conmutativo u oneroso, espíritu que falta en aquellos que egoístamente presten sus servicios a sus propios miembros, a sí mismos, a los que las integran con expresa eliminación de los extraños a quienes radical y constitucionalmente no se les permite utilizarlos y sirven a sus socios onerosamente en el doble aspecto de pago por éstos de una cuota de entrada y de las periódicas, mientras lo sean, para adquirir y conservar la calidad de tales y de abono siquiera inferior a su precio en el mercado libre de los servicios que exceden del uso en común de las cosas propias de la colectividad mediante los expresados actos tan conmutativos o de lucro, como los de los individuos que la forman, quienes realizan las mencionadas contraprestaciones en consideración y compensación a los beneficios que reciben y pueden exigir de orden puramente económico, para lucrarse con la menor retribución que la que tendrían que abonar para obtener las comodidades y los servicios que le rinde el Casino carcagentino en locales de negocio en los que al público en general se las ofrecían empresas comerciales y como no pueda afirmarse que esto no persiga fin de lucro, cuando ninguno de sus actos es jurídicamente gratuito, sino que todos son claramente onerosos, como lo son económicamente, ya que el lucro no se concreta a la obtención de ganancias, sino que se extiende a la disminución de las pérdidas y comprende todo aumento patrimonial que lo mismo se produce con el de ingresos que con la reducción o ahorro de gastos, ha de procurarse que la interpretación del artículo 8.º de la LAU denunciada como errónea es correcta atendida su literalidad y el espíritu que éste proclama en perfecta concordancia con el sistema de la Ley que pone a las necesidades históricas que exigieron su promulgación, pues la

mens legis que descubre así como la *mens legislatoris* reiterada en las sucesivas y ulteriores disposiciones autorizantes de incrementos de la renta que tasa, para atenuar la limitación de renta de la propiedad arrendada, no permite que con injustificado sacrificio de ésta se extienda al arrendamiento de locales que por sí no son viviendas en beneficio del menor porcentaje de aumento fijado para ellas, en las que se cumple un fin vital y no se persigue ningún lucro al de las que por no ser destinadas a morada o habitación de una familia o persona equipara a tales efectos y por excepción en atención a que la arrendataria es una colectividad que constitucionalmente no persigue ningún lucro y consagra su actividad a servir intereses generales no económicos o patrimoniales, ni estrictamente particulares ni privados y no adoleciendo la sentencia recurrida del vicio de que la acusa el primer motivo del recurso, debe ser desestimado.»

25. ARRENDAMIENTO URBANO DE ALMACÉN: EJERCICIO DEL COMERCIO: *El hecho de verificarse en un almacén actividad de comercio no basta para hacerle perder su carácter de tal y su asimilación a la vivienda, pues para ello sería preciso que se dieran todos los requisitos con que el artículo 1.º de la Ley delimita al local de negocio.*

PRESCRIPCIÓN: *No existe impedimento legal ninguno para aplicar la prescripción del artículo 36 a los locales enumerados en el artículo 10 y considerados por éste como viviendas, pues, asimilados a éstas, tienen que serlo a todos los efectos reconocidos por la ley a ellas. [Sentencia 29 octubre 1955; no ha lugar.]*

26. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: TRANSFORMACIÓN: *El ejercicio de una profesión de carácter científico, como es la de odontólogo, no constituye ninguna industria o comercio, y por ello la instalación de un laboratorio de prótesis dental en un cuarto arrendado para vivienda no supone alteración del carácter legal de tal, ni constituye transformación suficiente para ser causa de resolución de contrato de arrendamiento. [Sentencia 29 noviembre 1955; no ha lugar.] (En el mismo sentido la sentencia de 10 de noviembre de 1953.)*

27. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL PARA ESPECTÁCULOS SOMETIDO A LAU: RETROACTIVIDAD DE LA LEY ESPECIAL: *La disposición transitoria primera de LAU dispone la aplicación retroactiva de ésta a los contratos en curso de consumación a su entrada en vigor.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL PARA ESPECTÁCULOS SOMETIDO A LAU: SUBARRIENDO: DEPENDENCIA DEL ARRENDAMIENTO: *No puede subsistir el subarriendo, extinguido el arrendamiento. [Sentencia 24 octubre 1955; desestimatoria.]*

28. ARRENDAMIENTOS URBANOS: VIVIENDA: REVISIÓN DE RENTA: *Es aplicable el plazo general de prescripción de las acciones personales (art. 1.964 C. c.) y no el del artículo 130 LAU, a la acción revisoria de renta del artículo 123 LAU ejercitada por el segundo arrendatario en edificios construidos y ocupados, por primera vez, después de 1.º de enero de 1942. [Sentencia 16 junio 1955; ha lugar.]*

29. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL SOMETIDO A LAU: SUBARRIENDO NO

CONSENTIDO: *Lo que la ley prohíbe es toda transmisión posesoria, sin distinguir si es total, parcial o compartida sobre el mismo espacio y sin que obste la gratuidad u onerosidad.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL SOMETIDO A L. A. U.: SUBARRIENDO OTORGADO POR ADMINISTRADOR AUTORIZADO: *El subarriendo no consentido otorgado por administrador autorizado por el arrendatario constituye causa de desahucio.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL SOMETIDO A L. A. U.: PRUEBA DEL SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: *Siendo ordinariamente el subarriendo acto clandestino, no es justo exigir prueba cabal y completa, sino que basta la existencia de signos indicadores que revelen el negocio prohibido.*

CONTRATO DE MANDATO: EXTENSIÓN: ACTOS DE ADMINISTRACIÓN: *Si no consta el negocio para el que se confiere el mandato, se ha de entender que comprende todos los actos de administración, entre los que figura el arrendamiento y el subarriendo. [Sentencia 19 octubre 1955; estimatoria.]*

30. ARRENDAMIENTOS URBANOS: VIVIENDA: OFICINA: SUBARRIENDO NO AUTORIZADO: *Pese a la asimilación del artículo 10 LAU, entre «vivienda» y «oficina», no hay semejanza total de ambos tipos de arrendamiento, y por ello, si el inquilino fué autorizado para subarrendar la vivienda para el mismo destino, no cabe extender tal autorización al subarriendo para escritorio u oficina, y al hacerlo así, sin el consentimiento del arrendador, procede la resolución del contrato.*

RETROACTIVIDAD: *Si el subarriendo tuvo lugar vigente ya la nueva ley, no le alcanza la irretroactividad que respecto al cap. XI (causas de resolución), establece ésta. [Sentencia 11 octubre 1955; no ha lugar.]*

31. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS NO AUTORIZADAS: *Si se llevaron a cabo obras distintas de las que tácitamente autorizó el arrendador y que producían flaqueamiento del edificio, procede resolver el contrato por la causa quinta del artículo 149 LAU.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *Si el recurrente no sólo toleró la no práctica de las diligencias de prueba, sino que ratificó con su presencia y asentimiento esta omisión, su conducta convalida todo vicio en el procedimiento. [Sentencia 11 octubre 1955; no ha lugar.]*

32. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: OBRAS INCONSENTIDAS: *La apertura de un hueco o ventana, cualesquiera que sean sus dimensiones, varía el estado y forma del edificio, desde el momento en que quiebra la línea del muro sobre el que se ha operado, siendo, por tanto, causa suficiente para la resolución del contrato de arrendamiento, cuando se haga por el inquilino sin el consentimiento del propietario.*

«IURA NOVI CURIA»: *El juzgador goza de plena autonomía en la aplicación del Derecho, pudiendo fundar la sentencia, tanto en los preceptos invocados por las partes como en los no consignados siempre que se refieran a las cuestiones debatidas. [Sentencia 26 octubre 1955; no ha lugar.]*

33. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REPARACIONES QUE PUEDE REALIZAR EL ARRENDATARIO: (Véase Sentencia 24 octubre 1955, v. II, 4.)

34. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR PELIGROSIDAD: *La notoriedad que la causa séptima del artículo 149 LAU exige para la inmoralidad, no es extensiva a la peligrosidad, pues ésta tiene un carácter técnico que puede darse sin que se exteriorice públicamente.*

CARGA DE PRUEBA: *Corresponde al inquilino o arrendatario demostrar que el negocio, profesión u oficio por él ejercido no es inmoral, peligroso, insalubre o notoriamente incómodo, cuando se le demanda al amparo de la causa sexta, letra e), del artículo 149 LAU. [Sentencia 30 octubre 1955; no ha lugar.]*

35. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: VALOR DE EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO SOBRE DECLARACIÓN DE RUINA: *El expediente administrativo declarativo de ruina constituye el hecho base o presupuesto necesario y determinante del proceso judicial.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: DESAHUCIO: RUINA INCIPIENTE: *Todo estado o grado de ruina se halla comprendido en el número 9 del artículo 149 LAU.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: OBRAS NO AUTORIZADAS: *Hacer una sola pieza donde antes eran dos supone cambio en la configuración del local y constituye causa de desahucio. [Sentencia 11 octubre 1955; desestimatoria.]*

36. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: DESAHUCIO POR SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL NEGOCIO: *La suspensión en el ejercicio del negocio establecido en el local arrendado no debe confundirse ni con la cesación definitiva ni con la variación del destino contractual del local. [Sentencia 26 octubre 1955; desestimatoria.]*

37. ARRENDAMIENTO URBANO LOCAL NEGOCIO: USUFRUCTUARIO ARRENDADOR: *Los términos generales del artículo 480 C. c. no autorizan a sostener que sus disposiciones sólo son aplicables a los usufructos voluntarios. [Sentencia 6 diciembre 1955; no ha lugar.]*

38. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA SOMETIDO A LAU: NECESIDAD: CRITERIOS DE PREFERENCIA: *Los criterios de selección del párrafo primero del artículo 79 LAU son preferentes al criterio de antigüedad que establece su párrafo segundo el cual sólo tiene aplicación supletoria para caso de igualdad. [Sentencia 18 noviembre 1955; desestimatoria.]*

39. ARRENDAMIENTO URBANO LOCAL DE NEGOCIO: NECESIDAD PROPIETARIO: *Incumple los requisitos del artículo 90 LAU el Ayuntamiento propietario que se limita a notificar al arrendatario el acuerdo de la Junta Municipal de Primera Enseñanza certificando la necesidad de recobrar el inmueble porque dicha comunicación, al no constar el resguardo de su diligenciado, no tiene carácter fehaciente ni hace constar el ofrecimiento de cantidad cierta, ni su aceptación, así como tampoco la intervención y decisión de la Junta de Estimación. [Sentencia 5 noviembre 1955; no ha lugar.]*

40. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA SOMETIDO A LAU: NECESIDAD: DEBER DE RESIDIR DEL EXTRANJERO Y DEL QUE EJERCE LA ABOGACÍA: *El extranjero, no*

diplomático, no puede alegar deber de residir en una población, pues su permanencia en España está supeditada a la tolerancia de la autoridad gubernativa, ni tampoco el que, inscrito en un Colegio, ejerce la abogacía. [Sentencia 19 octubre 1955; desestimatoria.]

41. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: SOCIEDAD CIVIL ARRENDATARIA: PERSONALIDAD: Aunque la sociedad arrendataria tuviera una finalidad mercantil y no se otorgara escritura pública ni se inscribiera en el Registro, no por ello perdía la consideración de Sociedad civil, con personalidad suficiente en orden a la validez del arrendamiento. [Sentencia 14 noviembre 1955; estimatoria.]

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: ELEVACIÓN DE RENTA: No es aplicable el artículo 131 LAU cuando la negativa del arrendatario se limita a las cantidades anteriores a la notificación y no a la elevación propiamente dicha. [Sentencia 31 octubre 1955; no ha lugar.]

43. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: ELEVACIÓN DE RENTA: Tratándose de una sola finca, un solo contrato y una renta global, no cabe aunque el arrendatario tenga en el local de negocio su vivienda, conforme autoriza el artículo 9.º LAU, limitar la elevación a la planta dedicada específicamente a local de negocio.

RENUNCIA: En los arriendos anteriores a la vigencia de la LAU, no pueden estimarse renunciados los incrementos de la renta que ésta establece por tratarse de beneficios inexistentes al tiempo de celebrarse el contrato.

NOTIFICACIÓN: Se cumple la notificación establecida por el artículo 129 LAU si en el acto de conciliación promovido a tal fin se puntualizó la causa del incremento y la cantidad y se citaron las disposiciones legales que lo autorizaban.

RESOLUCIÓN: Si el arrendatario explícita y reiteradamente manifestó su negativa a aceptar la elevación, no es preciso esperar para promover la demanda a que transcurran los noventa días que concede el artículo 131 LAU [Sentencia 6 mayo 1955; no ha lugar.]

44. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: No procede si no se prueba que el arrendatario haya satisfecho renta alguna después del contrato. [Sentencia 25 noviembre 1955; desestimatoria.]

45. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA SOMETIDO A L. A. U.: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: MODIFICACIÓN OFICIAL DE LA BASE TRIBUTARIA: Resulta innecesaria la declaración del arrendador si la Hacienda, dentro del trimestre, realiza con efecto retroactivo una modificación de la base tributaria que resulta superior a la pactada y que es aceptada por el arrendador, no procediendo entonces la acción reductora [Sentencia 20 octubre 1955; desestimatoria.]

46. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: REDUCCIÓN DE RENTA: RENUNCIA TÁCITA: Después de la vigencia de LAU, el

consentimiento prestado por el arrendatario de un local de negocio al precio del arrendamiento libremente señalado por las partes, implica su renuncia a la reducción de la renta.

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *El recurso no se da contra los considerandos de la sentencia, sino contra su parte dispositiva.* [Sentencia 8 octubre 1955; desestimatoria.]

47. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: CESIÓN O SUBARRIENDO PARCIAL: *La instalación en el local arrendado de una Gestoría administrativa, con la autorización municipal pertinente, siendo alta en la contribución y habiendo colocado rótulos, constituye subarriendo o cesión, que al continuar el arrendatario en el resto del local, es parcial.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: CONVIVENCIA: *No puede darse convivencia en depósitos, almacenes, escritorios u oficinas.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUBROGACIÓN A PARIENTES: *La subrogación a parientes exige notificación al arrendador y no se da en depósitos, almacenes, escritorios u oficinas.* [Sentencia 18 noviembre 1955; desestimatoria.]

48. ARRENDAMIENTOS URBANOS: VIVIENDA: DERECHO DE RETRACTO: CONSIGNACIÓN POSTERIOR A LA DEMANDA: *Es improcedente la consignación del precio de venta por el autor el mismo día en que se contestó la demanda, ya que el momento procesal de consignar, si no se hizo en el acto de conciliación, debe ser el de la interposición de aquélla.*

SOLICITUD DE PRÉSTAMO CONFORME A LA LEY DE 15 DE JULIO DE 1952: *La Ley de 15 de julio de 1952 y el Decreto de 18 de noviembre de 1952 no han derogado los artículos 1.518 del Código civil y 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento, sino tan sólo ampliado el plazo para el ejercicio del derecho de retracto.* [Sentencia 11 octubre 1955.]

49. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACCIÓN DE NULIDAD DE LA VENTA POR PRECIO EXCESIVO: CÓMPUTO DEL PLAZO: *El plazo de sesenta días para el ejercicio de la acción de nulidad establece el artículo 67 de la LAU hace referencia a días naturales.*

NATURALEZA DE ESTE PLAZO. *Se trata de un caso de caducidad y no de prescripción extintiva, y por eso el acto de conciliación celebrado dentro de los sesenta días no interrumpe el plazo para poder ejercitar la acción.* [Sentencia 21 noviembre 1955.]

A. Quizá el aspecto más interesante de esta Sentencia sea el de declarar las diferentes consecuencias que se derivan según que el plazo para el ejercicio de una acción suponga un caso de caducidad o de prescripción extintiva. En efecto, estos dos conceptos no son sinónimos ni cabe confundirlos, ya que si ambos suponen la extinción de la acción, por lo demás se diferencian totalmente. La prescripción admite la interrupción por los actos señalados en el artículo 1.973 del C. c., mientras que la caducidad opera inexorablemente. El plazo que establece el párrafo 2.º del artículo 67 de la LAU es un plazo de caducidad y como tal no admite interrupción alguna en su transcurso ni presenta ninguna analogía con los plazos prescriptivos.

B. La caducidad como causa de anulación tiene, evidentemente, un carácter netamente sustantivo, y de ahí que el cómputo del plazo se haya de sujetar a los preceptos de las leyes sustantivas, concretamente el artículo 7.º del C. c. Por eso el T. S. no acepta la alegación de la recurrente de que deben descontarse los días inhábiles conforme a los artículos 303 a 306 de la L. E. C. y estima que había caducado la acción al ser ejercitada a los setenta y un días naturales (que eran cincuenta y siete hábiles).

50. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: TRASPASO NO CONSENTIDO: *La sustitución en el disfrute del local litigioso de la arrendataria por una Institución religiosa de enseñanza, constituye traspaso, que al ser inconsciente es causa de desahucio.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: PRUEBA DEL TRASPASO: *Es suficiente una prueba indiciaria del traspaso, dada la clandestinidad con que se realizan esta clase de cesiones.* [Sentencia 31 octubre 1955; estimatoria.]

51. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE SOCIO ÚNICO: Sentencia 19 noviembre 1955, (V. D. m., 2.)

52. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: DERECHO DE TANTEO: *Para el debido ejercicio del derecho de tanteo es preciso que se consigne el precio dentro del plazo establecido en el artículo 47 de la LAU, aunque este requisito no haya sido expresamente establecido por la mencionada Ley, ya que la semejanza jurídica existente entre el derecho de tanteo y el de retracto basta para afirmar que no hay razón alguna para el retracto se extija tal requisito y en el tanteo no se extija.*

GESTIONES PREPARATORIAS: *Las gestiones preparatorias del traspaso y encaminadas a su realización no constituyen el traspaso.* [Sentencia 20 octubre 1955.]

53. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: DERECHO DE RETRACTO: FINALIDAD DE LA LEY: *Los derechos de tanteo y retracto han de considerarse aplicables no sólo a los casos en que se venda un solo piso destinado a vivienda o local de negocio, sino también a aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más pisos y realice la venta conjunta de los mismos por un solo precio.*

VENTA CONJUNTA DE DOS LONJAS: *No es posible la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.518 y 1.521 del Código civil, 64 y 67, de LAU, cuando en la escritura de venta no figura el precio de cada lonja por separado y para determinar el precio correspondiente a cada una será preciso recurrir a medios distintos del contrato.* [Sentencia 4 noviembre 1955.]

54. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO ILEGAL: *El artículo 36 LAU está dictado exclusivamente para la cesión de viviendas y no es aplicable a los locales de negocio.* [Sentencia 3 noviembre 1955; ha lugar.]

55. TRASPASO: *La ocupación por una Sociedad Anónima de los locales arrendados a una Sociedad limitada del mismo nombre, por virtud de la*

transmisión que esta Sociedad hiciera a aquélla, constituye acto de traspaso [Sentencia 5 octubre 1955; ha lugar al recurso.]

56. ARRENDAMIENTO LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LA LAU: TRASPASO DE SOCIEDAD DISUELTA A SOCIO: CONSENTIMIENTO TÁCITO. *Producido un cambio de arrendatario al disolverse la sociedad y ser sustituida en el ejercicio del comercio en el local del arrendado por uno de los socios, el hecho de que el arrendador como agente comercial interviniera en notas de pedido de generos, efectuados por el actual arrendatario denota, en todo caso, conocimiento, pero no asentimiento al negocio de sucesión arrendaticia. [Sentencia 21 noviembre 1955.]*

El T. S. rechaza, asimismo, la aplicación analógica del artículo 63 LAU, declarando en el segundo Considerando: «La equiparación del caso de extinción de una sociedad, sea cual fuere su causa, a la muerte de una persona... es materia ya resuelta repetidas veces por esta Sala en sentido negativo por la primordial razón de que no es dable hacer extensivos los casos con toda claridad previstos en la Ley a situaciones no consignadas, máxime si éstas, por su acaecimiento, frecuente en la vida, no es posible suponer que las olvidara al establecer la norma, siendo más lógico suponer que no le preocupara su inclusión, no existiendo tampoco igualdad jurídica entre ambos eventos, pues por la disolución de la sociedad se pone término por acto involuntario a todos los negocios de la entidad, y lleva consigo su finalización, no sólo de las relaciones entre los socios, sino de los vínculos con terceras personas, lo que aplicado al contrato de arrendamiento, el arrendatario lo ha dado por ultimado al cesar como sujeto de derecho mientras que por la muerte todas las relaciones obligacionales, salvo las personales, se consideran subsistentes e integrantes de la herencia... que pasan a los herederos en virtud de la Ley de sucesión...»

57. ARRENDAMIENTOS URBANOS: APORTACIÓN A UNA SOCIEDAD DE LA INDUSTRIA ESTABLECIDA EN EL LOCAL ARRENDADO: *Implica un traspaso del mismo que dará lugar a la resolución del contrato de arrendamiento si carece de los requisitos legales. [Sentencia 19 octubre 1955.]*

El Tribunal Supremo *no da lugar al recurso* y confirma la sentencia de la Audiencia porque «el negocio de venta de bebidas establecido en el local discutido va por naturaleza y objeto ligado al establecimiento, siendo inseparables, pues no se concibe un establecimiento de venta de bebidas sin un local donde desarrolle la actividad, que es el propio negocio en sí, y que junto con los demás elementos materiales de existencias, integra el patrimonio mercantil, y por eso, al adquirir la sociedad V. Ch. S. A. el negocio, tomó posesión y ocupa el lugar de referencia como parte integrante con los demás elementos de la empresa que se le incorporaba..., sin que eso implique la imposibilidad de desintegración en muchos casos del negocio y local donde se encuentra instalado». (Considerando primero.)

58. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO: *La introducción en el local arrendado de una tercera persona individual o jurídica, hecha por el arrendatario, constituye subarriendo o traspaso; y si se hace sin que el arrendador lo haya consentido, como exige para el primero, o sin*

que se hayan cumplido los requisitos establecidos por el capítulo IV de la LAU para la validez del segundo, es suficiente para la resolución del contrato de arrendamiento.

TRASPASO OCULTO: Tratándose de subarriendos o traspasos verificados a espaldas del propietario, no es posible exigir una prueba categórica y directa de dichos contratos. [Sentencia 10 marzo 1955; ha lugar.]

OBSERVACIONES: No se determina en la sentencia ni a lo largo del pleito si la ocupación del local arrendado por una tercera persona lo fué como subarriendo o traspaso, y ello porque acreditada dicha ocupación es indiferente a los efectos resolutorios que fuese una u otra cosa. (Cfr. arts. 149, causas 2.ª y 3.ª LAU.)

59. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO INEFICAZ:** Al no llenarse los requisitos de los apartados b) y f) del artículo 45 (que el adquirente contraiga la obligación de no traspasar en el plazo mínimo de un año, destinando el local a negocio de la misma clase, y que lo notifique al arrendador), es inoperante que el incumplimiento fuese atribuible a la inadvertencia del notario autorizante y que se hayan cumplido a posteriori dichos requisitos, a menos que por actos indubitados del arrendador se evidencie que éste lo convalidó. [Sentencia 28 junio 1955; no ha lugar.]

60. **ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.:** NOTIFICACIÓN DE TRASPASO: El apartado d), art. 45, LAU no dice el lugar en donde se ha de efectuar la notificación, y al no ser acto de naturaleza procesal ni administrativa, no se incurre en vicio al estimar como bien practicada la llevada a efecto en diligencia notarial en sitio y persona, con garantía bastante para hacerla llegar al interesado, aunque sea en lugar diferente del en que aparece empadronado. [Sentencia 5 diciembre 1955; desestimatoria.]

61. **ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CASCO URBANO Y ZONA DE ENSANCHE DE POBLACIÓN: CONCEPTOS:** No se pueden conjundir ambos conceptos, pues el primero es «el recinto que contiene los edificios de una población», mientras que la zona de ensanche es «el terreno destinado a nuevos edificios fuera del casco de una población». [Sentencia 23 diciembre 1955; Sala quinta.]

62. **ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL.** Este tipo de cultivo puede ser compatible con el ejercicio de otras ocupaciones, aunque éstas exijan ausencias del interesado con cierta frecuencia, no siendo tampoco obstáculo al carácter personal y directo del cultivo el empleo de los más modernos medios que la ciencia agronómica recomienda.

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. Todas las disposiciones que limitan en el propietario la libre disposición de cuanto le pertenece han de ser interpretadas en sentido restrictivo. [Sentencia 8 octubre 1955; Sala quinta.]

Considerando: «Que los dos motivos siguientes merecen, en cambio, ser acogidos en razón... 6.ª A que todas las disposiciones que limitan en el propietario la libre disposición de cuanto le pertenece han de ser interpretadas en sentido restrictivo, ya que a pesar de las teorías expuestas sobre el concepto quirritario del dominio y de la indudable función social que a éste corresponde, amplia y generosamente reconocida en nuestra legislación, las cosas siguen clamando por su dueño y el derecho de propiedad constituye

uno de los principios esenciales de todo nuestro ordenamiento jurídico y aun de la civilización a que pertenecemos.» (Considerando 2.º)

63. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: PLAZO: *No es obstáculo para la caducidad de la acción de retracto el que la escritura del contrato de venta no especificase la parte del precio que correspondía al trozo de finca arrendada, ya que ello puede determinarse en la forma establecida por el párrafo octavo del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935.* [Sentencia 19 noviembre 1955; Sala quinta.]

64. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CULTIVO MÁS BENEFICIOSO A LA ECONOMÍA NACIONAL: *El año agrícola a cuyo término debe dejar libre el predio el arrendatario, es el correspondiente a la notificación de la Orden ministerial en que se declara ser más beneficioso el cultivo.*

OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL ARRENDATARIO: *El incumplimiento de su obligación de dejar libre la finca a la terminación del año agrícola le priva de la indemnización correspondiente.*

ACTOS PROPIOS: *Es doctrina reiterada por esta Sala la inaplicabilidad del principio de los actos propios a esta materia social de arrendamientos rústicos inspirada en la supervoluntad estatal predominante a la individual.* [Sentencia 30 noviembre 1955; Sala quinta.]

65. CONTRATO USURARIO: CALIFICACIÓN: *No es necesario para que se declare la nulidad de un contrato por usurario que concurren en él todos los requisitos que expresa la Ley 23 julio 1908, sino que basta que se aprecie la existencia de un interés notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.*

LIBERTAD DE APRECIACIÓN: *Si bien conforme al artículo 2.º de la Ley 1908 los Tribunales formarán libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, facultad que no sólo alcanza al juzgador de instancia, sino incluso en casación, para no convertir ésta en una tercera instancia, siempre deben aceptarse los supuestos y apreciaciones de los hechos fundamentales de la sentencia recurrida.*

CLÁUSULA PENAL: *Es indudable que la cláusula penal puede ser una operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero y, por tanto, quedar sometida a la Ley de Usura.* [Sentencia 5 noviembre 1955.]

66. MANDATO: APODERAMIENTO DE TOREROS: NATURALEZA. *El contrato mencionado es siempre un mandato representativo.*

PLAZO DE DURACIÓN Y REVOCABILIDAD: *La exigencia del plazo contractualmente establecido no impide la facultad del mandante de revocar el poder conferido.*

SERVICIOS: *Las actividades y servicios de carácter técnico que el apoderado puede prestar, fuera de la representación, tienen carácter accidental y secundario. No pueden servir ni para alterar su naturaleza jurídica ni para fundamentar la irrevocabilidad del poder.*

EMANCIPACIÓN DEL MANDANTE: *La emancipación habilita al menor para revocar el contrato de mandato celebrado por su representante legal.*

INTERÉS DEL APODERADO: *La existencia de un interés del apoderado no es*

suficiente para impedir la revocabilidad del poder, sino sólo para exigir una indemnización de perjuicios. [Sentencia 30 abril 1955.]

Los hechos que dieron origen al pleito son los siguientes: 1.° El padre de un torero menor de edad celebró como representante legal del mismo un convenio con el apoderado del mismo, en virtud del cual éste se encargaría de todo lo relativo a la actuación profesional de aquél, percibiendo a cambio el diez por ciento del importe total de los honorarios, estipulándose una determinada duración al contrato. 2.° El torero es emancipado por concesión de su padre. 3.° El torero revoca el apoderamiento conferido. 4.° El apoderado demandó al torero reclamando el diez por ciento de los honorarios de aquél entre la fecha de revocación del poder y la fecha en que hubiera expirado el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió de la demanda al demandado. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y condenó al torero a satisfacer el cinco por ciento de los honorarios devengados entre las fechas antes citadas. Interpuesto por el demandado recurso de casación, el T. S., por las razones que más arriba extractamos, declaró haber lugar al mismo.

OBSERVACIONES: Esta sentencia, que será, con la debida extensión, objeto de la adecuada exégesis en estas mismas páginas, plantea sobre todo un problema clave, cual es el de la calificación del contrato que media entre apoderado y torero: si es un puro mandato representativo (criterio del Supremo) o si la yuxtaposición de actividades o servicios de tipo técnico—elección de ganado, etc.—a las puramente representativas da al contrato, en el cual se inserta el poder, una naturaleza distinta que lo separa del mandato (criterio de la Audiencia), dependiendo, en realidad, de ello la solución de los restantes problemas planteados. (L. D. P.)

68. SOCIEDAD: NATURALEZA. *La esencia de la sociedad está en la constitución de una entidad independiente de las personas de los contratantes.*

MANDATO: FACULTADES DEL MANDANTE. *El mandante carece de acción para dirigirse contra terceras personas vinculadas al mandatario, en virtud de una relación de gestión independiente del contrato de mandato. [Sentencia 11 octubre 1955.]*

OBSERVACIONES: La afirmación de que la esencia del contrato de sociedad está en la constitución de una «entidad independiente» de las personas de los socios no puede mantenerse de manera general, aunque otra cosa pueda deducirse de la sentencia. La constitución de una persona jurídica—«entidad independiente»—no sólo no es esencial al contrato de sociedad; que es simplemente la puesta en común de bienes, dinero o industria para partir la ganancias (art. 1.665 del C. c.), sino que es algo completamente accidental y yuxtapuesto al contrato (vid. sobre ello Castro: *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, en este ANUARIO, II, 4, 1949, págs. 1397 y ss.. Cossío: *Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica*, en ANUARIO, VII, 3, 1954, págs. 624 y ss.) (L. D. P.)

69. SOCIEDAD Y ASOCIACIÓN: VALIDEZ: *El contrato celebrado por los fabricantes de determinada mercancía, con el fin de compensar recíprocamente las diferencias que entre ellos pudieran producir las concesiones de cupos de materias primas es un contrato válido y perfecto, con objeto y causa lícita.*

CONTRATOS: FORMA: ESCRITURA PÚBLICA: *Cuando ni la ley, ni la voluntad*

de los contratantes expresamente lo dispongan, no es requisito de la perfección del contrato.

PRECONTRATO: NATURALEZA: EFECTOS Es un acuerdo para celebrar un contrato futuro, de cuyo incumplimiento sólo se deriva el efecto de resarcir los perjuicios, porque su objeto recae sobre el consentimiento que es un acto personalísimo.

CONTRATOS: CAUSA Y MOTIVOS: DISTINCIÓN: La causa es para cada parte la prestación o promesa de servicio de la otra parte; los motivos son el fin subjetivo que pudo decidir la voluntad de los contratantes. Los motivos subjetivos de las partes no son la causa, en sentido legal, de los contratos ni requisito esencial del mismo, y carecen de trascendencia cuando no se incorporan a él.

CONTRATOS: CAUSA ILÍCITA: Es una cualidad objetiva, inherente a la prestación que se exige u ofrece.

SOCIEDAD: EXCLUSIÓN DE UN SOCIO POR ACUERDO DE LA MAYORÍA: Es posible siempre que las partes han pactado someterse al acuerdo de la mayoría. [Sentencia 31 octubre 1955.]

OBSERVACIONES: Sobre el problema de la causa y los motivos se reitera la doctrina de las Sentencias de 2 de abril 1941, 12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1950. Sobre el problema del precontrato se inspira en la más pura tesis tradicional, que es, por ejemplo, la de la Sentencia de 9 de julio de 1940, sin hacer mención de la tesis, más acorde con las orientaciones modernas, que había mantenido la Sentencia de 1 de julio de 1950.

70. **SOCIEDAD CIVIL: PACTOS OCULTOS:** Si bien el artículo 1.669, párrafo segundo, establece que las sociedades ocultas se rigen por las reglas de la comunidad de bienes, conforme al artículo 392, párrafo segundo, tal cosa sucede sólo a falta de contrato.

RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: No pueden plantearse en casación cuestiones nuevas.

RECURSO DE CASACIÓN: DEVOLUCIÓN DEL DEPÓSITO: Procede si existe disconformidad entre las sentencias de primera y segunda instancia. [Sentencia 29 noviembre 1955; desestimatoria.]

71. **DEPÓSITO:** La designación de una persona para retirar el depósito que autoriza el artículo 1.766 C. c. no implica traslación de dominio.

DEPÓSITOS, INDISTINTOS: La presunción que respecto a ellos establece el artículo 13 de la Ley del Impuesto de Derechos reales (pertenencia en propiedad y por iguales partes a cada uno de los titulares), carece de trascendencia civilmente para acreditar el dominio.

CASACIÓN: REGLAMENTO DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES: Sus preceptos no pueden servir de fundamento al recurso de casación. [Sentencia 16 junio 1955; no ha lugar.]

72. **PIANZA: FALTA DE RECLAMACIÓN:** Sentencia de 3 noviembre 1955 (v. I. 19).

73. **TRANSACCIÓN: SALTA DE AUTORIZACIÓN: EFECTOS:** Cuando la transacción celebrada por el tutor adolece exclusivamente de la falta de autorización que exige el artículo 269 en su número 12, es técnicamente anulable gozando de pleno valor y eficacia mientras no sea declarada la nulidad

ACTOS PROPIOS: La inaplicabilidad del principio de los actos propios a la materia de arrendamientos rústicos hay que entenderla solamente referida a aquellas materias excluidas por la Ley a la disponibilidad de las partes, pero no a aquellas otras en las que en relación con la legislación especial, impera el Derecho común. [Sentencia 5 diciembre 1955; Sala quinta.]

74. **TRANSACCIÓN: APROBACIÓN JUDICIAL DE LA REALIZADA POR EL PADRE DEL MENOR:** Debe obtenerse antes de la confirmación del contrato y, desde luego, antes de que el menor, llegado a la mayoría, impugne el contrato.

TRANSACCIÓN: FALTA DE APROBACIÓN: NULIDAD PARCIAL: Cuando del contrato de transacción surgieron vínculos diferentes entre cada una de las varias personas intervinientes, la impugnación por falta de aprobación judicial sólo anula el vínculo que afecta a la parte interesada. [Sentencia 11 noviembre 1955.]

IV. Derecho de familia.

1. **LITIS EXPENSAS:** Es necesario que la esposa carezca de bienes de su exclusiva propiedad, o que no sean suficientes, o que no pueda disponer de los mismos. La pensión alimenticia que conforme al número cuarto del artículo 68 C. c. debe abonar el marido a la mujer, está exclusivamente destinada a los fines legalmente atribuidos, y no puede extenderse a otros, como la litis expensas. Demandando conjuntamente al marido y a un tercero es aplicable la excepción del párrafo segundo, artículo 60 C. c., y deben extenderse a dicho litigio las litis expensas.

DONACIÓN CON PROHIBICIÓN DE ENAJENAR: Puede, conforme a los artículos 1.255 y 647 C. c., establecerse lícitamente la prohibición de enajenar durante la vida del donante sin su consentimiento. [Sentencia 27 mayo 1955; no ha lugar.]

2. **Bienes parafernales: EJERCICIO DE ACCIONES PROCEDENTES DE ELLOS: CORRESPONDE A LA MUJER Y NO AL MARIDO:** Sentencia 11 octubre 1955 (v. I, 10).

3. **RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL:** El problema de la investigación de la paternidad ilegítima natural ha de ser tratado en nuestro derecho con criterio restrictivo. [Sentencia 22 diciembre 1955.]

4. **RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: LEGITIMACIÓN ACTIVA.** La acción para el reconocimiento de hijo natural establecida en el artículo 137 del C. c. sólo puede ejercitarla el hijo, y aunque se admita su transmisibilidad, jamás por su propio derecho puede ser asumida por un extraño, mientras no se acredite la transmisión, o, en su caso, la representación del titular de ella. He-

biendo muerto el presunto padre natural y teniendo madre el menor, corresponde a ella y no a la abuela madre del presunto padre, la representación o, en su defecto, a las personas que deben integrar la tutela. [Sentencia 25 junio 1955; no ha lugar.]

A. Fallecido el presunto padre natural antes del nacimiento del hijo, y luego de haber manifestado a su madre y personas de intimidad el propósito de contraer matrimonio con la embarazada, que no pudo llevarse a cabo precisamente por su fallecimiento, ejercita la abuela, siendo menor el hijo natural y viviendo su madre, la acción de reconocimiento.

Desestimada la demanda por el Juez de 1.ª Instancia y estimada por la A. T., interpone recurso de casación por infracción de Ley el Ministerio Fiscal, y el Tribunal Supremo *da lugar* a él con fundamento en la siguiente doctrina:

Considerando: Que la primera cuestión que se debe ventilar en esta resolución es la de averiguar a quién corresponde el ejercicio de la acción para el reconocimiento de hijo natural, que viene establecida en el artículo 137 del Código civil, en el caso en que lo declara forzoso el artículo 135 en su número 2.º, que es el de que ahora se trata, y que la Sala de instancia estima que podría ejercitarla la abuela, como madre del supuesto padre natural por fallecimiento de éste, contra cuya apreciación formuló el primer motivo del recurso el Ministerio Fiscal, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estimar infringido el número 1.º del citado artículo 137, por cuanto éste no le concede tal acción.

Considerando: Que si bien se reconoce que esta Sala interpretó el precepto legal en alguna ocasión con cierta laxitud, que, en general, no afecta al caso planteado actualmente, en todos ellos las condiciones son diferentes para resolver, en justicia, el problema concreto, es lo cierto que ante el sentido que se desprende del texto invocado, tal acción sólo está establecida en favor del hijo, como garantía de su derecho a ser reconocido en los casos en que procede, ya que al padre, contra quien ha de dirigirse, le impone la Ley la obligación de reconocerle en tales supuestos, para cuya efectividad se da aquélla, y aunque se admita su transmisibilidad, jamás por su propio derecho puede ser asumida por un extraño, mientras no acredite la transmisión o, en su caso, la representación del titular de ella, y la abuela que pueda derivar derechos de su hijo, no los trae ni los justifica ni siquiera los invocó en su supuesto hijo natural, único titular de la acción.

Considerando: Que, habiendo muerto el que se dice ser padre natural, y teniendo madre el menor de edad que la abuela quiere se declare hijo natural de su hijo, a aquélla le corresponde su representación o, en su defecto, a las personas que deben integrar su tutela o suplir su capacidad, incluso la abuela si tal carácter invocara y ostentara, pero, al amparo de que no hay precepto legal que lo prohíba, lo que así en absoluto no es cierto, no puede concederse un derecho y una acción que la disposición legal invocada no le reconoce, y en materia relativa a hijos ilegítimos en gran parte de derecho necesario, generalmente interpretada restrictivamente por la jurisprudencia de esta Sala al no admitir la Ley la investigación de la paternidad y por el respeto y consideración que una y otra prestan a la filiación o más ampliamente a la familia legítima.

B. OBSERVACIONES: Son extrañas las frases contenidas en el considerando 2.º «aunque se admita su transmisibilidad» y la posible asunción de la acción por extraño cuando «acredite la transmisión». ¿A qué transmisión se ha querido referir el Tribunal Supremo? Es una característica esencial de las acciones de estado, la intransmisibilidad (cfr. arts. 112, 118, 128, 137, 138 C. c.), que sólo cede en favor de los herederos con ciertos límites y en una consideración de los mismos como continuadores de la personalidad del causante. El Tribunal Supremo, en su jurisprudencia, ha mantenido este criterio restrictivo de manera constante, así, en cuanto a quienes han de estimarse perjudicados a efectos de los artículos 128 y 138 para impugnar la legitimación o el reconocimiento de un hijo natural (sentencias de 28 de abril 1915, 18 enero 1929 y 10 febrero 1942, que niegan la legitimación activa a los parientes del progenitor si no son herederos forzosos del mismo y, en general, a todos aquellos que no demuestren en qué sentido les perjudica), y con referencia a la acción para el reconocimiento del artículo 137, admitió su ejercicio por la madre durante la menor edad del hijo (sentencias de 13 mayo 1902 y 26 marzo 1904), y en un supuesto excepcional por la abuela, ante la inactividad del consejo de familia (sentencia 24 febrero 1917), y, en fin, por el Ministerio Fiscal (sentencia 29 diciembre 1916). Por todo ello, si bien el criterio mantenido en la sentencia puede ser admitido en su aspecto principal: Ejercicio de la acción por la madre o por el Organismo Tutelar en defecto de ésta y no por la abuela, hay que reiterar la extrañeza y repulsa ante esa pretendida transmisión de la acción a un extraño. (R. I.)

V. Derecho de sucesiones.

1. PARTICIÓN HEREDITARIA: NULIDAD: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PARA PEDIR LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA: ARTÍCULO 1.965 DEL CÓDIGO CIVIL: Sentencia 10 noviembre 1955 (v. II, 2).

2. PARTICIÓN EXTRAJUDICIAL CON INTERESADOS MENORES: CITACIÓN PARA EL INVENTARIO: *No es indispensable que la citación reúna los requisitos del artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento civil y sus concordantes. Es válida en cualquier forma, siempre que exprese objeto, lugar y fecha. Y, en todo caso, cualquier defecto de la citación se tiene por subsanado cuando comparezcan a la diligencia los citados a ella. En nombre de los menores deben intervenir en el inventario sus representantes legales y, en su caso, el defensor judicial.*

FALTA DE CITACIÓN AL DEFENSOR JUDICIAL PARA EL INVENTARIO CUANDO HAY INTERESADOS MENORES: *No constando que se nombrara defensor judicial a los herederos menores de edad cuyos padres tienen intereses contrapuestos en la partición, se infringe el artículo 1.057, segundo del Código civil, es nula la convocatoria y la citación para el inventario y las demás operaciones practicadas, con retroacción de las cosas al momento anterior a dicha citación.*

DEFENSOR JUDICIAL: ESFERA DE ACTUACIÓN: *No tiene una esfera meramente judicial, sino que representa igualmente a los menores fuera de juicio.* [Sentencia 26 noviembre 1955.]

3. TESTAMENTO: SU EFICACIA COMO TÍTULO DE DOMINIO: *El testamento constituye por sí solo título bastante para la transmisión de los bienes del*

causante; la partición sólo es necesaria para poner término a la comunidad hereditaria [Sentencia 5 diciembre 1955.]

4. TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: PRETENDIDA DECLARACIÓN DE SU VIGENCIA EXISTIENDO YA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO: Solicitada por el demandado en reconvencción que se declarase la vigencia de un testamento otorgado en peligro de muerte, sin que se pida como previa la nulidad de la institución de herederos abintestato, ha de quedar ésta intangible y subsistente al no poder el Juzgador acordar pronunciamiento alguno sobre esa cuestión. [Sentencia 26 noviembre 1955.]

5. TESTAMENTO SACRAMENTAL: PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD: SIMULACIÓN: Las manifestaciones del testador habrá que entenderlas como constitutivas de su testamento en razón a que fueron hechas ante personas ilustradas de honor y solvencia moral, y por la condición de los instituidos herederos—su esposa e hijos—y habrá que presumir la plena capacidad del testador, no pudiendo deducirse que ha sido un testamento simulado, realizado por quien estaba incapaz, ya que han de ser estimadas las normas establecidas, por su carácter general, como presunción juris tantum, que sólo puede ceder ante la demostración de una prueba evidente que sirva para enervarla. [Sentencia 4 octubre 1955.]

6. FIDEICOMISO DE RESIDUO: INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: NATURALEZA: Instituidos herederos en testamento dos hermanos, y dispuesto por el testador que, fallecidos ambos, los bienes de la herencia de que no hubiesen dispuesto aquéllos en vida pasarán a dos sirvientes que se designaban, es forzoso admitir que en la disposición testamentaria se contiene un fideicomiso de residuo, que no es propiamente la sustitución fideicomisaria del artículo 781 del Código Civil.

FIDEICOMISO DE RESIDUO: RECONOCIMIENTO Y RÉGIMEN: Está admitido por la doctrina científica y jurisprudencial, si bien carece en el Código civil de una regulación adecuada.

FIDEICOMISO DE RESIDUO: RELACIÓN CON LA SUCESIÓN ABINTESTATO: En la institución llamada fideicomiso de residuo o legado de residuo, la supervivencia, capacidad y aceptación del primer llamado, elimina la sucesión intestada.

FIDEICOMISO DE RESIDUO: REQUISITOS PARA SU EFICACIA: Es preciso para su eficacia que los bienes hereditarios entren en el patrimonio del primer instituido y que al morir éste no hubiese dispuesto de la totalidad. [Sentencia 21 noviembre 1955.]

OBSERVACIONES: Contrasta esta sentencia con la de 10 de julio de 1954 (Véase ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1954. VII-4, págs. 1297 y ss.), que negaba la naturaleza fideicomisaria del llamado fideicomiso de residuo, calificándolo de «institución condicional de residuo». En materia de requisitos para su eficacia, la sentencia de referencia confirma literalmente la doctrina de las sentencias de 13 de febrero de 1943 y 28 de junio de 1947. Y en cuan-

to a sus consideraciones acerca del parentesco y relación del fideicomiso de residuo con la sustitución fideicomisaria y la regulación de aquél en el Código civil, nos remitimos al profundo y documentado estudio de Jerónimo López: *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*. A. D. C., 1955, VIII-3, págs. 743-789.

7. FIDEICOMISO FAMILIAR CATALÁN: INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: *Aunque el testador no utilice la palabra fideicomiso, existe la esencia de la sustitución fideicomisaria cuando del testamento resulta de manera categórica la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.* [Sentencia 7 diciembre 1955.]

8. PACTO SUCESORIO: Sentencia de 1 diciembre 1955 (v. I. 13).

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDADES ANÓNIMAS: JUNTA UNIVERSAL: *Prevista en los Estatutos de una sociedad anónima, la junta universal de socios, la coincidencia de todos ellos—posiblemente buscada—en el convento de los PP. ..., constituyó sesión, con lo que quedó convalidada la junta, ya que no hubo protesta ni sobre la reunión propiamente dicha, su celebración en el local del convento y no en el domicilio social, y actuación del que presidía, que era el mayor accionista y a disonarse por éste que el asunto era tratar de la modificación de estatutos.* [Sentencia 9 noviembre 1955.]

2. SOCIEDAD RESPONSABILIDAD LIMITADA: SOCIO ÚNICO: *Ni el Código de comercio ni la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada establecen como motivo de disolución la reunión en una sola mano de todo el capital de las mismas.*

ARRENDAMIENTO LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU.: INTRODUCCIÓN DE TERCERO: *Se produce introducción de tercero en el arrendamiento si se disuelve la sociedad arrendataria adjudicándose su activo y pasivo al demandado, quien pasó a ser comerciante individual y en tal concepto continuó en el uso y disfrute del local arrendado.*

ARRENDAMIENTO LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU.: INTRODUCCIÓN DE TERCERO: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *Si el arrendador, no sólo tuvo conocimiento, sino que consintió en la sustitución del arrendatario, extendiendo a su nombre los recibos, no puede ir contra sus propios actos solicitando la resolución del contrato.* [Sentencia 19 noviembre 1955; desestimatoria.]

3. LETRA PERJUDICADA: *La acción cambiaria, derivada de una letra perjudicada, no puede ser ejecutiva, lo cual no quiere decir que no pueda ser ejercitada en los procedimientos ordinarios.*

LETRA PERJUDICADA: FACULTADES DEL TENEDOR: *El tenedor de una letra perjudicada no puede dirigirse contra los endosantes ni en determinadas*

circunstancias contra el librador, puede, en cambio, dirigirse siempre contra el librado.

RELACIÓN ENTRE TENEDOR Y LIBRADO: *Medta entre ellos por virtud de la aceptación un contrato de promesa de pago.*

ACEPTACIÓN: EXCEPCIÓN DE FALTA DE PROVISIÓN: *La imposibilidad en que se encuentra el aceptante de oponerla no tienen aplicación cuando el tenedor de la letra es el mismo librador. [Sentencia 17 noviembre 1955.]*

4. COMPETENCIA: LETRA DE CAMBIO: *Cuando se ejercita una acción ejecutiva por letra de cambio, es juez competente el del lugar en que deba ser pagada, prescindiendo de la naturaleza del contrato que le dió vida. [Sentencia 21 octubre.]*

5. SEGURO DE ACCIDENTES: NOVACIÓN: *Estando en suspenso el contrato por falta de pago de la prima, no significa novación que el asegurador asuma las consecuencias respecto de unos de los obreros siniestrados y las rechace respecto del otro, sino que puede hacerlo al amparo del artículo 4.º del C. c. [Sentencia 8 julio 1955; no ha lugar.]*

6. RECURSO REVISIÓN CONTRA AUTO APROBATORIO DE CONVENIO SUSPENSIÓN DE PAGOS: CARÁCTER EXCEPCIONAL: REQUISITOS: *El último párrafo del artículo 20 de la Ley especial de Suspensión de Pagos establece como principio de mantenimiento de la integridad del convenio, y sólo como excepción admite el caso de que el delito se hubiera cometido en el concierto del convenio mismo y hubiera tenido influjo decisivo en éste, condiciones ambas exigidas conjuntamente en la Ley para que la sentencia de lo criminal produzca efectos de revisión respecto del convenio. [Sentencia 30 noviembre 1955; desestimatoria.]*

Hechos: En un expediente de suspensión de pagos aparece uno de los acreedores condonando al suspenso un crédito importante, 200.000 pesetas. Posteriormente la jurisdicción militar condena a ambos como autor y cómplice, respectivamente, de un delito de malversación de fondos pertenecientes a la Intendencia Militar, declarándose probado que aquella deuda condonada procedía de cantidades sustraídas a este organismo. El abogado del Estado interpuso el recurso que autoriza el último párrafo del artículo 20 de la Ley de 26 julio 1922.

7. BUQUE: CONDOMINIO: *Es un condominio de tipo especial, intermedio entre la Sociedad y la copropiedad.*

INSCRIPCIÓN REGISTRAL: CANCELACIÓN PARCIAL: *La sustitución de un sujeto individual por una comunidad no es un caso de cancelación parcial por reducción del derecho incrito. [Sentencia 10 diciembre 1955.]*

La doctrina relativa a la naturaleza del condominio sobre el buque se contiene en el considerando primero:

«Cuando dos o más personas son partícipes en la propiedad de un buque mercante, se establece entre ellas un condominio especial, intermedio entre la Sociedad y la copropiedad, que no corresponde por completo ni al tipo romano ni al germánico, caracterizado por una pluralidad de personas que utilizan el mismo buque, una división de la propiedad de éste en partes ideales conforme a las reglas clásicas del condominio, y una utilización del buque en el comercio marítimo por cuenta de los copropietarios, en la que la voluntad de la mayoría es decisiva, no viéndose entorpecida por el *ius prohibendi* del derecho común, y prepondera el elemento real del interés sobre el elemento personal.»

DERECHO PROCESAL

1. Parte general.

CARACTERROGADO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL: Sentencia 13 diciembre 1955.

1. CAPACIDAD PROCESAL: MODO DE FORMULAR LA DEMANDA: Sentencia de 14 febrero 1955 (v. D. c., I, 12).

2. ACCIÓN DE INEXISTENCIA Y NULIDAD: LEGITIMACIÓN PASIVA EN CONTRATO CON PLURALIDAD DE PERSONAS: *La acción de inexistencia y nulidad de un contrato de redención foral debe dirigirse contra todos los que han intervenido en él.* [Sentencia 27 octubre 1955; desestimatoria.]

3. FALTA DE ACCIÓN: PRETENDIDA SUBSANACIÓN DE LA MISMA EN EL ESCRITO DE RÉPLICA: Sentencia 11 octubre 1955 (v. D. c., I, 10).

4. PODER DEL PROCURADOR: BASTANTE: *Este trámite es un requisito esencial, de carácter formal; su omisión constituye un vicio o defecto fundamental en el proceso, suficiente para anular las actuaciones posteriores. Falta este requisito cuando el bastante, constante en el poder, no corresponde por la fecha en que resulta estampado a los autos en que había de surtir sus efectos.* [Sentencia 1 diciembre 1955.]

5. ACUMULACIÓN DE ACCIONES: REQUISITOS: *La acumulación de acciones contra un principal y su agente comercial para reclamar daños conforme al artículo 1.903 C. c. por culpa extracontractual del segundo es uno de los casos admitidos por el artículo 156 LEC.* [Sentencia 10 noviembre 1955.]

6. TERCERÍA DE DOMINIO EN APREMIO POR CUOTAS DE SEGUROS SOCIALES: RECLAMACIÓN PREVIA EN VÍA GUBERNATIVA: *No es necesaria la previa reclamación en vía gubernativa en las demandas de tercera de dominio ejercitadas en procedimientos de apremio promovidos por el Instituto Nacional de Previsión por descubiertos en el pago de seguros sociales.*

TERCERÍA DE DOMINIO EN APREMIO POR CUOTAS DE SEGUROS SOCIALES: COMPETENCIA: *Es competente la jurisdicción ordinaria para entender de las*

tercerías de dominio que se susciten en procedimientos ejecutivos para cobro de cuotas de seguros sociales.

PERSONA JURÍDICA: CORPORACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO: INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN: *El Instituto Nacional de Previsión, aunque organismo oficial de carácter e interés público dependiente del Ministerio de Trabajo, no es organismo estatal estricto sensu, sino que tiene personalidad jurídica propia con independencia económica del Estado. [Sentencia 20 noviembre 1955; desestimatoria.]*

7. **REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA:** *Sentencia de 22 noviembre 1955 (v. D. c., I. 2).*

II. Procesos en especial.

1. **ACTO DE CONCILIACIÓN: SU FINALIDAD SUSTANCIAL: SU FALTA DE INFLUENCIA PROBATORIA EN EL LITIGIO:** *El acto de conciliación viene al pleito para demostrar cumplido el requisito que la ley señala y que lo interesado en el no difiere de lo pedido en la demanda; pero no tiene influencia probatoria alguna en el litigio de que es antecedente, por lo cual no está el juez obligado a valorarlo como prueba.*

CASACIÓN: NÚMERO SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 1.692 DE LA LEG.: *La discusión de una cláusula contractual no puede venir a casación por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil. [Sentencia 21 abril 1955.]*

III. Recursos.

1. **RECURSO DE APELACIÓN: PLAZO INTERPOSICIÓN:** *El plazo de cinco días para interponer recurso de apelación es improrrogable y ha de computarse desde el siguiente día al en que hubiera sido hecha la notificación de la sentencia, sin que sufra modificación en el caso de ser varios los litigantes.*

RECURSO DE APELACIÓN: PLAZO INTERPOSICIÓN: FECHA CONSIGNADA POR SECRETARIO DEL JUZGADO: *Al consignar el Secretario judicial por diligencia que el escrito de apelación fué presentado en determinado día, es a esta fecha y no a la del escrito a la que ha de serle concedida mayor crédito, dada la garantía y responsabilidad que el funcionario le presta por la fe que le otorga.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEPÓSITO AL INTERPONERLO: *La obligación de constituir depósito al interponer recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal no es exigible cuando no existe más sentencia que la de la Audiencia. [Sentencia 6 diciembre 1955; desestimatoria.]*

NOTA.—Se trata de un recurso de casación contra el auto de la Audiencia que declara nula la providencia del Juzgado admitiendo la apelación.

2. RECURSO DE APELACIÓN: «REFORMATIO IN PEIUS»: Sentencia 22 noviembre 1955 (v. D. c., I. 2).

3. JUICIO DE DESAHUCIO: PAGO DE RENTAS: *La obligación impuesta por el artículo 1.587 LEC al arrendatario de pagar durante la sustanciación del recurso de casación los plazos que venzan o los que deba adelantar, debe tener aplicación también al recurso de apelación por existir la misma razón jurídica.* [Sentencia 6 diciembre 1955; no ha lugar.]

4. CASACIÓN: VIOLACIÓN DEL ARTICULO 1.214: *El artículo 1.214, por su carácter genérico, no puede ser base de un recurso de casación.* [Sentencia 22 noviembre 1955; no ha lugar.]

5. RECURSO DE CASACION: TRANSGRESIÓN DE NORMAS PROCESALES: *Aunque como norma general no puede fundarse el recurso de casación en transgresiones de normas procesales, se exceptúan los casos en que la norma de procedimiento guarde intensa relación con la cuestión de fondo.* [Sentencia 30 noviembre 1955; no ha lugar.]

6. RECURSO DE CASACIÓN: FORMULACIÓN: *El rigor que caracteriza al recurso de casación y su propia sustantividad impiden que pueda formularse por medio de un otrosí y subsidiariamente de un recurso de súplica.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *El hecho de dictar una resolución en forma de providencia y no de auto no puede servir de base a la casación.* [Sentencia 11 junio 1955.]

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *Interferencias de las Leyes Fiscales en los negocios jurídicos privados.*

ARAGONESES ALONSO, Pedro y PASCUAL NIETO, Gregorio: *La vigente Ley de Arrendamientos y nuestro Derecho histórico.*

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Los llamados contratos forzosos.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

SAPENA TOMAS, Joaquín: *Ineficacia del negocio jurídico en el Apéndice al Código Civil vigente en Aragón.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.