

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VIII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLV

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.—Rdguéz. San Pedro, 32. Madrid.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La adquisición de la herencia en el Derecho español

MANUEL ÁLBALADEJO GARCIA

Catedrático de Derecho civil
en la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Preliminar.—II. La adquisición sucesoria en el Derecho español.—1. La adquisición del legado.—2. La adquisición de la herencia: regla general.—3. La adquisición *ipso iure*.—4. La adquisición *ex lege*.—5. La adquisición por aceptación: sus fundamentos.—III. La polémica adquisición *ipso iure*-adquisición por aceptación.—1. Previo.—2. El verdadero argumento a favor de la adquisición *ipso iure*: el artículo 661.—3. Textos legales neutros.—A) El artículo 657.—B) El artículo 1.006.—4. Los presuntos argumentos a favor de la adquisición *ipso iure*.—A) La designación con el nombre de *heredero* del que aún no aceptó.—B) El artículo 1.016.—C) Exigencias más rigurosas para la repudiación que para la aceptación.—D) El silencio del llamado que es interrogado *in iure*.—E) La herencia yacente.—F) La retroactividad de la repudiación.—G) El artículo 440.—5. Examen especial del artículo 661.—6. Argumentos a favor de la adquisición por aceptación.—A) El *ius delationis*.—B) La retroactividad de la aceptación.—C) La inexistencia de un breve plazo para la repudiación.—7. Conclusión.

I

PRELIMINAR

La sucesión *mortis causa* puede tener lugar a título universal o a título singular, que, para nosotros, es como decir que puede ser a título de herencia o a título de legado.

Para que se produzca una sucesión *mortis causa*, se requiere: 1.º La muerte de una persona (causante); 2.º Que otro (sucesor), en base a un llamamiento a la sucesión, asuma la titularidad o titularidades antes correspondientes al difunto.

La vacante que produjo la muerte de éste, se cubre cuando el llamado a ocuparla hace suya la herencia o el derecho que se le defirió, o sea, cuando los *adquiere*. Tal adquisición es, pues, la ocupación del puesto por el nuevo titular.

Y cabe preguntarse ahora: ¿cuándo y por qué se produce esa adquisición?

Se dice que hay dos sistemas de adquisición *mortis causa*: adquisición *ipso iure* y adquisición por *aceptación*. En líneas generales, en uno y otro las cosas pasan de la siguiente manera:

En aquél, la persona llamada a suceder, adquiere por el solo hecho de la delación (que normalmente coincide con la muerte del causante) (1). Apertura de la sucesión y adquisición de la herencia o del legado coinciden, pues, cronológicamente (salvo si la delación es posterior a la apertura). En éste, el llamado sólo adquiere mediante la aceptación. Hasta ésta no se convierte en sucesor. De forma que entre apertura y adquisición media un lapso de tiempo, más o menos largo, aunque luego la aceptación opera retroactivamente.

En el primer sistema, *desde la muerte hay un sucesor*, bien que éste tenga el poder de repudiar, o sea, el poder de *dejar de serlo*. Por eso es *sucesor provisional*. En este sistema, la aceptación es sólo la renuncia al poder de repudiar, convirtiéndose por ella, en *definitivo* el sucesor provisional.

En el segundo sistema, *desde la muerte no hay sucesor, sino meramente un sujeto llamado a serlo*. El poder que se confiere al llamado es el de *convertirse—aceptando—en sucesor*.

Al primer sistema se le llama romano y al segundo germánico. Lo cual no quiere decir que éste no se acogiese también en Roma, donde los *heredes necessarij* sucedieron *ipso iure*.

De cualquier manera, no queremos entrar—ni nos es necesario—en si se deba o no llamar, con exactitud, germánico al sistema de adquisición de la herencia *ipso iure*, y romano al de adquisición de la misma por aceptación. Porque sólo nos importa precisar que nosotros—aunque únicamente sea por no repetir constantemente las mismas expresiones—al hablar de sistema germánico nos referimos al de adquisición *ipso iure*, y al hacerlo de romano aludimos al de adquisición por aceptación, omisión hecha de que realmente sea o deje de ser verdadera, pura y exclusivamente germánico el uno o romano el otro.

Además es necesario puntualizar otra cosa: cuando hablemos de adquisición de la herencia entendemos referirnos a adquisición de las titularidades jurídicas hereditarias—del *ius* del causante—(es

(1) La delación puede ser también posterior a la apertura de la sucesión (por ejemplo, institución condicionada suspensivamente). En tales casos la muerte del causante sólo produce la apertura de la sucesión. Sobre lo anterior cfr. nuestro estudio *La sucesión «iure transmissionis»*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, pág. 926 y sigs., y allí bibliografía.

Para la exposición, a continuación, de las líneas generales de los sistemas de adquisición de la herencia, nos referiremos al caso normal de delación coincidente con la muerte del causante; es decir, con la apertura de la sucesión. Por eso hablaremos indistintamente, salvo advertencia, de que la herencia se adquiere al abrirse la sucesión, es decir, al morir el causante, o bien por la delación.

decir, adquirir sus propiedades, sus créditos, etc.). Salvo advertencia en contrario, dejamos al margen la cuestión de la posesión (aparte de problemas sobre que sea hecho o derecho).

Sobre ésta se pueden—por lo menos—plantear los mismos problemas que sobre aquellas titularidades, es decir, se puede estudiar también si en este o en aquel Derecho se sucede en la posesión *ipso iure* o por aceptación de la herencia.

De tal manera que son pensables cuatro sistemas: adquisición *ipso iure* de los derechos y de la posesión, adquisición *ipso iure* de aquéllos y por aceptación de ésta, adquisición por aceptación de aquéllos e *ipso iure* de ésta, y adquisición de todo por aceptación (2).

Como en este estudio nos ocuparemos sólo de la adquisición de la herencia, no hemos de indagar nada sobre los sistemas de adquisición de la posesión.

Sobre la base de lo dicho, pues, quede bien presente que, en nuestra terminología, romano y por aceptación, y germánico e *ipso iure*, son sinónimos.

II

LA ADQUISICIÓN SUCESORIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho español impera el principio de que la sucesión a título particular—legado—se opera *ipso iure* y la sucesión a título universal—herencia—se produce—como regla general—por aceptación.

1. La adquisición del legado.

Lo referente al legado no es materia que ofrezca mayor dificultad o que, de cualquier forma, queramos tratar aquí. Baste decir que aunque nuestro Código no se exprese con la claridad del italiano (artículo 649: «El legado se adquiere sin necesidad de aceptación salvo la facultad de renunciar») e incluso puedan dar lugar a dudas ciertas normas relacionadas con el particular y aplicables igualmente a la herencia y al legado, la adquisición *ipso iure* del mismo se puede afirmar en base a artículos como los 881, 882 y 888 (3).

(2) No nos es necesario entrar en si determinados Derechos positivos exigen o no la aprehensión para adquirir la posesión.

(3) En el sentido del texto, la doctrina (aunque algunos hablen de *aceptación presunta* en vez de *adquisición ipso iure*). Véanse ROCA, en «Kipp», *Derecho de sucesiones*, traducción española del *Tratado* de ENNECCERUS, «Kipp», y «Wolff», V, 2.º, pág. 194; TRAVIESAS, *Legados*, en R. D. P., 1931, pág. 179; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, página 485; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, 3.ª ed., Valladolid, 1926, págs. 510 y 511; LACRUZ, Notas a la traducción de BINDER, *Derecho de suce-*

2. La adquisición de la herencia: regla general.

Por lo que atañe a la herencia, vamos a intervenir en una polémica en la que las posiciones contrarias han sido fundamentalmente defendidas por García Valdecasas (Guillermo) y Roca Sastre. Sosteniendo aquél la adscripción de nuestro Derecho al sistema germánico, y éste al romano (4).

Sólo nos interesa dejar bien sentado, antes de seguir adelante, que, si bien, como regla general, la herencia—en nuestra opinión—se adquiere por aceptación, excepcionalmente ésta no se precisa en algunos casos, en los que se adquiere bien *ipso iure* bien *ex lege*.

Como esta terminología podría dar lugar a confusión, es preciso advertir que por adquisición *ipso iure*—como ya ha quedado expuesto—entendemos la adquisición que se produce por el mero hecho de tener lugar la delación. Y por adquisición *ex lege* entendemos la adquisición que tiene lugar no sólo por haberse producido la delación, sino por el hecho de que el llamado, aun sin realizar una aceptación propiamente dicha, observa una conducta—impropiamente llamada, por lo general, aceptación forzosa o presunta, etc.—a la que el ordenamiento jurídico atribuye *ex lege* el efecto de hacerle adquirir la herencia, efecto que, en el caso de propia y verdadera aceptación, se produce *ex voluntate*.

3. La adquisición *ipso iure*.

Ipso iure se adquiere la herencia en casos como los de los artículos 992-3.º; 996 *in fine* y 956.

Esta afirmación nuestra requiere ser explicada:

En ninguno de tales casos hay poder de repudiar (5), aunque

siones, Barcelona, 1953, pág. 320; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, 2.º, 2.ª ed., pág. 1326 (alega también Sánchez Román los artículos 799 y 889). Aunque el legado sea con carga (caso que literalmente, tanto el artículo 881 como los anteriores autores no abarcan), creemos que se adquiere *ipso iure*, ya que el posible perjuicio del legatario se puede evitar repudiándolo.

(4) Respectivamente, en *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en R. D. P., 1944, págs. 89 y sigs., y *La aceptación y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el foral*, en «Estudios de Derecho privado», II, Madrid, 1948, págs. 1 y sigs. Pretende mantener una postura ecléctica OLIVA—*Diccionario de Derecho privado*, I, Barcelona, 1950, págs. 230 y siguientes, especialmente pág. 236—, para el que «no es forzado ver la posición de nuestro Código, como la continuación de una tendencia histórica de predominio romano, pero sin llegar a encasillar a nuestro Código en los moldes indeformables de un supuesto sistema romano, en oposición irreductible con otro llamado germánico. Tal construcción sólo la entendemos posible en el terreno de la pura dogmática, mas no en el de las realidades legislativas». Realmente, así se soslaya dar una clara solución sobre si nuestro Código civil acoge el sistema de adquisición de la herencia *ipso iure* o por aceptación, o cuál sea la mezcla posible (?) de ambos que acoge.

(5) La imposibilidad de repudiar es acogida explícitamente por la doctrina, aunque no lo haga de una forma general. Por ejemplo, ROCA, en «Kipp», V,

para evitar posibles perjuicios (herencia con más pasivo que activo) se limita la responsabilidad del heredero *intra vires hereditatis* (6).

Ahora bien, si no se puede repudiar es absurdo negar que la delación produce *ipso iure* la adquisición, y sostener que atribuye sólo un derecho a aceptar *necesariamente*. Ello porque, además, siendo la aceptación retroactiva es evidentemente una opinión caprichosa la que sostenga que aún no hay un heredero (con responsabilidad limitada), sino un simple llamado a la herencia que ha de aceptar *necesaria y retroactivamente*.

Considérese que en el sistema de adquisición por aceptación, la delación atribuye no la herencia, sino simplemente un *ius delationis*, el cual confiere el poder de aceptar o repudiar (7). Dicho *ius delationis* falta si no existe facultad de repudiar. Luego si falta es porque la delación, que no lo atribuyó, no está encuadrada en el sistema de adquisición por aceptación.

Tal delación en los sistemas de adquisición *ipso iure* atribuye la herencia. Ahora bien, además de ésta (y según la protección progresivamente aumentada que comenzando por el *beneficium abstinenti* y por el *separationis* se ha querido dispensar al heredero), bien confiere un *ius repudiandi*, bien impone sólo una responsabilidad *intra vires hereditatis*.

Caso, este último, que es ante el que nos encontramos. Por lo que podemos reafirmar ser uno de los de adquisición de la herencia *ipso iure*. Y concluir que en el de la sucesión intestada del Estado, y en los de las herencias dejadas a los pobres o a los sordomudos que no supieren leer ni escribir, en nuestro Derecho no es, excepcionalmente, necesaria la aceptación para adquirirlas (8).

De cualquier modo la justificación de la excepción no es difícil. Si, normalmente, recibir herencias es beneficioso y no perjudicial, el legislador—que ha de dictar normas atendido el *id quod plerumque accedit*—ha preferido no conceder el poder de repudiar en supuestos en los que, no pudiendo hacerlo por sí el interesado, es más seguro evitar a éste posibles perjuicios mediante la limitación de su responsabilidad, que conceder aquel poder, que, a lo mejor si se ejercitase, podría perjudicar eventualmente a esos interesados (9).

1.º, pág. 56; ROYO, *Derecho sucesorio*. Sevilla, 1951, pág. 263. En contra, LACRUZ, ob. cit., pág. 170.

(6) Ni más ni menos que eso significa lo que se dice en el artículo 992, 3.º *in fine*, en el 957 *in fine* («se entenderá aceptada a beneficio de inventario») y en el 996 («lo aceptará a beneficio de inventario su tutor»).

(7) Cfr. nuestro trabajo citado en loc. cit., pág. 917.

(8) Por lo que se refiere a la sucesión intestada del Estado, algún autor español afirma explícitamente que no es necesaria la aceptación. Así, ROYO, ob. cit., pág. 263. También el Código italiano dice: que «la adquisición se opera sin necesidad de aceptación y la renuncia no es posible» (art. 586-1.º).

(9) Basta pensar en los numerosos ejemplos posibles en que la herencia repudiada—no importa ahora si con ánimo de perjudicar al llamado a recibirla o creyendo beneficiosa la repudiación—tenga un activo superior al pasivo.

En cuanto a la sucesión intestada del Estado, aparte de la justificación anterior, tiene siempre la de que alguien ha de recoger la sucesión, aunque sólo sea para liquidarla, y ese alguien debe ser el Estado si no quiere serlo cualquier otro llamado (10).

4. La adquisición *ex lege*.

Ex lege se adquiere la herencia en casos como los de los artículos 1.000, 1.002, 1.005, 1.019, etc. Porque aún en los Derechos en los que normalmente se adquiere la herencia mediante la aceptación, en determinados supuestos, tal adquisición se produce por disposición de la ley.

En dichos casos la doctrina suele hablar de aceptación tácita, o presunta, o necesaria, etc. Mas, realmente, se trata de casos de los que si suele ser lógico suponer que la conducta del sujeto responde a una voluntad de aceptar no manifestada expresamente, no es menos cierto que la ley toma en consideración la conducta de forma tal que, aún realizada con la expresa reserva de no aceptar, valdría como aceptación. Lo cual quiere decir que no se trata de verdadera aceptación, y que tal conducta se valora en sí y se le atribuye el efecto de provocar la adquisición, haya o no voluntad de aceptar.

Así, el artículo 934-3.º del Código italiano de 1865 dice: «La aceptación es tácita cuando el heredero realiza un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar la herencia, y que no habría el derecho de realizar sino con la cualidad de heredero». Y el artículo 476 del Código de 1942, repite: «La aceptación es tácita cuando el llamado a la herencia realiza un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar y que no habría derecho de hacer sino con la cualidad de heredero» (11). Y el artícu-

(10) La adquisición del Estado se opera *iure hereditario*. Por ello no es correcto opinar que no hay adquisición de herencia *ipso iure*, porque no hay adquisición *hereditaria*.

(11) Mientras que en el Derecho español se exige *alternativamente* a tenor del artículo 993, 3.º, acto que suponga necesariamente la voluntad de aceptar, o acto que no habría derecho a ejecutar sino con cualidad de heredero, en el Derecho italiano se advierte—así, por ejemplo, N. COVIELLO, *Delle successioni*, Parte generale, 4.ª ed. (reelaborada por L. Coviello), Nápoli, 1935, pág. 160—que el artículo 934, 3.º, del Código de 1865 (y el 476 del de 1942) parece exigir *cumulativamente* ambas cosas para que haya aceptación tácita, es decir, acto que presuponga la voluntad de aceptar y (y no o) que no hubiese derecho a realizar sin la condición de heredero. Pero se advierte, también, que realmente el segundo requisito es consecuencia del primero, pues no puede haber acto que sólo pueda realizar el heredero y que no presuponga la voluntad de aceptar.

Hemos de indicar que esta última advertencia es equivocada. Indudablemente a primera vista parece exacta, pero lo cierto es que quien realiza un acto propio de heredero, puede hacerlo, sin voluntad de aceptar. Falta de voluntad que podría patentizarse en una expresa declaración o protesta de no querer aceptar a pesar de realizar el acto propio de heredero. Quizá se dijese que esto sería contradictorio. Pero se puede responder que es posible querer proceder como heredero sin serlo. Si contra esto se arguye que no depende de la voluntad de

lo 999-3.º del Código español, dispone: «La aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero».

Ante normas como estas, o como las que a continuación indicamos, parte de la doctrina ha advertido que realmente se trata de casos de adquisición de la herencia *ex lege* (12), o bien de adquisición sin aceptación, por falta o pérdida del derecho a renunciar (13).

Cicu (14) duda que se pueda hablar de aceptación tácita.

Nosotros creemos que en tales supuestos, como en otros muchos, existe simplemente una atribución *ex lege* de la herencia. Así también, en el Código italiano de 1865, artículos 936, 937, 952, 953, 961; en el Código de 1942, artículos 477, 478, 485, 527; en el Código español, artículos 1.000, 1.002, 1.005, 1.019, etc.

En tales casos, el adquirente de la herencia no recibe ésta por aceptarla, sino que sucede lo siguiente: Al producirse la delación se le ofreció la herencia, o adquirió el derecho a la herencia. Aho-

los particulares al dar a los actos una u otra naturaleza (así, con referencia al caso concreto en estudio, POLANCO, *Delle Successioni*, 2.ª ed., Milano, 1937, II, pág. 188)—como si los que estipulan una venta le llaman donación, la cual denominación no modifica la naturaleza del acto—, cabría responder que el que actúa como heredero sin querer serlo no pretende modificar la naturaleza de su acto denominándolo con un nombre que no responda a tal naturaleza, sino que sólo pretende que tal acto no valga como aceptación. Y si se sostiene que, a pesar de ello, valdrá como tal, habrá quedado claro que lo que realmente sucede es que ese acto, encierre o no aceptación, vale como está. Es decir, que produce sus efectos aun sin ser aceptación. O lo que es lo mismo, que provoca la adquisición de la herencia, por sí, aparte e independientemente de la aceptación.

Conviene advertir, finalmente, que fué propuesto suprimir el segundo requisito exigido por el art. 934, 3.º, del Código italiano de 1865 como pleonástico. Pero en la R. G. núm. 28 se lee que no se le consideró así y que «para haber aceptación tácita no basta realizar un acto con la voluntad de aceptar, sino que es preciso también que el acto mismo sea tal que no pueda ser realizado sino por quien sea heredero». No está, sin embargo—como advierte Cicu, *Le successioni* (parte generale), Milano, 1947, pág. 73—claro qué cosa se haya querido significar con las anteriores palabras de la R. G., añade Cicu: «...que no basta que el acto se haya realizado con la voluntad de aceptar resulta ya del hecho de exigirse que el acto, por su propia naturaleza, presuponga necesariamente la voluntad de aceptar. Es decir, no se investiga si quien lo ha realizado ha tenido o no la voluntad de aceptar; se considera, por el contrario, que no tiene valor la voluntad declarada de no querer aceptar, no obstante la realización del acto: *protestatio contra factum non valet*. Requisito, por tanto, objetivo y no subjetivo. Por lo que puede dudarse si es exacto hablar de aceptación tácita. Sentado esto, se trata de ver si un acto que implica necesariamente voluntad de aceptar, podría ser realizado por el llamado, incluso independientemente de la cualidad de llamado».

(12) D'AVANZO: *Istituzioni di Diritto civile*, 3.ª ed., Roma, 1950, pág. 182, y *Delle successioni*, Firenze, 1941, tomo I, § 47, págs. 111 y s.; MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., vol. III, segunda parte. Milano, 1951, § 192, núm. 3, págs. 249 y 250.

(13) BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 3.ª ed., volumen II, Torino, 1951, número 1065, pág. 886.

(14) *Le successioni*, Parte generale. Milano, 1947, pág. 73.

ra bien, para llegar a hacerla suya se necesita *un acto más*—se necesita la delación + una determinada conducta del titular de ésta—que produzca la *adquisición*. Y ese acto o conducta es bien la *pro herede gestio*, bien la ocultación de un bien de la herencia, etcétera (actos que ocupan el lugar de la aceptación).

La diferencia entre los casos vistos de adquisición sin aceptación y el sistema de adquisición de la herencia *ipso iure*, es clara. En éste, la delación produce la adquisición. En aquél no se adquiere por la delación, sino por el acto que, además de aquélla, requiere la ley (*pro herede gestio*, ocultación de bienes de la herencia, etc.).

Para concluir diremos que como en adelante hablaremos, como sistemas contrapuestos del de adquisición *ipso iure* y del de adquisición por aceptación, entendemos que en esta bipartición los casos de adquisición *ex lege* caen dentro del segundo, ya que a los efectos que de dicha bipartición nos interesarán, la adquisición *ex lege* tiene la misma estructura esencial que la por aceptación, diferenciándose *ambas* de la *ipso iure* en que requieren otro acto *además* de la delación.

5. *La adquisición por aceptación: sus fundamentos.*

Hemos dicho que acogemos como regla general la de que en nuestro Derecho la herencia se adquiere por la aceptación. Y es preciso razonar nuestra posición, ya que la cosa es dudosa o, cuando menos, discutida.

Nos decidimos por tal opinión principalmente en base al examen de las líneas generales de nuestro sistema legal (15), a pesar de que de un examen concreto y aislado de los singulares artículos del Código sea posible entender que hay alguno que acoge consecuencias propias o principios peculiares del sistema de adquisición *ipso iure*.

De cualquier manera, si de un examen de normas concretas puede quedar incertidumbre sobre la admisión en nuestro Código del sistema romano, entendemos que más dudas quedan si se parte de la base de que el acogido es el germánico.

En definitiva, pensamos que la adscripción del Derecho español a aquel sistema se puede basar:

1.º En una visión de conjunto de nuestro Derecho sucesorio en la materia (16).

(15) Y quede bien claro que no es lo mismo «líneas generales» de un sistema, que «declaración de un principio general» de ese sistema. Aquéllas están constituidas por los *efectivos perfiles* de tal sistema. Las declaraciones generales o los principios generales, cuando no son inducidos del *examen del sistema*, sino simplemente *proclamados* en un texto legal, corren el riesgo de no haber sido llevados a la práctica.

(16) Así lo cree también ROYO, para el que, pese a preceptos aislados de raigambre germánica con más influjo nominal que efectivo, el sistema acogido

2.º En la mayor parte de los textos que pueden servir para resolver el problema.

3.º En la filiación histórica fundamental de nuestro régimen sucesorio.

4.º En la opinión de la doctrina no ya dominante, sino casi unánimemente acogida.

Positivamente la cosa discurría por los siguientes cauces:

La delación, testamentaria o abintestato—artículo 658—, es la atribución del *ius delationis* al llamado. Tal *ius* es un derecho a la herencia. De forma que antes de la aceptación no se es titular de ésta (no se *tiene la herencia*), sino *se tiene sólo un derecho a la misma* (artículo 991) (17).

La herencia se adquiere al aceptar—artículo 988 y siguientes—, cuya aceptación opera retroactivamente—artículo 989—hasta el momento de la apertura, por lo que se refiere a la sucesión en la titularidad de los derechos y en la posesión (artículo 440, que viene a ratificar el fundamental papel de la adición, papel no meramente confirmatorio de una adquisición anterior) (18).

III

LA POLÉMICA ADQUISICIÓN IPSO IURE—ADQUISICIÓN POR ACEPTACIÓN

1. *Previo.*

Hasta aquí la exposición de lo que creemos. Pero este estudio, como se verá en seguida, es fundamentalmente polémico y, por tanto, se trata no sólo de exponer nuestro pensamiento, sino de demostrar la debilidad de los argumentos en pro de que nuestro Derecho acoja como regla general la adquisición *ipso iure*, argumentos que pasamos a enumerar y criticar, y respecto de los que el propio García Valdecasas—máximo defensor de tal adquisición *ipso iure* en nuestro Derecho—ve y advierte, en la mayor parte de los casos, sus puntos flacos.

Por otro lado, no haremos exposición de la doctrina, que ya

es el romano (ob. cit., pág. 42). Y lo entiende LACRUZ—notas a la traducción española del Derecho de sucesiones de Binder, Barcelona, 1953, página 27—, según el cual «pesando los argumentos aducidos en favor de los dos sistemas, la balanza parece indicar que el romano, de mayor arraigo en nuestra legislación histórica, inspira también el actual».

(17) No citamos otros artículos porque, siendo discutida su exégesis, no nos resolverían nada, antes de determinar su verdadero sentido.

(18) Aunque discutido el sentido del artículo 440, atribuirle ya uno no juzga nada, porque, como veremos, cualquiera que se le atribuya, no afecta la solución del problema de la adquisición de la herencia.

dicho autor recoge perfectamente (19). Sólo advertiremos que con posterioridad a su trabajo sigue ganando adeptos la opinión contraria (20). Lo cual sólo puede ser debido a que encuentre más sólido apoyo en la ley, puesto que de los artículos del Código que puedan ofrecer un fundamento para la tesis germanista no es posible sacar más partido del que García Valdecasas saca.

2. *El verdadero argumento a favor de la adquisición ipso iure: el artículo 661.*

Realmente los argumentos de García Valdecasas se pueden reducir al artículo 661: «Los herederos suceden al difunto *por el hecho solo de su muerte* en todos sus derechos y obligaciones». De los demás él mismo desconfía, por regla general—como apuntábamos—indicando que son meramente *complementos* o bien que concuerdan mejor con el sistema germánico. Y aquellos otros de los que no desconfía—como el edificado sobre la eficacia retroactiva que el artículo 989 dispone para la repudiación—mostramos cómo también son inútiles.

3. *Textos legales neutros.*

Comencemos por desechar previamente los textos legales que no prueban nada ni a favor ni en contra del sistema romano ni del germánico, porque con ambos podrían coexistir, o bien tienen partes que chocan con ambos:

A) *El artículo 657.*—Artículo 657: «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.»

La dificultad está en precisar qué deba entenderse por «derechos a la sucesión».

Como dice García Valdecasas (21), si son los derechos que tenía el difunto y cuyo conjunto forma la herencia, entonces el artículo 657 estaría de más, pues vendría a decir lo mismo que el 661. Si, por el contrario, por «derechos a la sucesión» se entiende el derecho a adquirir la herencia—*ius delationis*—, entonces más bien significaría lo contrario del 661, pues, de adquirirse la herencia por la sola muerte del causante, sería contradictorio afirmar que por ésta se transmite el derecho a *adquirir la herencia*. Ello, aparte de la impropiedad que entrañaría hablar de *trans-*

(19) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 105 y ss.

(20) Así, ROCA SASTRE en Estudios, cit., pág. 1 y ss.; ROCA en Kipp, ob. cit., V, 1.º, pág. 286; ROYO, ob. cit., págs. 41 y 42; LA CRUZ, ob. cit., págs. 26 y 27; RIERA AISA, *Adquisición de la herencia*, en Nueva Enciclopedia jurídica SEIX, II, págs. 418 y ss. Sigue a GARCÍA VALDECASAS GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 32, el cual, sin embargo, se limita a afirmar que cree ser el sistema germánico «el que informa nuestro sistema de adquisición hereditaria». Por último, el propio GARCÍA VALDECASAS ha defendido su tesis de las objeciones que se le dirigieron: «De nuevo sobre la adquisición de la herencia», en R. D. P. 1951, pág. 991 y ss.

(21) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 109.

misión del ius delationis, pues éste no lo tenía el difunto, sino que *nace para el llamado*.

García Valdecasas opta, a la vista de esas razones, por pensar que el artículo 657 no dice nada nuevo respecto a lo establecido en el 661 (22).

Nosotros debemos manifestar que la conclusión no es lícita, porque realmente entender que el artículo 657 repite lo dicho en el 661 supone adscribir aquél al sistema germánico, cuando lo cierto es que si bien no es un argumento pro romano, tampoco lo es pro germánico, ya que puede interpretarse en ambos sentidos, salvando la falta de exactitud en la expresión, falta que existe cualquiera que sea la interpretación que se le dé.

Contra la interpretación de García Valdecasas se puede decir—como a él no se le oculta—que hace al artículo 657 un mero eco del 661 (lo que se puede pensar que siempre es mejor que contraponerlos, pero que ciertamente no muestra la utilidad del precepto. Y partiendo de la base de que se puede inutilizar un texto legal, parece mejor hacerlo con el 661, único apoyo en nuestro Código del sistema germánico), y que, de cualquier manera, *derechos a la sucesión*, es expresión que es preferible entender como *ius delationis* o *derecho a la herencia*, ya que, al fin y al cabo, el Código utiliza el término *sucesión* con harta frecuencia en el sentido objetivo de *herencia*. Lo cual daría al artículo 657 un sentido romano, sin más que considerar como imprecisión terminológica—siempre menor que la de entender «derecho a la sucesión» como expresión de sucesión *ipso iure*—la utilización de las palabras *se transmiten*.

B) *El artículo 1.006*.—El artículo 1.006: «Por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.»

En este artículo se acoge la transmisión del *ius delationis* (23), según creemos. Pero no cabe duda de que previamente el 1.006 hay que resolver la cuestión del sistema de adquisición de la herencia que admite nuestro Código. Ya que si nos decidiésemos por el *ipso iure*, también se podría decir que el artículo 1.006 lo que acoge es la transmisión de la herencia—ya adquirida—a los herederos del heredero.

Por eso García Valdecasas (24) pone, exactamente, de relieve que el artículo 1.006 no aclara el problema, pero tampoco es incompatible con su tesis.

Ahora bien, una cosa queremos precisar: se trata de que en dicho artículo se habla de «derecho», en singular, cuando, según la terminología del propio Código—art. 659—, la herencia com-

(22) La adquisición citada, en loc. cit., pág. 109.

(23) Sobre él véase nuestro estudio cit., en loc. cit., pág. 912 y ss.

(24) La adquisición citada, en loc. cit., pág. 115. Remite a lo que dijo en ese primer trabajo en «De nuevos», cit. en loc. cit., pág. 995.

prende «todos los bienes, derechos y obligaciones...»; aunque, claro está, puede haber casos en que la herencia comprenda sólo *un derecho*.

Ello induciría, quizá, a entender que el 1.006 no alude a *los derechos* que componen la herencia, sino *al derecho* a la misma (*ius delationis*). Lo cual supondría ver reflejado en él el sistema romano (25, 26).

García Valdecasas, sin plantearse ese posible argumento, salva la cuestión entendiendo que ese «derecho» alude a la herencia misma como *universum ius*.

Nosotros pensamos que incluso, para el que defienda la tesis germanista, cabría otra interpretación más apegada a la letra, y útil para el que rechace la corrección de aludir a la herencia utilizando el término *derecho*. Tal interpretación es la siguiente: en la adquisición *ipso iure* el *heredero provisional* recibe la herencia y el *derecho de repudiarla*. Y se puede entender que el artículo 1.006 significa que al morir el heredero sin aceptar ni repudiar pasará a sus herederos la herencia, ya que era *provisionalmente de aquél*, y además pasará también, a esos herederos del heredero, *el derecho de repudiar* que éste tenía.

Con ello se prueba que, en definitiva, el artículo 1.006 admite lo mismo el sistema germánico que el romano, por lo que no es punto de apoyo para excluir ninguno de los dos.

4. *Los presuntos argumentos a favor de la adquisición «ipso iure».*

Una vez desechados los artículos 657 y 1.006, mediante la demostración de que no sirven como argumentos en pro de ninguno de los dos discutidos sistemas de adquisición de la herencia, vamos a pasar a examinar y criticar los argumentos en favor del germánico, yendo de los más débiles a los más fuertes o, al menos, más aparentemente fuertes. Pero no sin dejar antes reiterado que tales argumentos, para el propio García Valdecasas (27), «no ofrecen siempre una prueba terminante», sino que los artículos sobre que se construyen «conducen más fácilmente con

(25) Sería equivocado pensar que creyendo esto excluíamos que el artículo 657 que habla de derechos, en plural, pueda aludir al *ius delationis*. En primer término puede haber varios *llamados*, es decir, varios *iura delationis*, por lo que el 657 puede hablar en plural. En segundo, tal cosa no se puede decir del artículo 1.006 que se refiere a la muerte del heredero, en singular, por lo que sólo alude a la transmisión de su *ius delationis*.

(26) Así como para nosotros el artículo 1.006, que acoge la transmisión del *ius delationis*, es—a los efectos de aclarar qué sistema de adquisición de herencia acoge nuestro Derecho—un artículo *neutro*, para ROCA, *Estudios* cit., páginas 24 y 25, es un argumento pro-romano, pues «se expresa en el sentido de que lo que se transmite a los herederos del heredero es... el derecho de aceptar o repudiar» y «dicho artículo 1.006 se guarda muy bien de expresar que lo transmitido es la *herencia en sí*».

(27) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 113.

el sistema de adquisición *ipso iure* que con el de adquisición mediante aceptación».

A) *La designación con el nombre de heredero del que aún no aceptó.*—En muchos artículos del Código—por ejemplo, 1.001, 1.004, 1.005, 1.006, 1.010, 1.012—se designa con el nombre de heredero al que todavía no ha aceptado la herencia.

Realmente heredero es sólo el que ya la adquirió; luego el hablar de heredero antes de la aceptación supone acoger el sistema de que se adquiere antes de tal aceptación.

Ahora bien, tal argumento, basado sobre la suposición de que el legislador utilizó una terminología precisa y depurada, ni siquiera lo esgrime García Valdecasas, el cual no excluye que «simplemente se trate de un defecto de técnica» (28).

Ciertamente que se trata de que el legislador español utiliza inexactamente la palabra *heredero*, hasta el punto de hablar—como en el artículo 766—de *heredero* en un caso en el que el mal llamado heredero premuere al testador (29).

B) *El artículo 1.016.*—El artículo 1.016 dice que «fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el *heredero*, podrá éste *aceptar a beneficio de inventario*, o con el derecho de deliberar mientras que no prescriba la acción para reclamar la herencia».

A continuación exponemos nuestro punto de vista sobre lo que el artículo 1.016 dice respecto al beneficio de inventario; pero primero queremos manifestar que, en todo caso, el legislador no estuvo muy feliz en dicho artículo, ya que también habla de que «el heredero podrá *aceptar...* con el *derecho de de-*

(28) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 116.

ROCA—*Estudios* cit., pág. 27—que cree no poder sacarse valor alguno de una indudable incorrección terminológica. Igualmente LACRUZ, ob. cit., pág. 176.

(29) En este, como en otros muchos casos, es inútil querer argumentar exclusivamente sobre la base de las expresiones que la ley utiliza, pues éstas proceden, en muchas ocasiones, de una imprecisión terminológica que lo mismo autorizaría un argumento en pro que otro en contra.

Por ejemplo, la tesis germanista tiene el apoyo del sentido literal del artículo 1.002: «Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia *pierden la facultad de renunciarla...*» Ello permite creer que al morir el causante recibieron la herencia y esa facultad de renunciar que pierden después. Luego es que el sistema acogido es el de adquisición *ipso iure*.

Pero haciendo excesiva apreciación de las meras palabras, también se puede decir que—si el legislador ha acogido el sistema germánico y visto tan claramente las cosas como aquella precisión de expresión hace necesario suponer, para que nos sirva de argumento la propia expresión, entonces el artículo 1.005 *in fine* debería decir: «...: no la hace [la declaración], se tendrá la herencia *por no repudiada* (o bien *por definitivamente adquirida*), pues diciendo—como dice—que se tendrá *por aceptada*, hace presumir que un legislador tan metódico como hemos tenido que suponer antes, no hubiera empleado esta expresión de haber acogido el sistema germánico.

liberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia».

Ante ello cabe preguntarse: ¿es que el legislador olvidó que el derecho de deliberar es algo *anterior* a la aceptación? Sólo unos artículos más arriba—1.010, 2.º—se dice: «También podrá—el llamado, y no el heredero, como se expresa la ley—pedir la formación de inventario, *antes de aceptar o repudiar* la herencia para *deliberar* sobre este punto».

Si la aceptación es irrevocable, de poco le va a servir al heredero deliberar después de aceptar. Ahora bien, si para dar sentido en este punto el artículo 1.016 (que sólo se explica por un *lapsus* del legislador) nos obstinamos en montar cualquier extraña interpretación, es mucho de temer que fuésemos, en definitiva, a pagarla con la aceptación—que el artículo 997 proclama irrevocable—, considerándola revocable. Con lo que no solamente tendríamos enfrente el artículo 997, sino que habríamos desconocido que, por la propia naturaleza de las cosas, el derecho de deliberar es de deliberar *antes de decidirse*, pero que después de haber aceptado, bastante hace la ley con permitir limitar la responsabilidad, como a continuación veremos.

Y vamos al argumento de García Valdecasas (30), el cual deduce que «establece dicho artículo, dándose determinadas circunstancias, la pérdida de la facultad de aceptar a beneficio de inventario o con el derecho de deliberar por prescripción de la acción de reclamación de herencia. Ello implica la posibilidad de que esta acción prescriba antes de efectuar la aceptación; así pues, la *petitio hereditatis*, la acción propia y característica del que ya es heredero o, lo que es igual, del que ya ha adquirido la herencia, se tiene antes de la aceptación y puede llegar a prescribir antes de que ésta se realice. He aquí, pues, una prueba más de que se es heredero antes de aceptar».

Ahora bien, el razonamiento es equivocado, por lo siguiente:

El artículo 1.016 se refiere realmente al supuesto de petición del beneficio de inventario *aun después de ser heredero puro y simple*. Lo cual sólo quiere decir que tal heredero puede todavía limitar su responsabilidad al activo hereditario, convirtiéndose en heredero a beneficio de inventario. Ello porque el beneficio de inventario es simplemente un medio de limitar la responsabilidad y perfectamente independiente de la aceptación, aunque, claro está, sólo puede darse cuando haya aceptación, pues si no la hay no puede haber responsabilidad, y es, por tanto, innecesario limitarla. Pero puede pedirse a la vez que se acepta o después de haber aceptado. Y este último es el supuesto del artículo 1.016. Y que en nuestro Derecho se puede pedir el beneficio de inventario *después de ser heredero puro y simple*, es indudable que

(30) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 115.

Reafirma su criterio, remitiendo a lo que dijo, en «De nuevos», cit., en loc. cit., pág. 995.

se sigue, más claramente que de cualquier otro artículo, de la lectura del 1.015, al decir éste que «cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos señalados en el artículo 1.014—plazos para pedir el beneficio de inventario—se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el juez le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia, conforme al artículo 1.005—al final de cuyo plazo adquiere la herencia, pues si se parte del supuesto de que en tal plazo repudió, sería absurdo que pidiese el beneficio de inventario—, o desde el día en que *hubiese aceptado* o hubiera *gestionado como heredero*».

Luego se puede afirmar que el artículo 1.016 no prueba que se es heredero—que se adquirió la herencia—antes de la aceptación, sino que sólo demuestra que incluso después de ser heredero—de haber aceptado, según nosotros—se puede *aún* solicitar el beneficio de inventario.

Y toda la confusión a que da lugar ese artículo procede de que habla de «*aceptar a beneficio de inventario*», en vez de «*pedir el beneficio de inventario*», cosa posible *después* de la aceptación (31).

Por lo demás, en los casos en que el Código lo permite, la posibilidad de utilizar el beneficio de inventario después de la aceptación se basa en que, concurriendo las circunstancias del artículo 1.015 o del 1.016, es razonable concederlo.

C) *Exigencias más rigurosas para la repudiación que para la aceptación.*—La aceptación, según el artículo 999, puede ser expresa o tácita. Diferentemente, la repudiación deberá hacerse en instrumento público o auténtico o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato (artículo 1.008).

En resumen, la repudiación ha de ser expresa y solemne, mientras que la aceptación no ha de ser ni lo uno ni lo otro.

«Este rigor en la forma de la repudiación, en contraste con la de la aceptación—dice García Valdecasas (32)—, se comprende fácilmente por la distinta importancia de los efectos de una y otra en orden a la adquisición de la herencia. Mientras la aceptación simplemente confirma o consolida la adquisición hereditaria, la repudiación viene a destruir con efecto retroactivo una adquisición ya efectuada; la primera convierte al heredero de provisional en definitivo; la segunda priva al heredero de su cualidad de tal. En una palabra: mientras la aceptación sólo confirma o consolida una situación jurídica preexistente, la repu-

(31) Creemos que con nuestro razonamiento queda destruído el argumento que GARCÍA VALDECASAS construye sobre el artículo 1.016, y que es esa la forma exacta de plantear las cosas y no la refutación que ROCA intenta en sus *Estudios* cit., pág. 25 y 26.

(32) La adquisición citada, en loc. cit., págs. 113 y 114.

diación viene a destruir con efecto retroactivo esa misma situación. Y es por esta mayor gravedad de efectos de la repudiación por lo que se requiere para ella una forma solemne e indubitada, a diferencia de lo que ocurre con la aceptación.»

Concluyendo: para García Valdecasas las diferencias señaladas entre aceptación y repudiación son una prueba de que nuestro Código acoge el sistema germánico.

Realmente nada obliga a pensar así, y, por el contrario, resulta más convincente, al menos para nosotros, la explicación siguiente: la repudiación ha de ser solemne y expresa, porque en la práctica es el caso *excepcional*, y normalmente será *perjudicial* para el llamado. Por ello el legislador ha querido que conste en forma indudable que impida promover cuestiones sobre supuestas repudiaciones tácitas. Por otro lado, al que no desea aceptar una herencia le basta, si quiere, con desentenderse por completo del asunto, sin que para no pasar de *llamado* a *heredero* se le exija la repudiación. Esta exigencia de repudiación sólo se da en el caso de que sea interrogado *in iure*, cuyas razones veremos después. Mientras que la aceptación, en la inmensa mayoría de los casos, se verifica tácitamente, además de que casi todos los *llamados* suelen querer aceptar. Y añadir a las numerosas exigencias de una sucesión hereditaria la de aceptarla de forma expresa y solemne, sólo sería añadir una molestia inútil.

No se basa, pues, la diferente regulación de una y otra (solemne y expresa, y no solemne y tácita) en una diferencia de *importancia* (una *confirma* simplemente al ya heredero y otra *quita* la cualidad de heredero), sino en que la una es usual y —normalmente—favorable y la otra no (33).

El propio Código italiano de 1942, que acoge el sistema romano, admite la aceptación no solemne, expresa o tácita—artículos 474 y siguientes—, y exige que la renuncia se haga solemnemente—artículo 519—.

D) *El silencio del llamado que es interrogado «in iure»*.— El silencio del llamado, en caso de *interrogatio in iure*, equivale a aceptación, puesto que el artículo 1.005 dispone que, instando en juicio un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el juez señalar a éste un término que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que si no lo hace se tendrá la herencia por aceptada.

Ya hemos visto que realmente se trata de un caso de adquisición *ex lege*. Ahora bien, esto no quitaría un ápice de fuerza al argumento de García Valdecasas, si no careciese de ella por otras razones.

Pues bien, García Valdecasas entiende que si no se es here-

(33) Cfr. también ROCA: *Estudios* cits., págs. 21 y 22.

dero antes de aceptar—por haber adquirido *ipso iure*— resulta un tanto extraño que una actitud puramente pasiva tenga la virtud de producir la adquisición hereditaria, ya que lo consecuente sería entender que la herencia no se adquiere, si es precisa la aceptación para adquirirla y no se acepta en el término que fije el juez (34).

Pero a tal razonamiento cabe oponer otros, tanto o más sólidos que él:

En primer término, como el propio García Valdecasas reconoce, en Derecho justiniano el dejar pasar en silencio el *spatium deliberandi* tenía también el efecto de la adquisición. Y no cabe duda de que el sistema acogido era el de adquisición por aceptación.

En segundo término, aunque se pudiese entender que *en abstracto*, el artículo 1.005 armoniza mejor con el sistema de adquisición *ipso iure*, no se puede olvidar que, como hemos dicho hace poco, lo *normal y lo favorable* suele ser aceptar la herencia deferida, y las razones que abonan la exigencia de que la repudiación sea expresa y solemne, mientras que la aceptación pueda ser tácita, abonan igualmente la solución del artículo 1.005, exigiendo la repudiación y dando, en caso de silencio, la herencia por adquirida, puesto que todas aquellas consideraciones siguen siendo válidas para el supuesto de la *interrogatio in iure*, que sólo presenta la especialidad de que un interesado provoca una decisión—adquisición o no—, decisión que la ley le da por el camino usual de que, por todas aquellas consideraciones, el que no repudia es porque—como es normal—quiere la herencia. Al que insta en juicio para que el llamado se decida no le interesa que *accepte o repudie*—términos que utiliza el artículo 1.005—, sino que le interesa sólo que el llamado *adquiera o deje de ser llamado* (cosa que consigue con el artículo 1.005), pero no sería razonable pretender que, siendo lo normal la aceptación, se dé, ante el silencio, la herencia por repudiada.

Todo lo cual prueba que aunque quizá se pueda entender que, en abstracto, la solución del artículo 1.005 armoniza mejor con el sistema de adquisición *ipso iure*, puestos en la *realidad* de las cosas, dicha solución armoniza tanto con ese sistema como con el contrario, porque se trata de que, lo mismo en uno que en otro, lo usual es querer la herencia que se nos defirió, y suponer lo contrario sería algo así como disponer que, *abintestato*, sucediesen antes los ascendientes que los descendientes, que, siendo justamente lo contrario de lo que habitualmente quieren los causantes, obligaría a éstos a testar, sin dejarlos en la tranquilidad del que sabe que si no hace nada pasará lo que él desea.

En resumen, *de lege lata*, el Código, *independientemente* del sistema que adopte, puede anudar a una determinada conducta

(34) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 114.

—silencio—unos determinados efectos—*adquisición*—(35), porque realmente se trata no de que acoja el sistema de adquisición *por aceptación*—que parece deja al margen de ésta al silencio, en cuanto que el que calla *no acepta*—, sino de que acoge el sistema de adquisición por aceptación *o ex lege* (el silencio provoca la adquisición *ex lege*) (36).

En cuanto al *fundamento* de la norma, es simplemente que el legislador ha dispuesto lo que le parece normal, y no que lo haya dispuesto *porque* acoja el sistema germánico. Fundamento aún más sólido si se tiene en cuenta que se ha de apercibir, además, al llamado de que si no repudia se tendrá la herencia por aceptada.

E) *La herencia yacente*.—El último argumento de los que utiliza García Valdecasas, dentro de este grupo de los que él no considera muy sólidos, es el de la falta de regulación en nuestro Derecho de la herencia yacente. «En resumen—dice—, la falta de una regulación de la herencia yacente en nuestro Derecho, si bien no constituye un argumento decisivo en pro de nuestra tesis, sí es un dato muy favorable» (37).

En esencia, el razonamiento es, en líneas generales y sólo en cuanto nos importa, el siguiente: al haber, desde la muerte del causante, un heredero, aunque sea provisional, no se precisa la regulación de la herencia yacente, a diferencia de lo que pasa cuando, por adquirirse mediante la aceptación, no hay heredero en el espacio muerte-adquisición.

Admitida incluso la *absoluta* falta de una regulación dictada para la herencia yacente en nuestro Código, ello no apoya en modo alguno la tesis germanista (38).

1.º Porque hay formas de suplirla. Con lo cual la falta de regulación no implica la inadmisión de la herencia yacente.

(35) Cfr. en el mismo sentido ROCA: *Estudios* cit., pág. 23.

(36) GARCÍA VALDECASAS advierte—loc. cit., pág. 114—que «otros casos de aceptación *presunta* son los de los artículos 1.002, 1.018 y 1.019».

Ya explicamos que el primero y último son casos de adquisición *ex lege*.

Si con ellos se pretende reiterar lo dicho respecto al 1.005, reiteramos también nuestra opinión.

De cualquier manera, conviene advertir que el artículo 1.018, no es un caso de aceptación *presunta*—en la terminología de GARCÍA VALDECASAS, que es la común—ni de adquisición *ex lege*, según nuestra terminología, sino que, por lo menos para el caso de beneficio de inventario, es simplemente un supuesto de aceptación *no presunta* con el beneficio de inventario, beneficio que se pierde si por culpa o negligencia del heredero no se principiase o no se concluyese el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas. Queda, pues—con tal pérdida—la aceptación *pura y simple*, pero no es que se *presuma* la aceptación *por* la conducta culpable o negligente del heredero.

(37) La adquisición citada en loc. cit., pág. 115.

(38) Dejemos ahora al margen cualquier otra clase de razones en pro de la herencia yacente: artículo 1.934; ROCA: *Estudios*, pág. 24; LACRUZ: *Ob. citada*, pág. 27. RIERA ARISA, ob. cit. en loc. cit., pág. 421.

2.º Porque, aun admitido el sistema germánico, seguiría haciendo falta una regulación de la herencia yacente para los casos en que la delación sea posterior a la muerte.

De lo anterior se sigue que, *objetivamente*, la falta de regulación de la herencia yacente no es apoyo para la tesis germanista.

Ahora bien, aun sería posible sentar la hipótesis de que tal falta sea debida a que el legislador, *queriendo acoger el sistema germánico*—y *sin percatarse* de que también en éste la delación puede ser posterior a la muerte, o *percatándose* de ello, pero considerando tal caso de poca monta—, no creyó necesaria la regulación de la herencia yacente.

En el supuesto de esta hipótesis, nos encontramos no frente al primer argumento—la falta de regulación de la herencia yacente prueba la admisión del sistema germánico—, sino frente a otro, que sería éste: aunque tal falta de regulación no se considere objetivamente como prueba de que el Código acoge el sistema germánico, no cabe duda que permite suponer que el legislador ha debido querer acoger el sistema germánico cuando no trata de la herencia yacente.

García Valdecasas da este nuevo matiz a su argumentación en un trabajo posterior (39): En nuestra legislación falta la regulación de la herencia yacente. «Esto demuestra...—dice— que la herencia yacente no es una pieza *fundamental* en nuestro sistema de adquisición hereditaria...; sólo en supuestos excepcionales se halla la herencia sin titular desde que se abre la sucesión hasta que el heredero la adquiere. Son aquellos casos en que la delación y simultánea adquisición de la herencia se producen en fecha posterior a la muerte del causante; como el del heredero único, o todos los herederos, si son varios, instituidos bajo condición suspensiva, y el del heredero único solamente concebido al tiempo de morir el causante. Pero, por regla general, el llamamiento a la herencia y simultánea adquisición de la misma se produce en el momento de la muerte del causante, no habiendo lugar a que la herencia esté yacente, *lo que muy bien nos explica por qué el legislador no le prestó ninguna atención.*»

Ahora bien, reducido el argumento a la mera hipótesis, hipótesis sobre lo que el legislador *debió pensar* y sobre lo que le *pasó desapercibido*, o, aun percibiendo *desprecio*, es evidentemente inconsciente, porque una de dos: si le pasaron desapercibidos todos los casos en que la delación es posterior a la muerte, es arriesgado edificar argumentos sobre lo que *debió haber pensado* un legislador tan distraído. Si los tuvo presentes, es inexplicable la omisión del legislador, porque la hipotética falta de frecuencia con que se dé una situación que se cree debe ser

(39) De nuevo, cit. en loc. cit., págs. 994 y 995.

regulada, no es causa para dejarla sin regular, salvo que, precisamente, se trate de una situación que se considere innecesario regular—se dé o no frecuentemente—, o bien que se considere suficientemente regulada, aunque realmente no lo esté.

Pero, claro está, que, en estos casos, si al legislador pareció innecesario dictar reglas sobre la herencia yacente o si creyó que bastaba para arreglar las cosas con lo que ya decía, no hay por qué pensar que la falta o insuficiencia de regulación se basan en que acogió el sistema de adquisición *ipso iure*. Y, en última instancia, si lo que se piensa que sucedió (fué que se olvidó de la pobre herencia yacente, tampoco hay fundamento serio para sostener que se olvidó de ella porque los casos en que es posible en el sistema germánico hacen poco bulto, cosa que no hubiera pasado de haber adoptado el sistema romano. Deduciendo de ello la enclenque conclusión de que el sistema acogido es aquél.

F) *La retroactividad de la repudiación*.—Argumento más fuerte en pro de su tesis considera García Valdecasas el de la retroactividad de la renuncia (artículo 989). Para él, en el sistema de adquisición por aceptación la renuncia no tiene por qué ser retroactiva, ya que no se es heredero hasta la aceptación, y el renunciante presupone que no se ha aceptado. Mientras que en el sistema de adquisición *ipso iure*, como se es heredero desde la muerte del causante, sí tiene sentido la retroactividad de la renuncia conforme a cuya retroactividad se entiende que el renunciante no ha sido heredero en ningún momento (40).

Pero a tal razonamiento se puede responder lo siguiente:

La retroacción de la renuncia no es argumento en pro del sistema germánico, porque tal retroacción tiene en nuestro Derecho papel distinto que en el germánico. En éste borra el carácter de heredero provisional, que se tenía a partir de la muerte del causante. En aquél borra el carácter *de llamado*, que se tenía, asimismo, a partir de tal muerte, pasando a ser *llamado desde dicha muerte*, el que lo sea en defecto del *llamado que repudió*. Es decir, en el sistema de adquisición por aceptación la retroacción de la repudiación hace que la delación a favor del segundo llamado se entienda producida al momento de morir el causante y no al momento en el que repudió el primer llamado. Porque se entiende que el repudiante nunca fué llamado.

Esto no tiene un alcance meramente especulativo, sino también práctico.

Por ejemplo: muere A, siendo llamado a sucederle B y, en su defecto C. C muere, a su vez, después que A, pero antes que repudie B. Por fin B repudia.

Si la repudiación de B tiene efectos retroactivos, se entenderá que C fué llamado a la herencia de A al momento de la

(40) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 113.

muerte de éste. Por lo cual, habiendo muerto también C, sus herederos tendrán derecho a la herencia de A.

Si, por el contrario, la repudiación de B no tiene efectos retroactivos, como la delación a favor de C no se puede producir sino al repudiar B, momento en el que ya C ha muerto, éste no resulta llamado y no transmite su *ius delationis* a sus herederos.

La postura que defendemos es, asimismo, mantenida por Roca (41), quien advierte que la retroacción de la repudiación en nuestro artículo 989 hay que entenderla en el sentido del Código civil italiano de 1942, artículo 521, el cual dispone en su párrafo primero que el que renuncia a la herencia se considera que nunca ha sido llamado a ella.

Apreciación ésta íntegramente exacta y que, en definitiva, no significa que nuestro Código siga al italiano posterior, sino simplemente que ambos dicen lo mismo.

Ahora bien, García Valdecasas (42), al responder a Roca, afirma: «Por cierto que la misma disposición que el artículo 521, 1.º, del Código italiano de 1942 dictaba el artículo 945 del antiguo, cuya cita hubiera sido más oportuna que la del artículo 521 del nuevo, toda vez que no parece muy correcto interpretar un artículo del Código español por lo que dice un Código extranjero posterior a él. Pero esto se explica si se tiene en cuenta que el antiguo Código italiano seguía el sistema germánico.»

Con tales palabras no se destruye, desde luego, la objeción de Roca. Mas, a parte de esto, nos parecen inadecuadas, ya que ni Roca interpreta nuestro Código en función del italiano de 1942, ni, precisamente porque un sector de la doctrina pensaba que el de 1865 acogía el sistema germánico, era adecuado citar el artículo 945 de éste, sino el 521 de aquél—que acoge el sistema romano (43)—, ya que así se prueba que la retroacción de la repudiación no es coto cerrado del sistema germánico.

(41) *Estudios* cit., pág. 17. En igual sentido LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 26.

(42) De nuevo, *cit.*, en *loc. cit.*, pág. 992 y 993.

(43) Que lo acoge nos parece indudable: 1.º Porque así lo declara expresamente, artículo 459: «La herencia se adquiere por la aceptación...»—lo cual es definitivo en sí, y además por ser un artículo dictado después de la interminable discusión sobre el Código anterior, respecto de la adquisición de la herencia; 2.º Porque, aparte de proclamar el principio, la *regulación* de la materia es una aplicación del mismo.

La doctrina dominante así lo entiende: NATOLI: *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1947, número 10 y ss.; CASATTI-RUSSO: *Manuale di Diritto civile italiano*. Torino, 1947, pág. 165; AZZARITI Y MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed. Padova, 1948, pág. 22; D'AVANZO: *Delle successioni e delle donazioni*. Firenze, 1941, I, pág. 74 y ss.; STOLFI (NICOLA Y FRANCESCO): *Il nuovo Codice commentato. Libro delle succ. e delle donazioni*, Napoli, 1941, pág. 10; MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª edición, vol. III, segunda parte. Milano, 1951, pág. 254 y ss.; BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 3.ª ed. II. Torino, 1951, pág. 875 y 876; BARASSI: *Le Successioni per causa di morte*, 3.ª ed., Milano, 1947, pág. 33 y

G) *El artículo 440.*—Dice el artículo 440:

«La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción, y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.

El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.»

García Valdecasas considera que tal artículo es complemento del 661 (41), proclamando la adquisición *ipso iure* de la posesión, aunque suscita dudas, cosa que no hace éste.

Según otra opinión, el artículo 440 no sanciona la adquisición de la posesión *ipso iure*, cuando muere el causante, sino que, por el contrario, precisamente acentúa la importancia de la aceptación, al disponer que la posesión *se entiende transmitida*—retroactividad de tal aceptación—desde el momento de la muerte, *en el caso de que llegue a adirse la herencia* (45).

No vamos a entrar en los argumentos de García Valdecasas ni en el examen de la opinión contraria. Baste sólo poner de relieve que, según aquel autor, las dudas que ofrece el artículo 440, en su primer párrafo, quedan desvanecidas con la atenta lectura del párrafo segundo, que viene a precisar el verdadero sentido del artículo: «El que válidamente repudie una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.» «Este precepto—dice García Valdecasas—carecería de sentido si la posesión no se hubiese adquirido antes de repudiar; ahora bien, si el repudiante poseía los bienes hereditarios antes de repudiar, es evidente que los poseía antes de la aceptación, pues presupuesto necesario de la repudiación es que no se haya aceptado aún; luego es manifiesto que la posesión se adquiere antes de la aceptación, en el momento de la muerte del causante» (46).

Ahora bien, ese segundo párrafo del artículo 440 verdaderamente ni aclara las dudas que pudiese haber suscitado el primero, ni prueba que se poseía antes de la aceptación, porque con dicho segundo párrafo no se pretende borrar una posesión transmitida *ipso iure*—y, por tanto, antes de la aceptación—, sino que se pretende sólo borrar los efectos del hecho de que el llamado hubiese sido *realmente* poseedor antes de aceptar o repudiar, y

ss.; RUGGIERO Y MAROI: *Istituzioni di Diritto privato*, 8.ª ed., Milano, 1950, I, pág. 385; CICU: *Le Successioni, parte generale*. Milano, 1947, pág. 68 y ss.

No falta, sin embargo, quien sostenga que la adquisición se produce *ipso iure*. Así RADAFLLI: *L'eredita giacente*, Milano, 1948, pág. 98 y ss.; BUTERA: *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*. Torino, 1940, páginas 14 y 15.

(44) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 107.

(45) En tal sentido, por ejemplo, LACRUZ: Ob. cit., pág. 26. Últimamente sobre adquisición hereditaria de la posesión, véase ROCA (contra la interpretación germánica jurisprudencial del artículo 440). «La adquisición hereditaria de la posesión», en R. G. L. J., número extraordinario 1953, pág. 333 y ss.; GARCÍA VALDECASAS: De nuevo, cit., en loc. cit., págs. 993 y 994.

(46) La adquisición, cit. en loc. cit., pág. 108.

al final se hubiese decidido por la repudiación. Borra—dentro de lo que sea posible—no una previa posesión *civilísima* y *necesaria*, a tenor del párrafo primero, sino una *eventual* posesión previa *no civilísima* (47).

Pero, además de lo dicho, conviene advertir que, cualquiera que sea la interpretación que se dé al artículo 440, éste no implica la adopción por el Código de un sistema determinado de adquisición de la herencia, porque se refiere sólo a la posesión y no a la titularidad del contenido de esa herencia.

De forma que, aun para los que, como García Valdecasas, piensen que el artículo 440 dispone la adquisición *ipso iure* de la posesión, queda patente lo siguiente: con tal interpretación el artículo 440 sería un complemento de la adquisición *ipso iure* de la herencia, siempre que *previamente* se haya demostrado que nuestro Código acoge la adquisición *ipso iure* de la herencia. Ahora bien, a falta de tal demostración, la referida interpretación germánica del artículo 440 no prueba que éste sea *complemento* alguno, sino sólo prueba que *respecto a la posesión* se ha seguido el sistema de transmisión *ipso iure*, que es perfectamente compatible, como el propio García Valdecasas (48) afirma explícitamente, con la admisión por nuestro Código de la adquisición de la herencia por aceptación.

5. Examen especial del artículo 661.

En conclusión, podemos repetir—vistos ya todos los argumentos en favor del sistema germánico—que *el único* sólido en que basar la adscripción de nuestro Derecho a tal sistema es el artículo 661, entendido en su sentido literal (49).

De él, como sabemos, piensa García Valdecasas que es el fundamental y que sienta el principio característico del Derecho germánico (50). Y en este punto lleva razón. No cabe negar que el artículo 661—en su sentido literal—es un argumento indudable a favor del sistema germánico (51).

Por ello es inútil decir, como Roca (52), que se trata de un precepto que por su situación (disposiciones generales de las sucesiones) proclama un principio abstracto y general a *todos* los sistemas legislativos, los cuales siempre refieren al momento de la muerte del *de cuius*, con auxilio de la retroacción o sin ella,

(47) En el mismo sentido que nosotros, opina LACRUZ, ob. cit., pág. 27 y ROCA: *La adquisición hereditaria de la posesión*, pág. 351, nota 43.

(48) La adquisición citada en loc. cit., pág. 90 y pág. 103.

(49) El T. S. no aclara la cuestión, limitándose a repetir la expresión del artículo 661. Por ejemplo, sentencia de 13-III-1952. «Por virtud del artículo 661 del C. c., los herederos por el solo hecho de la muerte suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones.»

(50) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 106 y 107.

(51) Así lo cree también LACRUZ, ob. cit., pág. 26

(52) *Estudios* cit., págs. 19 y 20.

el fenómeno de la adquisición hereditaria y la obtención del título de heredero, pues como necesariamente habrá de haber un heredero, que en último caso será el Estado, siempre se producirá una aceptación y, con ella, la retroacción correspondiente, de modo que en todo caso resultará aplicado dicho artículo 661.

Con exactitud responde García Valdecasas (53) que no deja de ser curioso que se alegue como razón para desvirtuar el artículo y prácticamente para anularlo la de ser una disposición general—dicho con otras palabras: fundamental—en materia de sucesiones, y que tampoco se comprende cómo se haya podido ver en el artículo 661 la proclamación de un principio general a todos los sistemas legislativos.

Pensamos que realmente Roca trata de dejar sentado que, de cualquier manera, siempre hay un heredero *desde* la muerte del causante—por aplicación del sistema germánico o por la retroacción de la aceptación en otro caso—. Mas tal cosa es *aparte* del sentido literal del artículo 661, porque éste—con tal sentido—no proclama que *desde* la muerte hay siempre, en definitiva—ya que en definitiva habrá un aceptante—, un heredero, sino que proclama otra cosa: que el heredero *lo es sólo por el hecho de la muerte del causante*.

Por lo cual, el 661 no resulta literalmente aplicado cuando, aun siendo heredero *desde* la muerte del causante—por efecto retroactivo—, tal título se adquiere *por* la aceptación y no *por el solo* hecho de dicha muerte. Pues que el artículo 661—en tal sentido literal—decide no una cuestión de tiempo—desde cuándo—, sino una cuestión de fundamento—por qué: por la muerte o por la aceptación—.

En definitiva—como dice Royo (54)—, ese artículo, considerado *aisladamente* y en su *tenor literal*, es de la más pura *éstirpe germánica*.

Se trata, pues, de interpretarlo *aislada y literalmente*—en cuyo caso resultará germánico, pero chocará con otros preceptos—o bien de buscar el sistema que acoge el código a través de una interpretación sistemática, en la que las *palabras* del solo artículo 661 no puedan prevalecer sobre el *sentido* que se obtenga de la *totalidad* de las disposiciones referentes a la adquisición de la herencia.

Concluyendo: el sentido literal del 661 es *inadmisibile* en nuestro Derecho, porque, como luego veremos, hay argumentos más fuertes que apoyan el sistema romano. Por ello, o se admite que tiene otro sentido o se admite que fué un *lapsus* del legislador.

Hemos demostrado cómo *todos* los artículos—salvo éste—en que se pretende apoyar el sistema germánico no fundamentan la admisión del mismo. Ni siquiera uno de ellos impide que poda-

(53) De nuevo cit. en loc. cit., pág. 992.

(54) Ob. cit., pág. 41.

mos afirmar que el sistema acogido es el romano. Pero, además de esa crítica negativa, expondremos a continuación cómo en otra serie de artículos se puede apoyar—positivamente—la admisión de este sistema.

Queda, pues, el artículo 661 como único argumento frente al sólido apoyo que en el Código se ofrece para la tesis antigermanista. Y en tal caso la elección no es dudosa; sobre los *dichos*—661—deben triunfar los *hechos*.

Creemos preferible afirmar que el sentido—sentido *no* literal—del artículo 661 completa el del 657 (dando a éste una exégesis romana). Así que sería como decir: el derecho a suceder se adquiere al morir el causante—salvo los casos de delación posterior a la muerte (657)—, y los llamados se entiende que, *cuando aceptan*, han sucedido al difunto por el solo hecho de su muerte (661) (55).

Ya comprendemos que se puede sostener que precisamente lo que dice el 661 es que la aceptación no es necesaria, y que al hablar de que se sucede *por el solo hecho de la muerte* del causante, excluye que, como pensamos nosotros, pueda afirmarse que la sucesión *implica* la aceptación.

Ahora bien; presupuesta la aceptación, el hablar de que se sucede por el *solo* hecho de la muerte del causante, puede aludir a la exclusión de cualquier otro requisito pensable.

De no admitir esta interpretación, y partiendo de la base de la contradicción entre el 661 y los textos prorromanos que después veremos, no tenemos obstáculo en decir que no nos importan las *meras palabras (flatus vocis)*, incompatibles con la *regulación* acogida en otros artículos, porque puestos a decidirnos preferimos—como dijimos—los hechos a los dichos, máxime si se tiene en cuenta que en la proclamación de un principio se puede decir algo que no se quería hacer o que después no se lleva a la práctica. No tenemos muy lejano el artículo 1.016 para comprobar que también el legislador puede equivocarse. De manera que pensamos que, en todo caso, el artículo 661 fundamenta la adquisición del sistema germánico en nuestro Código, de la misma forma que el 1.016 fundamenta la del derecho de deliberar *después de haber aceptado*. Es decir, que ni uno ni otro fundamentan nada.

No cabe duda de que, dando al 661 su sentido literal, es necesario sacrificar un artículo de las «Disposiciones generales» de las sucesiones: el 657, el cual, en tal caso, queda vacío de sentido, porque sería una repetición de aquél (ya que interpretando este 657 a la romana, sólo se conseguiría que dijese lo contrario

(55) LACRUZ—ob. cit., pág. 26—cree posible afirmar que el 661 se limita a «señalar de una parte cómo toda la energía del fenómeno sucesorio radica en el momento inicial de la muerte del causante, de tal modo que entonces se produce la vocación de todos los llamados...», y de otra parte cómo merced al efecto retroactivo de la aceptación, las relaciones jurídicas del causante no quedan vacantes en momento alguno».

del 661). Ahora bien; partiendo de la necesidad del sacrificio, es mejor—como ya adelantábamos—llevarlo a cabo con el 661, porque, al fin y a la postre, desaparecido el obstáculo de éste, ya todos los artículos de nuestro Código son interpretables a la romana. Mientras que si el eliminado es el 657, el 661, triunfante de momento, seguirá tropezando con los textos, que a continuación veremos y que sólo son explicables si se admite que el Código acogió el sistema de adquisición de la herencia por aceptación.

En definitiva, si en nuestro Código no aparecen por ningún lado las consecuencias del sistema germánico, que en el 661 se anuncia; si la regulación positiva—reflejada al tratar de la aceptación, como es natural—es la romana; si ciertamente el legislador, acogiendo ideas o expresiones de origen germánico y romano, pudo incurrir en contradicción; si—como dice Royo (56)—en ninguna realización que merezca el calificativo de sistema puede verse un conglomerado de principios yuxtapuestos al azar, sin conexión e interdependencia, hay que admitir que el artículo 661—en su interpretación germánica, incluso, si se quiere, única posible—*no forma parte de nuestro sistema de adquisición de la herencia* y es sólo una desgraciada frase del legislador.

6. Argumentos a favor de la adquisición por aceptación.

A) *El ius delationis*.—Examinemos ahora las razones que fundamentan la afirmación de que nuestro Código acoge el sistema de adquisición por aceptación. La principal es una, con la que basta y sobra: la de que nuestro Código regula el *ius delationis* o derecho a la herencia, derecho que no existe en el sistema germánico, en el que se adquiere la herencia *ipso iure* y sólo, juntamente con ella, un derecho a *repudiarla* (57).

Dicho *ius delationis* consiste en el poder de optar por adquirir o no, ello mediante la celebración de los negocios jurídicos de aceptación o de repudiación. Los cuales son actos de ejercicio. Es decir, aceptar o repudiar son manifestaciones de un único poder: el *ius delationis* (58).

A diferencia de él, el derecho de repudiar, característico del sistema germánico, supone sólo el poder de *deshacer* la adquisición ya verificada. Y en este caso la aceptación—renuncia al derecho de repudiar—no se contempla y regula en un plano de igualdad con la repudiación, sino que constituye una figura secundaria que queda en la penumbra.

Por lo cual la regulación—como hace nuestro Código (artículos 988 y sigs.)—en dicho plano de igualdad de aceptación y de repudiación supone la admisión del *ius delationis* como con-

(56) Ob. cit., pág. 42.

(57) Cfr. nuestro estudio cit. en loc. cit., pág. 917.

(58) Cfr. nuestro citado estudio en loc. cit., págs. 921 y es.

cepto *central* en esta materia y, consiguientemente, del sistema romano.

Por otro lado, el artículo 991 dice que «nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia». Lo cual implica que se considera que antes de la aceptación y de la repudiación se tiene un derecho a la herencia—*ius delationis*— y no que se es titular de ésta, con derecho a dejar de serlo.

Además de este argumento cabe alegar los que exponemos a continuación.

B) *La retroactividad de la aceptación.*—La retroacción de la aceptación—artículo 989—es cosa inexplicable sin la admisión del sistema romano, ya que si se adquirió por la sola muerte del causante, es evidente que la aceptación que quita *ex nunc* el poder de repudiar (ya que es una renuncia al mismo) no necesita ser retroactiva, puesto que el heredero lo es *desde antes* (59).

Contra esto es inútil alegar, como hace García Valdecasas—aunque reconociendo, como reconoce, la fuerza de la objeción—(60):

1.º Que este argumento de la retroacción de la aceptación se neutraliza con el de que si se da por acogido el sistema romano, cabe objetar que es entonces inexplicable la retroacción de la repudiación.

Tal alegación es improcedente, porque, como ya hemos visto, la retroacción de la repudiación es explicable también en el sistema romano.

2.º Que, contra la admisión del sistema germánico en nuestro Código, la objeción de la retroactividad de la aceptación no se basa en una contradicción, sino a lo sumo en la inutilidad o inaplicabilidad de parte de un artículo del Código, por innecesario y superfluo. Pues tal retroacción no va contra la adquisición *ipso iure*, sino que, presupuesta ésta, está simplemente de más.

Piénsese que, de acoger el sistema germánico, ya habría, al menos, dos pasajes del Código, innecesarios y superfluos: el artículo 657 y la parte del 989 correspondiente a la aceptación. Y, aunque sólo sea por cuestión de cantidad, preferimos considerar inútil sólo el 661.

Aparte de que es posible rechazar la contraobjeción de García Valdecasas, advirtiendo que no se trata realmente de que sea admisible el sistema germánico, arrumbando la retroactividad de la aceptación; sino de que esta retroactividad es una prueba de que

(59) En el mismo sentido y en el de lo que a continuación decimos, véase ROCA: *Estudios*, cits., pág. 15 y ss.; LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 26.

(60) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 111 y ss., véase sobre esto y lo que a continuación decimos.

el sistema acogido es el romano, puesto que en otro caso la norma sobre tal retroactividad sería innecesaria.

C) *La inexistencia de un breve plazo para la repudiación.*— La inexistencia de un breve plazo para la repudiación, cosa propia del sistema germánico, es otro argumento a favor del romano y, consiguientemente, objeción para los defensores de aquél. Objeción que, por lo demás, también García Valdecasas (61) indicaba, advirtiendo cómo es «la mayor incongruencia quizá, de nuestro Código, en su regulación de la adquisición hereditaria». Incongruencia, para él, a tenor de su posición. Muestra, para nosotros, de lo inexacto de esa posición.

7. *Conclusión.*

En conclusión, como puede verse a través de las anteriores páginas, las objeciones que García Valdecasas indica como posibles a su tesis tienen para nosotros más peso que los propios argumentos aducidos en apoyo de ésta. Los cuales, a su vez, son posibles objeciones a nuestra opinión.

Se trata, pues, de no desconocer unos u otras, sino de que, al estudiarlos, pesen más aquéllos o éstas en el ánimo del que los considera. Por ello se puede decir que de las líneas generales de su trabajo—aparte de cuestiones de detalle—sólo no compartimos las conclusiones. El parte de que «lo que ni siquiera cabe discutir, mientras no sea derogado el artículo 661, es que el principio básico de la adquisición hereditaria en nuestro Derecho se ajusta perfectamente al tipo germánico». Su propósito es «armonizar con ese principio los preceptos de inspiración romana contenidos en el mismo Código». Tarea a la que dedica su trabajo, esforzándose, «no sin confesar las grandes dificultades que ello ofrece, en encontrar algún sentido y aplicación, dentro del sistema de tipo germánico, a preceptos legales que no pueden desmentir su procedencia romana» (62).

Y en esta tarea de armonizar textos con un principio que considera indestructible—el del artículo 661—hace García Valdecasas todo lo que—sobre la base de nuestro Código—se puede hacer.

En tal sentido su trabajo sólo es atacable por la no excesiva solidez de los materiales que el Código le proporciona.

Ahora bien; nosotros discrepamos de él, porque hemos realizado una labor distinta: la de tratar de demostrar que, ante los demás textos legales, es preferible no sostener el principio que *literalmente* expresa el artículo 661.

La diferencia de nuestra conclusión procede, pues, fundamentalmente, sólo en un diferente punto de partida.

(61) La adquisición cit. en loc. cit., págs. 116 y ss. y De nuevo, cit. en loc. cit., pág. 992.

(62) De nuevo, cit. en loc. cit., págs. 991 y 992.

Los riesgos excluidos en el Seguro de Vida y la Reserva matemática

(Artículos 423 y 424 del Código de Comercio)

PASCUAL MENEU

Abogado del I. Colegio de Valencia

SUMARIO: Capítulo I. Planteamiento del tema.—II. Normas que regulan las relaciones entre las partes en el Seguro de Vida.—III. Las condiciones generales del contrato y los usos mercantiles.—IV. La Póliza de Seguro, contrato de adhesión; interpretación de sus posibles contradicciones, oscuridades o dudas, según nuestro Derecho.—V. Naturaleza y fines de la reserva matemática.—VI. Derecho comparado.—VII. Conclusiones: La solución en Derecho español vigente. Necesaria reforma de nuestra legislación.

I

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Nuestro Código de comercio, al regular el «seguro sobre la vida», dispone, en su artículo 423, que «el seguro para caso de muerte no comprenderá el fallecimiento si ocurriere en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Si el asegurado falleciere en duelo o de resultas de él. 2.º Si se suicidase. 3.º Si sufriere la pena capital por delitos comunes.» Y, según el artículo 424, tampoco comprenderá, «salvo pacto en contrario y el pago correspondiente por el asegurado de la sobreprima exigida por el asegurador: 1.º El fallecimiento ocurrido en viaje fuera de Europa. 2.º El que ocurriere en el servicio militar de mar o tierra en tiempos de guerra. 3.º El que ocurriere en cualquier empresa o hecho extraordinario y notoriamente temerario e imprudente.»

Sin otra norma legal sobre derechos de los beneficiarios en casos de fallecimiento del asegurado debido a riesgos excluidos (1), se ha sostenido no pocas veces que aquéllos carecían de todo derecho frente al asegurador, a no mediar estipulación alguna previniendo y regulando de otra forma tales casos, según

(1) Más adelante nos referiremos a la reciente legislación sobre riesgos catastróficos y particularmente a la Orden de 27 de marzo de 1944.

hemos comprobado personalmente en nuestra práctica profesional, defendiendo la tesis opuesta, que afortunadamente prevaleció. Por su importancia y general interés, la hicimos objeto de especial estudio, completando y desarrollando el de las cuestiones sometidas a nuestro dictamen y defensa en el año 1948, hasta redactar el presente trabajo (2).

Sostenemos la tesis, y creemos demostrarla cumplidamente, de que *si en la póliza no se estipuló otra cosa, los beneficiarios tienen derecho a la reserva matemática en casos de fallecimiento del asegurado debido a los riesgos excluidos por los artículos 423 y 424 del Código de comercio.*

Llegamos a tal conclusión luego de estudiar las normas que regulan las relaciones entre las partes en el seguro de vida, especialmente los usos mercantiles, todo ello según las condiciones generales de las pólizas de las compañías aseguradoras que operan en España en el ramo de vida. La interpretación de las condiciones del seguro, como contrato de adhesión y el estudio de la naturaleza y fines de la reserva matemática, nos conducirán también a la misma solución permitida por el Derecho español, todo lo cual tuvimos en cuenta, así como el Derecho comparado, al proponer finalmente la reforma de nuestra legislación.

Tal fué, pues, *el plan y método de nuestro trabajo.*

II

NORMAS QUE REGULAN LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES EN EL SEGURO DE VIDA

Ante todo hay que determinar y establecer con arreglo a qué norma debe decidirse toda cuestión en materia de contratos de seguros mercantiles, según el Derecho español. Y son aquellas normas, en primer lugar, las que resulten del propio contrato, de la misma póliza, porque la Ley, las disposiciones del Código de comercio y demás comunes a todas las entidades aseguradoras, sólo tienen carácter supletorio, según el artículo 385 de aquel cuerpo legal, y jurisprudencia sobre el mismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1928 y 27 de marzo de 1936, que dice: «En todo contrato de seguro la póliza, a tenor de lo dispuesto en el artículo 385 del Código de comercio, es la norma fundamental para regular las relaciones entre las partes.»)

Y en cuanto no esté previsto ni en el contrato ni en la Ley, en su defecto, *son fuente de Derecho los usos de comercio* generalmente observados, de conformidad con lo dispuesto en el

(2) Es de justicia proclamar nuestra gratitud al profesor don RODRIGO URÍA por su orientación y dirección.

artículo 2.º de dicho Código, ya que, por ser el contrato a prima fija y comerciante el asegurador, nos encontramos en presencia de un contrato mercantil. Así, según el artículo 380 del mencionado Código.

El contrato—formalizado en la póliza—, la ley, y los usos mercantiles son, pues, por este orden de prelación, las fuentes de Derecho en las que se ha de buscar la solución a la cuestión que se formula, y su fundamento.

III

LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO Y USOS MERCANTILES

Como el contrato de seguro se regirá, pues, por los pactos lícitos consignados en cada póliza y, en su defecto, por las reglas contenidas en el título VIII del libro II del Código de comercio—que nada previene sobre nuestra tesis—o por los usos de comercio observados generalmente, resulta que en las condiciones generales hemos de hallar la solución del problema que nos ocupa. Si se previno en ellas, son la ley del contrato; caso contrario, hemos de recurrir en busca de los usos de comercio a las condiciones generales de las pólizas de seguro que contratan las compañías que operan en España en el ramo de vida; la licitud de sus pactos está garantizada por la previa aprobación de los modelos de pólizas o contratos que desde el primer momento se proponga usar la sociedad, pues «las entidades aseguradoras sólo podrán usar en la contratación las pólizas cuyos modelos tengan presentados y aprobados en su expediente de inscripción o que posteriormente hayan sido presentados a la Inspección de Seguros y aprobados por ella (artículos 16, 17 y 24 del Reglamento de Seguros de 2 de febrero de 1912).

Hemos estudiado un sinnúmero de pólizas, contratadas desde 1920 hasta 1948, así como los modelos o facsímiles de las usadas por la inmensa mayoría de las setenta y cinco compañías que operan en España, mayoría representativa de más del 80 por 100 del capital asegurado en el ramo de vida, según estadísticas publicadas por el Sindicato Nacional del Seguro (3).

Las pólizas, en relación con los riesgos excluidos por los artículos 423 y 424 del Código de comercio, pueden clasificarse en grupos según que con referencia a cada uno de ellos estipulen, en esencia, que ocurrido el fallecimiento por tal causa, en cualquier época o dentro del primer o primeros años:

I. No dará derecho alguno y las primas pagadas pertenecerán a la Compañía.

(3) V. Boletín del Sindicato, octubre 1947.

II. La Compañía pagará solamente el valor de rescate o de la reserva matemática.

III. La Compañía reembolsará las primas pagadas.

IV. El riesgo queda cubierto mediante el pago de una sobreprima o en condiciones especiales (casos del art. 424).

V. El riesgo queda cubierto desde la fecha de la póliza (bien incondicionalmente o bien en determinadas circunstancias) o a partir de cierto tiempo, o una vez transcurrido éste será indisputable la póliza, cualquiera que fuese la causa del fallecimiento.

VI. El riesgo no queda cubierto.

En los supuestos agrupados bajo los números I al V, es obvio que de los pactos o condiciones de la póliza resultaran claramente los derechos y obligaciones de las partes, y concretamente para el asegurador:

I. Verse libre de toda obligación.

II. Estar obligado a pagar el valor de rescate o de la reserva matemática.

III. Su obligación de reembolsar las primas cobradas.

IV y V. Pagar el capital asegurado, según las condiciones estipuladas.

Pero, y en el supuesto VI, o sea, en aquellas pólizas en las que se estipuló tan sólo que el riesgo ¿no quedaba cubierto?

Evidente es que los beneficiarios no tendrán derecho al capital asegurado.

El Código sólo preceptúa que «el seguro para el caso de muerte *no comprenderá el fallecimiento*, si ocurriere en cualquiera de los casos...»

Su exposición de motivos nos dice que «no recaerá sobre el asegurador la obligación de *pagar la indemnización pactada en el seguro...*»

Mas entendemos que está obligado al pago de la reserva matemática teniendo en cuenta:

- a) Que existe un uso mercantil generalmente observado.
- b) Las normas sobre interpretación de contratos.
- c) La propia naturaleza y función de la reserva matemática.

Existe un uso mercantil:

«Históricamente—dice Garrigues (4)—el uso ocupa el primer rango en las fuentes del Derecho Mercantil. En todo tiempo la

(4) Curso de Derecho Mercantil, I, págs. 88-94 y «Tratado...» I, págs. 143 y 144, Esp. 165.

legislación mercantil ha sido, en su mayor parte, compilación y revisión de usos. En el artículo 2.º del Código de comercio el uso tiene el carácter de fuente del Derecho mercantil objetivo (uso normativo). Así lo demuestra la interpretación literal, lógica y sistemática del Código.» «El uso normativo representa una regla de derecho objetivo que se impone como tal, a la voluntad de las partes...» «Aquella cláusula típica del contrato se destaca de la voluntad de las partes, se aísla de ellas y se convierte en norma objetiva de Derecho y como tal se impone a la voluntad de los particulares, quienes, no pactando lo contrario, quedan vinculados aunque la ignoren.»

Veamos, pues, cuáles son los usos en relación con cada uno de los riesgos excluidos:

Duelo y suicidio.—Son los casos más general y rigurosamente previstos desde antiguo. Observamos en las pólizas una progresiva liberalidad que a través de la clásica distinción entre suicidio consciente e inconsciente (5) desde las primitivas condiciones por las que los siniestros debidos a estas causas no daban derecho alguno o anulaban la póliza (reteniendo la Compañía el total de las primas pagadas), nos lleva a las cláusulas hoy generalmente estipuladas en cuya virtud se reconoce, al menos a los beneficiarios, el derecho a la reserva matemática, si tal riesgo no queda cubierto o amparado en una especial cláusula de indisputabilidad por haber ocurrido antes de transcurrir cierto tiempo (que suele ser un año las más veces) desde la fecha del contrato.

Hemos examinado las condiciones de las pólizas de las doce entidades que van a la cabeza de la estadística del ramo de vida publicada por el Sindicato Nacional del Seguro (6) con un porcentaje ya del 60 por 100 del capital asegurado en España por este ramo, y estipulan para estos casos el pago a los beneficiarios de los reserva matemática, cuando no proceda el pago del capital asegurado, llegando alguna Compañía a obligarse al pago de una cantidad igual a las primas cobradas. De las Compañías que les siguen hasta el número 22, ocupado por «Le Phenix» conocimos las pólizas de cinco de ellas, y establecen las mismas estipulaciones representando un 7 por 100 más del Seguro de Vida en España, y del examen de numerosas pólizas de entidades aseguradoras que ocupan los números 22 al 75 en tal estadística, resulta que buena parte de ellas, incluso la última, confirma y recoge en su clausulado la existencia de la misma estipulación, que constituye, por tanto, un uso mercantil generalmente observado.

Pena capital.—Podemos asegurar que la muerte del asegurado por sufrir la pena capital por delitos comunes, es riesgo hoy cu-

(5) Que estipulaban las pólizas francesas inicialmente, siguiendo la práctica norteamericana.

(6) Boletín citado.

bierto generalmente por los aseguradores del ramo de vida, ya que suelen estipular que «la Compañía garantiza el pago del capital asegurado, en caso de muerte, cualquiera que sea la causa que la produzca», o «la póliza cubre todos los riesgos de muerte» o «...cubre el riesgo de muerte de una manera absoluta, cualquiera que sea la causa», sin más limitaciones, salvedades o excepciones que las que insertan a continuación, y entre las que hoy puede decirse que no figura la pena capital, pues la hemos encontrado expresamente excluída sólo en contadísimas pólizas y algunas de ellas concedían a los beneficiarios el derecho a la reserva matemática.

Por tanto, en relación con este riesgo, es muy poco probable en la práctica que no quede cubierto, pero cuando en la póliza se estipule simplemente su exclusión, no podrá invocarse un uso mercantil para obligar al asegurador a pagar la reserva matemática, por no observarse tal uso con la necesaria generalidad.

Se estimó por ello necesario que el artículo 6.º de la Ley de 17 de mayo de 1940, obligara a las Compañías al pago de los siniestros ocurridos después del 18 de julio de 1936, por ejecución de pena capital.

Viajes fuera de Europa.

Es uso generalmente observado en las pólizas españolas garantizar el riesgo de viajes por todo el mundo sin pago de sobreprima, desde la emisión de la póliza o poco tiempo después, exceptuándose solamente «los viajes de exploración», los submarinos y los efectuados por vía aérea, no siendo en línea regular de pasaje autorizada por el Estado.

Pero si se estipulan estas exclusiones, se conviene también generalmente que si el asegurado falleciere a consecuencia de alguno de los viajes exceptuados, *la Compañía no tendrá más obligación que la de pagar la reserva de la póliza.*

Servicio militar en tiempo de guerra.—Ha sido el propio legislador quien en el preámbulo a la Orden de 27 de marzo de 1944, calificó de «régimen de peligrosa diversidad en la emisión de pólizas» el vigente hasta entonces en España y «denunciado por las propias Entidades aseguradoras a través del Sindicato Nacional del Seguro. Para el riesgo extraordinario de guerra, según el citado preámbulo, «unas Compañías ofrecen su cobertura sin garantía alguna, otras mediante el pago de sobreprima y muchas rechazando dicha cobertura...»

Antes de la legislación especial sobre cobertura de riesgos catastróficos, ya solía estipularse la suspensión del Seguro para caso de servicio militar en tiempo de guerra, *pero si el asegurado fallecía durante la suspensión, o por un riesgo de guerra no cubierto, la Compañía se obligaba a pagar íntegramente el importe de la reserva matemática de la póliza, sea cual fuere el número de primas satisfechas.*

Sobrevvenida nuestra pasada guerra, la Ley de 17 de mayo de 1940 dispuso la regularización de contratos de seguros sobre la vida y el pago de los capitales a los beneficiarios de asegurados muertos en guerra o por la revolución; su artículo 1.º reputaba sin efecto, desde el 19 de julio de 1936, las cláusulas contenidas en las pólizas de Seguros del Ramo de Vida aprobadas por la Administración española, relativas a la extinción, resolución, ineficacia o reducción automática de los contratos por falta de pago de las primas convenidas en los plazos pactados. Y en virtud de su artículo 6.º quedaban obligadas las Compañías aseguradoras en las condiciones que se establecían al pago de los siniestros ocurridos después del 18 de julio de 1936, por consecuencia de hechos de la guerra, dándose a continuación normas para equilibrar las obligaciones de las Compañías aseguradoras dentro de las respectivas explotaciones, y arbitrándose recursos entre los que destaca una detracción igual al 5 por 100 del capital asegurado por cada póliza en 18 de julio de 1936, a practicar en el momento de su pago por el asegurador.

Posteriormente la Orden ministerial de 27 de marzo de 1944, sujetó a lo en ella dispuesto la cobertura del riesgo de guerra, entre otros catastróficos, incluyendo en el Consorcio de Seguros de Vida la compensación futura de tales riesgos, si el asegurado expresa su deseo favorable y mediante cláusula redactada conforme a los términos que al efecto dicte la Dirección General de Seguros. Esta Dirección, mediante Orden-circular de 12 de mayo de 1944, dispuso: «Quedan obligadas las Entidades aseguradoras a estampillar, en todas las pólizas que emitan, las siguientes cláusulas alternativas, según la voluntad del asegurado:

Cláusula número 1.—«Quedan cubiertos con la presente cláusula los riesgos catastróficos que por obedecer a causas extraordinarias, como las de guerra, revolución, epidemia y otras semejantes, determinen un aumento sobre la siniestralidad ordinaria.

La cobertura de los citados riesgos se efectuará, en régimen de compensación, entre todas las Entidades aseguradoras inscritas, dentro del actual Consorcio de Compensación de Seguros (Vida).

Para hacer frente a la siniestralidad que se produzca, las Entidades aseguradoras devengarán desde la fecha señalada por la Dirección General de Seguros como de aparición del riesgo, una sobreprima provisional del 1 por 100 anual del capital en riesgo, que corresponda a la póliza al final del último año del Seguro anterior a aquella fecha.

Esta sobreprima se percibirá por la Compañía en el tiempo y forma que determine la Dirección General de Seguros, la cual fijará también, después de desaparecido el riesgo, el término de su percepción.

Las pólizas que resultaren siniestradas por esta clase de ries-

gos contribuirán con una detracción sobre las indemnizaciones o sumas a percibir, cuyo coeficiente fijará la Dirección General de Seguros, habida cuenta del volumen alcanzado por la siniestralidad extraordinaria cubierta.

Por su parte, las Entidades aseguradoras contribuirán con el coeficiente que en su día se determine, sobre la diferencia que se produzca entre la mortalidad real y la prevista correspondiente a los ejercicios económicos en que se haya percibido la sobreprima, en función de las pólizas acogidas.

Cláusula número 2.—Por voluntad expresa del asegurado y en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden de 27 de marzo de 1944, quedan excluidos de esta póliza por la presente cláusula, los riesgos catastróficos que por obedecer a causas extraordinarias, como las de guerra, revolución, epidemia y otras semejantes, determinen un aumento sobre la siniestralidad ordinaria.»

Se nota en seguida la falta de un precepto imponiendo al asegurador la obligación de pagar la reserva matemática en los siniestros debidos a tales riesgos catastróficos que fueren excluidos de la cobertura. Pero aunque en esa oportunidad no se dictó, siguiendo uso ya antiguo, cuando el asegurado contrata según la cláusula número 2, a continuación de la misma generalmente añaden los aseguradores: «*caso de fallecer el asegurado a consecuencia de alguna de las causas enumeradas, la Compañía pagará a los beneficiarios la reserva matemática.*»

Tal ha sido la solución que el Seguro español ha dado para la necesidad económica por parte de los asegurados de encontrar cobertura para unos riesgos imposibles de valorar técnicamente, y que cual el de guerra, fueron considerados largo tiempo como no asegurables con arreglo a bases científicas, por escapar a toda previsión, según el cálculo de probabilidades.

Empresa o hecho extraordinario y notoriamente temerario e imprudente.—Cuando ocurriere el fallecimiento por estas causas, dada la amplia fórmula de cobertura («riesgo de fallecimiento cualquiera que sea la causa...»), ha de entenderse comprendido en la garantía del Seguro, a menos que expresamente no se excluyan dichas causas, como suele hacerse con los accidentes de aviación o aeronave, fuera de líneas comerciales, viajes de exploración, submarinos, carreras, etc.

Pero se estipula para tales siniestros la obligación de pagar la reserva matemática.

IV

LA PÓLIZA DE SEGURO, CONTRATO DE ADHESIÓN: INTERPRETACIÓN DE SUS POSIBLES CONTRADICCIONES, OSCURIDADES O DUDAS, SEGÚN NUESTRO DERECHO. LA INDISPUTABILIDAD

El de Seguros es un contrato de los llamados de adhesión, es

decir, según lo define MESSINEO, «aquel en el cual las cláusulas son redactadas por uno solo de los futuros contratantes, así que el otro no puede modificarlas, y no tiene sino que aceptarlo o rechazarlo (7).

Contrato de adhesión, pues, el de Seguros, presenta al futuro contratante unas condiciones que, cual en todos los contratos de igual clase, redactan las Compañías sin ninguna intervención del asegurado, para imponerlas al mismo, en el sentido de que si contrata ha de hacerlo con todas aquellas estipulaciones.

Como dice un autorizado jurista, están en juego una voluntad propiamente constitutiva del negocio jurídico, la de la empresa que redactó *unilateralmente* el esquema, la póliza, el formulario, y otra simplemente adhesiva, la del cliente. Este no discute ni colabora en la formación del contrato, se pliega de grado o por fuerza a la normación dictada unilateralmente, por la potencia económica de la empresa, para pasar a ser, desprovisto de toda significación personal, un número: el de la póliza.

De aquí su importancia a efectos de interpretación de aquellos contratos llamados de adhesión. Está regulada por los artículos 50 y 57 del Código de comercio, y 1.281 y 1.289 del Código civil, de cuyos preceptos resulta que como todos «los contratos de comercio se cumplirán y ejecutarán de buena fe, y se regirán en todo lo relativo a su interpretación y que no se halle expresamente establecido en el Código de Comercio o en leyes especiales, por las reglas generales de derecho común. Según éstas deben entenderse las cláusulas de diversos sentidos por aquel más adecuado para que produzcan efecto, sin que en ningún caso la interpretación de cláusulas oscuras pueda favorecer a la parte que haya ocasionado la oscuridad, y resolviendo las dudas, si el contrato fuera oneroso en favor de la mayor reciprocidad de intereses» (artículos 1.284, 1.288, 1.289 del Código civil).

Así lo tiene también declarado el Tribunal Supremo en su doctrina, reiterando criterios de interpretación que forman ya jurisprudencia susceptible de ser invocada en casación, y muy particularmente conviene citar sus sentencias de 13 de diciembre de 1934 y 27 de febrero de 1942, sobre interpretación del clausulado de pólizas de seguros, pues la primera de ellas se pronuncia a propósito de demanda fundada en póliza emitida por cierta compañía aseguradora, en los siguientes términos:

«...ha de tenerse en cuenta que el seguro es prácticamente un contrato de los llamados de adhesión, y por consiguiente, en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de una póliza (redactada por las Compañías, sin intervención alguna de sus clientes), se ha de adoptar de acuerdo con la regla del artícu-

(7) MESSINEO, FRANCESCO: *Dottrina generale del contratto*, 2.^a ed., Milano, 1946, pág. 214.

lo 1.288 de nuestro Código civil la interpretación más favorable al asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la empresa aseguradora.» La sentencia de 27 de febrero de 1942 reitera esta doctrina.

Tal criterio interpretativo es tan fundado que los autores patrios y extraños lo proclaman unánimemente, y en la legislación tan moderna y progresiva como el nuevo Código civil italiano, encontramos su artículo 1.370 (correspondiente al 199 del libro IV de las Obligaciones), que dice: «Le clause inserite nelle condizioni generali del contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro»

Igualmente en Norteamérica, según nos dice MAGEE, «cuando los Tribunales son llamados a intervenir para que ayuden a llegar a la interpretación del sentido de un contrato de seguros, se acostumbra a aplicar la máxima de la ley de seguros, según la cual «las palabras del instrumento se interpretan fuertemente contra quienes las redactan»... «Cuando el lenguaje del contrato permite dos interpretaciones, una en favor del asegurador y la otra en favor del asegurado, así como entre el asegurador y el asegurado, los Tribunales interpretarán el contrato contra el asegurador» (8).

También la jurisprudencia suiza interpreta contra el asegurador las cláusulas que delimitan el riesgo asegurado, por ser aquél el único redactor de las condiciones generales (9).

El prestigioso Letrado señor Rujiz Salas, del Ilustre Colegio de Bilbao, viene a la misma conclusión en su obra «Los seguros mercantiles privados» (en curso de publicación).

Y lo mismo sostiene el profesor GARRIGUES: «El principio de la buena fe tiene en el seguro una importancia singular. Se tiene en cuenta la desigual posición económica de las partes para dulcificar una interpretación rigurosa en contra del asegurado y para interpretar, en cambio, en contra del asegurador, las cláusulas oscuras (art. 1.288 del Código civil)» (10). Véase su *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, página 363, edición 1940.

No obstan a los razonamientos antes expuestos los preceptos de los artículos 16 y 17 en relación con el 24 a) del Reglamento de Seguros de 2 de febrero de 1912, porque pese a las prescripciones de los mismos ahí está el hecho objetivo de la ambigüedad, oscuridad o contradicciones en el clausulado de las pólizas, evidenciado por la realidad, acreditada indubitadamente por la jurisprudencia antes citada.

Y no puede tampoco argüirse en contra la CLÁUSULA DE INDISPUTABILIDAD. Bastará recordar los orígenes de esta cláusula y su

(8) MAGEE, JOHN H.: *Seguros Sociales*, México, 1947, I, págs. 155-156.

(9) V. THEO GUHL: *Le droit fédéral des obligations...* Zurich, 1947, página 719.

(10) V. RODRIGO URÍA GONZÁLEZ: *El Seguro Marítimo*. (Barcelona, 1940). *Sobre interpretación del contrato del seguro en relación con las especiales características del Seguro Marítimo*, capítulo I, Esp., pág. 19 y nota 17.

verdadero significado, que no es otro sino una libertad o renuncia que hacen las Compañías aseguradoras de los derechos que les confiere el artículo 381 del Código de Comercio y disposiciones concordantes, dándole la seguridad al contratante de que durante la vida del asegurado o luego de su muerte, no será alegado el error, ocultación, etc., para discutir o negar los derechos derivados del contrato.

En prueba de ello, nótese cómo en algunas pólizas de seguros, luego de establecerse que las declaraciones contenidas en la proposición hecha a la Compañía constituyen la base del contrato, y que las falsas o inexactas lo anulan, se añade, bajo el epígrafe INDISPUTABILIDAD que, transcurrido un año, quedarán sin efecto las anteriores prevenciones, y la póliza será indisputable, beneficio éste que en algunos casos se concede desde su firma, y por tanto no obsta a que se discuta entre las partes la legitimidad de los derechos que invoquen él o los beneficiarios.

Así lo reconocen, entre otros, MADARIAGA (*El seguro sobre la vida en España*, Madrid, 1932, pág. 51), RUIZ SALAS (*Conceptos afines al seguro. El contrato de seguro y su contenido, interpretación; las declaraciones del asegurado*. En «Revista de Derecho Privado» número 30, septiembre de 1944, págs. 685 y ss.) y don VICENTE MUNTADAS, en su obra «Seguros de Vida, sobre indisputabilidad de las pólizas de Seguro de Vida».

V

NATURALEZA Y FIN DE LA RESERVA MATEMÁTICA

Está constituida la reserva matemática, según el artículo 17 de la Ley española de Seguros de 14 de mayo de 1908, «por la cifra que represente el exceso de valor actual, de los compromisos que hubiere de cumplir la Compañía sobre el valor actual de las primas netas que han de satisfacer los asegurados, fundado precisamente en las bases del cálculo de la Empresa, presentadas con arreglo al número 6 del artículo 2.º de esta Ley y aceptadas por el Ministerio de Hacienda».

En la Legislación francesa encontramos análoga definición (11) que ha sido criticada por los mismos autores franceses a causa de su falta de claridad.

RUIZ FEDUCHY define la reserva diciendo que «es la diferencia entre los valores actuales de los compromisos recíprocos del asegurador y del asegurado» (12).

Sin invadir el campo de la ciencia actuarial—y confesando nuestra falta de preparación para ello—una somera consideración de las primas y bases para cálculo en el Seguro de Vida, parece aquí necesaria.

(11) Art. 150 del Decreto de 30 de diciembre de 1938.

(12) *Manual del actuario*. Madrid, pág. 381.

Según la vigente redacción del artículo 99 del Reglamento de Seguros, «las tablas de sobrevivencia que las Compañías de Seguros sobre la Vida podrán adoptar como base de cálculo de sus reservas matemáticas, serán las siguientes: a) Para los seguros en caso de muerte:

La de asegurados franceses (A. F.).

La de ingleses Hm. (1902).

La de austrohúngaros de 1907 (G.).

La de experiencia americana.

La del colegio de Berlín (M. I.).

Estas tablas, llamadas también de mortalidad (13) y que han sido definidas como aquellas «que señalan entre un determinado número de personas cuántas de ellas alcanzan el próximo año de vida» (14), evidencian que la mortalidad aumenta con la edad.

Por tanto, en el Seguro sobre la Vida para caso de muerte, se comprobó estadística y matemáticamente que el riesgo asegurado aumenta con el transcurso del tiempo. Y siendo el seguro a prima anual fija—descartándose el seguro a prima única o a prima natural—resulta que en los primeros años la prima es superior al riesgo, pasando a ser más tarde de valor igual y aún inferior.

La prima fija ha tenido en el negocio de seguros y por parte de los asegurados la general aceptación de que carecieron el seguro a prima única o prima natural. Pagar de una sola vez el precio del seguro, o pagar una prima natural que aumenta cada año a medida que aumenta el riesgo, haciéndose mucho más gravoso su pago en los últimos años, es algo que, aun susceptible de cálculo actuarial, no ha tenido éxito en la práctica.

De ahí que se contrate el seguro a prima fija, y que los autores coincidan en que ésta pueda descomponerse en dos partes: la prima de riesgo, correspondiente al corrido durante la anualidad, y la prima de ahorro o capitalización, «que excede de los riesgos del año y aumentada con los intereses compuestos debe suplir las deficiencias de los años futuros, cuando el riesgo del año excede de la prima natural» (15). Estas últimas constituyen la reserva matemática y su cuantía es extraordinaria.

«Para hacer frente a estos riesgos y obligaciones futuras—nos dice GARRIGUES—la empresa aseguradora tiene que dejar en reserva, al final de cada ejercicio económico, el porcentaje de primas anticipadas que resulte necesario para responder del futuro vencimiento de las obligaciones ya contraídas.»

«...Resulta evidente la necesidad de que las Empresas aseguradoras en el ramo de la Vida, recojan y acumulen en su patrimonio esas fracciones o partes de primas satisfechas por la masa de

(13) Pueden verse en las obras de F. H. SHAW, RUIZ FEDUCHY y MAGEE citadas.

(14) HERRMANSDORFER: O. cit., pág. 108.

(15) V. NATALIO MURATTI: *Elementos económicos, técnicos y jurídicos del Seguro*. Buenos Aires, 1946, pág. 150.

asegurados, que excede, realmente, de los riesgos corridos en los primeros años del contrato» (16).

Se forma así *la reserva matemática global*, que ha sido definida como «el total de gastos causados, según las tablas de mortalidad, por la realización de riesgos asegurados» (17).

A cada póliza corresponde una parte de la reserva global, que se ha llamado reserva matemática individual.

¿Cuál es la *naturaleza jurídica de la reserva*?

He aquí la cuestión que ha apasionado y dividido a los autores, y que no podemos soslayar en nuestro estudio.

F. H. SHAW nos responde que «no son otra cosa que un depósito de exclusiva y conjunta propiedad de los asegurados» (18).

Para MADARIAGA «las Compañías reciben de cada uno de sus asegurados durante los primeros años de su contrato cantidades en exceso a las necesarias y, consecuentemente, poseen un capital de éstos que han de guardar religiosamente para aplicarlo al fiel cumplimiento de sus obligaciones futuras» (19).

MURATTI considera que «la reserva matemática en los seguros de vida se puede representar en forma de una cuenta entre el asegurado y la Compañía aseguradora» y citando a GONZÁLEZ GALE (20), escribe que «son sumas anticipadas por los asegurados para cubrir riesgos futuros. Es decir, un pasivo del asegurador, pero exigible solamente en un momento dado, hasta el valor de rescate de la respectiva póliza» (21).

En el Primer Congreso Latino Americano de Aseguradores sostuvo TORRES que «las reservas... se constituyen porque al cierre del ejercicio existe la necesidad de considerar las primas cobradas anticipadamente como no ganadas en su totalidad» (22).

Para GARRIGUES la reserva matemática—deducidos los gastos de administración—pertenece, al menos en potencia—al patrimonio del tomador del seguro (23).

HERRMANSDORFER, después de tratar de la descomposición de la prima en dos partes, que llama parte de riesgo y parte de reserva, sostiene que supone la reserva «una gran partida en los

(16) GARRIGUES: *Curso...*, t. II, págs. 366-367.

(17) CAPITANT, COLLIN ET J. DE LA MORANDIER: *Cours élémentaire de droit civil*, 9.^a ed., t. II, pág. 844 y PLANIOL, RIPERT, LEPAGNEUR: *Droit Civil*, XI, número 1404, pág. 729, citados por FICARD y BESSON: O. cit., IV, pág. 344.

(18) *Teoría y práctica del Seguro de Vida*. Madrid, 1907. pág. 129.

(19) CÉSAR DE MADARIAGA: *El seguro sobre la vida en España*. Madrid, 1952, pág. 33.

(20) GONZÁLEZ GALE, J.: *Elemento de cálculo actuarial*. Buenos Aires, 1942, pág. 180.

(21) MURATTI: *Elementos económicos, técnicos y jurídicos del Seguro*. Buenos Aires, 1946, págs. 150-151.

(22) V. *Primer Congreso latino-americano de aseguradores*, T. III, citado por MURATTI en sus «Elementos...»

(23) GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Madrid, 1940 pág. 432.

balances de las Sociedades de Seguro de Vida, siendo consignadas por separado, puesto que se trata de capitales ahorrados por los asegurados» (24).

WEBER y WARTBURG nos dicen que «en el balance esta reserva matemática se considera como una obligación, una deuda de la Compañía frente al conjunto de sus asegurados, al igual que los haberes en Cajas de Ahorros representan la deuda de la Caja frente a sus depositantes, aunque aquí frente a cada uno de ellos» (25).

Para BENÍTEZ DE LUGO la reserva es «el acervo que en poder del asegurador, los asegurados con el isocronismo de sus primas de ahorro constituyen, para dar cumplimiento a los fines previsores de sus contratos, que es el capital de esta institución redentora» (26).

Sin negar todo derecho a los asegurados en relación con la reserva matemática individual, nos parece evidente que, en buena técnica jurídica, no puede sostenerse que tengan precisamente un derecho de propiedad, ni que la Compañía sea depositaria de las mismas, ni compararse a una cuenta corriente.

Si tenemos en cuenta que en los modelos oficiales de balances (27) para las Compañías Anónimas de Seguros sobre la Vida (parte integrante del Reglamento de Seguros, según su disposición adicional segunda), figuran en el activo la propiedad inmueble y valores, y en el pasivo las reservas matemáticas, y que según el 103 del Reglamento las reservas *quedarán afectas especial y exclusivamente a las responsabilidades contraídas en los contratos a que dichas reservas corresponden*, debiendo estar representadas «por metálico, valores..., cantidades prestadas por la Compañía sobre sus propias pólizas o sobre dichos valores, inmuebles urbanos situados en España y primeras hipotecas sobre los mismos...» (según preceptúa el art. 17 de la Ley de Seguros), de todo lo cual es ciertamente propietario o titular el asegurador, concluiremos que en España más que un derecho de propiedad, lo que tiene el asegurado o contratante es un derecho de crédito contra el asegurador, especialmente privilegiado, que le garantiza, al menos, el cobro del importe de la reserva individual. Si no fuere así, no se explicaría la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre del asegurador de los inmuebles adquiridos con parte de la reserva o de los préstamos hipotecarios en que se invierte, haciendo «constar en el Registro de la Propiedad correspondiente la condición de *estar afectos a las reservas matemáticas*» (art. 17 de la Ley).

Esto es lo que ha establecido el legislador, y por ello dispone

(24) HERRMANSDORFER: *Seguros privados*. Barcelona, 1933, págs. 108-109.

(25) WEBER y WARTBURG: *L'assurance sur la vie*. Lausanne, 1932, pág. 88.

(26) FÉLIX BENÍTEZ DE LUGO RODRÍGUEZ: *Tratado de Seguros*, T. II, Madrid, 1942, pág. 370.

(27) V. Decreto de 25 de abril de 1953, aprobando nuevo modelo de Balance en «B. O. del Estado» de 28 de mayo de 1953.

en el artículo 25 del tan citado Reglamento de Seguros que «las condiciones generales de las pólizas de las Compañías de Seguros sobre la Vida a prima fija deberán contener, además, especialmente: b) La cuantía de la póliza liberada, del rescate y del préstamo a los cuales puede tener derecho el asegurado».

Porque al amparo del artículo 426 del Código de Comercio, el asegurado tiene derecho a disponer de la reserva matemática de su contrato como prima única del seguro cuya póliza así liberada cubrirá sólo el capital reducido que comprende. Y según usos mercantiles generalmente observados, también una vez pagadas tres primas anuales, tiene derecho el asegurado al valor de rescate, que viene a ser la reserva matemática y aún a anticipos, equivalentes a la mayor parte de la reserva.

En la moderna doctrina no encontramos argumentos que contradigan seriamente lo expuesto.

Tratadista tan reputado como GARRIGUES sólo llega a decir que la reserva matemática «pertenece, al menos en potencia, al patrimonio del tomador de seguro», y esto luego de afirmar: «resulta evidente la necesidad de que las empresas aseguradoras en el Ramo de Vida, recojan y acumulen EN SU PATRIMONIO esas fracciones o partes de las primas satisfechas por la masa de asegurados, que excede realmente, de los riesgos corridos en los primeros años del contrato (28).

En la doctrina extranjera tampoco prevalece actualmente la opinión de que la reserva matemática sea propiedad del asegurado, sin perjuicio de reconocer sus derechos y privilegios en relación con la misma.

Sin embargo, en otro tiempo, tratadistas tan prestigiosos como COLIN y CAPITANT (29) consideraban «indefendible» el que la reserva matemática pertenezca al asegurador, opinando que pertenece al grupo de asegurados, «a una Mutualidad constituida por todos los asegurados del mismo orden que él. *Esta Mutualidad* —dicen— *es la que es propietaria de la reserva global*». En el seguro mercantil creemos que es esto precisamente lo indefendible, pues por más que recuerde la idea de mutualidad, sólo tienen personalidad jurídicas las partes, la Compañía aseguradora y el tomador del seguro, y a la primera han de pertenecer forzosamente las reservas matemáticas, aunque afectas al cumplimiento de determinadas obligaciones.

Citaremos por todos los actuales tratadistas a LALOUX, en relación con el Derecho belga (30), y, por lo que se refiere al Derecho francés, a PICARD y BESSON (31), quienes fundadamente sos-

(28) GARRIGUES: O. cit. II, págs. 432 y 367.

(29) V. COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, t. 4.º, Madrid, 1925, pág. 609 y ss.

(30) *Traité des assurance terrestres en droit belge*. Bruxelles, 1944. páginas 407-408.

(31) O. cit., tomo IV, págs. 347 y ss.

tienen que el asegurado no tiene sino un derecho de crédito sobre la reserva matemática individual, opinión que basan en el texto expreso del artículo 14 del Decreto-ley de 14 de junio de 1938, y en jurisprudencia del Tribunal de Apelación de París, que ya en sentencias de 4 de enero de 1901 y 30 de junio de 1904 había establecido que la reserva es propiedad del asegurador, teniendo los asegurados tan sólo un derecho de crédito contra la Compañía.

Consecuencia de ello es que en los casos en que el riesgo de muerte no está cubierto, la reserva matemática individual ha de ser pagada a los beneficiarios o a los derechohabientes del asegurado, según dispone la ley francesa para los casos de suicidio, muerte por el beneficiario o por hecho de guerra, cual veremos al tratar de derecho comparado.

VI

DERECHO COMPARADO

Consecuentes con nuestra convicción sobre la necesidad del estudio de la legislación y del Derecho comparado, en otro lugar expuesta (32), y recordando una vez más la autorizada opinión del profesor Adolfo Posada sobre la grandísima utilidad y eficacia del método comparativo en el estudio y en la construcción doctrinal del Derecho (33), no podemos dejar de consagrar unas páginas a la legislación extranjera y usos extranjeros o internacionales, sobre las cuestiones objeto de nuestro estudio, máxime cuando presentan especial interés por la influencia notoria que han ejercido más allá de las fronteras respectivas, por ocupar el seguro un lugar preferente entre esas «grandes corrientes internacionales que sobrepasan las fronteras políticas y hasta las fronteras, más grandes aún, de los diferentes sistemas jurídicos» (34).

Expondremos, pues, sucintamente lo que resulte de la legislación, doctrina y usos mercantiles de los países que más influencia han ejercido sobre el seguro español y su reglamentación.

FRANCIA.—En estas páginas dedicadas al Derecho comparado comenzamos ocupándonos de la legislación y doctrina francesas, tanto por su importancia como por la influencia que éstas han ejercido en nuestra Patria, al igual que el seguro francés.

(32) V. PASCUAL MENEU: *Derecho comparado y Derecho internacional*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, (y en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1951) y bibliografía allí citada.

(33) «El estudio comparativo de las instituciones jurídicas y políticas se impone como una necesidad ineludible de los tiempos, como una gran exigencia de la cultura jurídica, merced a la tendencia irresistible de carácter internacional del movimiento legislativo, social y económico contemporáneo.» V. POSADA: *Derecho político comparado*. Madrid, 1906, págs. 199, 215 y 237.

(34) V. MARC ANGEL: *L'avocat et le droit comparé*, en «*Journal des Tribunaux*». Bruxelles, 1950, pág. 218.

Fundamental en la materia es la Ley de 13 de julio de 1930 (35), que nuestro tratadista Benitez de Lugo califica de «importantísima Ley en la que se recoge la doctrina y jurisprudencia universal sobre el seguro de vida» (36). También tiene capital interés en relación con el riesgo de guerra la Ley de 22 de julio de 1919 y el Decreto-ley de 22 de febrero de 1940, reformado por las Leyes de 14 de mayo de 1941 y 15 de febrero de 1943, y por Decreto de 30 de diciembre de 1944.

Estudiaremos, pues, los casos de exclusión de riesgo:

Duelo.—La exclusión de este riesgo era en otro tiempo usual en las pólizas francesas, pero hoy los aseguradores lo consideran asegurable, comprendido en la amplia garantía de las pólizas francesas para caso de muerte, cualquiera que sea la causa. La Ley de 1930, ni ninguna otra, nada dispuso en contrario.

Suicidio.—La Ley de 13 de julio de 1930, relativa al contrato de seguro, dedica su título III a los seguros de personas, en cuya sección II encontramos el artículo 62, del siguiente tenor:

«El seguro para caso de muerte es nulo si el asegurado se da muerte voluntariamente. *Sin embargo, el asegurado debe pagar a los derechohabientes una suma igual al montante de la reserva, no obstante cualquier estipulación en contrario.*»

Toda póliza que contenga una cláusula por la que el asegurador se obligue a pagar la suma asegurada, incluso en caso de suicidio voluntario y consciente del asegurado, no puede producir efecto sino pasado un plazo de dos años desde la conclusión del contrato.

La prueba del suicidio del asegurado incumbe al asegurador. La de la inconsciencia del asegurado, al beneficiario del seguro.»

Relacionando este texto con el artículo 12 de la misma Ley —que releva al asegurador de toda responsabilidad por las pérdidas y daños que provengan de una falta intencionada o dolosa del asegurado—, entiende la doctrina francesa que «la exclusión de la garantía en caso de suicidio tiene lugar de pleno derecho», incluso faltando cláusula particular en el contrato, y también en el seguro sobre la vida de un tercero. Entiende, además, siguiendo la distinción tradicionalmente admitida desde finales del pasado siglo, que «la exclusión legal no se aplica más que al suicidio *consciente*», fundándose en la exposición de motivos de la ley de 1930, el proyecto de 1904, y otros trabajos preparatorios, que emplean la palabra «voluntario» en el sentido de «consciente» (37).

(35) Su texto íntegro lo encontramos en el «Code Civil Annoté...», por M. HENRY BOURDEAUX. Paris, Dalloz 1935, págs. 732 a 744.

(36) V. BENÍTEZ DE LUGO: *Tratado de Seguros*, t. II, pág. 404.

(37) V. PICARD, MAURICE y BESSON, ANDRÉ: *Traité Général des Assurances terrestres en droit français*. T. IV. Paris, 1945, pág. 220.

Pero el párrafo segundo del artículo 62, antes transcrito, permite que el asegurador se obligue a pagar la suma asegurada en caso de suicidio voluntario y consciente, transcurridos dos años desde la fecha del contrato. Es la llamada cláusula de indisputabilidad diferida («incontestabilité différée») usual desde hace mucho tiempo en el extranjero, principalmente en los países angloamericanos, e introducida en Francia por las compañías extranjeras, según nos dicen Picard y Besson.

Notemos, finalmente, que el párrafo primero de dicho artículo obliga al asegurador, a pesar de cualquier estipulación en contrario, a pagar una suma igual a la reserva matemática, que percibirán los beneficiarios en los casos en que no tengan derecho al capital asegurado.

Como dicen los citados tratadistas, el asegurador «tiene el derecho de conservar la prima de riesgo, aquella que corresponde al riesgo cubierto hasta entonces, pero la prima de ahorro, que sirve para constituir la reserva, quedaría sin causa en su poder: es justo que la restituya (38).

Pena capital.—El riesgo de muerte por sufrir pena capital deliberadamente no aparece excluido en las pólizas francesas, ni en la Ley de 1930, aunque sí lo estaba por el artículo 53 del proyecto de 1904, según nos dicen los autores citados (39), quienes añaden que la cuestión apenas presenta interés práctico.

Por tanto, este riesgo, como el de muerte en duelo, queda cubierto por la amplia garantía de las actuales pólizas francesas para caso de muerte, en contra de lo que estipulaban antiguamente.

Viajes fuera de Europa.—El fallecimiento en estos viajes no estaba garantizado por las pólizas francesas en la época en que se publicó nuestro Código de comercio. Pero en Francia, como en otros muchos países, el progreso y el perfeccionamiento de los medios de transporte y de las comunicaciones han hecho desaparecer casi por completo las restricciones o limitaciones sobre viajes, y hoy casi puede decirse que el seguro comprende los viajes fuera de Europa.

En el siglo XIX el contrato sólo producía sus efectos en Europa y, a lo sumo, en parte del Norte de Africa (Algeria y Túnez); después se fué extendiendo progresivamente su ámbito territorial, según una delimitación que conocimos también en pólizas españolas (hasta la segunda catarata del Nilo, etc., etc.), terminando por exceptuar solamente los viajes a países comprendidos entre los 35 grados de Norte y los 30 de latitud Sur, pero en todos los casos en que el asegurado falleciere en estas zonas, no com-

(38) PICARD Y BESSON: O. cit., pág. 230.

(39) PICARD Y BESSON: *Traité...* T IV, pág. 219, nota 1.

prendidas por el seguro, el asegurador debía pagar el importe de la reserva matemática.

Picard y Besson transcriben la cláusula relativa a los riesgos de viaje, que hoy es generalmente estipulada en estos términos: «Desde la suscripción del contrato la compañía garantiza, sin sobreprima ni aviso previo, los riesgos de viaje o de residencia en el mundo entero. No obstante, si durante los seis primeros meses de vigencia del contrato el asegurado marcha a países situados entre los trópicos, deberá pagar a la Compañía, antes de su partida, una sobreprima del uno por ciento del capital asegurado, bajo pena de anulación del contrato.» Y los mismos autores añaden, de acuerdo con la legislación francesa, que «el término *anulación* empleado en esta cláusula llevará al asegurador a restituir la prima cuando la muerte sobrevenga durante los seis primeros meses y en las regiones prohibidas» (40).

Guerra.—No vamos a detallar aquí las características del seguro de vida francés en relación con la muerte del asegurado en tiempo de guerra, remitiendo al lector a monografías como la de Bourdiol (*Le risque de guerre dans l'assurance vie*, París, 1941) o Gregoire (*L'assurance vie et le risque de guerre*, París, 1934), íntegramente dedicadas a tal tema.

Pero en relación con nuestro estudio, forzoso es recordar aquí que el seguro francés atravesó situación parecida a la que también pasó el seguro español, y que la exposición de motivos de la Orden de 27 de marzo de 1944 («B. O.» del 31) calificó de «régimen de peligrosa diversidad en la emisión de pólizas...»

Por el año 1914, antes de comenzar la primera guerra europea, era frecuente en Francia estipular, como en España, la *suspensión* del contrato para los asegurados incorporados al ejército o movilizados en caso de guerra. La inmensa mayoría no estaban garantizados contra este riesgo, y el legislador reguló un efecto fundamental de esta suspensión con carácter retroactivo, por la ley de 22 de julio de 1919: *los aseguradores, en caso de fallecer aquellos asegurados durante la suspensión del contrato, estaban obligados a pagar a los derechohabientes el importe de la reserva matemática.* Los asegurados civiles estaban garantizados contra este riesgo.

Entre las dos guerras se desarrolló mucho en Francia la cobertura de este riesgo, teniendo en cuenta la experiencia de la guerra de 1914-1918. Descartando pocos seguros, sobre bases nada técnicas, que lo garantizaban a los movilizados en guerra sin pago de sobreprima, las condiciones más usuales para cubrirlo, si no se excluía expresamente, eran:

a) Pago de una sobreprima única por el asegurado al decretarse la movilización.

(40) Ob. cit., t. IV, págs. 255-257.

- b) Prórroga del vencimiento, en los contratos a término.
- c) Disminución del capital asegurado (seguros de vida entera).
- d) Aplazamiento del pago del capital asegurado, para hacerlo en vencimientos sucesivos.

Pero si se excluía el riesgo de guerra para los asegurados movilizados, con la consiguiente suspensión del contrato, era aplicable el artículo segundo de la citada Ley de 22 de julio de 1919, en virtud del cual «cualquiera que sea el número de primas pagadas el asegurador debe reembolsar el importe de la reserva matemática del contrato, calculada al día de la suspensión del seguro según las prescripciones legales, más el interés de esta reserva hasta la fecha del reembolso, y no sólo hasta el día del vencimiento».

Esta era la situación del seguro francés cuando se rompieron las hostilidades en 1939. Desde entonces, los aseguradores rehuían cubrir tal riesgo, y el legislador interviene nuevamente, mediante el Decreto-ley de 22 de febrero de 1940, instaurando un nuevo régimen *sin efecto retroactivo* (aplicable sólo a las pólizas suscritas desde el 27 de febrero de 1940), para cubrir el riesgo de guerra, si lo desearan los asegurados, en régimen de mutualidad nacional y temporal para la guerra de 1939, cuya gestión, sin lucro o beneficio alguno (41), corre a cargo del grupo de sociedades sobre la vida.

El Decreto, reformado por Ley de 14 de mayo de 1941, establece los riesgos cubiertos, trátase de movilizados o civiles, y las condiciones de la garantía (seguro mixto de 15, 20 ó 25 primas anuales; capital máximo, 500.000 francos; sobreprima provisional, del 7 por 100, a establecer definitivamente finalizadas las hostilidades; garantía íntegra del capital asegurado, pagando el 40 por 100 ó el 80 por 100 al fallecimiento, y el resto a liquidar definitivamente dieciocho meses después del cese de hostilidades).

Notemos que si el asegurado no deseaba este régimen imperativo y suscribía una póliza ordinaria, el riesgo quedaba excluido, y, al igual que en los contratos anteriores al 27 de febrero de 1940, por imperativo de la Ley de 1919, si el asegurado militar fallecía por causa de la guerra, el asegurador debía la reserva matemática.

Empresa o hecho extraordinario.—Siguiendo la casuística de los artículos 423 y 424 de nuestro Código de comercio, terminaremos esta exposición del seguro francés diciendo que en el caso tercero del artículo 424 (el fallecimiento que ocurriere en cualquier empresa o hecho extraordinario y notoriamente temerario e imprudente) pueden agruparse algunos supuestos de exclusión de riesgos según las pólizas francesas, pero el asegurador queda

(41) Artículo 10 del Decreto-ley de 22 de febrero de 1940.

obligado al pago de la reserva matemática (viajes submarinos, de exploración, aerostación, etc., etc.).

BÉLGICA.—Los casos de *duelo, suicidio y pena capital* están previstos en la *vigente Ley belga sobre seguros de 11 de junio de 1874*, cuyo artículo 4.º, en sus párrafos. 4 y 5, dispone:

«El asegurador no responde de la muerte de quien ha asegurado su propia vida, cuando esta muerte es el resultado de una condena judicial, de un duelo, de un suicidio, salvo la prueba de que éste no ha sido voluntario, o cuando aquélla ha tenido por causa inmediata un crimen o un delito cometido por el asegurado, cuyas consecuencias éste pudo prevenir.

En estos diversos casos el asegurador conserva las primas, salvo estipulación en contrario» (42).

Si bien es cierto que «Bélgica puede enorgullecerse de ser de los primeros países que promulgó una Ley sobre seguros terrestres, abriendo paso a los caracteres generales y específicos del contrato de seguros» (43), no lo es menos que ésta notable Ley de 1874, inspirada en un proyecto prusiano de 1857 e incorporada desde su fecha al Código de comercio belga (títulos X y XI del libro I), no pudo recoger, naturalmente, el desarrollo posterior de los usos mercantiles y actuales condiciones generales del seguro de vida belga, que, al amparo de esa autorización que contiene el párrafo 5 del artículo 41 para «estipulación en contrario» ... «en estos diversos casos», puede decirse que ha seguido análogos derroteros al seguro francés, según resulta de «specimen» de pólizas que hemos examinado.

Sin duda, por ello el artículo 102 del interesante anteproyecto de ley sobre el contrato de seguro terrestre, elaborado por el Comisario Real de Seguros de Bélgica, M. Van Dievoet, destinado a sustituir a la venerable ley de 11 de junio de 1874, se previene sólo lo siguiente en relación con los casos citados:

«Salvo acuerdo en contrario, el seguro para caso de muerte no comprende el suicidio consciente del asegurado. *Sin embargo el asegurador debe pagar a los beneficiarios de la póliza el valor de rescate de ésta*, según las disposiciones del artículo 118 del presente título.

La prueba del seguro incumbe al asegurador; la de la inconsciencia, al beneficiario del seguro.

La cláusula por la cual el asegurador se obliga a pagar la

(42) V. el texto íntegro de esta Ley en el anexo I al «*Traité des assurances Terrestres*», de PAUL LALOUX. Bruxelles-Liege, 1944. pág. 475 y ss., cuyo conocimiento, así como el del Seguro belga, lo debemos a nuestro dilecto amigo y colega el Decano M. THEO COLLIGNON, Presidente de la Federación de Abogados belgas.

(43) LALOUX: O. cit., pág. 8.

suma asegurada no puede producir sus efectos sino un año después de la conclusión del contrato» (44).

La solución del proyecto Van Dievoet es sensiblemente igual a la que nosotros postulamos, ya que el valor de rescate es algo inferior al de la reserva matemática.

Terminemos esta referencia del seguro belga consignando que, en cuanto al riesgo de guerra, sólo dispone el artículo 19 de la Ley de 11 de junio de 1874 que «el seguro no comprende ni los riesgos de guerra ni las pérdidas o daños ocasionados por motines». La jurisprudencia abunda en casos de exclusión de tal riesgo. Así la Sentencia del Tribunal de Apelación de Lieja, de 28 de octubre de 1946 (45).

SUIZA.—No podemos dejar de referirnos a este país, primero en Europa que publicó una ley sobre inspección o vigilancia de las empresas privadas de seguros, que invierte en seguros un décimo de la renta nacional; con unos 4.000 francos suizos de capital medio asegurado por familia, cifra que sólo superan Estados Unidos, triplicándola, y Canadá, que la dobla. Además hemos de tener en cuenta la influencia del seguro y reaseguro suizos en Europa.

En Suiza, según A. Weber y W. V. Wartburg (46), los riesgos excluidos son relativamente pocos.

El riesgo de *suicidio* lo cubren todas las compañías después de tres años de vigencia de la póliza. Antes, sólo si se comete en estado de notoria irresponsabilidad. Los viajes y estancia en *países tropicales* están cubiertos por la mayor parte de las compañías, desde el primer momento o a lo sumo después de tres años, sin sobreprima ni preavisos (Weltpolice). Sólo si el seguro se contrata por un viaje próximo a los trópicos se exige una prima suplementaria. El riesgo de aviación, para pilotos y tripulación, no se asegura sin pago de sobreprima. *El de guerra* en Suiza, desde 1939, se cubre automáticamente desde que la guerra estalle en el país para todos los asegurados, incluso residentes en el extranjero, mediante una cotización única exigible un año después del fin de la guerra, tras valoración de las pérdidas y fondos disponibles. Esta es modalidad común a todas las compañías suizas.

Pero también en Suiza «para todos los riesgos objeto de exclusiones arriba mencionadas, las compañías reembolsan habitualmente en caso de muerte la reserva matemática».

(44) V. el proyecto VAN DIEVOET, en Laloux, D. cit., anexo II-A, páginas 505 a 523, y el «specimen» de póliza de vida (seguro mixto) de la «Compagnie d'Assurances générales sur la vie».

(45) Tercera Sala, Presidente M. Mons, asunto: SMULDERS, viuda de PICCINATI, contra Compañía Aseguradora. V. Revue Générale des Assurances et des responsabilités. Bruxelles, mar. 1948.

(46) V. su obra *L'assurance sur la vie*. Manuels d'assurance II, Lausanne, Payot, 1942, págs. 10-11 y 118 y ss.

Todas las restricciones deben siempre mencionarse en las condiciones generales del seguro» (47).

Los artículos 14, 15, 28, 30 y 33 de la Ley federal sobre el contrato de seguro disponen:

Art. 14. El asegurador no queda obligado si el siniestro ha sido causado intencionadamente por el asegurado o su derechohabiente.

Si el asegurado o su derechohabiente han causado el siniestro por una imprudencia grave, el asegurador está autorizado para reducir su prestación en la medida correlativa al grado de la imprudencia.

Si el siniestro ha sido causado intencionalmente o por imprudencia grave, sea por persona que viva con el asegurado o su derechohabiente, sea por persona de la cual sean responsables, o si los mismos han cometido imprudencia en la vigilancia de tal persona, contratando sus servicios o admitiéndola en su casa, el asegurador está autorizado a reducir su prestación en la medida correspondiente al grado de dicha imprudencia.

Si el siniestro es debido a una negligencia del asegurado o de su derechohabiente o si los mismos resultan culpables de la misma, en el sentido del párrafo anterior o, finalmente, si el siniestro es debido a la negligencia de algunas de las personas mencionadas en el mismo apartado, la responsabilidad del asegurador se mantiene en toda su integridad.

Art. 15. Cuando alguna de las personas mencionadas en el artículo 14 de la presente Ley ha provocado el siniestro cumpliendo un deber de humanidad, el asegurador resulta, asimismo, responsable.

Art. 28. Si el asegurado provoca una agravación esencial del riesgo en el curso del seguro, el asegurador cesa en adelante de estar obligado por el contrato.

La agravación es esencial cuando se refiere a un hecho importante para la apreciación del riesgo (artículo 4.º), y respecto al cual las partes habían convenido la extensión al tiempo de la conclusión del contrato.

El contrato puede fijar en qué medida y en qué plazos el asegurado debe dar aviso de la agravación del riesgo al asegurador.

Art. 30. Si la agravación esencial del riesgo se produce sin intervención del asegurado, no lleva consigo la consecuencia prevista por el artículo 28 de la presente Ley más que cuando el asegurado no ha declarado esta agravación al asegurador, por escrito y desde que tuvo conocimiento de la misma.

(47) WEBER y WARTBURG: O. cit. pág. 119, cuyo conocimiento debemos al ilustre profesor y Presidente del Tribunal de Casación de Ginebra M. Graven.

Si el asegurado no ha faltado a esta obligación y el asegurador se ha reservado el derecho de rescindir el contrato por causa de agravación esencial del riesgo, la responsabilidad del asegurador termina catorce días después de que haya comunicado su resolución al asegurado.

Art. 33. Salvo disposición contraria de la presente Ley, el asegurador responde de todos los acontecimientos que presenten el carácter de riesgo contra cuyas consecuencias el seguro se haya concertado, a menos que el contrato no excluya ciertos acontecimientos, de una manera precisa, no equívoca (48).

Estas normas, según el artículo 98 de la misma Ley, en el seguro de vida *no pueden ser modificadas por pacto en perjuicio del asegurado*. Luego, a sensu contrario, son lícitas las modificaciones en favor de los asegurados antes expuestas.

El Código suizo de las obligaciones de 1881 no reglamentó el contrato de seguros, para respetar la legislación cantonal. Los usos mercantiles internacionales se desarrollaron especialmente en Suiza, y el 2 de abril de 1908 se promulgó la Ley federal sobre el contrato de seguros, que comprende 104 artículos y contiene una reglamentación del Derecho privado de seguros. Tiene por objeto proteger a los asegurados, como la Ley federal de vigilancia de empresas privadas de seguros. Pero va más lejos que ella en ciertos aspectos. Mientras que la Ley general de vigilancia tiende a garantizar de una manera general para el conjunto de asegurados el montante de la reparación, es decir, una sana explotación del seguro, el Derecho privado de seguros tiende, además, a procurar al asegurado, en cuanto sea posible, la prestación que le corresponde» (49).

En Derecho suizo, según el artículo 100 de la Ley sobre el contrato de seguros de 1908 y doctrina aplicable, cuando estas leyes, regulando el Derecho privado de seguros—y disposiciones complementarias—, no contienen principios jurídicos que permiten resolver una cuestión, son fuentes auxiliares de Derecho el Código de las obligaciones y el Código civil.

En defecto de estas fuentes, el artículo 1.º del Código civil dispone: «El Juez resuelve según el Derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, según las reglas que él establecería como legislador. Se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia.»

Luego por disposición legal o por fuerza de una costumbre

(48) V. su traducción española en DELAS, JOSÉ M.ª DE Y BENÍTEZ DE LUGO, FÉLIX, tomo II, apéndice tercero, pág. 435 y ss.

(49) V. THEO GUEL: *Le droit fédéral des obligations, comprenant notamment le droit commercial, le droit de change et le droit privé des assurances*. Traduit... par RENÉ DES GOUTTES. Zurich, 1947, págs. 693-694. (V. la reseña, por JULIO MASIP, de la primera edición en alemán, en «Revista de Derecho Mercantil», 1949, pág. 437, núm. 21.

mercantil, la reserva matemática debe ser pagada por el asegurador en los casos de exclusión de riesgos antes comentados.

ALEMANIA.—Por comprensibles razones nos ha sido difícil copiar textos y documentos sobre el seguro de vida alemán, en relación con las cuestiones que nos ocupan.

Sabemos que el artículo 169 de la Ley alemana de 30 de marzo de 1908 obligaba al asegurador al pago del capital asegurado «si el suicidio había sido cometido en un estado mental que excluyera el libre ejercicio de la voluntad», «y en otro caso al pago de la reserva matemática». Benítez de Lugo (50) nos habla de la nefanda epidemia de suicidios en Alemania durante situación de crisis económicas y financieras, con datos estadísticos, y Herrmansdorfer (51) refería que las empresas de seguros asumen también este riesgo, pero no, incondicionalmente, el de *viajes o residencia entre los trópicos*, estando obligado el asegurador en casos de exclusión de este riesgo al *pago de la reserva*.

En cuanto al riesgo de *guerra* que ya garantizaban los aseguradores, aunque con restricciones, el Decreto de 7 de octubre de 1939 reguló su seguro con carácter general, uniforme e imperativo, y con efecto retroactivo, a pesar de en contra de las pólizas antes suscritas, hasta 100.000 R.M., mediante pago de parte de una sobreprima, aplazando la liquidación para el final de las hostilidades o firma de la paz.

INGLATERRA.—Es sabido que el seguro de vida inglés cuenta con una tradición tan larga como escasas son las normas legales sobre forma y condiciones de las pólizas. Ya en 1774 (Life Assurance Act) se prohibió el seguro cuando el contratante no tuviera algún interés asegurable.

Según nos dicen Tayler & Tyler, es grande la libertad de que gozan los contratantes al convenir sus estipulaciones, sin más límites que los que impone el Derecho de obligaciones y de compañías. El riesgo de muerte queda ampliamente cubierto, salvo las restricciones usuales limitadas prácticamente a los casos de suicidio, cambio de ocupación—si entraña grave riesgo—, servicio militar y residencia y viajes en el extranjero, aunque se generaliza la póliza libre de restricciones sobre ocupaciones, viajes y residencia (52).

Algunas pólizas no conceden derecho alguno para los siniestros debidos a riesgos excluidos, pero se establece generalmente

(50) O. cit., t. II, pág. 464.

(51) V. FRITZ HERRMANSDORFER: *Seguros privados*. Traducción directa del alemán, por RAFAEL LUENGO TAPIA y WILHELM NEUMANN, anotado por ANTONIO LASHERAS SANZ, Ed. Labor. Barcelona, 1935, págs. 106-107.

(52) V. HOSKING TAYLER & VÍCTOR W. TYLER: *Life Assurance*, 4th. edition, by H. NOEL FREEMAN, London, Pitman & Sons, Ltd (s. a.), páginas 136 y es.

que la suma asegurada quedará reducida al valor de la póliza o al importe de las primas pagadas.

El seguro produce sus efectos en caso de suicidio, a menos que se haya estipulado una cláusula excluyendo este riesgo. Pero es peculiar del seguro de vida inglés la obligación por parte del asegurador de pagar el capital asegurado, caso de suicidio, en favor de terceros de buena fe y en la medida de su interés, si hubiesen adquirido algún derecho sobre la póliza con anterioridad a la fecha del siniestro, como prenda, retención, cesión, etc., notificado a su tiempo al asegurador (53).

ITALIA.—El Código de comercio italiano de 1882 se ocupó «de los seguros sobre la vida» en el capítulo III de la sección II del título XIV (artículos 449 al 453). Su artículo 450 dispuso que el asegurador no estaba obligado al pago de la suma asegurada si la muerte *de la persona que ha asegurado su propia vida* sobreviene como consecuencia de una condena judicial, de duelo o de suicidio voluntario, o tiene por causa inmediata un crimen o un delito cometido por el asegurado. En tales casos—establecía el Código—el asegurador retiene las primas, *salvo pacto en contrario* (54).

El nuevo Código civil italiano disciplina el seguro de vida dedicándole mayor atención en sus artículos 1.919 al 1.927, mas de los casos antes excluidos por el artículo 450 del antiguo Código de comercio sólo subsiste, en el artículo 1.927 del nuevo Código, el de suicidio del asegurado si ha ocurrido antes de transcurrir dos años desde la fecha del contrato, y dejando *a salvo todo pacto en contrario* (55).

El legislador italiano prescindió, pues, de la exclusión de los riesgos de muerte como consecuencia de una condena judicial o de duelo, así como del calificativo de «voluntario» para el suicidio, recogiendo la práctica de las sociedades aseguradoras que «abandonando este sistema de difícil prueba, establecieron un período de uno o dos años, desde la celebración del contrato, transcurrido el cual, cuando el contratante asegurado se mate voluntariamente, se paga la suma asegurada» (56).

Y ha prevalecido en el nuevo Código el plazo de dos años, «por ser el plazo de carencia sugerido por la experiencia de las compañías» (57), aunque, según nos dice Messineo, y luego com-

(53) V. ARTHUR CURTI: *Manual de Derecho mercantil inglés*, Madrid, Reus (s. a.), págs. 231 y ss.

(54) V. Codice Civile en ENRICO, DEL VECCHIO: *I Cinque Codici*, Milano, 1923, y LEÓN BOLAFFIO: *Derecho mercantil*, Madrid, 1935, págs. 300 y ss.

(55) V. L. FRANCHI e V. FEROCI: *Il nuovo Codice Civile*, Milano, Hoepli, 1943.

(56) V. CALVO ALFAGEME: *Apuntes de Derecho mercantil, según las explicaciones de don Alvaro, catedrático de la asignatura*, Valencia, 1949, t. II, páginas 169-170.

(57) V. LUIGI LORDI: *Istituzioni di Diritto Commerciale*, t. III, Assicurazioni, Titoli di credito, Padova, 1943.

probaremos, las cláusulas de las pólizas suelen mitigar la severidad de tal precepto (art. 1.927 del Código civil italiano) (58).

La doctrina italiana criticó siempre severamente el transcrito artículo 450 del antiguo Código de comercio (idéntico en buena parte al 423 del español). Así, Navarrini, en su famoso Tratado, nos dice que su aplicación concedía una gran ganancia a las compañías sin conveniente justificación, a cuya ganancia las mismas compañías renunciaban equitativamente, estipulando que sólo se consideraban liberadas si el suicidio ocurría dentro de un plazo determinado—uno a tres años—y obligándose para este caso a la restitución de parte de las primas pagadas o al pago del valor de reducción (59).

En otra obra el mismo autor criticó también el citado precepto y condiciones de las antiguas pólizas italianas, en lo que se refiere a la nulidad del contrato y derecho de las compañías a retener las primas pagadas cuando el beneficiario cause la muerte del asegurado, calificando esto como una injusticia, pues «se comprende que es perfectamente jurídico que el beneficiario no obtenga un fruto de su delito, pero no es igualmente justo que el seguro sea anulado, y menos aún que la compañía retenga también las primas» (60).

Mas la solución que propone Navarrini—pago de la suma asegurada a los herederos que no causaron la muerte del asegurado—nos parece también injusta, pues en buena técnica, en tal supuesto el asegurador sólo debe estar obligado a pagar a los herederos el importe de la reserva matemática, como máximo.

Bien dice Mossa, al inicio de su conocido Compendio, que Derecho de seguros no significa sólo «legislación de seguros», ni contratos de seguros solamente. Resalta el maestro italiano la necesidad de tener en cuenta aquella y éstos, para bien conocer la institución, cualquiera que sea la fuente la que surja la norma (61), necesidad que nos llevó también al estudio de las pólizas italianas (62).

En actuales pólizas italianas de seguros de vida encontramos fórmulas tan amplias como la siguiente:

«Ninguna circunstancia de lugar, de tiempo y de causa relativa al fallecimiento puede limitar la validez de la póliza, salvo que el fallecimiento sea debido a suicidio, en cuyo caso el contrato

(58) V. FRANCESCO MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, settima ed., Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1947.

(59) V. UMBERTO NAVARRINI: *Trattato teorico-pratico di Diritto Commerciale*, volumen III, 1920, págs. 359 y ss.

(60) V. UMBERTO NAVARRINI: *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, seconda edizione rinnovata, Torino, Utet, 1912, págs. 172-174.

(61) V. LORENZO MOSSA: *Compendio del Diritto di Assicurazione*, Milano, Dott. A. Giuffrè, Ed., 1936, pág. 9.

(62) Debemos su conocimiento a especial atención de nuestro colega de Génova doctor DE VINCENTTIS.

debe haber estado en vigor al menos durante un año ininterrumpidamente.»

En dicha póliza se estipula que:

«Si el fallecimiento del asegurado se debe a servicio de guerra prestado en las Fuerzas Armadas de Italia, la Compañía garantiza el riesgo sin pago de sobreprima hasta el límite de treinta mil liras, cualquiera que sea la mayor suma asegurada por la compañía, incluso con más pólizas sobre la vida de la misma persona, con tal que el contrato esté en vigor al menos seis meses antes de la declaración de guerra.

«Mediante la contraprestación de una sobreprima única para toda la duración de la póliza igual al 3 por 1.000 del capital que exceda de las mencionadas treinta mil liras, pactada al estipular el contrato, la garantía se extiende hasta un capital máximo de cien mil liras por persona, siempre que la póliza o pólizas estén en vigor al menos con seis meses de antelación al acto de la declaración de guerra.

Por las sumas aseguradas que excedan, respectivamente, de treinta mil liras o de cien mil cuando hubiese sido pagada la sobreprima, *la compañía pagará sólo lo reserva matemática.*»

También encontramos una «condición» mediante la cual la compañía se obliga al *pago de la reserva matemática* cuando el asegurado muere por suicidio o tentativa de suicidio dentro del plazo de carencia.

Méjico.—Lo que nos ha sido posible conocer de la legislación mejicana sobre seguros confirma nuestra tesis: «De hecho, el seguro de vida cubre el riesgo de fallecimiento del asegurado, cualquiera que sea la causa», y según el artículo 186 de la Ley sobre el contrato de seguro, si ocurriese el fallecimiento por suicidio del asegurado durante los dos primeros años de vigencia de la póliza, cualquiera que sea su estado físico, la aseguradora está obligada a reintegrar el importe de la reserva matemática (63).

REPÚBLICA ARGENTINA.—El Código de comercio argentino, en su artículo 554, preceptúa que «es también nulo el seguro si el que ha hecho asegurar su vida se suicida, es castigado con la pena de muerte o pierde la vida en desafío u otra empresa criminal» (64).

Contiene, pues, este Código preceptos análogos a los del Código español, que ya fueron expuestos y duramente criticados por autores patrios como Ossorio, quien después de referirse a «el secanal de nuestra literatura jurídica en esta materia» afirmaba que «habría que actualizar ese precepto (artículo 424 del

(63) V. IZAUSETA: *IV Conferencia Hemisférica de Seguros*, en «Revista del Sindicato Vertical del Seguro», Madrid, diciembre 1952, pág. 25 (557).

(64) V. *Código de Comercio de la República Argentina y leyes complementarias*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cia., 1925.

Código de comercio) y el anterior» (65). También Benito, al ocuparse de la fórmula del artículo 424, 1.º, del citado Código de Comercio español, la criticaba diciendo: «Parece revelar que sus autores vivían todavía bajo el influjo de preocupaciones de siglos anteriores» (66). Y en parecidas consideraciones abunda Traviesas en su conocida monografía (67).

Pero la doctrina y la jurisprudencia, de un lado, y los usos mercantiles, de otro, han atenuado el rigor de los preceptos del Código argentino, actualizándolos de acuerdo con los usos internacionales. Así, la nulidad para caso de suicidio sólo se aplica si éste es voluntario o consciente, y cuando el fallecimiento del asegurado se debe a riesgos no cubiertos (carreras de automóviles o motocicletas, aviación fuera de líneas regulares, viajes submarinos, guerra que no comprenda a la nación argentina, etc.), la compañía aseguradora paga el valor de rescate de la póliza.

En caso de guerra, siendo beligerante la República Argentina, las obligaciones de las partes se regularán por las normas que se dicten para tal emergencia (68).

ESTADOS UNIDOS.—A pesar de la diversidad legislativa que reina en los distintos Estados, según Magee «todas las pólizas de seguro de vida que se emiten de nuevo deben incluir las disposiciones tipo prescritas por las leyes importantes que regulan los negocios del seguro de vida, solamente cuando sean aprobadas por el Departamento de seguros. Nueva York ha tomado la posición de guía en este campo y ha incorporado a su legislación estatutaria cuanto se refiere a las adecuadas salvaguardas de los derechos de los tenedores de las pólizas. Aunque no son idénticas las leyes de todos los Estados, más de las tres cuartas partes de las compañías de reserva legal de los Estados Unidos, de las que existen alrededor de 350, están autorizadas para suscribir seguros más allá de las fronteras de sus propios Estados. Esto ha producido una gran uniformidad entre los contratos de seguro de vida ofrecidos por las compañías importantes» (69).

La cláusula usual sobre cobertura del riesgo estipula, de una

(65) V. ANGEL OSSORIO: *El seguro de vida y las normas ordinarias del Derecho civil*, Madrid, 1930, págs. 84 y 27.

(66) V. LORENZO BENITO: *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1929, tomo III, pág. 480.

(67) V. TRAVIESAS: *Sobre el contrato de seguro terrestre*, Madrid, s. a. (y en «Revista de Derecho privado», t. XX, págs. 297 y 68).

(68) V. NATALIO MURATTI: *Elementos económicos, técnicos y jurídicos del seguro*, Buenos Aires, 1946, págs. 237 y 244 y ss. Nuestra reseña de este libro se publicó en la «Revista de Derecho mercantil», vol. IX, 1950, núm. 25, páginas 107 y ss.

(69) JOHN H. MAGEE: *General Insurance*, traducción de la segunda edición por CARLOS CASTILLO, revisión por E. H. E. BOURCHIER, publicada en México por UTEHA, con el título *Seguros generales*, t. I, págs. 734 y 738. (V. nuestra recensión en «Revista de Derecho mercantil», 1948, núm. 25, páginas 95 y ss.

manera amplia, que el riesgo queda plenamente cubierto, comprometiéndose la compañía a pagar al beneficiario la suma asegurada inmediatamente después de recibir en su sede social la prueba debida de la muerte del asegurado o al vencimiento de la póliza, si ésta se mantuvo vigente, contra entrega de la póliza a la compañía y según las condiciones del contrato.

Huerta Ballester, comparando pólizas de compañías aseguradoras, llega a la conclusión de que «muy pequeña o ninguna variación puede encontrarse, pues es bien sabido que el contrato de seguro de vida ha llegado a ser cada vez más uniforme, unas veces a causa de la legislación y otra por la competencia entre compañías» (70).

«La tendencia de la legislación del seguro de vida ha sido en dirección de una mayor liberalidad a favor del asegurado en los términos del contrato, disponiendo, al mismo tiempo, lo necesario para la reglamentación del negocio de manera que se practique sobre unas bases científicas y seguras.» Esta tendencia ha conducido finalmente a que «las pólizas de vida cubren la contingencia de *suicidio* insertando una cláusula contractual que establece que si el asegurado muere «por sus propias manos, o por sus propios actos, durante los dos primeros años de seguro, esté o no en su juicio, el seguro, de acuerdo con la póliza, sólo será el importe de las primas pagadas» (71). Después de este plazo el riesgo queda totalmente cubierto.

Allen, en obra publicada en 1936, decía, refiriéndose al suicidio del asegurado, ya estuviera en su sano juicio o perturbado, en el año o los dos años siguientes a la adquisición de la póliza: «en esos casos la responsabilidad de la compañía se limita a la reserva sobre la póliza o, cuando más, a la devolución de las primas pagadas».

Según el mismo autor, otras estipulaciones que suelen aparecer en la póliza de seguro de vida hacen necesario previo acuerdo con la compañía para la cobertura del riesgo de fallecimiento en *servicio militar o naval*, generalmente excluido (72).

En cuanto a la exclusión del riesgo de muerte por ejecución de *pena capital* hoy no se pacta, por haber sido rechazada tal estipulación por la jurisprudencia, en atención a la inocencia de los beneficiarios (73).

(70) HUERTA BALLESTER: *A brief comparison between the ordinary life contracts of ten insurance companies*, New York, 1950, pág. 5.

(71) V. MAGEE: ob. cit., págs. 745-746.

(72) V. FRANCIS T. ALLEN: *Principios generales de seguros*, traducción de TEODORO ORTIZ, México, 1949, pág. 111, y nuestra reseña en «Revista de Derecho mercantil», vol. IX, año 1950, núm. 25, pág. 104. V. también EDWIN V. PATTERSON: *Essentials of insurance law*, New York, pág. 219.

(73) V. PATTERSON: ob. cit., pág. 225-226 (en Mc GRAW HILL INSURANCE SERIES).

VII

CONCLUSIONES: LA SOLUCIÓN EN DERECHO ESPAÑOL VIGENTE. NECESARIA REFORMA DE NUESTRA LEGISLACIÓN

Llegados al término de este trabajo, podemos resumir las conclusiones que del mismo se desprenden en los siguientes términos:

Cuando en las pólizas de seguro sobre la vida se pacte solamente que el riesgo no queda cubierto si el asegurado falleciere en duelo, si se suicidase o sufriere pena capital por delitos comunes, o si el fallecimiento ocurriere en viajes fuera de Europa, o por causa de guerra o cualquier empresa o hecho extraordinario y notoriamente temerario o imprudente, en el caso de que el siniestro ocurriere por la realización de alguno de dichos riesgos, aunque el asegurador no tenga obligación de pagar el capital asegurado según el Derecho español vigente (artículos 423 y 424 del Código de comercio y disposiciones concordantes antes citadas), sí debe el importe de la reserva matemática de la póliza, por la vigencia de usos mercantiles generalmente observados en estos casos—excepto en el de muerte por sufrir pena capital, que suele ser riesgo plenamente cubierto—, y en todo caso por las normas legales sobre interpretación de contratos, según las cuales las cláusulas que admitan diversos sentidos deben entenderse en el más adecuado para que produzcan efecto, sin que la interpretación de cláusulas oscuras pueda favorecer a la parte que haya ocasionado la oscuridad (aquí el asegurador, por ser el seguro contrato de adhesión) y resolviendo las dudas en favor de la mayor reciprocidad de intereses por ser oneroso el contrato de seguros.

Pero si el beneficiario funda la reclamación de la cantidad a que ascienda la reserva en la vigencia de usos de comercio generalmente observados, pesará sobre él la no leve carga de probar la existencia de dichos usos en el pleito que sostenga contra el asegurador cuando éste discuta o niegue su derecho, pleito, además, que tendrán que decidir los tribunales del domicilio de la compañía, fuero impuesto en las condiciones generales de las pólizas de la mayor parte de las entidades aseguradoras en términos más o menos eficaces (74), aunque va abriéndose paso la contraria estipulación, sometiendo al asegurador al fuero del asegurado en virtud de condición general o especial, pues en España no hay ley que preceptúe, cual la francesa de 13 de julio de 1930, que para todas las cuestiones relativas a la fijación y

(74) V. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1946 (ponente, don JUAN DE HINOJOSA) que, estimando alegaciones hechas entonces por nosotros, resolvió que carecía de eficacia cierto pacto sumisorio contenido en las condiciones generales de una póliza de seguros por no ajustarse a lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

pago de la indemnización debidas al demandado será citado ante el Tribunal del domicilio del asegurado, salvo en materia de inmuebles o de muebles, en cuyo caso el demandado será citado ante el Tribunal en cuya jurisdicción estén situados los objetos asegurados (artículo 2.º).

Por eso entendemos necesaria la intervención del legislador, para que, recogiendo usos mercantiles, más que nacionales, internacionales, y de acuerdo con las enseñanzas del Derecho comparado y el espíritu que anima nuestra propia legislación, proclame la obligación para el asegurador de pagar a los beneficiarios el importe de la reserva matemática de la póliza cuando la muerte del asegurado ocurriere por cualquiera de los riesgos excluidos, excepto la muerte causada voluntariamente por el beneficiario, en cuyo caso el pago de la reserva se hará a los herederos del asegurado.

El valor de dicha reserva deberá ser calculado y certificado por actuario de la compañía, como para caso análogo preceptúa el Decreto de 25 de abril de 1953, y de no ser aceptado su cálculo, por actuario de la Dirección General de Seguros, con arreglo a las bases y documentos acompañados por el asegurador a la solicitud de inscripción, según el artículo 28 del Reglamento de Seguros, y que son: las tarifas correspondientes a cada uno de los modelos de pólizas que se propongan usar; las bases de cálculo de las primas netas; las fórmulas empleadas, según las tablas auxiliares previamente formadas que hayan de utilizar para él; las fórmulas y coeficientes empleados para el cómputo de los recargos y, finalmente, las fórmulas y procedimientos que piensan adaptar para calcular la reserva matemática.

... *El Código civil egipcio*, texto más reciente que conocemos sobre la materia (Ley núm. 131 de 15 de octubre de 1949), para aquellos casos en que el riesgo de muerte por suicidio no quede cubierto, dispone en su artículo 756: «Sin embargo, el asegurador está obligado a pagar al derechohabiente una suma igual a la reserva.»

Lo mismo preceptúa el artículo 66 de la *Ley china sobre Seguros* de 30 de diciembre de 1929.

Mucho más general es la norma del artículo 101 de la *Ley sueca sobre el contrato de seguro*, de 8 de abril de 1927, contenida en su Sección III (Seguro de vida): «Las disposiciones de esta Ley sobre la exención de la responsabilidad del Asegurador en determinados casos, no influye para nada en la obligación del asegurador de abonar la parte de la reserva de primas que corresponde al seguro.»

ESTADISTICA DEL SEGURO PRIVADO EN 1951. VIDA

(De la Revista del Sindicato vertical del Seguro, septiembre 1952)

Número de orden	ENTIDADES	Capitales asegurados	Núm. de pólizas en vigor	Primas cobradas	%, del ramo
1	Banco Vitalicio de España.	1.358.642.636	48.092	68.884.168	12,75
2	La Unión y el Fénix Español	1.224.590.952	29.784	52.770.289	9,77
3	La Equitativa (Fundación Rosillo), Compañía Anónima de Seguros sobre la Vida	796.889.198	23.596	45.216.969	8,37
4	España, S. A., Compañía Nacional de Seguros	771.746.908	20.498	29.607.620	5,48
5	La Sud América, Compañía de Seguros sobre la Vida.	595.309.112	17.094	26.226.919	4,86
6	Compañía Adriática de Seguros	459.199.992	13.716	19.642.782	3,64
7	Mutua General de Seguros.	316.909.979	10.294	17.521.674	3,24
8	Gresham Life Assurance Society Limited	329.762.032	8.560	16.965.853	3,14
9	Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros Generales.	430.883.859	24.750	13.336.942	2,47
10	L'Union, Vida	236.706.308	7.440	12.399.863	2,30
11	Metrópolis	96.807.963	13.998	12.027.888	2,22
12	Vita, Compañía de Seguros sobre la Vida en Zurich ...	319.958.985	7.796	11.560.632	2,14
13	La Equitativa Nacional	167.089.701	5.249	11.410.249	2,11
14	Cervantes, S. A., Compañía Española de Seguros	225.502.195	5.990	10.783.873	2,00
15*	Aurora, Compañía Anónima de Seguros	222.505.920	7.554	10.726.538	1,99
16	El Porvenir de los Hijos ...	187.284.704	19.883	10.425.778	1,93
17	Los Previsores del Porvenir.	125.093.165	18.282	10.328.895	1,91
18	La Previsión Española, C. I. A.	221.986.429	5.984	9.274.748	1,71
19	Assicurazioni Generali	183.920.504	4.971	8.816.725	1,63
20	General Española de Seguros	188.524.810	5.524	8.591.338	1,59
21	Le Phénix, Compañía Francesa de Seguros sobre la Vida	141.350.759	3.639	7.073.472	1,31
22	Atlántica, Compañía Hispano Americana	165.956.041	3.588	6.677.005	1,24
23	La Nationale, Compañía de Seguros sobre la Vida	134.766.130	—	6.039.030	1,12

Número de orden	ENTIDADES	Capitales asegurados	Núm. de pólizas en vigor	Primas cobradas	% del ramo
24	La Mundial, S. A. de Seguros	115.507.592	21.731	5.673.208	1,05
25	La Vasco Navarra	111.231.810	—	5.620.645	1,04
26	L'Abeille, Vida	112.041.434	5.353	5.314.082	0,98
27	Occidente, S. A., Compañía Española de Seguros	104.735.564	5.373	4.540.320	0,84
28	Peninsular, S. A. de Seguros	86.084.688	2.150	4.282.662	0,79
29	Compañía Aragonesa de Seguros	64.229.945	2.668	4.260.468	0,79
30	Bilbao, Compañía Anónima de Seguros	83.259.177	2.742	4.206.384	0,78
31	Fomento Español de Seguros, S. A.	69.614.625	2.221	3.972.854	0,74
32	Agrupación Mutua del Comercio y de la Industria ...	377.537.500	—	3.957.370	0,73
33	La Victoria de Berlín	81.079.263	3.727	3.868.769	0,72
34	L'Urbaine, Vie	79.724.295	2.657	3.552.266	0,66
35	La Previsora Hispalense, S. A. de Seguros Generales.	62.081.733	2.317	3.414.484	0,63
36	Minerva, S. A.	82.863.700	3.295	3.378.300	0,63
37	La Polar	59.812.630	1.983	3.136.312	0,58
38	La Constancia, Compañía Anónima de Seguros	58.270.363	2.088	2.928.881	0,54
39	Compagnie d'Assurances Générales sur la Vie	60.522.574	1.961	2.857.532	0,53
40	Sociedad Catalana de Seguros	55.981.503	1.216	2.755.996	0,51
41	Centro de Navieros Aseguradores	48.549.847	1.259	2.749.523	0,51
42	Compañía Vascongada de Seguros	49.687.873	1.328	2.232.092	0,41
43	Vesta, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros	47.434.545	—	2.148.890	0,40
44	La Mutua del Turia	427.138.000	19.069	2.089.578	0,39
45	Unión Española	50.927.000	1.819	1.976.312	0,37
46	La Patria Hispana	34.918.714	1.515	1.955.303	0,36
47	Campo, Compañía de Seguros	47.568.650	1.740	1.930.450	0,36
48	Mare Nostrum, S. A. de Seguros y Reaseguros	41.207.405	1.075	1.863.757	0,35
49	Unión Pacifico, S. A.	40.163.000	877	1.839.889	0,34
50	Omnia, S. A. de Seguros ...	54.010.735	999	1.828.691	0,34
51	La Paternell, Vie	42.331.300	1.096	1.822.754	0,34

Número de orden	ENTIDADES	Capitales asegurados *	Núm. de pólizas en vigor	Primas cobradas	% del ramo
52	Mediterránea, Mutualidad de Seguros sobre la Vida ...	31.676.856	2.348	1.704.772	0,32
53	Alianza, Asociación Nacional de Seguros Mutuos a Prima Limitada	32.659.000	679	1.516.790	0,29
54	Unión Levantina, S. A. de Seguros	28.606.866	1.305	1.475.435	0,27
55	El Hércules Hispano	26.374.937	747	1.361.493	0,25
56	Nacional Hispánica Aseguradora	11.861.375	417	1.259.475	0,23
57	La Estrella, S. A de Seguros	22.654.732	769	1.235.957	0,23
58	Cúspide, S. A., Compañía Española de Seguros y Reaseguros	37.360.713	621	1.212.075	0,22
59	Mutuelle Générale Française, Vie	28.498.603	958	1.149.964	0,21
60	Lucero	23.484.616	685	1.123.551	0,21
61	Compañía Hispano-Americana de Seguros y Reaseguros	24.082.031	546	1.109.574	0,20
62	Seguros Industriales, Compañía Anónima, S. I. C. A.	21.587.055	693	1.012.139	0,19
63	Hermes, Compañía Anónima de Seguros	18.021.690	519	1.011.291	0,18
64	Instituto Nazionale delle Assicurazioni	21.285.918	1.035	992.783	0,18
65	C. A. S. E. R., Caja de Seguros reunidos	19.591.874	648	947.260	0,17
66	Fides, Compañía Española de Seguros	15.648.561	608	758.471	0,14
67	Universo	14.097.050	374	688.305	0,13
68	Iberia, C A. de Seguros Generales	7.770.286	770	633.806	0,12
69	Financiera Nacional	10.344.904	233	600.094	0,11
70	El Fénix Agrícola	12.053.349	543	598.936	0,11
71	Orión	11.561.000	—	540.519	0,10
72	C. R. E. S. A.	10.865.000	272	486.077	0,09
73	Layetana, S. A.	8.593.500	184	475.494	0,09
74	Mediodía	8.593.543	253	436.968	0,08
75	La Económica, Compañía Española de Seguros, S. A.	6.197.756	325	345.563	0,06
76	Compañía Internacional de Seguros, S. A.	8.395.567	415	336.556	0,06

Número de orden	ENTIDADES	Capitales asegurados	Núm. de pólizas en vigor	Primas cobradas	% del ramo
77	Lepanto	5.551.000	152	275.901	0,05
78	Cantabria, S. A. de Seguros.	4.994.213	193	264.773	0,04
79	La Unión Alcoyana, S. A. ...	1.099.284	54	57.991	0,02
80	Clavijo	25.000	1	1.097	0,01
81	Caja de Previsión y Socorro.	11.000	2	132	0,01

Problemas del objeto del proceso en nuestro sistema legal

JOSE LOIS ESTEVEZ

I. PREMISAS

1. La teoría del objeto del proceso (1) ha sido enfocada hasta ahora por los procesalistas en un plano puramente abstracto; hasta tal punto, que incluso aparece sin conexiones sistemáticas con el cuerpo de los principios constitutivos de la ciencia procesal. Así se da la paradoja llamativa de que muchos problemas dimanantes de aquella teoría se resuelven, como si fueran temas independientes, en un pleno aislamiento. Se olvida de esta suerte que las ideas generales son para informar las soluciones concretas. Y entonces, con riesgo grave para toda la ciencia procesal, se está creando la impresión de que las construcciones teóricas son lucubraciones innecesarias sin valor práctico alguno. A desvanecer tal impresión se enderezará el presente trabajo.

2. El Código civil, en su artículo 1.252, dispone así: «Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada concorra la más *perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas* de los litigantes y la calidad con que lo fueron.»

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento civil, en su artículo 153,

(1) Vid. Loís: *La teoría del objeto del proceso*, en ADC., II, 2 (1949), 606 y siguientes.

En un artículo reciente (*La pretensión procesal*, ADC, V, enero-marzo, 7 y ss.), se lamenta GUASP de la falta de un análisis a fondo de sus teorías sobre la pretensión (pág. 10, nota 4), con excepción de una crítica mía, totalmente descentrada. Yo podría lamentar también la falta de justificación de este epíteto, pues el que arguye con razones espera réplicas razonadas, no afirmaciones dogmáticas. Por otra parte, GUASP combate asimismo mi teoría sobre el objeto del proceso. Voy a transcribir sus propias palabras antes de pasar a enjuiciarlas lógicamente. «La idea de objeto—declara—no se confunde con la de causa o principio» (ciertamente, no) «ni con la de fin» (de acuerdo), «aunque el empleo de una terminología vulgar pueda inducir en este punto a confusiones: no son objetos de una institución jurídica, y, por ende, no lo son del proceso, el fundamento a que debe su existencia» (¡!) «(p. e., el mantenimiento de la paz justa de la comunidad ni la función o fin» (no me explico la ecuación terminoló-

alude a los «títulos de procedencia de las acciones»; en el 156 admite la acumulación y el ejercicio simultáneo de las acciones «que uno tenga contra varios individuos, o varios contra uno, *siempre que nazcan de un mismo título o se funden en la misma causa de pedir*». Todavía en el 161, refiriéndose a las causas por que deberá decretarse la acumulación, estima como tales el hecho de seguirse en Juzgado competente *pleito sobre lo mismo que sea objeto del que después se haya promovido*; y el caso de *dividirse la contendencia* de la causa al tramitar por separado ambos pleitos. Y cuando en el artículo siguiente explica la Ley el significado que atribuye a esa frase, vuelve a mentar las identidades de personas, cosas, acción y causa, situando el problema en unos términos muy parecidos a los del Código civil. Todavía en el artículo 524, donde se dispone que se fije en la demanda con claridad y precisión *lo que se pida*, reaparece, aludido evidentemente, el objeto de la demanda. En fin, el artículo 548 se expresa así: «También (se) podrán adicionar, ampliar o modificar las pretensiones y excepciones que (se) hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que (se) puedan alterar las que sean *objeto principal del pleito*.»

II. LEYES Y HECHOS FRENTE A FRENTE

I. Algunos casos prácticos de la vida real van a servirnos de fundamento expositivo. Ante ellos demostraremos la insuficiencia de las prescripciones de la Ley y la necesidad consiguiente de acudir a otros criterios que le sirvan de complemento eficaz.

gica) «que, aun de un modo inmediato está llamada a realizar (p. e., la actividad satisfactiva de la pretensión)» (op. cit., pág. 35).

Si he de ser absolutamente sincero, debo confesar que no entiendo por que razón especial se esfuerza GUASP en convertir una cuestión *de fondo* en meramente terminológica. Da la casualidad de que yo *defino previamente* a qué llamo objeto de una institución jurídica. Verdad que no es culpa mía la introducción del vocablo, pero asumo gustoso toda la responsabilidad que pueda imputárseme. Tengo las mejores razones para hacer lo que hice. La principal de todas es la que alega HUMPHRY DUMPHY en el famoso cuento de Lewis Carroll, contestando a una réplica de Alicia, que se extrañaba de su vocabulario: «Pago extra a las palabras que uso para que signifiquen lo que yo quiero». Pero tengo también alguna otra razón secundaria. Según opinión unánime entre los gramáticos (me remito, para ejemplo, a la autoridad de Lenz: *La oración y sus partes*, 1935, 500), el acusativo es el caso del objeto próximo, como el dativo—o atributivo—lo es del objeto lejano. El juez, al sentenciar, discrimina una interferencia. La función judicial es, por eso, una función discriminativa. El resultado que se consigue con el proceso es, la discriminación de una interferencia. Puedo, pues, decir con entera razón, que el proceso opera la discriminación de dicha interferencia. Y el acusativo aquí utilizado justifica gramaticalmente mi aserción.

Ahora bien, como antes he indicado, el problema no es terminológico, sino de fondo. Frente a mi tesis, GUASP debe probar que la distinción que hago yo entre objeto, causa y finalidad (ADC, cit. 607) no es consistente con mis propios supuestos, por incidir en contradicción, o no está de acuerdo con la experiencia.

2. Un proceso de separación ante la jurisdicción eclesiástica, después desistido, fué la causa que motivó la demanda sobre pago de honorarios de quien, como letrado, había intervenido en la gestión a nombre de la esposa. Por la avenencia sobrevenida entre los cónyuges, el demandado lo fué el marido, en concepto de representante y administrador de la sociedad conyugal. El proceso—de menor cuantía—seguido en sustanciación de la demanda terminó por sentencia absolutoria, que estimaba la falta de acción del actor. Justificando el fallo, se decía en el «considerando» fundamental que la obligación a que se refiere el número 1 del artículo 1.408 del Código civil, impuesta al marido como administrador, de satisfacer, con cargo a la sociedad de gananciales, las litisexpensas en los pleitos que contra él promueva su mujer, no pueda *a priori* estimarse como absoluta, pues está condicionado su reconocimiento a la prueba de la naturaleza, necesidad y extensión del gasto, para autorizarlo y graduarlo, como declara el Tribunal Supremo (Sentencias de 4 de julio de 1896 y 28 de marzo de 1924); por tanto, será necesario a la comprobación de tales requisitos que la mujer solicite las expensas y que los Tribunales las concedan, quedando, mientras, sujeta ésta al pago, sin perjuicio de ejercitar su derecho a pedir las.

Esta sentencia no fué apelada, y apurando, por parecer bien, el método sugerido por el Tribunal, el letrado solicitó, sin éxito, a la esposa que hiciera personalmente el pago de honorarios. Formulada de nuevo la reclamación en vía judicial contra la mujer asistida de su marido, quien, emplazada en forma, no compareció; transcurridos los trámites en rebeldía y citada para confesión sin su concurrencia, haciéndose eficaz el apercibimiento de «confeso», el juez, que, por obra y gracia del «repartimiento», era otro, dictó sentencia absolutoria, considerando que (por los mismos hechos jurídicos se deducía todo lo contrario) como el artículo 1.408 del Código civil impone en primer lugar la deuda a cargo de la sociedad de gananciales, la demanda necesita ser dirigida también contra el marido, y en ese caso la mujer debe ser absuelta. La resolución, apelada, fué confirmada por la Audiencia.

3. Es corriente afirmar que el Derecho es “práctica” y no *teoría*. Nunca, sin embargo, como ante un «caso práctico» para rechazar los fundamentos de tal afirmación. Ha quedado planteado ya un problema vivo, cuya resolución compete al jurista. Frente a él podemos preguntarnos qué tratamiento le corresponde en función de las prescripciones generales del ordenamiento jurídico; es decir, ¿qué significación jurídica posee? Un absoluto practicismo, desentendiéndose de toda una serie de cuestiones implícitas, respondería que lo único importante es resolver el caso según una disposición positiva. Lo malo es que casi nunca podrán llevarse a la práctica sus deseos. El Derecho es sólo coherente

a través de las teorías, y aun el más convicto de practicismo, sin darse cuenta, por supuesto, las está utilizando constantemente.

Es indudable que, respecto al caso, la primera pregunta que podemos formular es ésta: ¿Qué actitud le cabe al letrado? ¿Puede reproducir su pretensión o está imposibilitado para actuar, una vez agotadas las vías de recurso? Evidentemente, se trata de saber si las decisiones pronunciadas serán o no inmutables; es decir, si se habrá producido o no se habrá producido excepción de *cosa juzgada*. Para decidir el dilema, lo primero es fijar el *límite* que nuestro Derecho positivo impone a la institución, pues, por ahora, el Derecho positivo es el único campo lícito de nuestras deducciones. Antecede ya el precepto correspondiente de la ley aquí aplicable; pero no siendo perfectamente claro el lenguaje del Código civil, acudimos, para determinar el significado de esa triple identidad requerida, a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, en la esperanza de encontrar las oportunas aclaraciones. Veamos si tras el contenido vacilante de la terminología legal es posible descubrir alguna concepción unitaria más o menos reveladora.

III. PRIMERAS INDAGACIONES INTERPRETATIVAS

1. La eficacia de la cosa juzgada, según el Código civil, opera solamente dentro de una plena coincidencia entre personas, cosas y causas, cuando se comparan el caso ya resuelto y el pendiente. Prescindiendo de la identidad de personas, que no es ahora tema de nuestra investigación, tenemos que averiguar, ante todo, a qué elementos del proceso se debe atender para fijar las cosas y las causas litigiosas y, previamente aún, qué ha de entenderse por estos vocablos.

2. La palabra *cosa*, en la terminología del Código civil, no se usa unívocamente, pero sí, en cambio con significación bien precisa en todas las hipótesis. Tres son las acepciones que cabe distinguir. Se emplea, en primer lugar, en algunas locuciones adverbiales, sin valor sustantivo, para expresar una determinada situación de posibilidad inherente a un cierto modo de hacer o de querer «algo». Con este sentido, por ejemplo, el artículo 1.º del Código civil dice que las leyes obligarán a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere *otra cosa* (2). Pero, además, se utiliza también el vocablo para designar cualquier bien de la vida, sea mueble o inmueble, que sea susceptible de apropiación; es decir, más técnicamente, todo lo que pueda ser objeto de una relación jurídica (3). Y se alude, por último, caso el más frecuente, a un objeto cualquiera perteneciente al

(2) Arts. 73, 162, 237, 467, 533, 783, 792, 879, 891, etc.

(3) 50, 269, 270, 333, 394, 397, 398, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 435, 450, 460, 469, 480, 486, 490, 618, 768, 796, 865, 970, etc.

mundo de la realidad física (4). Pues bien, de esta triple modalidad semántica, es evidente que el artículo 1.252 encaja muy bien en la acepción segunda. Por ello, la palabra *cosa* debe significar aquí cualquier bien de la vida que pueda ser objeto de una relación jurídica.

3. Si el significado de la expresión anterior era fácilmente determinable, no ocurre lo mismo cuando se trata de investigar el contenido jurídico que se oculta tras el término *causa*. Ahora estamos ante un concepto propio de la ciencia del Derecho, abstracto, puro, y que, sin embargo, ningún precepto concreto de nuestras leyes acierta a definir. A falta, pues, de una terminante definición legislativa o de un criterio expositivo en sí mismo claro, es indispensable, para subsanar la reticencia del Código, reconstruir los contornos indecisos del pensamiento legal. Antes de llegar al caso *se acaba la norma*, pero no la labor del jurista, que no se interrumpe hasta dar con la solución. Queda, en esto, más allá de la ley, un espacio donde es mayor la libertad de movimiento, pero cuya naturaleza jurídica, con exigencias normativas propias, excluye una absoluta libertad. Restableciendo la capacidad discriminativa del sistema positivo vigente, la teoría jurídica se extenderá entre el caso y la norma. He aquí, pues, cómo la teoría jurídica tiene que ser *una prolongación* del ordenamiento positivo y, por tanto, su propiedad esencial constituirá en asentarse dentro de él en condiciones de entera compatibilidad. Veremos en lo sucesivo cómo estos requisitos se habrán de llevar a la práctica.

4. Para llegar a intuir de algún modo el cometido que desempeña la noción de causa en el artículo 1.252 del Código civil, algunas advertencias previas se hacen necesarias. Según es sabido, la cosa juzgada está destinada a impedir la reiteración del proceso (5). Ahora bien, para la identificación de cada proceso, de suerte que todos sean discernibles y diferenciables entre sí, se vale el Código de tres elementos: *las personas, las cosas y las causas*. De los tres, el más importante es el último. Una sola cosa podría ser la base de una larga serie de relaciones jurídicas aun entre las mismas personas. Y, por otra parte, si la causa es absolutamente idéntica (Código civil, art. 1.252, 3), nada importa que el elemento personal difiera. Por todo ello, el Código civil no se contenta con la invariabilidad de *lo pedido*, sino que, yendo más allá, lo considera como integrado inescindiblemente en la

(4) 62, 275, 335, 336, 346, 347, 348, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 392, 430, 431, 437, 438, 441, 443, 444, 445, 452, 453, 455, 457, 458, 461, 462, 463, 464, 479, 481, 484, 494, 497, 498, 499, 500, 502, 513, 514, 519, 520, 522, 524, 527, 529, 610, 615, 616, 632, 633, 812, 829, 832, 860, 861, 862, 863, 864, 866, 867, 868, 869, 871, 875, 878, 879, etc.

(5) Vid p. e. BETTI: *Diritto processuale civile italiano*, 1936, 576 y ss. LIEBMAN: *Efficiacia ed autorità della sentenza*, 1935, I y ss. COUTURE: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 1951, 305.

causa jurídica que lo fundamenta. El *petitum* y la *causa petendí* constituyen así los límites objetivos de la cosa juzgada.

5. No es difícil indicar en la práctica cuál es el *petitum*: una porción bien determinada de la demanda respondió a la cuestión. Pero si quisiéramos investigar el contenido jurídico-procesal de la *causa petendí*, nos enfrentaríamos, por el contrario, con un problema sumamente complicado y abstruso. Vamos a enjuiciarlo primero a través de las opiniones de los tratadistas más caracterizados.

IV. LA DOCTRINA CIENTÍFICA Y SUS INTENTOS CONSTRUCTIVOS.

I. Acudiremos, ante todo, para ir alejándonos gradualmente de los estrictos cánones positivos, a un ilustre comentarista de nuestro Código civil, que es casi un transmisor del pensamiento de los legisladores. He aquí su opinión: «Para los efectos de la cosa juzgada, la palabra *causa* tiene un sentido que no es el de razón o motivo de un contrato o acto jurídico. Significa el fundamento capital, el origen de las acciones o excepciones planteadas y resueltas, y no debe confundirse con los medios de prueba ni con los fundamentos legales de las pretensiones deducidas por las partes. En este sentido no habrá diversidad de causas cuando la diferencia del nuevo pleito sea la demostración de extremos que no fueron probados en el antiguo, y, en cambio, la habrá cuando reclame, v. gr., por depósito lo que antes se pidió por préstamo, o cuando se alegue la condonación de lo que ya se declaró no pagado. Relacionado este problema con el de las acciones y excepciones, conviene hacer notar que, por regla general, el demandante podrá utilizar sucesivamente distintas acciones sobre una misma cosa, y el demandado podrá alegar en un nuevo litigio las excepciones que se refieran a una nueva acción, o las que, referentes a la ejercitada ya en el primer pleito, sean posteriores a él, como puede serlo la condonación o la prescripción de lo entonces debido» (6). Ningún otro criterio añade ya Manresa a estas indicaciones, tal vez por estimarlo innecesario.

(6) MANRESA: *Comentarios al Código civil*, VIII 2.ª, 585 y ss. Obsérvese la afirmación de MANRESA, insistiendo en la distinción entre *causa petendí* y medios de prueba. Esta manera de reaccionar es característica de los civilistas y exhibe al desnudo el mal que aqueja hoy a la Ciencia jurídica. Como veremos más adelante, la verdad es que la *causa petendí* es identificable con los títulos aducidos; separarla de ellos es desintegrarla y hacerla inservible. También sienta MANRESA la tesis de que cabe utilizar sucesivamente distintas acciones sobre una misma cosa, como reclamar por depósito lo que ya se pidió por préstamo. Pero tal teoría es inexacta. Si la cosa reclamada se identifica inequívocamente y *exigo su entrega* en virtud de la relación A, no puedo después reclamar la entrega de la misma cosa en virtud de una causa B, no posterior a la sentencia primitiva. La alegación de motivaciones diferentes, siendo en el fondo una misma la pretensión, no puede considerarse viable. Con la sentencia firme prechuye el derecho a todo cambio de motivación.

Pero ¿lo es en efecto? Forzosamente hay que contestar que no. Manresa se ha limitado a consignar, con una visión meramente gramatical del problema, términos sinónimos del empleado por el Código civil. Ha realizado una simple sustitución de la palabra causa hablando del *fundamento capital*, del *origen* de acciones y excepciones. Nada, en resumen, que no se pudiera saber con sólo una consulta al diccionario. Con las indicaciones que él proporciona, la cuestión es tan inasequible como antes. Y de poco vale alegar después que por regla general, cabe sobre una misma cosa interponer acciones distintas, porque, aparte la relatividad de la fórmula, que mengua por eso su valor científico, es indudable que la viabilidad de las diversas acciones dependerá, precisamente, de la desidentidad de sus causas respectivas.

2. A pesar de la inconcreción de que adolece el Código civil, la doctrina española científica casi se ha limitado a transcribirlo. No existe, pues, propiamente una teoría sobre la *causa petendi* elaborada entre nosotros (7). Un reciente estudio de Guasp (8), aunque aborde el tema de modo transitorio, es, a estos efectos, sintomático. Pero dejemos la palabra al ilustre procesalista: «La cosa juzgada—dice, con su habitual claridad—no opera cuando el segundo proceso tiene un *objeto* distinto que el primero. El objeto procesal auténtico lo constituye la *pretensión de parte* sobre la que recaen las actividades de los diversos sujetos del litigio. *Identidad objetiva* entre dos o más procesos la hay, pues, cuando es *la misma* la *pretensión procesal* que en cada una figura. Ahora bien, la pretensión procesal comprende *dos grandes elementos* individualizadores: la *petición* y el *fundamento*. La *petición* recae de modo inmediato sobre un *quid* específico y determinado (objeto de la pretensión, pero no del proceso): un *bien de la vida*, que puede ser tanto una *cosa corporal* como *incorporal*... El *fundamento* consiste en la invocación de ciertos *acaecimientos que justifican la petición del actor* acaecimientos puramente de hecho, pues los supuestos normativos que sirven para valorarlo (fundamentos de derecho) no contribuyen a la individualización de la pretensión. La *identidad de pretensiones*, clave esencial de la identidad objetiva de los procesos, exige, por tanto, una *identidad del bien* sobre que se litiga y una *identidad de los fundamentos de hecho* en virtud de los cuales se reclama. El Derecho español habla expresamente de identidad de *cosas* y de *causas*, y esta terminología es perfectamente aceptable, entendiendo por cosa la

(7) Vid. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*, I, 1948, 383 y ss.; PLAZA: *Derecho Procesal civil español*, I, 1945, 603 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal*, I, 1949, 357 y ss.

La doctrina extranjera, por lo demás, tampoco ha llegado en este punto a resultados satisfactorios. Es importante anotar el esclarecimiento egológico a la teoría de la *causa* en el Derecho, pues brinda, como hemos de ver, una perspectiva aleccionadora.

(8) GUASP: *Los límites temporales de la cosa juzgada*, ADC, I, abril-junio. 435.

res litigiosa estricta, el bien de la vida que se pretende, y por causa, la verdadera *ratio* o *causa petendi* de la pretensión, los fundamentos de hecho que la legitiman. Ningún otro elemento (v. gr., las *cuestiones*) juega *papel relevante* en esta determinación de la extensión objetiva de la cosa juzgada» (9). Tras estas aserciones, el comentarista exhaustivo de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil ya no proporciona más elementos de juicio con que identificar la *causa petendi*. Pero los datos que ofrece son insuficientes. Entre el complejo material de hecho que sirve de base a la pretensión, ¿cómo discernir el último fundamento esencial de todo lo secundario? Guasp no ha intentado solucionar este problema: deja las cosas como el Código civil.

3. Con alguna anterioridad habíamos tratado nosotros de realizar esa distinción, proponiéndola en estos términos: «¿En qué hipótesis se afirmará la modificación de los hechos? Para responder a esto se han de distinguir dos casos diversos, según sean *anteriores* o *posteriores* al pronunciamiento judicial los hechos modificativos. En el primer caso los hechos que se aleguen han de ser sustancialmente desemejantes, de tal manera, que con ellos se individualice claramente una relación jurídica sujeta a la regulación de normas diferentes. En efecto, los límites objetivos y los límites causales, que han de considerarse superpuestos, no interrumpen que, con posterioridad a la sentencia firme, pueda ser actuada una pretensión que verse sobre la misma cosa, con tal que los hechos nuevamente presentados configuren una relación jurídica que, *sin estar incluida en el ámbito de la otra*, requiera un tratamiento jurídico diverso. Toda otra variación de los hechos, aunque sea susceptible de afectar el fondo de la resolución, no puede exceptuarse de la cosa juzgada si no transforma en otra distinta la relación material origen de la litis. Como regla práctica para decidir esto cabe decir: si los hechos que se tratan ahora de alegar pudieran incorporarse a la pretensión primera como una circunstancia más de la misma, son inadmisibles; si, por el contrario, fuera menester constituir para ellos una pretensión aparte, no estarán comprendidos en la eficacia de la cosa juzgada» (10). Pero tampoco encontramos aquí un sistema de calificación suficientemente previsor y expresivo. Todavía queda por resolver cuándo una relación jurídica está incluida en el ámbito de la otra y cuándo los hechos alegados son circunstanciales o constitutivos de una pretensión.

Existe, sin embargo, otro intento para caracterizar la *causa petendi*. Al tratar el tema de la transformación de la demanda en el proceso civil ha estudiado Fairén, como trámite previo para pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de modificaciones en el *petitum*, las teorías de la *sustanciación* y de la *individuali-*

(9) Guasp: Op. cit., 444.

(10) *Teoría del fraude en el proceso civil*, 1048, 148 y ss.

zación, y con ellas simultáneamente, el alcance del fundamento de pedir. «No sólo —escribe— los hechos y el derecho fundamentan una demanda, sino que para promover una pretensión es necesario relacionar los hechos con su figura legal; se trata de un *sifogismo*, y precisa aportar sus dos premisas (la mayor, el derecho; la menor, los hechos), ya que la conclusión no se puede obtener a partir de una sola, y sí de la relación entre las dos...» (11)

Todas estas posturas, por distinto que sea su punto de vista inicial, expresan una actitud metodológica coincidente y tienen un defecto común: intentan describir una realidad jurídica por un simple recurso de sustitución verbal, por una mera *apelación al diccionario*. Tal procedimiento está de antemano condenado al fracaso. La experiencia se desvirtúa cuando se la quiere definir mediante fórmulas gramaticales, pues sólo es *aprehensible* a través de percepciones intuitivas primarias. ¿Cómo concretar el concepto de *causa petendi* sin abandonar el plano de la experiencia jurídica? He aquí el problema tras cuya solución nos movemos. Pero visto que la doctrina nacional es insuficiente, será menester que nos detengamos a considerar las soluciones aportadas por la jurisprudencia, por si la fuerza de los datos reales permitiera deducir o vislumbrar algún nuevo y valioso enfoque del problema tematizado.

V. LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

1. Un examen crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada con posterioridad al Código civil, conduce a establecer una clasificación de los principios básicos de las resoluciones según el criterio utilizado para su integración. Prescindimos de un numeroso grupo de sentencias que se limitan a repetir literalmente o con variantes accidentales las disposiciones de nuestro precitado cuerpo legal (12).

2. Una matización un poco más precisa de las tres identidades clásicas la efectúa una Sentencia de 5 de febrero de 1906 con estas palabras: «Se aplican rectamente las leyes que autorizan la excepción de cosa juzgada, cuando la presunción de la triple identidad establecida en el artículo 1.252 del Código civil, se infiere de la solidaridad jurídica de la acción ejercitada en ambos litigios con el mismo objeto, y de la igualdad de fundamentos y apoyo de la pretensión que hacen idéntica la condición de las partes y el resultado que se pretende en relación con el título que se invoca.» Tomemos nota de las últimas palabras, que traen a luz

(11) FAIRÉN: *La transformación de la demanda en el proceso civil*, 1949, 69 y ss

(12) 7-VI-934; 14-VI-945; 15-XII-908; 4-VI-932; 28-XII-914; 28-IX-942; 3-VII-943; 23-V-947; 11-I-947...

un aspecto descuidado por la doctrina, pero de evidente y notorio interés, según comprobaremos posteriormente.

En una ocasión anterior (S. de 29 de mayo de 1905), tras una reproducción literal del artículo 1.252, el Tribunal Supremo había proclamado: «La identidad de las cosas y de las acciones no se altera de modo alguno por la circunstancia de haberse formulado en el segundo juicio pretensiones que son independientes de las planteadas en el primero, que no alteran la finalidad de ambas demandas, y cuando la razón de pedir es idéntica en ambos.» Y a continuación, en la misma sentencia, agregó: «No es lícito promover un segundo pleito intentando probar nuevamente un hecho por cuya falta de justificación se pronunció sentencia absolutoria en el anterior.» Otro concepto importante, a condición de un desarrollo más amplio, es el que saca a relucir la resolución antecedente, cuando se refiere a la *independencia de las pretensiones* presuponiendo que sin ella opera la excepción de cosa juzgada. Precisamente la subordinación de las pretensiones al hecho generativo permite distinguir la *causae pretendi* de la motivación jurídica que se haya aducido en la demanda. Así lo ha hecho también, de un modo sobremanera práctico, el Tribunal Supremo, al declarar: «Que aun cuando en el actual pleito se han expuesto razones de nulidad atribuidas al título, que no se invocaron en la anterior, la estimación que de su validez se hizo entonces no puede menos de afectar a todas las condiciones del mismo, pues si de algunas no tuvo que ocuparse el Tribunal, porque las partes no conceptuasen conveniente alegarlas, y teniendo en cuenta no sólo la excepción propuesta, sino la índole de la acción ejercitada, según la que se hallaba obligado el actor a probar el pretendido dominio, forzoso es reconocer que al estimarlo justificado se resolvió definitiva y ejecutoriamente sobre la eficacia legal de las adjudicaciones para los efectos de la reivindicación entablada, pues dentro de los respectivos juicios es donde deben utilizar los litigantes todos sus medios de defensa, para evitar las perturbaciones e inseguridades que se producirían si se conceptuasen como acciones independientes las diversas razones que a las partes pudieran ocurrirse para combatir una sentencia...» (Sentencia de 14 de marzo de 1898). Aparece aquí otra sugestiva distinción entre *pretensiones autónomas* y *medios de ataque*, que podría ser extraordinariamente fecunda para el tratamiento teórico del problema.

3. No tan acertada y categórica se muestra la jurisprudencia al dilucidar la cuestión de si la dualidad de acciones envuelve la de *causae pretendi*. Una Sentencia de 7 de junio de 1934 sostenía, con excesiva generalidad, que «donde hay diferentes acciones es evidente que existen diversas causas de pedir». En cambio, resoluciones anteriores habían sostenido ya conceptos más precisos y difícilmente conciliables con éste. Así, en 15 de febrero de 1921, el Tribunal Supremo manifestaba que «la causa equivale

a fundamento o razón de pedir, siendo la acción la mera modalidad procesal que es necesario ejercitar para efectivizar aquélla en juicio». Y en Sentencia de 28 de diciembre de 1914 argüía: «Siendo el motivo o causa de pedir la existencia de un título en el que se reconoce, concede o declara un derecho, y precisando para hacerlo efectivo el ejercicio de una acción, o sea, el medio que la ley concede para reclamar aquel derecho en juicio, es evidente que si la acción que se ejercita no es la adecuada y por su impugnación se aprecia esta excepción y desestima la demanda en la sentencia firme que ponga término a la controversia jurídica a que dió origen, sin hacer referencia en su parte doctrinal ni en su fallo acerca del derecho invocado y del fin perseguido, que no es otro que el de conseguir su reconocimiento y efectividad, no puede sostenerse que ese fallo tenga carácter ejecutorio para impedir el nuevo ejercicio de una acción más en armonía con el derecho que se ostenta y cuya declaración se pretende.» Esto no obstante, en Sentencia de 9 de julio de 1917, el Tribunal Supremo adujo: «Resuelto un litigio en términos de que la parte demandada obtenga la absolución, bien porque las acciones ejercitadas no existan o porque defectos sustanciales de fondo o de forma las hagan inestimables, quedan desvirtuadas o extinguidas, y contra su nueva alegación en otro pleito puede admitirse para ellas la excepción de cosa juzgada, porque, de aceptarse criterio distinto, resultaría que, por omisiones sólo imputables al actor, vendrían a ocasionar continuas contiendas judiciales a los que una vez fueron demandados, perdiendo así las sentencias el carácter de firmeza que les corresponde.»

Esta vacilación de la doctrina jurisprudencial obedece evidentemente a razones de fondo, y es muy reveladora y sintomática. Denota por lo claro la ausencia de un criterio objetivo sobre la función, naturaleza y alcance de la cosa juzgada. La misma indecisión se observó en un principio al tener que decidir el Tribunal Supremo qué efectos produciría una resolución que no tocase al fondo de la cuestión litigiosa desde el punto de vista de la cosa juzgada. Así, por ejemplo, la Sentencia de 9 de junio de 1917, citada hace un instante, achaca los defectos de forma al que los comete y hace la sentencia inatacable tanto por razones de fondo como por deficiencias formales en el ejercicio de la pretensión. Pero hoy parece ya consolidada la posición contraria. Numerosísimas sentencias patrocinan una distinción, a efectos de la cosa juzgada material, entre resoluciones que atañen al fondo y resoluciones sobre cuestiones de procedimiento. «Las resoluciones sobre materias procesales (presupuestos, excepciones, etc.) que, aunque pongan fin al juicio, hagan referencia exclusivamente a la relación procesal para que han sido dictadas, sin garantizar ningún bien de la vida fuera del proceso, no producen cosa juzgada material» (13).

(13) 18-IV-944; 1-VII-947; 26-XI-948; 29-I-949; 21-X-949, etc.

VI. VALORACIÓN PRÁCTICA DE LA DOCTRINA LEGAL

1. El Tribunal Supremo, como habrá podido comprobarse, no ha llegado a inducir, de los casos concretos, una teoría general que resuelva verdaderamente el problema del objeto del proceso. Nada se ha dicho para aclarar en forma inequívoca el concepto de *causa petendi*, tan familiar a nuestro legislador. Ciertamente es que el Tribunal Supremo no actuaría con prudencia comprometiendo la Justicia en teorías precipitadas; pero la ausencia de un criterio resolutorio de carácter general dificulta extraordinariamente su labor y hace, en cambio, más vacilante su doctrina. Por otra parte, las directrices que patrocina la jurisprudencia no son del todo congruentes, ni acordes entre sí. En consecuencia, cuando el jurista práctico se enfrenta con una cuestión que gravita sobre los límites objetivos de la cosa juzgada, es inútil que acuda a las sentencias del Tribunal Supremo en demanda de un criterio uniforme. Tendrá que construirse por sí mismo una regla empírica ante cada caso, porque ninguna norma discretiva común está a su alcance. Pese a esta deficiencia, no será superfluo comprobar, ante supuestos reales, el valor de ciertos principios fragmentarios que informan la doctrina jurisprudencial.

2. Apliquemos al caso litigioso narrado antes la teoría del Tribunal Supremo. Conforme a ella, las resoluciones sobre materias procesales no son susceptibles de cosa juzgada. El letrado tiene, pues, expedita la vía judicial y puede reproducir su pretensión en un procedimiento posterior. Si nos atenemos a las apariencias, la teoría es correcta y resuelve satisfactoriamente el problema propuesto. Ahondando, sin embargo, un poco, resalta en seguida qué endeble es una tesis semejante. Supongamos, por un momento, que, confiando en el azar del repartimiento, el letrado hubiese reproducido su pretensión en los mismos términos que al principio. ¿No hubiera podido la contraparte oponerle la excepción de cosa juzgada? Una respuesta negativa conduce a una situación absurda, a un estado de cosas insostenible. Si no se da la cosa juzgada en materia estrictamente procesal, no existe motivo para imponer la subsanación del defecto de forma, y el demandado tiene que estar soportando pacientemente los ataques del actor, aunque el proceso seguido contra él no sea más que un proceso abusivo.

Resulta demasiado fuerte sostener que no se produzca excepción de cosa juzgada en cuestiones de procedimiento. Otra posición parece más justa: cuando por razones procesales no llegue a recaer sentencia de fondo, debe poder reproducirse nuevamente la pretensión material ya instada, si bien subsanando antes los vicios de forma denunciados por el Tribunal. Ahora bien, si una resolución de carácter incidental surte efectos de cosa juzgada, dos resoluciones contrarias—como en el caso discutido aquí—ha-

cen imposible, a primera vista, entrar ulteriormente a examinar el fondo del asunto. Una diferencia de criterio entre dos jueces, sin ninguna responsabilidad de la parte, puede acarrear nada menos que la pérdida del derecho. Al parecer, cualquiera que sea la solución que quiera adoptarse, el caso litigioso mencionado hace asomar siempre la paradoja. ¿No habrá manera de escabullirse a las dos penosas alternativas? Dejemos la cuestión aún pendiente, pues conviene antes afrontar una serie de problemas previos.

3. Una sentencia del Tribunal Supremo mencionada en el párrafo anterior (V, 3) consigna un criterio interesante para determinar en qué casos los defectos de forma no deben impedir la efectividad de la cosa juzgada. No es admisible—decía entonces el Tribunal Supremo—que por omisiones sólo imputables al actor tenga que sufrir el demandado continuas contiendas judiciales. La jurisprudencia consagraba aquí la teoría de la *absorción preclusiva de las alegaciones*, según la cual, cuando una parte ha tenido oportunidad de argüir o aportar instrumentos polémicos y no lo ha efectuado o lo ha hecho en una determinada forma, no debe encontrar posteriormente una nueva ocasión o modo de recurrir a fundamentos diversos. Es decir, la cosa juzgada protege contra la reproducción de lo aducido y de lo *aducible* (14). Tampoco esta teoría es, con todo, plenamente satisfactoria. Las leyes procesales se refieren ya a ciertos supuestos en que un planteamiento defectuoso de la litis no trae como consecuencia la preclusión definitiva de pretensión, sino únicamente su improcedencia en una forma determinada. Así ocurre, por ejemplo, en nuestra Ley de Enjuiciamiento civil con las excepciones dilatorias, sobre todo cuando no son formuladas como alegaciones independientes. (Ley de Enjuiciamiento civil, arts. 532, 535, 687).

Resalta en todas estas consideraciones la necesidad de una teoría general que resuelva en bloque ese cúmulo de problemas particulares. Vamos a intentar construirla, teniendo antes en cuenta una recentísima aportación a la teoría de la causa en el Derecho.

VII. UNA TRANSMIGRACIÓN DEL PROBLEMA

1. En un análisis muy sugestivo sobre la *coordinación de las normas jurídicas y el problema de la causa en el Derecho* (15) ha expuesto Carlos Cossio una teoría muy peculiar sobre la causalidad jurídica. «El principio de causalidad—advierte Cossio—se ha revelado en el mundo físico como la clave que hace inteligible

(14) MORTARA: *Comentario*, IV, número 282. HEINITZ: *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, 1937, 140 y ss.

(15) COSSIO: *La coordinación de las normas jurídicas y el problema de la causa en el Derecho*, 1948.

la naturaleza ; pero fracasa por completo en el mundo jurídico.» «Mientras el físico, en la serie de sucesos concatenados que considera, *busca* para cada hecho, el hecho o los hechos que sean causa, el jurista, aun tratándose de la misma serie causal de sucesos, *interpreta* esta serie. Suponiendo que la serie causal de sucesos corra de izquierda a derecha en el primer plano de un escenario, el jurista, atraído en su tarea por uno o más hechos de esta serie, no se remonta hacia la izquierda de la misma buscando una causa, sino que salta del primero al segundo plano hacia detrás de la serie causal, interpretándola en un intento de comprenderla. La relación causal, cuando le lleva del efecto a la causa, le presenta un nuevo hecho, pero no le presenta ni le puede presentar una interpretación de los hechos. El jurista salta... de los fenómenos jurídicos a la persona humana plenaria...» (16). «El llamado problema de la causa en el Derecho, para la teoría egológica, se disuelve en el problema de la interpretación... Este resultado no podía ser otro para quien esté al tanto de por qué la teoría egológica afirma que no se interpreta la ley, sino que lo que se interpreta es siempre la conducta mediante la ley. Es que, en lo que ahora nos concierne, si se trata de conocer un acto humano como tal, es decir, si se trata de conocer conducta y si la conducta es siempre, por ineludible necesidad, conducta de un hombre, se comprende sin dificultad que la circunstancia de hecho donde se fija el corte de la cadena causal de sucesos o donde se pone la «causa» de un acto jurídico, no es de por sí un objeto independiente a conocer en su ligamen causal con otros hechos, sino que es siempre y solamente el perfil fenoménico o límite externo, es decir, la forma sensible de la configuración de algo, y este algo es la conducta del sujeto actuante en cuestión» (17).

2. Si acomodamos estos conceptos al problema de la *causa petendi* advertiremos con sorpresa que permiten lograr una simplificación envidiable. Ya no es cosa de hablar de un *supuesto facticio fundamental*, expresión vacía y racionalista que no dice nada a nuestra intuición, sino que podemos referirnos a una *conducta humana que interfiere nuestra libertad y que pone concretamente en entredicho nuestra capacidad de actuación jurídica*. Entonces se comprende perfectamente qué es la *causa petendi* y cómo debe identificársela. El fundamento de toda pretensión es siempre un acto humano proyectado y visualizado como anti-jurídico a través de un determinado precepto legal; un acto humano que se entromete y perturba a otra conducta humana en su libertad.

Así las cosas, es fácil percibir de qué modo se identifica la *causa petendi*. Basta para ello con describir el acto humano que

(16) Cossio: Op. cit., 44 y ss.

(17) Cossio: Id. 98 y ss.

motiva el recurso a la vía procesal. Un acto humano se perfila como un suceso en el espacio-tiempo, que, por la ley física de la impenetrabilidad, no puede confundirse con ningún otro. El elemento identificador de la *causa petendi* aparece, así, como el elemento identificador de la conducta humana. Ahora bien, la conducta humana se individualiza mediante la designación del agente, mediante el *consistir* de la acción u omisión y mediante su localización en el espacio-tiempo. Por tanto, se hace ahora patente qué huera resultan las teorías de la *individualización* y de la *sustanciación* cuando se trata de configurar sin ambigüedad un acto humano determinado. Porque es obvio que para identificar un acto humano puede bastar a veces un número de elementos que en otras ocasiones acuse una total insuficiencia. Pronto tendremos ocasión de comprobarlo. De momento lo que importa es conectar la hipótesis egológica con una teoría del objeto del proceso radicada en el verdadero marco de la experiencia jurídica.

VIII. EL MENSAJE DE UNA CONCEPCIÓN ABSTRACTA Y EL TRÁNSITO A LO CONCRETO

1. En un estudio, que ya no es reciente, hemos señalado como objeto del proceso la *discriminación eficaz de una interferencia* (18). La expresión, puramente técnica, requiere algunas aclaraciones que la hagan comprensible. Para poner de manifiesto la razón de ser de cada uno de los conceptos utilizados y para dar cuenta de la «intención» que anima toda la teoría, vamos a tomar las cosas desde lejos; es decir, desde sus principios justificativos.

2. El empiriocriticismo jurídico, como, para entendernos de algún modo, podemos denominar a nuestra concepción del Derecho, arranca de ciertas afirmaciones iniciales sumamente sencillas. Supone, en primer lugar que el Derecho es un fenómeno de la experiencia humana, y que, por ende, su estudio científico no debe efectuarse sino de cara a la realidad social empírica. Si la ciencia de lo real es una *racionalización y comprensión abreviada de la experiencia*, la ciencia del Derecho no debe albergar, como las demás ciencias de lo real (19), ningún elemento espúreo que contamine la desnudez de los datos empíricos. Antes pues, de acometer la empresa de síntesis, el jurista necesita llevar a cabo una descripción neutral de la verdadera experiencia jurídica, eliminando, para eso, las suposiciones habituales, los prejuicios inveterados que empañan la percepción de los auténticos fenómenos jurídicos. El problema capital del Derecho científico estriba, según

(18) Vid. LOIS: *La teoría del objeto del proceso*, cit. 606 y ss.

(19) Vid. EINSTEIN: *El significado de la relatividad* (Prélat), 1948, 7 y ss. EINSTEIN: *De mis últimos años* (Del Hoyo-Bravo), 1951, 73 y ss., 79 y ss., 120 y ss.; JEANS: *Nuevos fundamentos de la ciencia* (Huélin), 1944, 42 y ss., 45 y ss.; PLANK: *¿A dónde va la ciencia?* (Jiménez de Asúa), 1947, 41 y ss.; WHITEHEAD: *Philosophía und Mathematik* (Ortner), 1949, 91 y ss.

la dirección empiriocrítica, en *determinar escuetamente en qué consiste la experiencia jurídica*. Si aceptamos como buena una de las bases más firmes de la Epistemología contemporánea, sólo cabe considerar como *material empírico aprovechable* los hechos o fenómenos que son susceptibles de una *observación objetiva*. Son condiciones esenciales para la objetividad de la observación la *corroborabilidad* del hecho por diversos observadores y su *controlabilidad* en antecedentes o en consecuentes (20). Todas las «inobservables» deben ser desalojadas del terreno científico (21). Si procedemos con un riguroso aferramiento a la experiencia, las relaciones interhumanas que se desenvuelven pacíficamente no tienen por qué ser objeto de la investigación jurídica: las normas positivas no les conciernen en absoluto, pues ellas encierran su propia norma, producto de la voluntad autónoma de los interesados, y además, ni son evidentes para observadores imparciales ni producen ningún efecto jurídico positivamente controlable. Sólo, pues, las *relaciones polémicas* forman parte de la experiencia jurídica (22).

3. Una relación humana adquiere carácter polémico desde el instante en que alguien solicita la intervención judicial como consecuencia de una cierta incompatibilidad entre una conducta, legitimada por un título (23), y un estado de hecho dotado de protección provisional (24), que, interponiéndose, la impide. Con otras palabras: el hecho primario de la experiencia jurídica es la *interferencia*, que existe cuando una *pretensión* es deducida ante un organismo jurisdiccional para desvirtuar la eficacia de un *equivalente jurídico* (25). Como el éxito de una pretensión depende de los equivalentes jurídicos que la avalen, resulta que discriminar eficazmente una interferencia es lo mismo que decidir, con autoridad soberana y con poder coactivo, sobre la prelación de una serie de equivalentes antitéticos. El Derecho experimental se presenta, así, como un orden de prelación de *títulos*. Cada *título*—en este sentido—es una concreción tangible —¡empírica!—de un *valor* judicial (seguridad, orden, garantía coactiva de la convivencia pacífica). El proceso aparece, desde la misma perspectiva, como un *método* que el Derecho le fija al juez para realizar la discriminación de la interferencia. Como esa discriminación absorbe y resume la actividad de los órganos ju-

(20) Vid. EDDINGTON: *La Filosofía de la Ciencia Física* (Prélat, Lelong), 1946, 11 y ss. Vid. REICHENBACH: *Philosophische Grundlagen der Quantenmechanik* (M. Reichenbach), 1949, 29 y ss., 150 y ss.

(21) LOIS: *Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico*, en ADC, VI, 2, 449 y ss.

(22) LOIS: *Pretensión, acción y tutela formal provisoria*. Separata de Foro Gallego, 7 y ss.

(23) LOIS: *Proceso y forma*, 1947, 59 y ss. *Contenido esencial en la Ciencia jurídica*, en «Arbor», abril de 1949, 525 y ss.

(24) Op. et loc. cit., *sobre la esencia de la posesión*, cit., 455 y ss.

(25) *La teoría del objeto del proceso*, cit., 621 y ss.

risdccionales, ella, por fuerza, ha de constituir el objeto del proceso.

4. Después de esa determinación abstracta del objeto del proceso ya es fácil concretar cuál es el objeto de una pretensión determinada y en qué radica la *causa petendi*. «Objeto de la pretensión es el resultado que se pretende con ella y causa el hecho que la motiva»; tal era la fórmula poco expresiva a que trataba de recurrir la teoría dominante. Ahora, estos conceptos tan opacos van a tener, de pronto, su decisiva aclaración.

Así como dos puntos determinan una recta, dos elementos identifican una pretensión. Uno es el objeto, que coincide precisamente con el *equivalente jurídico* (26) que el actor intenta desvirtuar; el otro es la *causa petendi* o, para decirlo en términos precisos, la *interferencia potencial* que induce a las partes al proceso (27). Trataremos de esclarecer el significado de esta última expresión a cuantos no estén al tanto de su tecnicismo.

Una interferencia se hace *actual* cuando se interpone la pretensión, porque sólo a partir de entonces ingresa en la experiencia jurídica. Pero de ordinario, al estado de *manifestación* precede un estado de *latencia* (28). Si un acto humano, o una omisión, *interfiere*, obstruccióna o paraliza la actuación jurídica de otra persona, legitimada por un título, entonces existe una interferencia potencial. Pues bien, cuando se describen las dos conductas humanas en interferencia recíproca y se pone de manifiesto el equivalente jurídico que se trata de desvirtuar, la pretensión queda unívocamente identificada. Ni sustanciación ni individualización, sino *interferencia legitimante* y *equivalente jurídico* a impugnar.

IX. UNA ENCUESTA ANTE LA IRREDUCTIBLE REALIDAD

1. Por muy satisfactoria que sea una teoría desde el punto de vista lógico, de nada sirve si no soluciona los problemas concretos que plantea la vida real. Debemos, pues, enfrentar la nuestra con el inapelable tribunal de la experiencia.

Partimos, para ello, de la afirmación de que *toda sentencia produce excepción de cosa juzgada en favor del demandado y adquisición procesal expropiativa en pro del actor*. Dentro de los límites y modo de valer que son inherentes a ella, la cosa juzgada actúa con toda eficacia, cualquiera que sea la sentencia o la clase de proceso en que haya recaído.

Como esta teoría parece contradecir los textos legales y difiere diametralmente de la opinión casi unánime de los tratadistas

(26) *Pretensión, acción, etc.*, cit., 5 y ss.

(27) *Cfr. Proceso y Forma*, II, III. *Objeto del proceso*, loc. cit.

(28) *Cfr. Lois: Teoría de la expropiación procesal*, en DRPrv., diciembre de 1948, 1048.

tas (29), es obligación nuestra inmediata justificarla en términos positivos. Porque en la Ley de Enjuiciamiento civil encontramos, en efecto, en repetidas ocasiones, la declaración explícita de que ciertas clases de sentencias no producen excepción de cosa juzgada. Así, por ejemplo, el artículo 1.479 estatuye: «Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión.» Y lo mismo reiteran los artículos 1.617 y 1.658.

Como consecuencia de estas prescripciones, muchos procesalistas españoles han patrocinado la creencia de que el proceso sumario no da lugar a la cosa juzgada. Sin embargo, como ya Prieto Castro ha subrayado con acierto, tal opinión no es rigurosamente exacta, porque, a igualdad de alegaciones y pruebas, la sentencia recaída no debe alterarse (30). Realmente, la cosa juzgada no es admisible como excepción cuando la sentencia de que dimana se ha dictado en un proceso sumario (31), ya que, al umbral del proceso, no se sabe todavía si se aducirán nuevas alegaciones y pruebas. Pero si no se hiciera así, si en el proceso plenario no se aportaran instrumentos de convicción inéditos, entonces la sentencia anterior debería ser confirmada. O, mejor aún, procedería decretar simplemente, que no ha lugar a modificar el fallo—*provisionalmente emitido*—en razón de la cognición fraccionaria. En virtud de los razonamientos precedentes, el proceso plenario ha de considerarse aquí, respecto al sumario, como una *acción impugnativa*, de la misma índole que la *revisión* (32). No existe dificultad alguna que se oponga a esta construcción jurídica, y la lógica más elemental la está reclamando ahincadamente.

2. Pero... acudamos ahora al testimonio de la realidad. Intentemos solucionar el caso litigioso, planteado al principio, con arreglo a nuestros postulados teóricos. Cuando el letrado de la historia formuló su pretensión en el segundo pleito, en virtud, precisamente, de una resolución judicial previa; no podía el nuevo juez desentenderse de la resolución anterior, porque, mantenidas las tres identidades, la cosa juzgada tenía que ejercer toda su influencia. De lo contrario, el descrédito de la función judicial se haría patente. Promulgada, pues, la segunda sentencia con violación flagrante de la cosa juzgada—y confirmada en apelación—, es obvio que, de no tratarse de una *menor cuantía*, el recurso de casación sería, a todas luces, apodíctico. Ahora bien,

(29) Casi la única discrepancia es la de PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal*, 1948, 11, 7 y ss.

(30) Op. loc. cit.

(31) LOIS: *Una reaparición del proceso provocatorio*. Separata de RGLJ, 24 y ss.

(32) SCHÖNKE: *Zivilprozessrecht*, 1949, 372 y ss.

ante un proceso de menor cuantía, la solución ha de ser diversa. No dándose contra la sentencia de apelación ulterior recurso, ésta adquiere firmeza y, por el principio de unidad de norma, abroga la dictada por el Tribunal inferior. Entonces cabe reproducir la demanda fundamental cumpliendo los requisitos exigidos en la última sentencia. Sustanciada la demanda en tales condiciones, su admisibilidad no podía ser cuestionada por el juez a quien correspondiera conocer.

Que esta solución contiene la buena doctrina no es difícil probarlo, ya que cualquier otra que se intente adoptar conduce a una situación absurda. Si se sostiene que las resoluciones sobre materias procesales son insusceptibles de cosa juzgada, ninguna de las dos sentencias puede producirla, y entonces el demandante puede deducir indefinidamente su pretensión. En este caso, si vuelve a darse la casualidad de que el *repartimiento de los negocios* discierna otra vez sucesivamente la competencia al primero y al segundo juez y ambos reiteran su sentencia, ¿qué le queda que hacer al actor? ¿Seguirá litigando *in aeternum*?

Por otra parte, si cada una de las sentencias fuese a producir excepción de cosa juzgada, estaríamos ante una pintoresca situación: el demandante se vería condenado a la pérdida de un derecho por virtud de un error judicial patente y subsanable.

3. Puesta en prueba ante un caso espinoso de la vida jurídica nuestra teoría de la cosa juzgada, nos compete ahora esclarecer hasta qué punto la teoría del objeto del proceso condiciona aquélla. Después quedará por demostrar aún cómo la concepción empiriocrítica del Derecho es apta para solucionar las dificultades prácticas que se plantean al determinar el objeto procesal.

La teoría del objeto del proceso, tal como ha sido formulada por nosotros, supone que todas las actividades procesales tienden a la *discriminación de una interferencia*. Ahora bien, la interferencia, como hemos cuidado de puntualizar, surge por la incompatibilidad evidente entre una *pretensión* y un *equivalente jurídico*. Y como la pretensión procesal funde dos elementos diversos, que son como dos tramos conjugados en aquélla; uno, meramente procesal, con el *derecho*—en ciertas condiciones—o *la sentencia*, y otro, de contenido material, subordinado a éste, con el derecho a que se determine por la jurisdicción la propia situación jurídica confusa; resulta que la operación de discriminar una interferencia lleva consigo necesariamente dos fases diferentes: por la primera se habrá de examinar si se han cumplido los requisitos formales que califican para exigir la resolución en el fondo; por la segunda, se abordará el problema material justificante del proceso. Por tanto, el derecho a la discriminación de la interferencia sólo se da cuando *todas* las condiciones legales de la pretensión han sido satisfechas. Es preciso, pues, decidir este punto antes de pasar a resolver el otro. Cuando un im-

pedimento procesal obste la sentencia de fondo, el objeto del proceso no habrá sido alcanzado. Será justo, por ende, reconocer al actor la facultad de acudir de nuevo a la vía judicial, una vez subsanados los defectos de forma, porque la interferencia legitimante no ha sido dirimida y subsiste aún. Con todo, la resolución previa en materia estrictamente procesal debe, en su propio campo, producir cosa juzgada como cualquier otra resolución jurisdiccional.

4. Pero veamos ahora si la teoría propuesta es adecuada para resolver algunos supuestos prácticos extraídos de la jurisprudencia. En una sentencia de 5 de mayo de 1900, los considerandos fundamentales exponen la doctrina siguiente: «La única diferencia entre el litigio actual y el anterior reside en que la inscripción en el Registro del expediente posesorio que ha servido de título para pedir en ambos juicios no se había verificado cuando se siguió el primero, y se formalizó antes de promoverse el segundo. Ahora bien, esa diferencia no es bastante para dejar de estimar la excepción de cosa juzgada» (33). El criterio del Tribunal Supremo, a pesar de toda su autoridad, no es, empero, sólido. En la sentencia definitiva dictada por la Audiencia confirmando la de primera instancia, se declaraba improcedente la tercería entablada «por no haber presentado el demandante título inscrito, sin el cual no podían prosperar frente a terceros las tercerías de dominio sobre bienes inmuebles». Posteriormente, en una nueva demanda, insistió el actor en solicitar el alzamiento del embargo y la declaración de propiedad, acompañando para ello al expediente posesorio el certificado de inscripción. Sustanciada la litis, obtuvo ya el actor sentencia favorable.

Podría discutirse el problema hipotecario que subyace en los hechos; pero la cuestión de la identidad objetivo-causal aparece clara. El objeto del primer proceso era discriminar la incompatibilidad entre el decreto de embargo y una pretensión de propiedad. La sentencia, en cambio, se limitó a absolver por insuficiencia de título; pero no contenía pronunciamiento alguno sobre el derecho de dominio. La interferencia subsistía intacta en lo hondo. No habiendo sido dirimida, el derecho a que fuera discriminada persistía aún. Tal como había sido calificada por la Audiencia, la inscripción registral no era más que un requisito previo, meramente formal, para exigir la resolución de fondo.

En 8 de enero de 1902 otra sentencia del Tribunal Supremo razonaba así: «En el juicio promovido por demanda en que se persiga el pago de cantidad determinada procedente de la liquidación de un contrato como en el iniciado por la que se encamine a la práctica de la liquidación misma y, como consecuencia de ella, al pago del saldo que resulte, el punto litigioso es igual, porque necesariamente ha de versar sobre la liquidación del con-

(33) Estos *considerandos* se citan en extracto.

trato..., por donde es evidente que si las partes litigantes son las mismas, la sentencia firme recaída en cualquiera de estos juicios produce en el otro la presunción de cosa juzgada...» Es curioso comprobar cómo el Tribunal Supremo monta sus inferencias sobre la súplica de la demanda inicial, en lugar de hacerlo, como era debido, sobre la sentencia. Ahora bien, ésta había absuelto a los demandados alegando que, al no tratarse de cantidad líquida, no hubiera debido el demandante ejercitar la acción personal que utilizara, sino la correspondiente para obligar a los herederos demandados a liquidar la cuenta presentada. Una vez más, la cuestión de fondo no había sido dirimida en virtud de un impedimento procesal. Irresuelto el problema litigioso, la cosa juzgada carecía, para ejercer su influjo, de un requisito primordial.

Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil

JOSE BONET CORREA

Dr. en Derecho y Profesor A. de Derecho Civil
en la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema en los contratos de arrendamiento.—2. El principio nominalista, la devaluación monetaria y su proyección en los arrendamientos.—3. Las cláusulas de estabilización en los contratos de arrendamiento.—4. Las cláusulas «oro» o «plata»; «valor oro» y «valor plata».—5. Las cláusulas «pago en cupones de renta» o «valor cupones de renta».—6. Las cláusulas «moneda extranjera» y valor moneda extranjera.—7. Las cláusulas «pago en especie» o «en mercaderías».—8. Las cláusulas de «revisión periódica».—CAPÍTULO PRIMERO.—*La cláusula de escala móvil en los contratos de tracto sucesivo*.—9. Terminología y concepto de las cláusulas de escala móvil.—10. Estructura técnica y función de las cláusulas de escala móvil.—11. El problema de la validez y eficacia de las cláusulas de escala móvil.—12. Ambito de aplicación de las cláusulas de escala móvil.—CAPÍTULO SEGUNDO.—*Las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos rústicos*.—13. Las cláusulas de escala móvil ante el régimen de los arrendamientos rústicos de Código civil y de la Ley de 1935.—14. Régimen jurídico de la renta en la legislación vigente: imposición «ex lege» de la cláusula valor trigo.—CAPÍTULO TERCERO.—*Las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos urbanos*.—15. El régimen del Código civil en arrendamientos urbanos y la admisión de las cláusulas de escala móvil.—16. Las cláusulas de escala móvil ante la legislación especial de arrendamientos urbanos.—17. La necesidad de distinguir el doble ámbito de aplicación de las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos urbanos.—18. El problema de la validez y eficacia de las cláusulas de escala móvil en el inquilinato.—19. La admisión de las cláusulas de escala móvil en los locales de negocio: a) Validez de las cláusulas de escala móvil en la legislación del período 1914-1936.—b) Validez de las cláusulas de escala móvil en la legislación posterior a 1936 y anterior a 1946.—c) Validez de las cláusulas de escala móvil en la legislación vigente.

INTRODUCCION

1. *Planteamiento del problema en el contrato de arrendamiento*.—En vista de las fluctuaciones económicas y monetarias que se producen en nuestra época es ya frecuente en la práctica de la contratación arrendaticia el acudir al establecimiento de cláusulas en

las que el arrendador pretende mantener el mismo potencial económico o poder adquisitivo de los bienes que utiliza como instrumento de cambio y que pone a disposición de sus conciudadanos a través de un contrato de arrendamiento.

Con la finalidad de evitar que estos bienes sean objeto de especulación por parte de los propietarios y al mismo tiempo pretender ayudar a las clases sociales, económicamente débiles, el Poder público ha cogido las riendas de la normación positiva y ha estructurado un sistema de restricciones y compensaciones, en pro de unos y otros, con el propósito de conseguir un justo y racional equilibrio entre ambos.

El entrecruzamiento de fines, no solamente económicos, sino sociales y político-sociales de la circunstancia histórica en que vivimos, plantea problemas de gran complejidad para el civilista, que si bien especulativamente tomará posición ante todos ellos, prácticamente se limitará tan sólo a la resolución de los conflictos que en consideración al ordenamiento positivo sancionado se le ofrece. De aquí que la función del civilista sea, fundamentalmente, lograr con esta realidad jurídica una interpretación fiel de la justicia conmutativa y distributiva. La labor interpretativa, crítica y correctora supone, además, el instrumento eficiente para lograr un más alto ideal de justicia.

Actualmente es ya un tópico—casi diríamos un principio exclusivo—la preocupación de la defensa del arrendatario frente al arrendador o propietario. Se olvida que este último es también parte de una relación jurídica y que tiene sus derechos y exigencias—no sólo sociales, sino jurídicas—, aunque hoy en día le corresponda el cargo de más amplios deberes; pero aunque estas obligaciones y deberes sean más intensos, por otra parte, no se le pueden desconocer sus mínimos derechos. Uno de ellos es el que hoy traemos a consideración; es decir, el de poder estipular y percibir una equitativa y justa retribución, con arreglo a las fluctuaciones, no sólo del valor de la moneda, sino del nivel de vida en que se mueve. El precio del arriendo es, en último término, una cantidad de dinero que representa el valor en cambio de un bien productivo, que se utiliza como medio de adquisición de riqueza. Es, además, el signo representativo o contraprestación que se entrega en virtud de una relación obligatoria y en función de ese valor en cambio. Si este valor ha sido previamente considerado por las partes y en virtud de su mutuo entendimiento así lo han establecido o referido, de acuerdo con un índice de determinado producto, el problema ahora está en saber si es válido y eficaz, no con arreglo a la voluntad de las partes—así manifestada y concordante—, sino de acuerdo con la voluntad soberana de la Ley vigente. A la dilucidación de tal cuestión en el Derecho de arrendamientos están encaminadas estas páginas.

2. *El principio nominalista, la devaluación monetaria y su proyección en los arrendamientos.*—El ordenamiento español vigente que se refiere a las deudas pecuniarias, en general, se basa sobre el llamado principio nominalista. Una indagación previa requiere un análisis de dicho principio, ver hasta qué límite se extiende, cuál es la función que cumple y cuándo se vulnera. De este modo, los problemas que la devaluación monetaria plantea en las diversas figuras e instituciones podrán resolverse con más seguridad y firmeza y al mismo tiempo con un criterio lógico y coherente.

La aceptación del principio nominalista por nuestro ordenamiento positivo tuvo como vehículo, fundamentalmente, el *Code Napoléon*, que, a su vez, recogió la doctrina tradicional europea, cuyo antecedente inmediato estaba en la formulación que en Francia se había desarrollado en los siglos XVI y XVII (1). 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 (2), 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.

Ahora bien, el curso legal de una moneda es el que impone imperativamente el Estado mediante la atribución de un valor concreto a una unidad (pesetas, franco, dólar, lira, marco, etc.), como instrumento general de cambio. Pero frente al valor nominal del dinero asignado por el Estado, se toman en consideración otros dos valores: el intrínseco y el comercial o en curso. 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 determinado por su poder de adquisición en el mercado, es decir, por la cantidad de bienes o servicios que será posible obtener en contrapartida.

Este valor nominal asignado por el Estado al dinero es interpretado por la doctrina de diversos modos. KNAPP (3), uno de los más ilustres nominalistas, sostiene que el dinero es una creación del ordenamiento jurídico y obra absoluta del Estado. El dinero

(1) Cfr. ASCARELLI: *Premesse di storia dogmatica alla teoria giuridica della moneta*, ahora en *Saggi giuridici*. Milano, 1949, pág. 252 y en *Studi giuridici sulla moneta*. Milano, 1952, pág. 26 y ss.

(2) El principio nominalista, recogido por la mayor parte de las legislaciones, jurisprudencias y doctrinas extranjeras, según hace notar NUSSBAUM: *Money in the law*. Chicago, 1939, págs. 249 y ss., aparece plenamente aceptado en España por la Ley de 9 de noviembre de 1939 y por la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 y el Decreto de 24 de julio de 1947 que aprobó los Estatutos del Banco de España.

(3) KNAPP: *Staatliche Theorie des Geldes*, Berlin, 1906.

se dice también—no es un bien ni una mercancía que tenga valor por sí mismo. Es un signo sin valor, un símbolo, una indicación. GOLDSCHMIDT (4) dijo que la fórmula de la constancia legal del valor era una bella fórmula. Esta afirmación se traduce para LANDESBERGER (5) en la consideración de que a través del nominalismo se logra una inalterabilidad del valor del dinero. Es más acertado el criterio de NUSSBAUM (6), según el cual 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 cree CAPUTO (7) que por este principio nominalista la moneda, cualquiera que sea la situación del mercado, cumple siempre su propia función como medio legal de pago,

A través del nominalismo se logra una inalterabilidad de la unidad-símbolo del dinero. Como ha dicho el profesor HERNÁNDEZ GIL (8), al enjuiciar este principio, no hay oscilaciones en este valor nominal; o mejor dicho, las oscilaciones que pueden producirse en el valor intrínseco o en el valor en curso de la moneda no tienen repercusión en el valor nominal, que se mantiene con independencia de aquellas oscilaciones.

GOLDSCHMIDT (9) y GUDGE (10), al examinar los resultados a que lleva la teoría nominalista, anquilosando las relaciones, concluyeron que nuestra época desemboca en una crisis de la revalorización. KRESS (11) y ECKSTEIN (12) dirán que las disposiciones del nominalismo son insostenibles. Por ello, afirmará NAPPI (13), la necesidad de una absoluta derogación del principio nacionalista.

Frente a este principio, la doctrina alemana, fundamentalmen-

(4) GOLDSCHMIDT, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XIX, 325, citado por NUSSBAUM: *op. cit.*, infra, pág. 38, núm. 3.

(5) LANDESBERGER: *Währungssystem und Relation*, pág. 157, cit. por NUSSBAUM: *op. cit.*, pág. 39, núm. 1.

(6) NUSSBAUM: *Teoría jurídica del dinero*, trad. esp., Madrid, 1929, página 39.

(7) CAPUTO: *Le clause di garanzia monetaria*, Milano, 1939, pág. 10.

(8) HERNÁNDEZ-GIL: *Apuntes del curso académico 1953-54* (conferencia número 27), pág. 1.

(9) GOLDSCHMIDT: *Die Aufwertungskrise, ein Ergebnis der Lehre vom Nominalismus*, Berlin, 1926.

(10) BUDGE: *Vom Theoretischen Nominalismus*, en *Conrads Jahrbüchern*, 113, 481 y ss., cit. por NUSSBAUM: *op. cit.*, pág. 38, núm. 1.

(11) KRESS: *Lehrbuch des allgemeine Schuldrechts*, pág. 237, cit. por NUSSBAUM: *op. cit.*

(12) ECKSTEIN: *Geldschuld und Geldwert im mater. u. intern. Privatrecht*, Berlin, 1932, pág. 76.

(13) NAPPI: *Utopia attuale del principio nominalistico*, en «*Monitore dei Tribunali*» (1947), 73; ID., *Ancora sulla assurda applicazione del principio nominalistico ai debiti pecuniari*, en «*Monitore dei Tribunali*» (1948), 77.

te, elabora la llamada teoría valorista (14). ENNECERUS (15) opina 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 la cantidad debida: las deudas pecuniarias son deudas de valor. De aquí—añade—derivan varias consecuencias. a) El que promete una cantidad de tantos o cuantos marcos, no promete pagar precisamente en piezas de a marco, sino que sólo quiere deber y debe el valor de la cantidad prometida, teniendo que pagar este valor, como es natural, en dinero; b) Si se ha estipulado que una deuda pecuniaria se pague en una determinada especie, como se hace con frecuencia añadiendo la palabra «efectivo» a la denominación de la especie pecuniaria, deberá interpretarse, sin embargo, únicamente como un convenio accesorio sobre el modo del pago, siempre y cuando no se haya manifestado patentemente que la voluntad de las partes tenía otro sentido. Así, pues, el objeto de la deuda es, a pesar de todo, el valor de la cantidad. En este sentido se pronuncian, igualmente, BLOMEYER (15 bis), ESSER (16), LEHMANN (16 bis), MOLITOR (17), LARENZ (18), y HOCHÉ (19).

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 la devaluación monetaria, la diversidad de trato que es necesario establecer entre las deudas de valor y las deudas de dinero. Admitir—dice GRASSETTI (20)— que la cláusula curso y la cláusula valor son en nuestro ordenamiento a la par válidas o ineficaces, únicamente porque tienen idéntico contenido económico, significa enunciar un principio de Derecho por el cual los pactos contractuales de diferente configuración jurídica tienen siempre, y necesariamente, idéntica disciplina, y que el intento perseguido por las partes sea el mismo. Frente a MOSSA (21), SCA-

(14) La teoría valorista fué ya propugnada por SAVIGNY: *Das Obligationenrechts*, I, 440 y ss.; cfr. Von TUHR: *Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts*, I (1924), 53, y NUSSBAUM: *op. cit.*, págs. 119 y ss. Una tentativa de dar fundamento teórico a la consideración valorista es la de WAHLE: *Das Valorisationsproblem in der Gesetzgebung Mitteleuropas*, Berlín, 1924.

(15) ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, traducción esp., II, 1.º, Barcelona, 1947, 36.

(15 bis) BLOMEYER: *Allgemeines Schuldrechts*, Berlín y Frankfurt am Main, 1953, pág. 65.

(16) ESSER, B. G. B.: *Schuldrecht. Lehrbuch des Schuldrechts*, Karlsruhe, 1949, pág. 62.

(16 bis) LEHMANN: *Recht der Schuldverhältnisse*, en «Lehrbuch des bürgerlichen Rechts de Enneccerus-Kipp-Wolff, 14 ed., Tübingen, 1954, pág. 98.

(17) MOLITOR: *Schuldrecht*, I, München y Berlín, 1949.

(18) LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, München y Berlín, 1953.

(19) HOCHÉ: *Schuldrecht. Allgemeine Lehren*, München y Berlín, 1952.

(20) GRASSETTI: *Debito di valore, debito di valuta e portata del principio nominalistico*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 34, II, 1936, 387.

(21) MOSSA, en «Rivista del Diritto Commerciale», 21, I, 1923, 607.

DUTO (22), ASCARELLI (23) y GRECO (24) duda que la cláusula curso y la cláusula valor tengan siempre la misma finalidad económica. Ahora bien, según este autor (25), no basta la simple consideración del principio nominalista, tal como lo sancionó el legislador italiano, para decidir la validez de las cláusulas de valor. Le parece más exacto el sentido opuesto, es decir, que dichas cláusulas son ineficaces, aunque el legislador al acoger el principio nominalista pueda justificar una tendencia a interpretarlo, en la duda, como principio de orden público.

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. Para SCADUTO (27), el valor nominal atribuido al dinero es el valor jurídico normal; ahora bien, observa cómo este valor nominal es diverso del valor económico del dinero—el cual está en función del poder adquisitivo que tiene en el mercado—ya que depende de un acto autoritario del ordenamiento jurídico y está sueditado a las posibles oscilaciones económicas. Admitir el valor nominal—añade—significa atribuir al acreedor el derecho a obtener una suma nominalmente igual a aquella prestada. No tendrán influencia las alteraciones y el cambio de la materia de la moneda mientras que sí puede ser relevante un cambio nominal.

Esto quiere decir, a juicio de MOSCO (28), que el valor nominal no es un verdadero valor en el sentido que las ciencias económicas y jurídica dan a esta expresión. A juicio de este autor, dicho valor nace por una exigencia fundamental del comercio y que se puede decir sea esta misma exigencia la que determina la creación del dinero. Exigencia que señala la concreción del llamado valor nominal derivado de la función esencial para la que sirve el dinero, es decir, para la función de cambio. Ello en cuanto el dinero sirve como intermediario en los cambios entre bienes variadísimos, implica poder establecer un criterio—el mejor y el más simple—en base al cual los cambios se realizan. Concluye, pues, MOSCO (29) que falta en el así llamado valor nominal la esencia del valor, porque no presupone un juicio comparativo de utilidad.

Esta concepción del nominalismo monetario, como advierte

(22) SCADUTO: *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, págs. 58, 62 y 143.

(23) ASCARELLI: *La moneta*, Padova, 1928, pág. 165, y en *I debiti di valore*, ahora en *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952, pág. 63.

(24) GRECO: *Le clause monetarie*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 33, II, 1935, 540.

(25) GRECO: *op. cit.*, pág. 396.

(26) PACCHIONI: *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, Firenze, 1948, pág. 286.

(27) SCADUTO: *op. cit.*, págs. 58, 62 y 143.

(28) MOSCO: *Gli effetti giuridici delle svalutazione monetaria*, Milano, 1948.

(29) MOSCO: *op. cit.*, pág. 41.

NOGARO (30), fué afirmada ya por DUMOULIN y es la vigente en casi todos los ordenamientos jurídicos. Se explica así porque el principio del nominalismo siempre se ha justificado tradicional y políticamente, según dice GRECO (31), no tanto por razones de tutela de un legítimo interés de los deudores para no sufrir las consecuencias de un hecho, como la desvalorización, independiente de su voluntad, sino en cuanto por una exigencia de estabilidad y de constancia del sistema monetario, así como por un fin de defensa de la moneda legal limitado al sólo caso de las deudas pecuniarias, respecto a las cuales las variaciones de cualquier valor de la moneda, diverso del nominal, son consideradas por la Ley como jurídicamente irrelevantes.

Actualmente, a la vista de estudios tan sobresalientes y autorizados, a la par que penetrantes, como los de KEYNES (32), TRASBOT (33), CARNELUTTI (34) y NICOLO (35), y más específicamente los de D'ANTONIO (36), MOSCO (37), FERRARI (38) y DUDEN (39), se observa la tendencia a restringir la rigurosidad del principio nominalista al acercar la disciplina jurídica de las relaciones patrimoniales a la realidad económica.

Según DUDEN (40), 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. La importancia económica y jurídica del nominalismo la fundamenta este autor en tres premisas, principalmente: a) El nominalismo-oro facilita el cálculo comercial; b) El nominalismo se aplica para mantener fijos los precios de la economía (privada y pública); c) El nominalismo da a la política monetaria estatal la posibilidad de influir en la inflación o defla-

(30) NOGARO: *Les principes fondamentaux du Droit monétaire français*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 20, 1920, 949.

(31) GRECO: *Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 45, II, 1947, 107.

(32) KEYNES: *The general theory of employment interest and money*, London, 1951, pág. 266.

(33) TRASBOT: *La dévaluation monétaire et les contrats de Droit privé*, en *Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle*. Etudes offertes à G. Ripert, II, Paris, 1950, 159.

(34) CARNELUTTI: *Svalutazione monetaria e processo*, en «Rivista de Diritto Procesuale», II, 1947, 170.

(35) NICOLO: *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, en «Foro italiano», IV, 1946, 32.

(36) D'ANTONIO: *Sul principio nominalistico*, en «Monitore dei Tribunali», 1949, c. 164.

(37) MOSCO: *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, cit.

(38) FERRARI: *Brevi osservazioni sui limiti di applicabilità del principio nominalistico*, en «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», VII, 2, 1953, pagina 606.

(39) DUDEN: *Regole giuridiche sul valore valutario*, en «Nuova Rivista di Diritto Commerciale. Diritto dell'Economia, Diritto Sociale», VI, 9-12, 1953, pagina 237.

(40) DUDEN: *op. cit.*, pág. 238.

ción al tenor de la posición general cambiante sobre el desarrollo de la economía.

Las conclusiones de la doctrina, tanto germánica, como francesa e italiana, nos llevan a aceptar—según advierte MOSCO (41)—un resultado positivo bastante apreciable: que el principio nominalista tiene una naturaleza derogable, salvo las disposiciones de las leyes especiales; lo que conduce a la notable consecuencia de que las partes pueden normalmente prevenirse contra las consecuencias dañosas de las fuertes oscilaciones del poder adquisitivo del dinero, mediante la estipulación de cláusulas particulares; que tienden, en general, a hacer cambiar la entidad numérica de la suma en proporción al cambio del poder de adquisición. Para este autor la conquista científica es fecunda en efectos prácticos, pero tales efectos tan sólo se pueden realizar en un campo muy circunscrito.

Desde este punto de vista, FERRARI (42) cree que el principio nominalista se limita a las obligaciones pecuniarias puras, y destaca: *a*) Comprende solamente las deudas pecuniarias es decir, únicamente el contenido de aquellas obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, individualizada sólo por su haber cuantitativo; *b*) Que tales deudas se extinguen por medio de la moneda legal en curso en el momento del cumplimiento; *c*) Que la moneda de curso legal extingue la deuda por su valor nominal; ello significa que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma, por lo que el deudor se libera con dar al acreedor el mismo número exacto de unidades comprometidas en la obligación, sin referirse a la relación entre el valor efectivo de la moneda en el momento en que la obligación surge y aquél eventualmente diverso en el momento del cumplimiento.

A nuestro juicio, 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 tanto, la función del nominalismo es mantener esa unidad de cuenta (la peseta como instrumento liberatorio de pago en el Estado español), sin que a la esfera jurídica privada trascienda otra cosa que la mayor o menor libertad—consecuencia de una política social, económica o monetaria—que las partes pueden tener para señalar la cantidad de unidades que percibirán cada una como contrapartida del valor real de las cosas.

El fenómeno actual de la desvalorización monetaria y, como consecuencia, las variaciones de su poder adquisitivo, conduce a una situación injusta para los acreedores, los cuales ven mermado considerablemente el valor de sus créditos. Este desequilibrio en el aspecto conmutativo de la obligación contraída bilateralmente llega a trascender de un modo considerable en la con-

(41) MOSCO: *op. cit.*, pág. 47.

(42) FERRARI: *op. cit.*, págs. 606 y ss.

tratación privada, especialmente en el campo de los llamados contratos a largo plazo o de tracto sucesivo. En la doctrina alemana (43) y en la práctica de los demás países provocó siempre la necesidad de habilitar un medio para poder aliviar sus consecuencias. Concretándonos al contrato de arrendamiento—a pesar de su naturaleza temporal—actualmente, debido a la especial situación de larga duración que adquiere y a consecuencia de la prórroga obligatoria, sancionada en favor de los inquilinos, podemos observar, patentemente, la iniquidad de un desequilibrio económico y jurídico entre las partes que lo componen. Ahora bien, si esta injusticia resulta del efecto reflejo de un principio como es el nominalista, que es necesario y beneficioso dentro del tráfico jurídico-económico por su garantía, fijeza y seguridad en las relaciones pecuniarias, ello, no obstante, debe ser corregido en atención a aquellos casos concretos o situaciones que vienen gravemente afectadas. Y no en balde tales situaciones no pasan desapercibidas para el Poder público cuando intenta imponer remedios para aliviarlas. Así, vemos que con carácter excepcional se arbitran dos soluciones excepcionales: una, *a priori*, por intervención legislativa; otra, *a posteriori*, mediante un régimen de excepción judicial.

Por la intervención legislativa se dictan normas especiales de revalorización o de reducción para el cumplimiento de determinadas obligaciones pecuniarias (44). De tal modo, y concretamente en materia de arrendamientos urbanos, el art. 118 de la L. A. U. dispone diversos porcentajes de incremento de las rentas vigentes según la fecha de la celebración del contrato. La disposición transitoria once, al prevenir nuevos desequilibrios por efecto de la depreciación del dinero, autoriza al Gobierno para permitir dichos porcentajes de elevación, al dejarlos sin efecto, reduciéndoles o elevándolos, «según aconsejen las mutaciones habidas en la economía nacional». Con posterioridad, el Decreto-ley de 17 de mayo de 1952 autoriza diversas elevaciones de renta en los arrendamientos de locales de negocios y en los de viviendas, según la fecha

(43) Cfr. WEBER: *Der Einfluss des Krieges und der Kriegsfolgen auf die privatem Rechtsverhältnisse*. Heidelberg, 1948, pág. 31; HEDEMANN: *Schuldrecht des BGB*, Berlín, 1949, pág. 9; ENNECERUS: *op. cit.*, II, 207; LENEL: *La letteratura civilistica tedesca*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 22, I, 1924, 472; MANN: *Währungszersplitterung und Währungsbestimmung*, en «Neu Juristisches Wochenschrift», VI, 18, 1953, 643.

(44) Con tal fin se dictaron, entre otras disposiciones, el Real Decreto de 26 de agosto de 1918 y la Ley de 17 de julio de 1945, para revisión de los precios de determinados contratos de obras públicas adjudicados por subasta. La Ley de 11 de abril de 1939, llamada del «desbloqueo», que establece escalas de revalorización y de reducción de las obligaciones extrabancarias de dinero, afectadas por la inflación que tuvo lugar en la zona roja, en proporción a las fechas de su constitución y vencimiento. La Ley de 5 de noviembre de 1940, dictada para la resolución de los problemas planteados por la contratación en zona roja, especialmente cuanto a la revisión de los contratos de suministro y de suministro y obra, formalizados antes o durante la dominación marxista (art. 7).

de los mismos. El fundamento de la intervención del legislador se expresa claramente en el preámbulo del Decreto-ley al decir que su finalidad «ha sido corregir la desproporción que existe entre el rendimiento del patrimonio inmobiliario urbano (estabilizado) y el ritmo seguido por los índices de los precios». El Decreto de 6 de marzo de 1953 insinúa en que «para lograr una más equitativa coordinación de todos los intereses en juego en las relaciones arrendaticias urbanas, el Gobierno, haciendo uso de las facultades que le confiriera la L. A. U. de 31 de diciembre de 1946, autorizó, con carácter general, unas reducidas elevaciones en las rentas de las viviendas y locales de negocio construídos o habitados por primera vez antes del 18 de julio de 1936». Añade, «por ello, y para servir mejor a aquel propósito de equidad que debe inspirar siempre el Derecho..., parece justo utilizar al máximo la autorización contenida en la Disposición transitoria once de la ley de 31 de diciembre de 1946, recargando con el triple de los porcentajes de su artículo 118 la renta que, conforme al mismo, corresponda satisfacer, en tales situaciones jurídicas, por el arrendamiento de las viviendas y locales de negocios».

A *posteriori*, y para el caso de que el legislador no haya dictado disposiciones especiales, los Tribunales mediante la revisión judicial de los contratos, suavizan los rigores que, a consecuencia de la aplicación del principio nominalista, pudieran producirse en circunstancias de grandes quebrantos económicos. Ahora bien, su aplicación general o extensiva tan sólo es posible para los casos que se previeron. A este propósito, nuestro Tribunal Supremo, en varias sentencias dió la pauta a seguir. La sentencia de 13 de junio de 1944 manifestó que «el principio de autonomía de la voluntad, que requiere el cumplimiento de lo pactado en los términos convenidos, admite ciertas restricciones por razón de la buena fe que preside la contratación, y más concretamente por razón del elemento de justicia objetiva, implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida esencialmente en los onerosos a la reciprocidad o equivalencia de la prestación, de tal suerte que en algunas ocasiones la Ley permite mitigar el excesivo rigor de aquel principio, confirmando al juzgador la facultad de acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado». Añade, «por lo tanto, y no obstante los reparos de algún sector doctrinal, es preciso reconocer la facultad judicial y de modificar el contrato, lo que no quiere decir que esto se eleve a rango de principio general, pues no se ha de perder de vista que la Ley establece como norma fundamentalmente rectora del negocio jurídico el axioma *pacta sunt servanda*, por lo que sólo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de la citada facultad modificadora».

La sentencia de 5 de junio de 1945 confirma el criterio de cautela que se ha de seguir a la revisión o resolución de los contratos. Dice que «aunque esta Sala... no ha excluído la posibilidad de

construir en el ámbito del Derecho vigente, la cláusula *rebus sic stantibus* como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones, si lo demandaren imperiosamente las circunstancias muy calificadas...», «sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse, atenta al desequilibrio de que por falta de aplicación o por excesiva o normal generación de la doctrina pudiera padecer la seguridad pública de las convenciones, tal como inicialmente se establecieron, según la patente e inequívoca voluntad de las partes..., porque si en las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esta legítima preocupación doctrinal dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida, se cuidó de subordinar su aplicación, tanto a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado, y aún así las facultades rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas al demandado».

Además de estas dos soluciones excepcionales, por las que se evita que las obligaciones pecuniarias pendientes se vean afectadas por las perturbadoras consecuencias de un extraordinario cambio de circunstancias, tenemos la solución que ofrecen los mismos contratantes cuando previsoriamente establecen en los contratos cláusulas de estabilización del precio o de la renta. Su problema principal es si son válidas y eficaces con arreglo al ordenamiento general del Código civil y, actualmente, respecto a la legislación especial de arrendamientos.

3. *Las cláusulas de estabilización en el contrato de arrendamiento.*—La estabilidad y fijeza que el principio nominalista atribuye al dinero como unidad de cambio contrasta, a través de la práctica diaria de la contratación de tracto sucesivo, con la paradoja desconcertante de la fluctuación del valor real del dinero desde la iniciación del contrato hasta su conclusión.

Para salvar las diferencias que ello puede engendrar a las partes contratantes en el valor estimativo o en cambio, y para que dicho valor conmutativo persista a pesar de las alteraciones económicas y las circunstancias sobrevinidas, los sujetos de la obligación pecuniaria diferida acuden a estipular cláusulas que les prevengan frente a las mutaciones del valor monetario (44 bis).

Estas cláusulas, que la doctrina denomina «cláusulas monetarias» (45) o «cláusulas de estabilización» (46) tienen la particu-

(44 bis) Cfr. SANTINI: *Clausole monetarie e rimedi contro la svalutazione dei contratti*, en «Rivista Bancaria», 1948, 310.

(45) Entre otros autores, cfr. GRECO: *Le clausole monetarie*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 33, II, 1935, 532; MOSCO: *Clausole monetarie e regime vincolistico*, en «Diritto e Giurisprudenza», 1948, 250; VASSEUR: *Le Droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, se parata de la «Revue Trimestrielle de Droit Civil», Paris, 1953.

(46) Entre nosotros véase: PELAYO HORE: *Cláusulas de estabilización*, en

laridad de que regulan el valor y precio del contrato con referencia a un producto o mercancía (oro, plata, trigo, aceite, algodón, etc.) que fluctúa con el nivel creciente o decreciente del poder adquisitivo de la moneda y permite calcular y hacer la conversión, aproximadamente, de la cantidad de dinero que se ha de entregar en el momento posterior del pago para que represente su valor real, según la circunstancia inicial del contrato.

Es necesario, pues, dejar señalada, con gran precisión, la función y juego de las cláusulas de estabilización para determinar la cuestión fundamental de su licitud o ilicitud, así como la de su validez o invalidez (47), tanto por lo que se refiere a los principios jurídicos generales, cuanto por lo que respecta a un ordenamiento positivo concreto.

Es frecuente ver en la mayor parte de los autores que tratan esta materia, una involucreción de su verdadero sentido y, como consecuencia fatal, llegar a desecharlas o afirmarlas rotundamente. Ahora bien, un problema distinto es el de su conveniencia o no dentro de un sistema jurídico-positivo concreto, donde se atiende preferentemente a conseguir fines que respondan a una particular meta social. Frente al sistema económico de libre cambio, donde la voluntad de las partes prevalece en el sentido de orientar e invertir sus bienes con arreglo a unas razones particulares o privadas se opone el sistema económico dirigido, en el cual, el Estado tiene un plan preconcebido con fines generales y sociales de adquisición y distribución de la riqueza. De aquí que el problema de la vigencia de las cláusulas de estabilización sea complejo y obedezca no sólo a razones de carácter técnico-jurídico, exclusivamente, sino que estén predeterminadas por causas económicas, sociales y políticas. Todas ellas han de ser muy tenidas en cuenta cuando se trate de enjuiciarlas dentro de un sistema positivo concreto. Sin embargo, las experiencias adquiridas por aquellos países en que el fenómeno se ha producido con mayor intensidad y en donde la doctrina y la jurisprudencia lo han abordado con gran interés, nos pone sobre un camino que, si bien no es el mismo a recorrer, nos puede facilitar bastantes mojones de referencia para llegar a una solución adecuada.

El amplísimo panorama doctrinal sobre las cláusulas de estabilización viene particularizado en las seis variedades a que suelen concretarse: *a*) la cláusula «oro» o «plata» y «valor oro» o «valor plata»; *b*) las cláusulas «pago en cupones de renta» o «valor cupones de renta»; *c*) la cláusula «moneda extranjera» y «valor moneda extranjera»; *d*) la cláusula «pago en especie» o en

«Anales de la Academia Matritense del Notariado», II, 1944, 39; ROCA SASTRE: *Cláusulas de estabilización*, en «Estudios de Derecho privado», I, 1948, 251; FENECH: *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en «Revista del Instituto de Derecho Comparado», 2, 1954, 141.

(47) Esta cuestión se analiza, concretamente, más adelante, a propósito de las cláusulas de escala móvil; cfr. núm. II de este trabajo.

«mercaderías», e) la cláusula de «revisión periódica», y f) la cláusula de «escala móvil» o «a índice variable». Veamos en el próximo epígrafe una información general de las primeras, para pasar después, en el siguiente, al estudio específico de las últimas, objeto principal de nuestro trabajo.

4. *Las cláusulas «oro» o «plata»; «valor oro» y «valor plata».*—Las llamadas cláusulas «oro» o «plata» se refieren a dos modalidades de pago: en «moneda-oro» y en «valor oro» (48).

La primera, según NUSSBAUM (49) y MOSSA (50), puede tener los dos sentidos siguientes: 1.º Puede haberse determinado el pago en oro solamente con la intención de suministrar una cierta cantidad de este metal en pasta. Aquí, propiamente no hay deuda de tipo pecuniario, sino una obligación genérica; 2.º Puede pactarse que el deudor entregará una determinada cantidad de dinero, pero en moneda de oro con exclusión de cualquier otra manera de pago. Si la moneda de oro designada no está en circulación al vencimiento, los ordenamientos jurídicos, en general, transforman la deuda en ordinaria de curso legal.

La segunda, o cláusula «valor oro», presenta una estructura jurídica distinta al pactar que el pago en oro se hace con la finalidad de asegurar al acreedor un valor fijo, un valor de garantía contra las fluctuaciones del cambio. Suministra un medio de cálculo en cuanto que la prestación pecuniaria podrá realizarse en monedas de curso legal de cualquier especie (preceptivamente las de curso legal forzoso), pero no serán entregadas y recibidas según su valor nominal, sino por el valor que tengan en proporción con el oro. De este modo, surgen, así, las llamadas deudas de valor y su problema central se cifra en la validez o invalidez de dicha cláusula «valor oro».

En la legislación de los diferentes países se pueden advertir tres posturas: 1.ª Las que declaran la nulidad de las cláusulas oro. 2.ª Las que la reconocen con limitaciones. 3.ª Las que la admiten sin reservas.

1.ª Entre las legislaciones que declaran la nulidad de las cláusulas oro tenemos a los Estados Unidos de Norteamérica con su específica «Joint Resolution Act» (51).

(48) Lo que se diga del oro vale para la plata u otro cualquier metal precioso.

(49) NUSSBAUM: *op. cit.*, págs. 267 y ss.

(50) MOSSA: *La clausola d'oro*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 21, I, 1923, 597.

(51) Cfr. MULLER, en *Zeitschrift für ausländisches Recht und internationales Privatrecht*, 1933, 489; QUALID: *La réforme monétaire et bancaire aux Etats Unis*, en «Revue de Droit Bancaire», 1933, 65; SHATZKY: *Les décisions des tribunaux américains. Repudiation de la clause dollar-or par les Etats Unis*, en «Journal de Droit International», 1933, 539; ASCARELLI: *Svalutazione del dollaro e clausola oro*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 31, I, 1933, 562; PERCEZOU: *Les arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis sur les clauses oro*,

Aunque se destaca con particularidades (52), forma parte de este grupo la legislación de Canadá, especialmente con «The Gold clause act» de 10 de abril de 1937 (53).

La legislación griega prohibió por la Ley de 7 de marzo de 1918 la cláusula oro. Aunque más tarde se le reconoció validez por la Ley de 15 de mayo de 1923, fué nuevamente declarada nula por la ley de 26 de abril de 1932, salvo en lo concerniente a las operaciones internacionales (54).

También la legislación egipcia por los Decretos leyes de 2 de agosto de 1914 y 2 de mayo de 1935 sanciona de nulidad a la cláusula oro, incluso dentro de los pagos internacionales (55). Igualmente sucede en el Brasil con el Decreto de 27 de noviembre de 1933, que declara expresamente prohibida la cláusula oro (56), así como la legislación polaca anterior al conflicto internacional último (57). La legislación urugaya en leyes de 8 de agosto de 1914 y 17 de diciembre de 1923 instaura el curso forzoso. Por la ley de 20 de enero de 1938 se estableció una nueva unidad monetaria complementada por la de 5 de enero de 1942, sobre la limitación del poder liberatorio de la plata dentro del régimen de moneda de papel (57 bis).

Dentro de este grupo merece una consideración particular la legislación francesa, puesto que la sanción de nulidad de las cláusulas

Paris, 1935; DAWSON: *The gold clause decisions*, en «Michigan Law Review», 1935, 647. Respecto de la validez de la cláusula oro para los contratos de Derecho internacional, cfr. NUSSBAUM: *Comparative and international aspects of American gold clause abrogation*, en «Yale Law Journal», 1934, 78; ÍDEM: *De l'effet, à l'étrangère, de la loi américaine repudiant la clause-or sur les emprunts non-américains*, en «Nouvelle Revue de Droit International Privé», 1934, 546; ÍD.: *La clause dollar-or*, Paris, 1935; ÍD.: *Money in the law*, Chicago, 1938; ÍD.: *Money in the law; national and international law*, Brooklyn, año 1950.

(52) Cfr. DOMKE: *Les efforts législatifs tendant à restreindre la validité de la clause-or*, en «Revue Critique» 1938, 30.

(53) Cfr. su texto en «Bulletin de l'Institut Juridique International», III, 1937, 109.

(54) Cfr. HUBRECHT: *La dépréciation, monétaire et la stabilisation*, Strasbourg, 1928, pág. 373; TENEKIDES: *De la clause «payable en or»*, en «Journal de Droit International Privé», 1922, 555.

(55) Cfr. su texto en «Journal de Droit International Privé», 1935, 1103; DOMKE, en «Revue Critique», 1938, 28. Sobre el criterio de la jurisprudencia, contróntese REISS: *Portée internationale des lois interdisant la clause-or*, Paris, 1936, pág. 66.

(56) Cfr. en «Bulletin de l'Institut Juridique International», 1934, 261.

(57) V. la Ordenanza de 12 de junio de 1934; cfr. DOMKE: *La clause-or dans la législation polonaise*, en «Bulletin de la Société de Législation comparée», 1934, 365.

(57 bis) Afirman la nulidad de la cláusula oro: AMÉZAGA: *La cláusula de pago a oro; curso legal y curso forzoso*, en «Revista de la Alta Escuela del Uruguay», 21, 1935, 127; QUIJANO: *La cláusula a oro o en moneda extranjera*, en «Revista de la Facultad de Ciencias Económicas», 2, 1940, 317; VIERA: *Validez de los pactos contractuales para prevenirse de la estabilidad monetaria en nuestro Derecho positivo*, en «Revista de Derecho mercantil», Montevideo, 1953, VIII, 80, págs. 3 y ss.

sulas oro no se deriva directamente de una ley concreta y específica, sino indirectamente, al alegar la aplicación de la ley de 5 de agosto de 1914 sobre el curso forzoso (58). Los tratadistas se muestran divididos, sin que pueda ofrecerse una posición dominante en cuanto a la admisión de las cláusulas oro (59). Sin embargo, la jurisprudencia, ya desde 1873 (60), se pronunció por su nulidad.

Dentro de un criterio paralelo al francés está el italiano. MOS-

(58) Cfr. DEMOGUE: *Le cours forcé du billet de banque et ses effets*, en «Journal des Notaires», 1921, 137; DUPUICH: *Monnaie d'or et cours forcé*, en «Revue politique et parlementaire», 1920, 3; JEZE: *La monnaie de paiement dans les contrats entre particuliers et dans emprunts publics d'Etat*, en «Revue de science et de législation financière», 1924, 5; MATER: *Du cours forcé en Droit français*, en «Revue de Droit bancaire», II, 193, y *Traité juridique de la monnaie et du change*, Paris, 1925; CAPITANT: *Du sort contrat contenant une clause annulée comme contraire aux lois sur le cours légal et le cours forcé du billet de banque*, en «Dalloz Hebdomadaire», 1927, 1, y *De l'effet de la suppression du cours forcé sur les clauses de paiement en or en monnaies étrangères*, en «Dalloz Hebdomadaire», 1928, 53; GENY: *Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie*, en «Mélanges Hauriou», 1929, 387; NOGARO: *Les principes fondamentaux du Droit monétaire français*, en «Revue Trimestrielle de Droit civil», 29, 1929, 949; SEIGNOL: *L'option de change et l'option de place*, Paris, 1936, pág. 18; PAQUET: *La dévaluation dans les rapports de Droit privé sous les lois monétaires du 1^o octobre 1936 et 1937*, Thèse, Lille, Haselbruck, 1938; PLANTOL, RIPERT, ESMEIN: *Treatado práctico de Derecho civil*, trad. cast., VII, 2, Habana, 1945, 505 y 512.

(59) Cfr. VALERY: *La clause payable en or et le cours forcé*, en «Clunet», 1916, pág. 1132, y en «Journal de Droit International privé», 1916; DEMOGUE: *De quelques clauses tendent à se prémunir contra les variations de valeur du franc*, en «Journal des Notaires», 1923, 97; JAMES: *La clause payable en or, et le cours forcé*, Thèse, Paris, 1924; NOGARO: *La clause payable en or*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 24, 1925, 5; MESTRE y JAMES: *La clause or en Droit français*, Paris, 1926; CAPITANT: *Les succédanés de la clause payable en or*, en «Dalloz Hebdomadaire», 1926, 1 y 17, y *Des cas où la jurisprudence admet la validité des stipulations en or ou en monnaie étrangère et des modes de garantie de ces stipulations*, en «Dalloz Hebdomadaire», 1926, 33; GENY: *La validité juridique de la clause payable en or dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 25, 1926, 557; MESTRE: *La validité de la clause dite du franc-or et des clauses similaires*, en «Le génie civil», 1926, 184; VOIRIN: *Le sort du contrat contenant une clause payable en or ou valeur or*, en «Revue Critique», 1926, 379; HAMEL: *Monnaie; clause or*, en «Recueil Dalloz», 43, 749; HUGUENY: *Des clauses qui tendent à remédier à l'instabilité monétaire*, en «Lois nouvelles», 1926, 206; PERRAUD: *La détermination de la monnaie de paiement, la clause paiement-or et le problème du change*, en «Journal de Droit International», 1924, 628; SOLUS: *La stabilisation du franc et la clause de paiement en or ou d'échelle mobile*, en «Journal des Notaires», 1928, 785; PLESCH: *Recueil d'arrêts et de consultations sur la clause-or*, Paris, 1937; DOMKE: *Les efforts législatifs tendent à restreindre la validité de la clause-or*, en «Revue Critique», 1938, 30; TOULEMON: *L'indice or*, en «Revue Trimestrielle de Droit Commercial», 1948, 364; TRASBOT: *La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé*, en «Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offerts à G. Ripert», II, Paris, 1950, 159; VASSEUR: *Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, en «Revue Trimestrielle de Droit civil», 51, 1952, 431.

(60) Cfr. la sentencia del Tribunal civil de 11 de febrero de 1929 en Dalloz, 73, 1, 97, nota de LABRÉ.

CO (61) advierte que en los años anteriores a 1936 la orientación de la jurisprudencia era favorable a la validez de todas las cláusulas monetarias. Pero, desde la promulgación del Real Decreto-ley de 5 de octubre de 1936, que coincidía con la desvalorización de la lira, se comenzó a notar una incerteza en la orientación de la jurisprudencia. La situación varía rápidamente a partir del año 1940, con un brusco cambio de orientación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al mantener la ineficacia de la cláusula oro, aunque decidiéndose por la validez de las cláusulas moneda extranjera y de números índices o de escala móvil. Sin embargo, frente a esta postura jurisprudencial, la mayor parte de la doctrina se pronuncia por la validez de la cláusula oro, al sostener que el principio nominalista sancionado en el art. 1.277 del *Codice civile* no obsta a su validez (61 bis).

(61) MOSCO: *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*. Milano, 1948, pág. 64 y ss.; ATTOLICO: *La svalutazione monetaria e la giurisprudenza*. Napoli, 1948; ASCARELLI: *Su due diverse situazioni economiche connesse con la svalutazione della moneta*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 3 (1949), 655; CAPOZZI: *Giurisprudenza della Cassazione in materia di svalutazione monetaria*, en «Foro Civile» (1949), 438; GRAZIANI: *Nuovi atteggiamenti della giurisprudenza in materia ordausole oro*, en *Studi di diritto civile e commerciale*. Napoli, 1953.

(61 bis) Cfr. MOSSA: *La clausola d'oro*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 21-I-1923, 589 y ss.; SCADUTO: *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*. Milano, 1924, § 57; ASCARELLI: *La moneta*. Padova, 1928, § 42, y *Pagamento dei debiti con clausola oro*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 31-II-1933, 190; DI STEFANI: *Sulle clausole contrattuali del pagamento in lire oro*, en «Foro Italiano», II, 1933, 190; BRACCI: *Rimborso di obbligazioni con clausola oro*, en «Foro Italiano», I, 1931, 934; PACHIONI: *Delle obbligazioni in generale*. Padova, 1935, pág. 293; CAPUTO: *Le clausole di garanzia monetaria*. Milano, 1939, pág. 55; CORIANCHI: *Il problema della validità ed efficienza delle clausole oro-valore con speciali riferimenti ai mutui*, en «Rivista di Diritto Privato», II, 1941, 186; ORLANDO: *Per la validità della clausola oro*, en «Rivista di Diritto Privato», II, 1941, 183; DALMARTELLO: *Appunti in materia di clausola oro*. Milano, 1942; DE LONGHI: *Debiti di moneta estera, provvedimenti restrittivi e clausole di garanzia monetaria*, en «Giurisprudenza completa della Cassazione», I, 1942, 266; VITERBO: *Debito in valuta estera e clausola oro*, en «Foro Italiano», I, 1947, 194; MOSCO: *Op. cit.*, pág. 61 y ss.; CARNELUTTI: *Dubbi sulla clausola oro*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 49, 1951, 338; GRECO: *La clausola oro sanebbe ancora inefficaces*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 46, 1948, 404; SANTORO-PASSARELLI: *Validità del contratto con clausola oro*, en «Foro Italiano», I, 1949, 40; NOVELLI: *Sulla validità della clausola oro*, en «Archivio de la richerche giuridiche», 1950, c. 840; ASCARELLI: *In tema di clausola oro, debito di valore e restituzione de prezzo in seguito a nullità di trasferimento*, en «Foro Italiano», I, 1950, c. 874; GRECO: *Ritorno all'efficacia delle clausole oro*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 48-II-1950, 431; BERRI: *Sull'attuale efficacia della clausola oro*, en «Giurisprudenza comp. Cass. civile», III, 1950, 164; DONATI: *Clausole oro, svalutazione monetaria e mora defendi*, en «Assia», II, 1951, 120; FAVARA: *Efficacia della clausola oro*, en «Giur. comp. Cass. civ.», III, 1951, 188; SACO: *La ratio della ormai cessata inefficacia della clausola oro*, en «Giurisp. Comp. Cass. civ.», I, 1951, 945; ASCARELLI: *Le clausole oro e la stabilizzazione della moneta del 1927*, ahora en «Studi giuridici sulla moneta». Milano, 1952, pág. 261 y ss., sobre la nulidad de la cláusula oro en arrendamientos urbanos, v. VISCO: *Le case in locazione nel diritto vigente*, 3, Milano, 1951, págs. 147 y 248.

Igualmente son consideradas nulas las cláusulas oro en Suecia (62) y Dinamarca (63).

2.ª Entre las legislaciones que reconocen la validez de las cláusulas de garantía monetaria, excluyendo tan sólo determinadas obligaciones, están Bélgica (64) y Holanda (65).

En Alemania, las cláusulas de estabilización están permitidas por la legislación vigente, aunque se advierta una tendencia a su prohibición. La ley de 26 de julio de 1936 priva de efecto, tan sólo a la cláusula oro inserta en los empréstitos de obligaciones emitidos para el extranjero en moneda extranjera (66). En un sentido afirmativo también se pronuncia la doctrina argentina (67).

3.ª Entre las legislaciones que reconocen manifiestamente la cláusulas oro tenemos Suiza (68) e Inglaterra. En esta última, la

(62) Cfr. la Ley de 28 de septiembre de 1931, v. ASCHENBRENNER, en «Revue Suisse de sciences commerciales», 1934, 96.

(63) Cfr. la Ley de 27 de noviembre de 1936 y su texto en «Bulletin del'Institut juridique international», I, 1937, 84.

(64) Cfr. PIRET: *Les variations monétaires et leurs repercussions en droit privé belge*. Bruxelles, 1935; LALOUX: *Etude critique des moyens de se prémunir contre les repercussions de l'instabilité dans les contrats à long terme*, en «Belgique judiciaire», 1925, 353 y 385; HUGUENY: *Des clauses qui tendent à remédier à l'instabilité monétaire*, en «Lois nouvelles», 1926, 206. La sentencia de 1 de marzo de 1945 reconoce explícitamente la validez de la cláusula oro; cfr. en «Revue Trimestrielle de Droit civil», 45, 1947, 103; DE PAGE: *Traité élémentaire du droit civil belge*, 2, III (Bruxelles, 1950), 432 y ss.

(65) NUSSBAUM: *La clause-or, dans les contrats internationaux*, en «Recueil des Cours de l'Académie de Droit international», I, 1933, 559; GUISSAM: *La dépréciation monétaire*. Lausanne, 1934.

(66) Cfr. el texto de la Ley en «Bulletin del'Institut juridique international», IV, 1936, 325, v. NUSSBAUM: *La clause-or dans les contrats internationaux*, en «Recueil des Cours de l'Académie de Droit international», cit. pág. 1567 y en *Money in law; national and international Law*. Brooklyn, 1950; OERTMANN: *Die Goldklausel in ihre Eintragbarkeit*, en «Deutsche Juristen Zeitung», 1904, 334; PLUM: en *Juristische Wochenschrift*, 1921, 51 y 1924, 1448; KRETSCHMAR: en *Leipzig Zeitschrift*, 1923, 204; HOECK: en *Hanseatische Recht-Zeitschrift*, 1922, 321; BALLIN: *Die Geldbewertung als Gesetzungsproblem des Privatrechts*. Berlin, 1923; DALBERG: *Deutsche Währungs und Creditpolitik*. Berlin, 1926; LUBTOW, en *Juristische Rundschau*, 1927, 498; MEYER-COLLINGS: *Zur Frage der Berechtigung und Gültigkeit innerdeutscher Wertsicherungsklauseln*, en «Juristische Wochenschrift», 1937, 3281 y *Gold und valuta klausel in deutscher und niederländischer Gerichtspraxis*. Berlin, 1938; JUERGENSEN, en *Juristische Wochenschrift*, 1937, 2497; DUDEN: *Die Nicht-Umstellung der Reichsmarkverbindlichkeiten des Deutschen Reiches*, en «Festschrift für Martin Wolff». Tübingen, 1952 y *Regole giuridiche sul valore valutario*, en «Nuova Rivista del Diritto Commerciale», «Diritto dell'Economia», «Diritto Sociale», VI, 9, 12, 1953, 237; KADECKA, en *Oesterreich Juristenzeitung*, 1950, 185; MANN: *Währungszerpflüderung und Währungsbestimmung*, en «Neu Juristisches Wochenschrift», VI, 1953, 643.

(67) Cfr. SCHOO: *La cláusula oro. (Las obligaciones a oro ante la Ley. la Doctrina y la Jurisprudencia)*. Buenos Aires, 1937; MONTEL: *Problemas de la devaluación monetaria en la Ley*. Buenos Aires, 67, 1952, I.

(68) Cfr. VON TUHR: *Op. cit.* pág. 53; BARTH: *De l'influence du change sur les rapports de droit privé*, pág. 216, cit. por ULRICH: *Die Goldklausel*. Aarau, 1932. También HENGELER, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1947, 198.

Cámara de los Lores reconoce su validez aún después de la «Gold Standard Act» de 1931 (69).

La legislación española no ha mencionado ni la nulidad ni la validez de las cláusulas oro. Ocupa, pues, una categoría independiente de las anteriores, aunque del art. 1.170 y del régimen de curso legal forzoso establecido por la ley de 9 de noviembre de 1939, confirmada por la Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 y del Régimen de bloqueo de precios que en ciertas instituciones existe, pudiera deducirse, al igual que la jurisprudencia y doctrina francesa e italiana, una nulidad de las mismas. Pero la mayor parte de la doctrina española (sin que no falten excepciones) aboga por su validez, del mismo modo que el criterio jurisprudencial es favorable.

Iniciado magistralmente el estudio de la cláusula oro en España por SANCHO SERAL (70) y FONCILLAS (71), fué posteriormente analizado a través de diversos campos jurídicos por el resto de la doctrina. Así, desde el aspecto internacional lo hace QUINTANO RIPOLLÉS (72); el aspecto económico y político monetario lo tratan VELASCO ALONSO (73) y SARDÁ (74); el aspecto registral lo estudia VALERIANO DE TENA (75); el aspecto social es considerado por PELAYO HORE (76); el aspecto técnico-jurídico lo examinan DUALDE (77), ROCA SASTRE (78), MARTÍN-BALLESTEROS (79), LUCES GIL (80) y PUIG PEÑA (81), así como los aspectos arrenda-

(69) Cfr. en *Nouvelle de Droit International privé*, 1934, 129; ASCARELLI: *Svalutazione della sterlina e assicurazione*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 30-1-1932, 600; CAWDRON: *La clause or en droit anglais*, en «Cahiers de Droit étranger». Paris, 1934.

(70) SANCHO SERAL: *El problema de las deudas de dinero en el Derecho actual*, en «Revista de la Universidad de Zaragoza», III, 2, 1926, 315 y ss.

(71) FONCILLAS: *La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 8, 1933, 428.

(72) QUINTANO RIPOLLÉS: *La cláusula oro en los pagos internacionales privados*, en «Revista de Derecho Privado», 31, 1947, 666 y ss.

(73) VELASCO ALONSO: *Algunas consideraciones sobre la cláusula valor oro*, en «Revista de Derecho Privado», 34, 1950, 530, opina que es ilícita e inválida la cláusula oro.

(74) SARDÁ: *El nuevo Derecho acerca de las obligaciones en dinero*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 169, 1941, 111.

(75) VALERIANO DE TENA: *Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 26, 1950, 705.

(76) PELAYO HORE: *Cláusulas de estabilización*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II, 1944, 48, donde sostiene la invalidez y nulidad de la cláusula oro.

(77) DUALDE: *Cláusula «pago en oro»*, en «Revista de Derecho Privado», 31, 1947, 1 y ss.

(78) ROCA SASTRE: *Cláusulas de estabilización*, en Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, 251.

(79) MARTÍN-BALLESTEROS: *El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 188, 1950, 528 y ss.

(80) LUCES GIL: *El problema de las obligaciones pecuniarias devaluadas*

ticio urbano y del contrato de seguro es considerado, respectivamente por CERRILLO QUILEZ (82) y BENITEZ DE LUGO (83).

Para sostener la validez de las cláusulas oro se aduce por la mayor parte de estos autores varias razones, según hace ver PUIG PEÑA (84) en los siguientes epígrafes: *a)* La cláusula valor oro no afecta al orden público; *b)* La cláusula oro representa un exponente del principio de la autonomía de la voluntad; *c)* La cláusula oro prestigia el crédito; *d)* La cláusula oro representa una evidente utilidad para la estabilización que envuelve (85); *e)* La cláusula oro está admitida por la legislación española.

A nuestro juicio, ni la sanción del régimen nominalista del artículo 1.170, ni la legislación especial bancaria que lo confirma y mantiene, así como el régimen parcial de bloqueo de precios, se oponen directa ni indirectamente a la cláusula valor oro. El hecho de la convertibilidad de la deuda a moneda de curso legal, en el caso de existir cláusulas oro o valor oro, supone un normal desenvolvimiento y no afecta para nada al engrandecimiento ni envilecimiento de la moneda, ni tampoco viola la razón de fijeza y garantía que el nominalismo atribuye al dinero, señalándole un valor de referencia determinado y concreto. No va, pues, contra las bases del régimen monetario, ni la estructura del curso forzoso. Lo único a que se refiere esta cláusula valor es a la suma numérica a recibir en el momento posterior del contrato, por efecto, tan sólo, de la voluntad pactada que toma en cuenta un poder de adquisición equivalente en su comienzo y en su conclusión y, donde la causa de ello, si bien es la devaluación monetaria, nunca esta devaluación es el objeto específico del contrato que contraen. El valor nominal de la moneda persiste como válido y a él se atienden las partes utilizándolo como medio de pago; ahora bien, si se toma en cuenta el hecho cierto, de la disminución del valor real del dinero es únicamente para ser objeto de cálculo y evitar sus funestas consecuencias. La cantidad de dinero a entregar será algo tan libre de estipular en un contrato de tracto sucesivo, como en otro de celebración instantánea. Las mismas razones abogan para los dos casos; la operación de cálculo es lo único que difiere en esta clase de contratos; una se hace con arreglo al momento de

ante la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en «Foro Callego», 84, 1952, 589 y ss.

(81) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, IV-1, Madrid, 1946, 167, y *Cláusula oro*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica de Seix», IV, Barcelona, 1952, 183.

(82) CERRILLO QUILEZ: *La renta. II. Cláusula «pago oro» en el arrendamiento urbano*. Barcelona, s. f.

(83) BENITEZ DE LUGO: *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización*. Madrid, 1952, página 57 y ss.

(84) PUIG PEÑA: *Cláusula oro*, cit., págs. 1898 y ss.

(85) La cláusula oro es considerada por BAILLE en *Adiciones al Curso*, de COLLIN y CAPITANT, III², 291, como un valor de garantía contra las fluctuaciones del cambio.

celebración-consumición, la otra se calcula a través de las peripecias de los x años de su vigencia. Esta diferencia en el tiempo no puede ser determinante de una cualificación y nulidad especial. Sería absurdo que para el momento inicial hubiese libertad de pactar una suma determinada y no lo fuese para un momento posterior. Creemos, pues, que el problema se reduce a ver si por efecto de leyes especiales subsiste esta libertad—consecuencia del principio de autonomía privada—de estipular cláusulas valor oro que permitan la imposición de una renta o precio que esté en razón del valor del oro, aunque el pago se realice en moneda de curso legal.

El criterio dominante de la jurisprudencia española es favorable a la licitud y validez de las cláusulas oro. Y decimos de las cláusulas oro en general, porque aun en el caso concreto de haberse pactado una cláusula «pago en oro» (cláusula «curso oro» o «cláusula oro», simplemente), el Tribunal Supremo entiende que hay «cláusula valor oro» no sólo cuando expresamente se pacte así, sino cuando se pacte el «pago en oro», puesto que estas cláusulas llevan implícita una «cláusula valor oro» y que como tales cláusulas de valor deben aplicarse cuando la especie pactada desaparece del tráfico (86).

Dentro de la aceptación por la jurisprudencia de la validez de las «cláusulas oro» pueden distinguirse dos etapas: *a*) Una, que se refiere a su admisión en los casos de pagos efectuados con moneda roja; *b*) Otra, que sostiene el criterio de su validez con carácter general.

A la primera etapa pertenece la sentencia de 2 de marzo de 1943, donde se apunta un criterio favorable a la cláusula valor oro, al aceptar el sistema valorista en la determinación de la deuda de dinero. Pero ya de una manera rotunda y conforme a las circunstancias que predeterminaron esta primera etapa, la sentencia de 4 de julio de 1944 decía: «Si en homenaje a la seguridad de las relaciones jurídicas, es preciso de ordinario atenerse a la concepción nominalista, también es opinión casi unánime la de que el principio debe ceder en épocas anormales y en trances graves, si los particulares se cuidaron previsoriamente de garantizar el justo interés contractual y se produjo una depreciación monetaria de gran alcance». Y añade: «No puede reputarse como caso de fuerza mayor, que haga inaplicable la cláusula del contrato, el hecho de que se haya declarado el curso forzoso del papel moneda, porque si acaso el argumento podría ser convincente si el pago de la deu-

(86) La Sentencia de 23 de noviembre de 1946 dice: «Al pactarse el pago en moneda corriente de oro o plata gruesa, fué la intención de los contratantes el que se realizase en moneda de valor equivalente a la entregada al celebrarse el contrato de préstamo, y por ello, la consignación de la cantidad debida por su valor nominal en moneda depreciada carece de efectos liberatorios.» Esta doctrina se confirma en términos análogos en las SS. 29 de abril de 1946 y 9 de enero de 1950. Siguen este criterio NUSSBAUM, *op. cit.*, pág. 268, y ANDRIOLI, *L'inefficacia della clausola oro valore e il principio di conservazione dei contratti*, en «Rivista di Diritto finanziario e sc. d. fin.», II, 1939, 83.

da se hubiese pactado en una determinada especie metálica, no tiene razón de ser cuando, como en este caso, se ha estipulado una «cláusula valor oro o plata», que debe considerarse vigente mientras no exista una disposición del Poder público, que por supremas razones de índole política o económica las deje en suspenso (87).

Esta doctrina se reitera en las sentencias de 12 de marzo de 1946 y 29 de abril y 16 de junio del mismo año, donde se exponen que no debe considerarse completamente pagada una deuda según el artículo 1.157 del Código civil, cuando el capital se entregó en moneda depreciada, sin abonarse las diferencias existentes entre dicha moneda y el valor oro estipulado. Las sentencias de 22 de marzo de 1947, 5 de abril de 1948 y 9 de enero de 1950 examinan el problema de la diferencia entre el valor de la plata y el valor nominal, así como el valor de la moneda roja y el del oro o la plata.

La segunda etapa, que sostiene el criterio de la validez de las cláusulas oro con carácter general, viene señalada por la sentencia de 4 de enero de 1951, la cual hace extensas consideraciones sobre el problema. Dice: «La tesis contenida en la sentencia, ni declara la depreciación de los billetes del Banco de España, ya que también es válida para el caso de que el precio del oro o de la plata fuere al hacer el pago inferior con relación a dichos billetes al que tenían a la celebración del contrato con relación a las pesetas, caso en el cual el número de pesetas sería inferior al de 150.000; ni la afirmación de la depreciación puede producir las «incalculables consecuencias» tenidas por el recurrente, pues la depreciación de la moneda, aún de la de oro y plata, es un fenómeno general y constante de todos conocido, estudiado de antiguo por los economistas y hasta considerado por alguno de ellos, de gran autoridad en la materia, como beneficioso síntoma de buena salud económica; por lo que resulta improcedente el recurso por su segundo motivo».

Además, respecto de las cláusulas oro, añade: que «no puede apreciarse infracción de la ley de 20 de enero de 1939, ni de la ley de 9 de noviembre de 1939 en los pronunciamientos de la sentencia recurrida, conforme a los cuales el pago del precio aplazado de la compraventa con «cláusula oro o plata» debe hacerse en billetes del Banco de España de curso legal y forzoso, pero con equivalencia al valor oro o plata, de la relación indicada, sino que, por el contrario, se acomoda el cumplimiento de lo convenido a lo preceptuado en dichas leyes».

(87) Según POLO, *Comentario* a la Sentencia de 27 de febrero de 1945, en «Revista de Derecho Privado», 29, 1945, 521, la Sentencia de 4 de julio de 1944 reconoce validez y efectos a la cláusula valor oro. Para BONET RAMÓN, en *Comentario* a la Sentencia de 4 de julio de 1944, en «Revista de Derecho Privado», 28, 1944, 866, según sea la importancia y la urgencia de las dificultades ético-sociales y de política monetaria habrá o no motivo para que el legislador adopte las medidas convenientes contra la cláusula valor oro.

Resta un último problema por dilucidar. ¿Son válidas las cláusulas valor oro en un contrato de arrendamiento? Ante el silencio de la legislación especial de arrendamientos acerca de la validez de las cláusulas de estabilización en general y de las cláusulas oro en particular, nuestra doctrina se pronuncia en diversos sentidos, con especial preferencia en los arrendamientos urbanos, ya que la admisión legislativa en los arrendamientos rústicos de la conversión «valor-trigo» de la renta elimina el problema por ellos planteado.

Por lo que se refiere a la cláusula oro en arrendamientos urbanos, ROCA SASTRE (88) sostiene la tesis de su falta de aplicación al pago del precio, renta o merced arrendaticia fundándose en que la L. A. U. de 1946 «responde a un puro criterio nominalista de carácter inderogable por condena», y es uno de sus fines a mantener los precios de los arrendamientos mediante prohibir el aumento de su importe, según puede inferirse de los artículos 121 y 148 de aquella ley; de donde deduce dicho autor que si esta legislación impone el criterio nominalista con el carácter de *ius cogens*, resultará evidente que dicha cláusula será nula por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil, por ser contraria a una norma establecida en dichas leyes especiales arrendaticias. También a PELAYO HORE (89) le parece osado el inquilino que se atreva a exigir una cláusula de esta índole, y, según LUCES GIL (90), en los arrendamientos urbanos no pueden admitirse cláusulas de ningún género que alteren el sistema de estabilización de las rentas establecido en los artículos 118 y siguientes de la L. A. U.

Frente a esta posición negativa de carácter generalizado a cualquier tipo de arrendamiento CERRILLO QUILEZ (91), dentro del arrendamiento urbano, distingue: 1.º Los arrendamientos sometidos al derecho común y 2.º Los arrendamientos sujetos a la ley especial: *a*) viviendas y *b*) locales de negocio. Para las viviendas cree que, no obstante, el principio nominalista aceptado por la L. A. U., en ninguno de sus artículos se prohíbe expresa ni tácitamente que ésta se fije en relación a un valor determinado, que, aunque sujeto a fluctuaciones, éstas nunca obedecerían a la voluntad de arrendador, sino al que se fije en el mercado, y que no tienen por qué suponer en todo caso un aumento de renta, ya que precisamente una de las condiciones de aplicabilidad de la cláusula que estudiamos—dice—es que pueda actuar tanto en beneficio como en perjuicio de ambas partes contratantes. Y siendo ello así—concluye—, no hay por qué prohibir su estipulación.

(88) ROCA SASTRE: *Eficacia de la cláusula valor oro*, en «Revista de Derecho Privado», 34, 1950, 394.

(89) PELAYO HORE: *Cláusulas de estabilización*, cit., pág. 63.

(90) LUCES GIL: *El problema de las obligaciones pecuniarias*, cit., página 610, núm. 38.

(91) CERRILLO QUILEZ: *La renta. II. Cláusula «pago oro» en el arrendamiento urbano*, cit., págs. 20 y ss.

Respecto de los locales de negocios, señala que el arrendatario ha renunciado a los beneficios rentísticos que le otorga el capítulo IX de la L. A. U. al hacer uso de la facultad concedida en el artículo 11 de la misma, en cuyo caso—resuelve este autor—no habrá por qué aplicar a dichos locales un régimen distinto al establecido por los arrendatarios sujetos al Derecho común; o no lo ha efectuado, y en este supuesto habremos de remitirnos a lo que se exponga en materia de viviendas. Concluye, pues, la tesis de la validez de la cláusula «valor oro», tanto para las viviendas como para los locales de negocios.

A nuestro juicio, la tesis es correcta para los arrendamientos de locales de negocio en virtud de la renuncia de los beneficios que concede la ley en el art. 11, entre los cuales la renta es uno de ellos, así como en base a la diversa naturaleza que el local de negocio tiene como bien de producción. Pero no creemos válida y eficaz una cláusula valor oro incluida en el arrendamiento de una vivienda, en virtud del bloqueo de precios y del *ius cogens* establecido por el art. 118 y siguientes de la L. A. U. y, también, debido a su naturaleza específica económica, como bien de consumo. Si a ello añadimos, además del hecho de la desvalorización de la moneda, el aumento desorbitado del precio del oro, tanto en el mercado nacional como en el internacional, llegaremos a la conclusión de que las cláusulas oro añadidas a un contrato de arrendamiento de vivienda, al tomar como módulo de conversión el precio del oro, se apartan de su función originaria de mantener el mismo valor de adquisición y conducen a un aumento de valor tan insospechado que, evidentemente, no era esa la intención de las partes contratantes, ni el principio de justicia objetiva mantenido en la ley.

Todo esto lleva a considerar que si la cláusula valor oro, como tal cláusula valor es lícita, resulta ineficaz desde el punto de vista de la justicia conmutativa de un contrato de inquilinato, al suponer el oro, en último término, un índice de especulación. De ahí, que si en el ámbito mercantil las cláusulas oro son un elemento más del espíritu de lucro que la empresa lleva consigo, no puedan ser objeto de utilización en determinado ámbito contractual civil, de espíritu distributivo e igualitario.

5. *Las cláusulas «pago en cupones de renta» o «valor cupones de renta».*—Las cláusulas «pago en cupones de renta» o «valor cupones de renta» son aquellas por las que se pacta el pago del precio o la renta de un contrato mediante la entrega de una cantidad de cupones de renta al tanto por ciento que el Estado fije en sus emisiones, o bien la referencia al índice de valor de estos cupones de renta.

La práctica de añadir a un contrato estas cláusulas nos la ofrece especialmente la nación gala. Según PLANIOL, RIPERT y ES-

MEIN (92), la cláusula pago en cupones de renta es más favorable, ya que el objeto de la cláusula deja de ser una moneda susceptible de hacer competencia al billete de Banco. Para estos autores, suponiendo que aún en lugar de la entrega efectiva de los cupones el deudor se libere por la entrega de una suma igual a su valor, el billete de Banco se emplea en su valor nominal, sin comparación con una moneda mejor. Pero, el Ministerio de Hacienda francés rechazó a las Compañías de Seguros la autorización de incluir en sus pólizas tal cláusula, porque, en la práctica, el importe del cupón está relacionado íntimamente con el curso de la libra esterlina y la cláusula llega aproximadamente al mismo resultado que si el pago se hubiera pactado en libras. Concluyen estos autores con la apreciación de que esta cláusula estimula también la emigración o huída frente al billete de Banco y contraviene el principio de su equivalencia con las especies metálicas.

En la actualidad, a consecuencia del Decreto de 26 de mayo de 1952, el Estado francés se reserva la facultad de proceder, en cualquier momento, a partir del 1.º de junio de 1960, al reembolso anticipado, de todo o parte de los títulos que queden en circulación, sobre la base del valor de la pieza de oro francesa de 20 francos. Según NOIREAUT-BLANC (93), el empréstito autorizado por este Decreto contiene, como consecuencia, una cláusula oro y, por tanto, tiene un carácter esencialmente monetario. De tal modo, un contrato con índice de referencia de la renta del 3 1/2 por 100, 1952, es en lo sucesivo un índice oro. Sin embargo, la jurisprudencia, por su parte, había estimado que esta cláusula era contraria al orden público (94).

6. *Las cláusulas «moneda extranjera» y «valor moneda extranjera».*—La cláusula moneda extranjera es aquella que se añade a un contrato y por el cual el precio del mismo se pagará en libras, dólares, francos, liras, etc., o en atención al contenido oro de la moneda extranjera. Resultan así las cláusulas moneda extranjera y las cláusulas valor moneda extranjera. Hay que distinguir un doble ámbito en la esfera de contratación con dichas cláusulas: el nacional y el internacional.

En el orden internacional, casi todas las legislaciones reconocen la validez de estas cláusulas (95). Se suelen reconocer dos modos de

(92) PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: *op. cit.*, VII, 514.

(93) NOIREAUT-BLANC: *La clause d'échelle mobile dans les contrats de prêts d'argent*, en sep. de la «Recueil Général des Lois, Décrets et Arrêtés». Paris, 1953, págs. 8 y 9.

(94) Cfr. PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: *op. cit.*, VII, 515, n. 1.

(95) Cfr. las consideraciones de la doctrina francesa: BÉQUIGNON, *La dette de monnaie étrangère*, Thèse, Caen, 1925; BARRAULT, *Le droit monétaire française et les clauses de paiement en monnaies étrangères*, en «Recueil de Droit commercial», 1926, 72; CHAMCOMMUNAL, *La stabilisation des prix dans les contrats à terme en droit interne et en droit international*, en «Annales de Droit

estipulación: la cláusula moneda extranjera en concurso con la cláusula oro (96), y la cláusula moneda extranjera alternativa. Esta última supone más bien una cláusula de garantía del cambio donde el acreedor puede escoger una suma fija de unidades de moneda nacional, o una suma de unidades de moneda extranjera, previamente fijadas o a fijar según igualdad determinada con la primera. La obligación es alternativa (97) y el acreedor demandará el pago en la moneda que prefiera y el deudor cumplirá con pagar en la moneda según el curso del cambio en el día del vencimiento.

Las cláusulas «moneda extranjera» añadidas a los contratos, dentro del orden nacional, se duda de su validez en los períodos de curso legal forzoso, ya que como advierte PELAYO HORE (98) pretenden sustituir la moneda nacional, sospechosa de alteración, por una moneda extranjera cuya estabilidad merezca mayor estimación a juicio de los contratantes. Es, también, según PLANIOL, RIPERT y ESMEIN (99), un medio indirecto de hacerse pagar con un valor oro. Por otra parte—añaden—, su generalización aumentaría la demanda en divisas extranjeras y depreciaría aún más el papel-moneda nacional. Por ello, salvo algunas variaciones, la jurisprudencia las anula.

Sin embargo, las cláusulas moneda extranjera tienden a convertirse, dentro de la contratación nacional, en cláusulas valor moneda extranjera, permitiéndose al deudor el pago en moneda nacional, pero en cantidad variable según el tipo de cotización de la moneda extranjera pactada.

En España, la intervención de las divisas internacionales por

comercial», 1926, 93; GEORGIADIS, *Di paiement en monnaie étrangère*, en «Revue de Droit française», 1926, 26; NOGARO, *Le article 143 Code Commerce et les stipulations en monnaies étrangères*, en «Semaine Juridique», 1927, 977; CAPITANT, *Les emprunts internationaux et les cours forcés*, en «Journal de droit international», 1928, 561. Para la doctrina italiana, v. GALLUPPI, *Questioni sul pagamento in moneta estera e in tema di cambio*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 20, 11, 1922, 189; DOMINICO, *Clausula-oro e clausula valuta estera*, en «Rivista di Diritto Privato», 1935, 268; SALANDRA, *Prestito obbligatorio pagabile in diverse valute*, en «Foto Italiano», 1947, 195; ASCARELLI, *Controllo sulle divise e debiti di moneta estera*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 34, 1, 1936, 195, y *Divisa e divisa estera*, en «Nuovo Digesto Italiano», e *I debiti di moneta estera*, ahora en «Studi giuridice sulla moneta», Milano, 1952, páginas 175 y ss. PUGLIESE, *Clausula di pagamento all'estero e nullità del contratto*, en «Banca, borsa, tit. cred.», II, 1951; PELLIZZI, *Clausula di pagamento all'estero in moneta straniera*, en «Foro Badano», I, 1951, 323. Las posiciones alemana y anglosajona vienen expuestas por NUSSBAUM, *Monety in the law: national an international Law*, cit., y por DUDEN, *Regole giuridiche sull'valore valutario*, cit., págs. 237, y ss.; GRAZIANI, *Questioni in tema di obbligazioni stipilate in valuta italiana ed estera*, en «Studi di diritto civile e commerciale», Napoli, 1953.

(96) Cfr. KADECKA, en «Osterreich Juristenzeitung», 1950, 180.

(97) Llamada «clausula effettivo», en Italia; «option de change», en Francia; «alternative Währungsklausel», en Alemania; cláusula «payable», en los países anglosajones.

(98) PELAYO HORE: *Cláusulas de estabilización*, cit., pág. 64.

(99) PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: *op. cit.*, VII, 514.

el «Instituto Español de la Moneda Extranjera» hace imposible pactar el precio de un contrato en moneda extranjera, a no ser únicamente, como cláusula valor y tomarse de índice de conversión la moneda escogida.

La aplicación de una tal cláusula a los arrendamientos urbanos de viviendas (100) sería ineficaz, tanto por el régimen legal vigente, como por suponer un índice de especulación al igual que la cláusula valor oro, sometida a fluctuaciones político-económicas de diverso orden al nacional.

7. *Las cláusulas «pago en especie» o «en mercaderías».*—La cláusula «pago en especie» o también llamada «en mercaderías», es aquella que tiene por objeto efectuar el pago del precio de un contrato en una determinada especie o mercancía. Como muy bien advierte ROCA SASTRE (101), ya que la moneda fiduciaria no tiene valor intrínseco, y a ello es debido que en determinadas circunstancias pierda su valor «cartal», esto es, el que le asigna nominalmente el Estado, las cláusulas de pago en especie referirán la prestación contractual a alguna cosa con valor intrínseco. Con ello —concluye—habremos retrocedido de la compraventa a la permuta.

En general, la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, se muestran unánimes en reconocer la validez de estas cláusulas a la par que su conveniencia y justicia, si bien, tienden a concretar su esfera de aplicación, especialmente al campo de la contratación rural y con específica utilización en los arrendamientos rústicos, ya que presentan la ventaja de garantizar según las circunstancias, tanto los intereses del deudor como del acreedor.

La razón jurídica de su validez está frente a la cláusulas oro y valor oro en que otros factores, aparte el monetario, influyen en el precio de los productos. Dicen PLANIOL, RIPERT y ESMEIN (102), que estas cláusulas tampoco hacen correr a la economía nacional los mismos riesgos que las cláusulas oro; no ocasionan agio interior ni exageración de las necesidades del cambio, solamente se limitan a adaptar el valor de la deuda a los predios interiores con una variación casi ilimitada de combinaciones. Según CAPITANT (103), el curso de una moneda no depende únicamente del

(100) En el régimen del Código civil, el Tribunal Supremo declaró válidas y eficaces las cláusulas «moneda extranjera», cfr. SS. 10 marzo 1925, 3 julio 1936 y 3 julio 1943. Dentro del régimen de la legislación especial de arrendamientos, jurisprudencialmente, todavía no se ha planteado. A nuestro parecer, en los locales de negocio podría estipularse eficazmente una cláusula «valor moneda extranjera», en virtud de la facultad de renuncia del artículo 11 de la L. A. U.

(101) ROCA SASTRE: *Cláusulas de estabilización*, cit., pág. 258.

(102) PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: *op. cit.*, VII, 515. En el mismo sentido, CAPITANT. *Les succédanés de la cause «payable en or»*, en «Hebdomadaire Dalloz», 1926, 150.

(103) CAPITANT: *op. cit.*, pág. 159.

curso del cambio, es función de la mayor o menor abundancia de la mercancía. Entonces podemos decir que el arrendador no especula únicamente sobre el curso del cambio. Además estamos aquí en el límite de lo prohibido y lo permitido. Pero las leyes de orden público deben de ser interpretadas restrictivamente, puesto que son la derogación del principio de libertad de las convenciones. La Ley sobre el curso forzoso, tal como la entiende la jurisprudencia, no prohíbe a los acreedores emplear todos los procedimientos por los cuales busquen evitar el perjuicio que puede resultar de la desvalorización efectiva del billete de Banco; ella les prohíbe solamente las cláusulas que equivalgan a la estipulación oro. Las otras quedan permitidas—concluye CAPITANT—, aún cuando sean empleadas para eludir la prohibición. El juez no tiene que escrutar las conciencias, debe tomar los hechos tal como se le presentan y considerarlos en ellos mismos. No puede anularlos so pretexto de fraude, a menos que el fraude sea evidente, incontestable.

No obstante, la doctrina francesa más reciente le parece muy criticable la validez de estas cláusulas valor mercancía. Tanto HUBERT (104), VASSEUR (105) como NOIREAUT-BLANC (106) creen que a pesar de su carácter aparentemente económico deben de ser prohibidas, pues en definitiva al igual que las cláusulas oro y valor oro, son cláusulas monetarias. Sin embargo, NOIREAUT-BLANC (107) concluye que quien establece una cláusula «valor trigo», «acero», «carbón», etc., se muestra más prudente que aquel que lo hace con el oro, pues la jurisprudencia llega a admitir su validez.

La jurisprudencia italiana, concorde con la Ley de 22 de marzo de 1939, admite la validez de las prestaciones *in natura* en arrendamientos rústicos, a fin de que no varíase la cantidad y la calidad de los productos agrícolas entregados como contrapartida. Incluso, va más lejos, al admitir por analogía, como hizo en la sentencia de 30 de julio de 1949, la validez del arrendamiento *in natura* para la locación urbana. Sin embargo, autores como TABET (108) y VISCO (109), creen es necesario hacer una distinción para admitirlo, según se trate de cosas que el arrendatario mismo produzca o posea, y el pacto es eficaz, o que no las produzca (como sucede en el arrendamiento urbano) y entonces se le compete a adquirirlos en el mercado.

(104) HUBERT: *Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 45, 1947, 1 y ss.

(105) VASSEUR: *Droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 50, 1952, 431 y ss.

(106) NOIREAUT-BLANC: *La clause d'échelle mobile dans les contrats de prêts d'argent*, en «Recueil Général des Lois, Décrets et Arrêtés», 1953, 10 de la sep.

(107) NOIREAUT-BLANC: *op. cit.*, pág. 11 de la sep.

(108) TABET, en «Foro Italiano», 1, 1950, 188.

(109) VISCO: *Le case in locazione*, *cit.*, pág. 145.

A nuestro entender, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, no es correcto hablar del pago de la renta en especie en el régimen español de arrendamientos por una razón de carácter jurídico esencial: la diversa naturaleza jurídica que implica el pago de la renta en especie o en dinero. Si en una locación rústica la renta se paga en especie o frutos estaremos más bien ante una aparcería y si se paga en dinero tendremos un arrendamiento. Ahora bien, como hoy en día nuestro régimen arrendaticio rústico especial no se opone radicalmente a su pago en frutos, sino que más bien los toma como canon de medida (preceptivamente el trigo) para el cálculo de valor del precio a pagar en dinero (110), se puede concluir—aun a riesgo de confusión con la aparcería y tener que distinguirla por otras notas diferenciales, al igual que consuetudinariamente se admite—que el pago de la renta de un arrendamiento rústico puede ser hecha en especie (111).

Otra cosa sucede en arrendamientos urbanos. Las razones dadas por TABET y VISCO (112), en cuanto a la obtención de los productos por el arrendatario, nos convencen lo suficiente para no admitir el pago de la renta de un arrendamiento urbano en especie. Diferente cuestión es la de la cláusula valor-trigo, que más adelante expondremos (113).

8. *Las cláusulas «de revisión periódica»*.—La cláusula de revisión periódica es aquella que las partes añaden a un contrato de ejecución diferida y por la cual el precio del mismo varía dentro de determinados plazos.

La mayor parte de los autores, que analizan esta cláusula, coinciden en que responde al mismo deseo de mantener el equilibrio de las prestaciones en los contratos conmutativos a lo largo de toda su vigencia, preservándolos de los efectos de las oscilaciones del valor del dinero (114).

En cuanto a su validez, ROCA SASTRE (115) cree que después de haber visto las dificultades que suscita el hecho de la imprevisión de las partes al contratar, no debería ofrecer obstáculos la admisión de este tipo de cláusulas. Sin embargo—manifiesta este autor—, en la práctica, los Tribunales deberán tener en cuenta si responden a la finalidad de burlar alguna disposición legal, o si

(110) Cfr. art. 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942; el Decreto-Ley de 24 de julio de 1947; el Decreto-Ley de 15 de julio de 1949; Decreto de 24 de octubre de 1952 y SS. 10 marzo 1944, 18 enero 1945, 26 enero y 16 diciembre 1946, 20 junio 1949 y 13 diciembre 1950.

(111) Cfr. Orden 12 de julio de 1951 sobre el pago de rentas convenidas en cereales.

(112) TABET y VISCO. Véanse las obras anteriormente citadas, págs. 188 y 145, respectivamente.

(113) V. num. 14 de este trabajo.

(114) Cfr. para nuestra doctrina: PELAYO HORE, *op. cit.*, pág. 73; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 258; LUCES GIL, *op. cit.*, pág. 610.

(115) ROCA SASTRE, *op. cit.*, págs. 258 y ss

pueden estar incursas en los preceptos de la Ley de la Usura, pues, no cabe desconocer que, a pesar de su naturaleza paccionada, por lo general, serán imposición de una sola de las partes contratantes. Por lo tanto—concluye—, sin que en principio quepa fulminar contra ellas el calificativo de nulidad, habrá que estar a lo que los Tribunales decidan después del examen de la situación de hecho en cada caso particular.

Para LUCES GIL (116) la validez de estas cláusulas de revisión tampoco puede encontrar obstáculos en nuestro Derecho. Es más, puede extraerse una sanción positiva de estas cláusulas de algunos textos del Código civil, tales como los artículos 1.447 y 1.448, donde se establece, a propósito de la compraventa que «habrá precio cierto cuando su señalamiento se deje al arbitrio de una determinada persona», o «cuando se señale el que la cosa tuviera en determinado día, bolsa o mercado»; lo que equivale a admitir también—aun que el legislador no lo pensase al redactar el texto—, que podrán los contratantes establecer un precio provisional, con reserva de modificarlo, señalando otro definitivo, o varios sucesivos—cuando el contrato sea de ejecución reiterada—, para el caso de que se produzcan determinados cambios de circunstancias, por cualquiera de los procedimientos indicados. No obstante, por lo que se refiere a los contratos de locación en que se añaden cláusulas de revisión PELAYO HORE (117) dice que tales contratos suelen atacar lo establecido en la legislación de arrendamientos rústicos y urbanos en orden a la inmutabilidad de los precios, o caer de lleno dentro de la Ley de la Usura si se trata de contratos de préstamos.

A nuestro juicio, para determinar la validez o invalidez de las cláusulas de revisión, puestas por el arrendador, y que en diversos periodos de tiempo (cada dos, tres, cuatro, cinco años, etc.) previenen la alteración de la renta de un contrato de arrendamiento, es necesario distinguir de la revisión del canon por ulteriores determinaciones, la revisión del canon previsto originariamente. Sólo esta última es una revisión válida porque en este caso se trata siempre de ejecuciones del contrato originario en sus sucesivas fases periódicas, y que se derivan extrínsecamente de la misma voluntad inicial. Por lo tanto, cuando en el art. 122 de la L. A. U. se dice que «ni la merced pactada en el primer contrato podrá ser elevada bajo ningún pretexto», se refiere a la revisión del canon por ulteriores determinaciones y no a las alteraciones previstas originariamente, pues, según dicho artículo, «las viviendas y locales de negocio construídos y ocupados por primera vez después de 1.º de enero de 1942 tendrán como renta la que libremente, se estipule con su primer ocupante».

(116) LUCES GIL, *op. cit.*, pág. 610.

(117) PELAYO HORE, *op. cit.*, pág. 74. En el mismo sentido, LUCES GIL, *op. cit.*, pág. 610, n. 38.

Igualmente, para arrendamientos rústicos, al permitir el artículo 7.º de la Ley de 1935 que la fijación de la renta anual quedará al arbitrio de las partes contratantes—aunque por el artículo 3.º de la Ley de 1942 se entienda condicionada a que se fije en una determinada cantidad de trigo que servirá de módulo del pago en dinero—se concluye la validez de las cláusulas de revisión de la renta de contrato. El sano criterio del legislador de imponer un precio justo le lleva a conceder en favor del arrendatario, a su vez, en este mismo art. 7.º, un derecho de revisión de la renta pactada cuando esta sea abusiva. Y es que, como aclara y confirma la sentencia de 18 de enero de 1945, «el artículo 7.º de la Ley de 1935, al establecer el derecho de revisión de la renta no lo hace en favor de una u otra parte, sino que lo otorga a las dos, de suerte que, tanto sirve para aumentar como para reducir la renta pactada, y aparece claramente reafirmado por el art. 5.º de la Ley de 1942 al someter su ejercicio sin limitación alguna al procedimiento de la norma 3.ª, disposición transitoria 3.ª, Ley de 28 de junio de 1940, aunque la revisión se haya de referir al valor del trigo».

Hay que aceptar, pues, la distinción entre revisión que tiene lugar a instancia del inquilino o arrendatario y la revisión prevista originariamente por las partes. La primera sancionada preceptivamente por la Ley (art. 7.º, Ley 1935), y la segunda, implícita en la misma (por la posible renuncia a la renta legal según el art. 11), y reconocida por la jurisprudencia.

Con este sistema, de revisión bilateral, la congelación inicial de rentas se dulcifica y se logra un acercamiento a la implantación de la renta justa, en su aspecto conmutativo. En tal sentido, el Decreto-Ley de 30 de septiembre de 1953 del Gobierno francés, además de reconocer y dejar a salvo las cláusulas de escala móvil contractualmente establecidas, prevé una revisión trienal si las condiciones económicas se modifican al variar en más de la cuarta parte el valor del arriendo. Según este sistema, la revisión se efectúa del siguiente modo:

a) *Locales de negocio*.—El artículo 23 de dicho Decreto-Ley establece que la renta corresponderá al valor locativo equitativo y puede ser determinado teniendo en cuenta la superficie real afectada a la recepción del público, la vejez y equipamiento de los locales, puertas, ventanas, etc.; superficie real de locales anejos eventualmente afectados a la habitación del empresario o auxiliares, así como la importancia de la ciudad, barrio, etc.

b) *Viviendas*.—El art. 27 de la Ley de 1.º de septiembre de 1948 determina que el valor locativo de un local es igual al producto de la superficie corregida por el precio del metro cuadrado. Se entiende por superficie corregida, la superficie real teniendo en cuenta las piezas habitables, techo, luz, sol, etc., corregida con la vejez de los locales, importancia, situación, aceptación, etc.

El precio del metro cuadrado se fija al ponderar la cualidad

de la construcción y la localidad en la que están situados los locales. Para ello, el artículo 30 de la Ley citada fija cuatro categorías de locales que oscilan entre los inmuebles de materiales extraordinarios a los locales insalubres. También se establece la existencia de un «arriendo-tipo», al tomarse en consideración un edificio de cincuenta años y un local de dos piezas con confort reducido.

Los dos miembros—superficie corregida y precio del metro cuadrado—dan el resultado de la renta equitativa, y para ello se dictaron en Francia los Decretos de 22 de noviembre y 10 de diciembre de 1948, a propuesta del Ministro de la Reconstrucción y Urbanismo (118).

Tendremos que concluir que frente a la «revisión legal del arrendatario» existe y se impone también la «revisión legal del arrendador» subsistiendo, además, la «revisión voluntaria» pactada por ambas partes inicialmente en el contrato. El sistema, un tanto complejo, se hace necesario si se quiere llegar a un justo equilibrio de los intereses de las partes y de la justicia conmutativa.

CAPITULO PRIMERO

LA CLÁUSULA DE ESCALA MÓVIL EN LOS CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO

9. *Terminología y concepto de las cláusulas de escala móvil.*—Las llamadas ordinariamente cláusulas de «escala móvil» o «móvil» también suelen denominarse cláusulas de «índice variable», o de «referencia». Sus nombres los toma nuestra doctrina por la traducción de los franceses «clause d'échelle mobile», «clause indicielle», o «clause de reference», así como del italiano «clausole indice» (119). Sin embargo, a juicio de TOULEMON (120) el tér-

(118) Cfr. GUILARD: *Le juge des loyers des locaux a usage d'habitation et professionnels et la procédure civile*, París, 1953; LOUITZ: *Baux et loyers commerciaux*, Nice, 1953. Cuando el precio se hubiese convenido sobre base de escala móvil, se podrá instar la revisión cada vez que, haciendo jugar la escala de ponderación, el alquiler suba o baje en más del cuarto del precio anteriormente fijado, contractual o judicialmente, habiendo de adaptar, el juez, la escala móvil al valor equitativo en arriendo del inmueble en el día de la solicitud; pero, si alguno de los elementos que predeterminaron la revisión viniese a desaparecer, no podrá procederse a nueva revisión, sino en determinadas condiciones que la Ley establece, cfr. ROMERO VALENZUELA, *Nueva legislación de alquileres de locales de negocios*, en «Cuadernos de Derecho francés», 2, 1954, 54.

(119) Cfr. particularmente a NOUREAUT-BLANC, *La clause d'échelle mobile dans les contrats de prêts d'argent*, cit., pág. 2. En la doctrina italiana, CAPUTO, *Le clausole di garanzia monetaria*, cit., pág. 107. En la doctrina española, PELAYO HORE, op. cit., pág. 72; ROCA SASTRE, op. cit., pág. 258.

(120) TOULEMON: *Evolution de la jurisprudence en matière de clauses d'échelle mobile et de clauses de variation suivant indices*, en «Revue Trimestrielle de Droit Commercial», 1951, 663 y ss.

mino cláusulas de escala móvil es impropio, pues la cláusula no es una escala ni tampoco sus escalones son movibles, sino que lo son los precios o la moneda, en último análisis. Cree que la mejor denominación es la de «cláusula de variación según índice». Para NOIREAUT-BLANC (121) simplemente bastará limitarse con ajustar la palabra *indixé* (indiciaria) a la convención adecuada con una cláusula de escala móvil. Así, se dirá una renta vitalicia indiciaria, un local de negocio indiciario, un préstamo indiciario, etc.

Dado que lo frecuente, tanto en la práctica notarial—donde han surgido preferentemente estas cláusulas—como en la de los negocios, es conocerlas por cláusulas de escala móvil o movable, es por lo que adoptamos dicha terminología, sin que, por lo demás, no dejemos de reconocer con este último autor que esta cuestión terminológica es subsidiaria, ya que lo interesante aquí no es saber el nombre a que atienden, sino los límites en que vienen definidas y plasmadas.

Desde un aspecto general, MENARD (122) dice que en un contrato la cláusula con un índice económico es una cláusula según la cual los precios determinados en el contrato varían en función de uno o de varios elementos escogidos por las partes. Como advierte AUBRY y RAU (123), las cláusulas de escala móvil hacen depender la determinación de la cifra a pagar en moneda fiduciaria de los índices administrativos del costo de la vida, sea de los precios al por mayor, sea de los precios al detall, o del costo de una cierta proporción de trabajo o de una cierta cantidad de productos.

Desde un aspecto concreto y analítico podemos decir que la cláusula de escala móvil es aquella que se añade a los contratos de tracto sucesivo por la cual la cuantía del precio a pagar en moneda de curso legal variará con relación a determinados períodos de tiempo, en proporción a cierto índice (costo de la vida o de un cierto rendimiento de trabajo) o más bien se alterará, generalmente, según el valor en cambio de determinados productos o mercancías (trigo, aceite, carne, algodón, lana, hierro, etc.).

10. *Estructura técnica y función de las cláusulas de escala móvil.*—La cláusula de escala móvil es relativamente reciente y surge como prevención contra las crisis económicas y monetarias. La inestabilidad monetaria financiera y social repercute con enormes consecuencias en el ámbito público y privado (tanto en los contratos administrativos como civiles), especialmente en la contratación sinalagmática y a largo plazo. La cláusula de escala móvil tiene entonces un alcance general y una función específica: la realización de una determinada equivalencia entre las prestaciones a tra-

(121) NOIREAUT-BLANC, *op. cit.*

(122) MENARD: *L'assurance à indice variable*. París, 1945, pág. 52.

(123) AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français* 5, IV, París, 1907, 243.

vés de la ejecución del contrato; con ello se logrará el equilibrio de las prestaciones fijadas en su comienzo.

Las partes suelen escoger aquellos elementos de variación que traduzcan fielmente las modificaciones de la situación económica particular que les interese. Resultan, así, diversas modalidades de cláusulas de escala móvil. Pueden elegir un índice muy simple, por ejemplo, el precio del trigo; entonces el índice se traduce por una cláusula de pago en valor mercancía. Las partes pueden, incluso escoger un índice oficial: el de los precios del detall o de las materias intervenidas (trigo, aceite, azúcar, etc.).

El contrato puede prever una relación entre el índice y los precios. Esta relación suele ser, en general, simple, ya que los precios variarán proporcionalmente con las alteraciones del índice. De este modo, se obtiene un elemento fijo: la cantidad de mercancía prevista; y un elemento variable: el curso o el precio de la unidad dada por esta mercancía en el momento del pago. Será más compleja cuando se halla prevista una variación en el índice, al cual se añadirá o detraerá del precio fijado en el origen una cantidad variable llamada «término correctivo».

En definitiva, la cláusula de escala móvil hace variar el total de la suma exigida según las variaciones de un índice económico. Como advierte HUBERT (124), dichas cláusulas tienden a un procedimiento inverso a las demás cláusulas monetarias; intentan corregir las variaciones de las circunstancias económicas y no las monetarias. Ellas—añade—permiten el mantenimiento de un cierto poder adquisitivo, en lugar de habilitar al acreedor una moneda que represente un peso de oro constante. Así, los términos del problema son inversos, puesto que no se trata tanto de una convención sobre la moneda de pago, sino de fijar el importe de la obligación para asegurarse su correspondencia con el nivel de vida del día de ejecución de la obligación.

Esta cláusula, pues, se inserta en toda operación que pretenda una prestación sucesiva, tal como en materia de alquileres y arrendamientos rústicos, salarios, renta vitalicia, primas de seguros, ventas a término, préstamos a largo plazo, liquidaciones retrasadas, particiones, etc., es decir, en todos aquellos contratos que implican una deuda de valor diferida y que pretenden salvaguardar el valor real de sus prestaciones (125).

La peculiar estructura de las cláusulas de escala móvil conduce a los autores a investigar su naturaleza, ya que de atribuirle una u otra se deducirá su validez y eficacia. Dos posiciones dominantes pueden señalarse: a) La de quienes afirman su aspecto económico; y b) La de quienes concluyen su carácter monetario.

a) Entre los que defienden el aspecto económico de las cláusulas

(124) HUBERT: *Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile*, cit., pág. 1.

(125) Cfr. ASCARELLI: *I debiti di valore*, ahora en «Saggi Giuridici», Milano, 1949, pág. 361.

sulas de escala móvil tenemos a MENARD (126). Según este autor, el punto de vista general de la cláusula índice es, en el fondo, diferente a la cláusula oro y valor-oro. No se trata de un motivo de orden monetario—dice—, sino de un motivo de justicia conmutativa. En un contrato sucesivo a largo plazo, se entiende una equivalencia entre las prestaciones acordadas y permite, así, una ejecución equitativa para cada contratante, a pesar de las modificaciones de la situación económica. Específicamente señala cómo en los contratos de inmuebles se llega, en períodos de alza de precios, al resultado paradójico de que los alquileres de los arrendatarios no permiten al propietario el compensarse los gastos normales de entretenimiento, como desperfectos de techos, cañerías, etcétera, incluso los impuestos.

Concluye que diferenciándose de la cláusula oro por su objeto y por sus efectos lo es, además, por su técnica. No es sólo la depreciación de la moneda; intervienen otros factores. La cláusula de escala móvil se fundamenta sobre un índice oficial. Existe en este caso correlación entre los movimientos de los precios y los movimientos monetarios, aunque esta correlación no es inmediata y absoluta. Así, pues, las razones de variación de los precios provienen de factores naturales independientes de la situación monetaria. Influye la abundancia o escasez del producto que se toma como índice, las condiciones de producción en particular, el plan agrícola, la mano de obra, las condiciones de transporte, etc. Se depende del coste de producción, de las mercancías, del nivel de salarios.

b) Frente a esta postura está la de quienes consideran que, si bien se puede admitir que las cláusulas de escala móvil son adoptadas por las partes para prevenirse de las variaciones de las circunstancias económicas, pretendiendo mantener el equilibrio de las partes, no obstante, bien analizadas, poseen carácter monetario. HUBERT (127) dice que coste de la vida y poder adquisitivo son los elementos que definen el valor de la moneda. Por tanto, sin negar los aspectos económicos de la cláusula de escala móvil es necesario situar su verdadero puesto y poner en primer plano el aspecto monetario que indiscutiblemente presenta. Se puede admitir que las cláusulas de escala móvil las adoptan las partes para prevenirse contra las variaciones de las circunstancias económicas, y que pretenden mantener el equilibrio de sus relaciones. Este razonamiento lo cree defendible en la medida en que las partes escogen como índices elementos económicos apropiados a su situación particular. Tal es el caso—señala (128)—del arrendamiento rústico, calculado según el curso del trigo o de los productos alimenticios, el cual permite adherirse a la tesis de carácter económico de

(126) MENARD. *op. cit.*, pág. 66.

(127) HUBERT. *op. cit.*, pág. 13.

(128) HUBERT. *op. cit.*, pág. 14.

las cláusulas de escala móvil. Ahora bien—concluye—, si bien esto es cierto para determinadas situaciones, no lo es en la mayoría de los casos, pues el aspecto económico pasa a un segundo plano en la preocupación de las partes. Por eso afirmará este autor que más que mantener el equilibrio entre los diferentes factores económicos en sus prestaciones sucesivas, lo que se intenta con una cláusula de este tipo es prever el valor real constante que resguarde perpetuamente la inestabilidad de la situación monetaria, es decir, que pretende resolver un problema de poder adquisitivo. En los períodos de inflación es cuando se generalizan las cláusulas monetarias y después de su condenación aparecen las cláusulas de escala móvil. En definitiva, cree que si bien no afectan al movimiento de los precios, puesto que el índice es una mercancía o producto, o incluso más general, como el coste de la vida, se adoptan como garantía contra la inflación y sus corolarios especialmente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Más radical es la postura de HÉBRAUD (129), ROUAST (130), FREJAVILLE (131), RIPERT (132), GIGNOUX (133), VASSEUR (134) y NOIREAUT-BLANC (135) al manifestar que la distinción entre las cláusulas oro y la cláusula de escala móvil es de carácter ficticio, puesto que las partes, al estipular una de estas últimas cláusulas, lo que intentan es paliar las consecuencias de la devaluación monetaria. Las causas principales de las variaciones de los precios—concluirá VASSEUR—son actualmente de orden monetario y tienen un carácter inflacionista.

II. *El problema de la validez y eficacia de las cláusulas de escala móvil.*—Según las conclusiones doctrinales más recientes, la validez y eficacia de las cláusulas de escala móvil, así como su invalidez e ineficacia, resulta de la consecuencia inmediata de haberles atribuido por las partes una naturaleza económica o bien una naturaleza monetaria, respectivamente. En Francia, esta naturaleza se refleja según las últimas interpretaciones jurisprudenciales en el criterio subjetivo que presentan las cláusulas añadidas a un contrato; si las partes han manifestado que sus prevenciones respon-

(129) HÉBRAUD: *L'or, le franc et les clauses monétaires*, en «Chronique Dalloz», 1948, 137 y 138.

(130) ROUAST: Nota en *Chronique Dalloz*, 1949, 251.

(131) FREJAVILLE: *Cláusulas d'échelle mobile* en «Chronique Dalloz», 1952, 31.

(132) RIPERT, en nota a «Recueil Dalloz», 1951, 401, con una importante reserva en RIPERT y BOULANGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, 4, II, Paris, 1952, 548, n. 1; cfr. también su trabajo *Echelle mobile, validité*, en «Recueil Dalloz», 1953, 133.

(133) GIGNOUX: *Réflexions au pied de l'échelle*, en «Nouvelle Revue de l'économie contemporaine», 23-24, 1952, 45 y 47.

(134) VASSEUR: *Droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 50, 1952, 431 y 4 de la sep.

(135) NOIREAUT-BLANC: *La clause d'échelle mobile dans les contrats de prêts d'argent*, pág. 12 y ss. de la sep.

den al fenómeno de la devaluación monetaria, los Tribunales las tendrán por nulas: si las partes se han referido a índices económicos y en consideración a ellos así lo pactan y manifiestan, estas cláusulas serán válidas y eficaces.

A nuestro juicio, tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera, especialmente la francesa, a fuer de penetrantes y agudos análisis del problema, si bien llega a descubrir la verdadera esencia y el significado económico y político-social de las cláusulas de estabilización y, concretamente, de la cláusula de escala móvil, no obstante, creemos que invierte los términos.

Es cierto que las cláusulas de escala móvil, como el resto de las cláusulas de estabilización surgen para prevenirse contra la desvalorización monetaria y mantener un igual potencial adquisitivo de la moneda, a través de una escala correctora del precio o renta de un contrato. Pretender negar esto sería haber desvirtuado y comprendido erróneamente la cuestión. Ahora bien, el fundamentar la validez o invalidez, así como la eficacia de estas cláusulas en criterios exclusivamente de política monetaria—como en último término se hace por estos autores—nos parece excesivo. El problema de la licitud e ilicitud de las cláusulas de escala móvil (dentro del campo estrictamente jurídico) hay que plantearlo en cuanto a la razón de justicia que ellas implican; ver si efectivamente los particulares al escudarse en ellas llevan a cabo un acto injusto, si su comportamiento implica un fraude o un abuso de su derecho. Si es posible que con arreglo a un criterio de justicia conmutativa los particulares puedan prevenirse contra un mal que les acaece, cual es la desvalorización de sus créditos, la cuestión, pues, no va contra la razón natural de salvaguardar cada uno de sus legítimos derechos, sino más bien de evitar el enriquecimiento injusto de quienes por un cúmulo de circunstancias se ven favorecidos (135 bis).

Creemos, frente a la doctrina francesa, que el problema es inverso a su planteamiento. Las cláusulas de escala móvil, aunque sean las que en último término tengan carácter monetario, no conducen a la inflación. Precisamente estas cláusulas aparecen cuando la inflación se ha producido; ellas surgen, justamente, para que sus inicuos efectos no alcancen a la esfera de la contratación privada de largo plazo, normalmente indefensa. Por tanto, no provocan ni aceleran la inflación porque cuando estas cláusulas surgen en el ánimo de las partes, ella llega a su mayor esplendor.

Esto por lo que respecta a su validez. En cuanto a su eficacia, el problema es distinto y entonces hay que enfocarlo, no desde un terreno especulativo de lo justo o de lo injusto, sino dentro del terreno de la relatividad histórica del Estado en que se vive. Razones de política económica, monetaria y social conducen simplemente a saber qué ámbito de libertades le deja al individuo para

(135 bis) Cfr. DALMARTELLO: *Lesione riduzione del contratto ad equità e svalutazione monetaria*, en «Temis», 1948, 36.

que, conforme a unas directrices sociales de producción, distribución y consumo de la riqueza él pueda invertir sus bienes. Adoptar una posición ante la eficacia o ineficacia de las cláusulas de escala móvil depende en gran parte de muchos otros problemas dependientes del futuro económico y político.

Frente al sector doctrinal que priva de validez y eficacia a las cláusulas de escala móvil tenemos otro núcleo de autores que con razones técnico-jurídicas y económico-sociales fundamentan su validez y explican su genuina función.

En la propia doctrina francesa, DEMOGUE (136) admite estas cláusulas, pues, según él, el valor previsto no depende de sus variaciones o del cambio, sino, sobre todo, de otros factores como la abundancia de recolección, el coste de la mano de obra, etc. La ficción legal de la equivalencia del franco papel y del franco oro —concluye—no es su causa. NOGARO (137) señala también que el interés de las partes es el poder de cambio de la moneda y, por tanto, no se permite a las relaciones de los cambios extranjeros.

Para GENY (138) las cláusulas de índice variable no hacen ninguna competencia a la moneda nacional, especialmente al papel moneda, puesto que se verifican en dicho papel moneda. Según MENARD (139), de la introducción de una cláusula índice en un contrato no resulta ningún agio interior, como podría producirse con la cláusula oro o valor-oro. El juego de la cláusula índice —aclara—no hace más que traducir las modificaciones de los precios que cada uno constata diariamente. Presentan, además, la ventaja de que garantizan tanto los intereses del deudor como los del acreedor. Incluso parece que éste sea el procedimiento legal permitido a los acreedores para prevenirse contra las fluctuaciones monetarias. A juicio de PLANIOL Y RIPERT (140), las cláusulas de escala móvil protegen eficazmente al acreedor, pues, si bien no le permiten tomar en consideración exactamente la depreciación, al menos lo amparan contra el encarecimiento de los productos, al aumentar el importe de lo que se le debe en la medida misma en que se produjo la subida de precios. Creen que, en cuanto a su validez, es preciso equipararlas a las cláusulas que tuvieran como objeto el patrón mismo en especie. De ello resulta —concluye—que las que se refieren al costo de la vida, según los índices oficiales de los precios, son no más que la síntesis, en una sola, de varias cláusulas de escala móvil que se refieran al curso

(136) DEMOGUE: *De quelques clauses tendent a se prémunir contre les variations de valeur du franc*, en «Journal des Notaires», 1923, 101.

(137) NOGARO: *La clause «payable en or»*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 24, 1925, 28.

(138) GENY: *La validité juridique de la clause «payable en or» dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 25, 1926, 629.

(139) MENARD: *Op. cit.*, pág. 64.

(140) PLANIOL Y RIPERT: *Op. cit.*, VII, 525 y 516.

de diversos productos; son, con mayor motivo, por consecuencia de su generalidad, de una regularidad evidente.

Con razón afirma PAQUET (141) que al añadir una cláusula de este tipo se trata de un contrato con «prestaciones estables», en tanto no existen variaciones de la moneda o del cambio. Para él, la conversión de la moneda estable, bajo las formas estudiadas, es un resorte de orden natural económico que escapa al rigor de las leyes accidentales monetarias y no conturba el orden público bajo el régimen de inspección, donde aparece como una cláusula protectora y cuando en regímenes normales y sanos es, incluso, utilizada con frecuencia.

Actualmente VANARD (141 bis), LEVY (142), ESMEIN (143), TOULEMON (144) y MAZEAUD (145) concluyen, igualmente, la validez y eficacia de las cláusulas de escala móvil. En Bélgica—confirma PIRET (145 bis)—la jurisprudencia admite la posibilidad de incluir en cualquier contrato una cláusula de escala móvil.

En la doctrina italiana nos dirá CAPUTO (146) que la cláusula índice es un perfeccionamiento de la cláusula mercancía. Teóricamente—manifiesta—es la cláusula que ofrece la mejor garantía monetaria, incluso más que la cláusula oro. Sin embargo, tiene el inconveniente de la incerteza del índice, el cual varía según los factores y entes que intervienen en su elaboración en las diversas épocas.

SCADUTO (147) afirma que esta cláusula no le atribuye a la moneda en curso un valor nominal distinto de aquel que es dotada, pues sólo se altera el importe de la cifra a pagar en moneda por su valor nominal, según sea la potencia de adquisición o valor económico de la misma. Y GRECO (148) añadirá que estas cláusulas no tienden a excluir la aceptación del dinero legal, ni tampoco a eludir la prohibición de conversión, sino que pretenden simplemente determinar el importe variable del dinero mismo que debe ser objeto de una prestación obligatoria. Cuál sea la cantidad de dinero que se debe dar en moneda legal para poder eje-

(141) PAQUET: *La dévaluation dans les rapports de droit privé sous les lois monétaires du 1 octobre 1936 et de mai 1937. Thèse.* Lille, 1938, pág. 119.

(141 bis) VANARD: *Les clauses d'échelle mobile*, en «Répertoire du Notariat», 1946, 169.

(142) LEVY: *Clause d'échelle mobile et prêt d'argent*, en «Journal Civil périodique», 1, 1950, 840.

(143) ESMEIN: *Le prêt d'argent avec clause d'échelle mobile*, en «Gazette du Palais», 2, 1951, 2.

(144) TOULEMON: *Op. cit.*, pág. 663.

(145) MAZEAUD: *Observaciones*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 49, 1951, 523.

(145 bis) PIRET: *Le passé et le présent des clauses de garantie contre les fluctuations de la monnaie et des prix*, en «Revue de la Banque», 3-4, 1950, 25.

(146) CAPUTO: *Le clausole di garanzia monetaria*, *cit.*, pág. 107.

(147) SCADUTO: *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, *cit.*, pág. 59.

(148) GRECO: *Le clausole monetarie*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 33, II, 1935, 560.

cutar exactamente un contrato, de qué manera sea el contenido económico de una prestación regulada por un contrato y se deba transformar en concreciones de tal moneda, es un orden de ideas diverso y distinto, puesto que no contradice el concepto de dinero legal de los principios nominalistas.

Y es que la simple consideración del principio nominalista no ofrece argumentos suficientes, según GRASSETTI (149), GOLDSCHMIDT (150) y ANDRIOLI (151), para decidir acerca de la validez o invalidez de las cláusulas de garantía monetaria. Es necesario —afirman— el examen de la legislación monetaria y la política proteccionista allí perseguida, así como ver si el ordenamiento positivo italiano contiene algún principio general que excluya toda autonomía privada en el campo monetario.

CAPUTO (152) concluye que estas cláusulas no derogan un principio nominalista, ni pretenden sustituir el dinero como medio de pago, tan sólo hacen variar el total de la suma debida, del mismo modo que cualquier otra cláusula con finalidad diversa que se dirija a garantizar el precio, en una compraventa a plazos, contra eventuales variaciones.

En nuestra doctrina los autores, respecto del problema de la validez de las cláusulas de escala móvil, se han pronunciado en dos sentidos diferentes. Tenemos la opinión de quienes lo abordan desde un punto de vista general y la de los que se plantean el problema desde el ángulo concreto de ciertos contratos. Así, PELAYO HORE (153) cree que las cláusulas de escala móvil rozan más o menos el campo de lo ilícito en cuanto atentan al prestigio y crédito de la moneda. De aquí que concluya negativamente y manifieste que «quien creyese que al amparo del precedente que representa la Ley de Arrendamientos rústicos era posible trasladar su solución al campo de las hipotecas, al de los arrendamientos urbanos o a las rentas a plazos, correría el riesgo de que los Tribunales declarasen ilícito el pacto». Dentro de la misma línea, ROCA SASTRE (154) dice que «el problema de su licitud, excluido este caso de los arrendamientos rústicos, es el mismo que el de todas las cláusulas de estabilización, ya que en definitiva todas ellas responden a un mismo designio, que es eliminar de los pagos el signo monetario oficial». VALERIANO DE TENA (155) también dirá que la cláusula de escala móvil es la forma más característica

(149) GRASSETTI: *Sulla stipulazione di talune clausole d'aggio nel vigente ordinamento monetario*, en sep. del «Foro della Lombardia», 1934, 34.

(150) GOLDSCHMIDT: *Le clausole valore ed i procedimenti del 5 ottobre 1936*, en «Rivista di Diritto privato», II, 1937, 183.

(151) ANDRIOLI: *Considerazioni di diritto privato sul R. D. 27 febbraio 1939, núm. 337, che dichiara invalide le clausole monetarie inserite nei prestiti obbligazionari di società italiana*, en «Foro Italiano», IV, 1939, 137.

(152) CAPUTO: *Op. cit.*, pág. 67.

(153) PELAYO HORE: *Op. cit.*, pág. 73.

(154) ROCA SASTRE: *Cláusulas de estabilización*, *cit.*, pág. 258.

(155) VALERIANO DE TENA: *Op. cit.*, pág. 716.

y frecuente de encubrir la desconfianza de la solidez del valor de una moneda.

Creemos más acertado el punto de vista de BENÍTEZ DE LUGO (156) cuando manifiesta—respecto de la Ley de 9 de noviembre de 1939, según la cual los billetes del Banco de España son preceptivamente medio legal de pago, con pleno poder liberatorio—que esta Ley no significa la aceptación a ultranza del principio nominalista, ya que el legislador se ha cuidado muy mucho de no añadir que la moneda de curso legal tenga pleno poder liberatorio «por su valor nominal». Simplemente se trata de atribuirles pleno poder liberatorio; hecho perfectamente compatible con esta cláusula, sin que ello signifique que en cada momento determinado puedan darse más o menos billetes en función del valor auténtico de nuestra moneda. El acreedor, rentista o asegurado no podrá negarse a recibir en pago esta moneda consistente en billetes del Banco de España; lo que pacta es que se le entregue el número de billetes de Banco necesarios para cubrir un valor adquisitivo igual al que pactó en el momento del acuerdo contractual.

Estamos plenamente de acuerdo con las razones que da FENECH (156 bis) para reconocer la validez y eficacia de las cláusulas de estabilización en cuanto que no se oponen a algún precepto imperativo de la ley en general, de las leyes del curso forzoso, ni que se oponen a la ética o principio moral de ordenamiento jurídico, ni con el orden público.

Vemos, pues, cómo las cláusulas de escala móvil no son contrarias a las leyes fundamentales de nuestro ordenamiento positivo y, además, concuerdan con los principios tradicionales del Derecho civil. Por un acto de la propia autonomía de la voluntad, las partes introducen, en virtud de su mutuo acuerdo y autoridad, una cláusula móvil en el contrato. Las variaciones del contrato resultan alterables en los límites impuestos por dicha cláusula índice o de escala móvil. Se respetan así los artículos 1.091, 1.258 y 1.273 del Código civil. En resumen, la cláusula de escala móvil obedece a todas las reglas de los contratos y supone el respeto a la palabra dada y a un mínimo de libertad contractual. El límite negativo impuesto por las leyes especiales supondrá tan sólo el marco en que se encuadra dicha autonomía.

Hay que concluir que estas cláusulas se mueven dentro de la idea general del equilibrio en las prestaciones y de ofrecer cierta seguridad a las partes para el porvenir. Facilitan el funcionamiento del contrato a largo plazo al adaptarse a las nuevas condiciones

(156) BENÍTEZ DE LUGO: *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización*. Madrid, 1952, página 54 y ss.

(156 bis) Redactado nuestro trabajo aparece el de FENECH: *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en «Revista del Instituto de Derecho Comparado», 2, 1954, 141, con el cual estamos plenamente de acuerdo en cuanto a las razones que expone en torno a la validez de las cláusulas de estabilización.

de la situación económica. Por tanto, dentro de su técnica intervienen otros factores que la hacen lícita y válida, tales como: a) El que se base sobre índices oficiales. b) Que es correlativa con el movimiento de precios. c) Que no es usuraria ni especulativa, sino conmutativa y equitativa. d) Que no se trata de un fraude a la ley, puesto que supone una garantía lícita, frente a la insuficiencia nominal, al ser la aplicación de una regla proporcional consecutiva paralela a las variaciones reales de los precios (156 ter.).

12. *Ambito de aplicación de las cláusulas de escala móvil.*— Visto el concepto de las cláusulas de escala móvil, su función y el problema de su validez, llegamos al punto concreto de su actuación, de su aplicación práctica: a señalar el ámbito a que se extienden dichas cláusulas.

Al examinar la validez o invalidez de tales cláusulas, así como su eficacia o ineficacia dentro de un ordenamiento jurídico, decíamos que era un problema que venía predeterminado por la política económica y social que cada Estado, dentro de su programa y fines a realizar, y que, por tanto, dependería, en parte, de lo que se propusiese llevar a cabo en una etapa concreta de su mandato (157). Por tanto, si dentro de una esfera técnico-jurídica se apreciaba la justicia y validez de las cláusulas estabilizadoras, otra cosa se podría concluir respecto de su eficacia en un determinado ordenamiento positivo.

La nueva orientación social, que actualmente hace dar un giro de noventa grados a la ciencia del Derecho privado, trae consigo otras formulaciones institucionales, las cuales vienen condicionadas por una política financiera, económica y social que las llena de diverso contenido. De ahí que, cuando el legislador intenta formular la línea de un «deber ser» o de un comportamiento de los ciudadanos estructure un sistema de libertades y límites, de derechos y deberes, de acuerdo con la función instrumental del fin adecuado que propugna. Con lo cual, si del examen de los

(156 ter) El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de enero de 1946, a propósito de la cláusula «valor trigo», introducida por el art. 3.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1942, manifestó: que era un precepto «de cuya oportunidad, acierto y justicia de su contenido no es lícito dudar sin dejar en entredicho su alto sentido moral y social; lo cierto es que siendo norma que necesariamente ha de cumplirse, es obvio que en ningún caso, de la acción encaminada a que tal precepto se cumpla y tenga efectividad, puede decirse que el que la entabla persigue un enriquecimiento a costa de otro o abusa de un derecho que la propia Ley otorga, porque ello representaría erróneo entendimiento de su finalidad que no significa variación de la renta pactada que se respecta y permanece inalterable, sino la adopción con carácter general e imperativo de un signo de valor cual la especie trigo, que por su variable cotización, que oficialmente ha de ser establecida conforme a las circunstancias porque atraviesa la economía nacional, unas veces rebasará el importe dinerario de la renta y en otras podrá quedar disminuido», cfr. más adelante núm. 14

(157) Cfr. ASCARELLI: *Sulla portata sociale della nostra giurisprudenza in materia monetaria*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Procedura Civile. 4, 1950, 444.

postulados financieros, económicos y sociales de un ordenamiento concreto se siguen determinadas conclusiones, ello nos conducirá a un examen más detallado dentro de la esfera específica en que repercute. A la contratación privada nos vamos a referir ahora.

Las cláusulas de escala móvil, como en general cualquier otra especie de las cláusulas de estabilización—según hemos examinado a lo largo de este estudio—tienen su aplicación dentro del ámbito, de las obligaciones de tracto sucesivo o también llamadas obligaciones duraderas o a largo plazo. Es a través de la ejecución de un contrato cuando resaltan las diferentes circunstancias que en un primer momento lo condicionaron y que posteriormente son inoperantes o, lo que es peor, son de signo contrario. Concretamente, cuando se trata de prestaciones pecuniarias a realizar en un largo plazo de tiempo y el valor de signo monetario se altera, no cabe duda que el poder adquisitivo del signo es completamente distinto en una y otra época. Si la alteración se realiza bajo el fenómeno de la inflación, conduce a una situación privilegiada de los deudores por la que podrán saldar sus créditos con visibles ventajas frente a los acreedores, que deberán aceptarlos en virtud del principio nominal, que atribuye un valor inalterable a la moneda. A remediar el desequilibrio real acuden las partes contratantes con cláusulas estabilizadoras en el afán de conservar un idéntico potencial adquisitivo en sus medios de riqueza.

Es, pues, dentro del ámbito de las deudas pecuniarias donde el problema de la aplicación de las cláusulas se plantea, al objeto de ver hasta dónde y de qué forma la autonomía privada puede actuar con dichas cláusulas sin oponerse a los planes económico-financieros y sociales preordenados de un determinado ordenamiento positivo.

La aceptación del llamado principio nominalista, que se refiere al valor asignado por el Estado a la unidad ideal de medida que es la peseta como moneda, presupone una deuda, y una deuda que tiene por objeto la entrega de una cantidad de dinero. Dentro de las deudas que tienen por objeto la entrega de una cantidad de dinero, es necesario distinguir las llamadas «deudas pecuniarias» de las «deudas de valor», pues en ambas, en último término, se realiza la entrega de una suma de dinero. Ahora bien, la suma o cantidad de dinero entregada responde a dos naturalezas distintas. Mientras que en las deudas pecuniarias el dinero está *en obligatione*, en las deudas de valor el dinero está *in solutione*. Es decir, que para el pago de las deudas pecuniarias el valor del dinero se predetermina por una cantidad fija que permanece inalterable, y con ella se paga; mientras que para el pago de las deudas de valor, al fluctuar el valor del dinero, se realiza por una cantidad variable de moneda que representa la diferencia del valor asignado por el Estado con el valor comercial o adquisitivo que realmente tiene. En la deuda pecuniaria el dinero es objeto integrante y específico de la obligación; en la deuda de valor el di-

nero es el medio instrumental y subsidiario de pago. La *ratio* de la solución de esta última se encuentra en que el objeto de la deuda es un «valor». Este carácter viene confirmado, incluso, por el hecho de que tal «valor» puede ser realizado en bienes o dinero, con lo cual su expresión monetaria cambiará necesaria y automáticamente con las variaciones de los precios.

De este modo, el ámbito de las cláusulas de estabilización queda reducido a las llamadas deudas pecuniarias en sentido estricto, es decir, a aquellas que su objeto está constituido por la entrega de una suma de dinero, tales como el pago a plazos del precio de una venta, el pago de los arriendos o pensiones, etc.

Por el contrario, constituyen deudas de valor, a juicio de ASCARELLI (157 bis), los alimentos, el reembolso de gastos, los gastos efectuados en moneda extranjera, el pago de lo indebido, la acción de enriquecimiento, el resarcimiento de daños, la avería común del Derecho marítimo, la aparcería por socida de hierro, la adquisición de la comunidad del muro, la división hereditaria, la colación, el usufructo irregular y los seguros.

Unas y otras figuras jurídicas han sido objeto de estudio particularizado por los autores, teniendo en cuenta la desvalorización monetaria. Entre otros, destacan los trabajos en torno a las obligaciones pecuniarias (157 ter), al contrato del fletamento (158), al contrato de trabajo (159), a la enfiteusis, censos y rentas vitícolas (160), al contrato de préstamo (161), al contrato de segu-

(157 bis) ASCARELLI: *I debiti di valore*, cit., págs. 63 y ss.

(157 ter) Cfr. NAPOLETANO: *La svalutazione monetaria e le obbligazioni pecuniarie*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 47, 1949, 316; PRATIS: *In tema di prova dei danni conseguenti a svalutazione monetaria in caso di inadempimento di obbligazione pecuniarie*, en «Giurisprudenza della cassazione civile», III, 1951, 393; SARGENTI: *Svalutazione monetaria: risarcimento del danno o rischio nell'obbligazione*, en «Foro Padano», I, 1951, c. 119; LORENZI: *La svalutazione monetaria e i suoi effetti nei rapporti obbligatori*, en «Foro Padano», I, 1948, 385; BARBERESCHI: *La svalutazione della moneta, interessi per obbligazioni contrattuali, obbligazioni per fatto illecito*, en «Rivista Italiana Scienze Commerciali», 1949, 53; ALLORIO: *L'incidenza della svalutazione sull'obbligo di restituzione del prezzo e una necessaria distinzione monetaria*, en «Giurisprudenza Italiana», I, 1950, 791.

(158) Cfr. SCIALOJA: *Per il mantenimento del limite di indennizzo no nostante la svalutazione monetaria*, en «Foro Italiano», I, 2, 1948, 882.

(159) Cfr. UCKMAR: *La svalutazione della moneta e le indennità di mancato preavviso e di anzianità*, en «Diritto del Lavoro», II, 1948, 304; DUMONTIER: *L'échelle mobile des salaires*, en «La Vie Intellectuelle», 1951, 49; BOUREAU DES STATISTIQUES DU DEPARTEMENT DU TRAVAIL DES ETATS-UNIS: *L'échelle mobile des salaires dans les différents pays du plan Marshall*, en «Monthly Labor Review», 1952, trad. franc. en *Problèmes économiques*, 1952, 3 y ss.; Editorial. *El aspecto monetario del problema de la escala móvil de salarios en los diferentes países*, en «Revista de Economía Aplicada», II, 1953, 158.

(160) Cfr. LACCONIA: *Inflazione monetaria e vitalizio*, en «Foro Padano», 1947, 51; MENGONI: *Rendita vitalicia e svalutazione monetaria*, en «Temis», 1948, 91; RAIMONDI: *Enfiteusis, censi, rendita perpetua e svalutazione monetaria*, Napoli, 1950; TORRENTE: *Rendita perpetua, rendita vitalizia*, en el *Commentario* dirigido por Scialoja y Branca. Bologna-Roma, 1949; RIFERT: *La revision des rentes viagères*, en «Chronique Dalloz», 1949, 89; CAVIN: *L'influence des va-*

ro (162), a los contratos de crédito (163), al contrato de obra (164), en los contratos matrimoniales (164 bis), en la expropiación (164 ter) y en la deuda de intereses (165). Por lo que se refiere al contrato de arrendamiento (rústico y urbano), es objeto de nuestro estudio en las páginas siguientes.

CAPITULO II

LAS CLÁUSULAS DE ESCALA MÓVIL EN LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

13. *Las cláusulas de escala móvil ante el régimen de los arrendamientos rústicos del Código civil y de la Ley de 1935.*—El régimen de autonomía de la voluntad proclamado con carácter ge-

riations monétaires en matière de contrats de prêt et de rente viagère, en «Journal des Tribunaux» (Bruselas), 4.016, 1954, 22.

161. Cfr. TOURAUT: *La clause d'échelle mobile dans les dettes de sommes d'argent*, en «Revue des huissiers», 1952, 658; RIPERT: *La clause d'échelle mobile ou de remboursement en nature dans les contrats de prêt d'argent*, en «Recueil Dalloz», 1953, 133; NOIREAUT-BLANC: *La clause d'échelle mobile dans les contrats de prêts d'argent*, en «Recueil des Lois, Decrets et Arrêtes», 1953; CAVIN: *Op. cit.*, pág. 10.

(162) Cfr. BENEIX: *Assurance á indice variable. L'évolution de l'assurance á indice variable*, en «Revue générale des assurances terrestres», 1942, 5; MENARD: *L'assurance á indice variable*. Paris, 1945; REYES P. ALDAVE: *El seguro de vida y la desvalorización del dinero*, en «Revista de Derecho Mercantil», 3, 1946, 433; ROSILLO: *El seguro sobre la vida y las fluctuaciones sobre la moneda*, en «Revista de Derecho Mercantil», 5, 1948, 411; BENÍTEZ DE LUGO: *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros, sobreeseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización*. Madrid, 1952; BESSON: *Los seguros con cláusula índice y revalorizables*, en «Cuadernos de Derecho francés», 2, 1954, 35.

(163) Cfr. SCIALOJA: *Ancora in tema di rivalutazione di crediti per rivalutazione monetaria*, en «Foro Italiano», I, 1951, 438; SIMONETTO: *I contratti di crédito*. Milano, 1953.

(164) Cfr. CIANFLONE: *L'appalto di opere pubbliche*. Milano, 1950; ROBLES ALVAREZ: *La inflación ante el Derecho*, en «Revista de Derecho Mercantil», 32, 1951, 219.

(164 bis). FREYRIA: *Les moyens d'éviter, dans les contrats de mariage, les conséquences de la dépréciation de la monnaie*, en «Revue Trimestrielle de Droit civil», 49, 1951, 331 y ss.

(164 ter). Cfr. LORENZI: *La svalutazione monetaria e la sua rilevanza giuridica in tema di indennità di espropriazione per pubblica utilità*, en «Revista del Diritto Commerciale», 48, II, 1950, 138; CARUGNO: *Indennità di espropriazione e svalutazione monetaria*, en «Foro Italiano», 4, 1950, 27; LAVAGGI: *Indennità di espropriazione e svalutazione monetaria*, en «Revista del Diritto Commerciale», 51, I, 1953, 341 y ss.

(165) Cfd. FAVARA: *Incidenza della svalutazione monetaria sul debito di interessi*, en «Foro Italiano», I, 1951, c. 1332; ID.: *L'obbligazione degli interessi di fronti alla svalutazione*, en «Diritto fattimentare», I, 1951, 263; MICCIO: *Svalutazione monetaria e interessi sul risarcimento dei danni*, en «Giurisprudenza compl. Cassazione civile», I, 1951, 434; PERETTI-GRIVA: *Aggiornamento dei danni per svalutazione monetaria e interessi*, en «Giurisprudenza italiana», I, 1951, 1; RUBINO: *Decorrenza degli interessi in caso di rivalutazione della somma capitale per debito di risarcimento*, en «Giurisprudenza comp. Cass. civ.», 111, 1951, 393.

neral por el Código civil español para los arrendamientos rústicos tiene una concreción específica en materia de pago del precio. El artículo 1.555 del Código civil, al señalar las obligaciones del arrendatario, manifiesta en su apartado 1.º que dicho arrendatario está obligado «a pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos». No ofrece duda, pues, que la adopción de una cláusula de escala móvil por las partes contratantes, con arreglo a este régimen jurídico, tuviesen plena validez y eficacia conforme a los términos convenidos por las mismas (165 bis).

Otro panorama nos presenta la reforma legislativa del año 1935. Si por una parte la Ley de 15 de marzo de 1935 mantenía el criterio de autonomía de las partes para señalar el precio del arriendo en el apartado 1.º del artículo 7.º, al decir que «la fijación de la renta anual en los contratos de arrendamientos de fincas rústicas quedará al arbitrio de las partes contratantes» (166); por otro lado, establecía a continuación, en el mismo artículo, que, «no obstante lo cual, cualquiera de ellas, y una vez transcurrido un año de la vigencia del contrato, podrá acudir al juez o tribunal competente en demanda de que se revise la renta pactada y se fije la que en lo sucesivo ha de ser satisfecha».

La introducción de este nuevo recurso de revisión de la renta por la Ley de 1935 tiene un indudable alcance, por lo que se refiere a las cláusulas de escala móvil. Si bien, en principio, son válidas y eficaces, ya que subsiste idéntico régimen de autonomía, posteriormente pueden resultar ineficaces. ¿Hasta qué límite ello sería posible? La revisión tiene por fin evitar—para lo sucesivo—la injusticia contractual producida originariamente o por circunstancias sobrevenidas. Así lo expresa la Sentencia de 22 de septiembre de 1943 cuando aclara que «el derecho de revisión de la renta es una medida excepcional que se concede a las partes contratantes para reparar la injusticia cometida al celebrarse el contrato, o la que pueda resultar, aun siendo justo al celebrarse, por variaciones que circunstancias fundamentales pueden producir». Como advierte el profesor FUENMAYOR (167), es un derecho de modificación contractual que recuerda, a un tiempo, la reacción contra los negocios leoninos y la aplicación—siempre excepcional—de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Es posible que en algunos casos la adopción de una cláusula de escala móvil grave de tal manera un contrato de arrendamiento

(165 bis). Los que contrataban podían a su arbitrio fijar la importancia de su remuneración; tan sólo la «anulación» que, por abusiva, autorizaba el artículo 4.º del Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929, que al mismo tiempo fortalecía la rebaja de renta que se originaba en el artículo 1.575 del Código civil.

(166) Cfr. la sentencia de 5 de junio de 1942 que al interpretar el principio de autonomía de la libertad de los contratantes dice que «la aludida libertad contractual dentro de nuestro sistema legislativo, no tiene otro límite que el señalado en el art. 1.255 del Código civil».

(167) FUENMAYOR: *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de Arrendamientos*, en «Anuario de Derecho civil», III, 1, 1950, 1208.

rústico, que lleve como consecuencia a ver en él la imposición de una cláusula leonina o usuraria. Ahora bien, cuando la cláusula aceptada opera dentro del término de un plazo de años señalados, y durante esa época se produjeron acontecimientos de devaluación monetaria que alteran el sentido conmutativo de las prestaciones del contrato, es posible aceptar como válida y eficaz la cláusula impuesta, pues su función será, ante todo, lograr el mantenimiento de la equivalencia de dichas prestaciones. Al ser el derecho de revisión «medida excepcional», corresponderá al arbitrio judicial declarar cuándo estamos ante una cláusula leonina o bien cuándo no tiene este carácter.

14. *Régimen jurídico de la renta en la legislación vigente: Imposición ex lege de la cláusula «valor trigo».*—El principio general de libertad de los contratantes establecido para la fijación de la renta subsiste en la nueva reforma que se impone por la Ley de 23 de julio de 1942. Sin embargo, el artículo 3.º, que recoge este principio, lo somete a una forma específica y concreta. Se dice: «Para los futuros contratos de arrendamientos de fincas rústicas la renta que deba satisfacer el arrendatario se fijará, necesariamente, en una determinada cantidad de trigo, que las partes señalarán libremente; pero su pago deberá efectuarse en dinero de curso legal, estableciendo la equivalencia a razón del precio de tasa vigente para el trigo, sin ninguna clase de bonificaciones ni premios, el día que la renta deba ser satisfecha.»

La fórmula fué adoptada para aliviar, principalmente, la situación de los arrendadores ante la disminución del poder adquisitivo de la moneda (167 bis). Ya en el año 1924 hacía notar SAVATIER (168) que el arrendamiento rústico, a pesar de ser un contrato civil, y tradicional y que se muestra menos dócil a las influencias de los movimientos económicos que los contratos mercantiles, tiende a una adaptación al modo de ser de la época actual.

(167 bis). En el siglo pasado, ya DIEGO CLEMENCIN, en la «Ilustración XII» sobre el «valor de las monedas que circulan en Castilla durante el Gobierno de Doña Isabel», afirmaba que «los escritores de mayor autoridad en estas materias han convenido, y con razón, en mirar el trigo como el regulador del precio de la moneda; de suerte que puede considerarse como próximamente igual el valor de las diferentes cantidades de moneda con que en distintas épocas se compra igual cantidad de trigo. Esto se funda en que el trigo está menos expuesto que otro ningún género a las variaciones que suelen producir en los precios el capricho de los hombres y la mayor o menor abundancia de las cosas». Y añade que «siendo, pues, el trigo el primero entre los artículos de primera necesidad para la subsistencia de los pueblos europeos, en todos tiempos fuera de circunstancias extraordinarias, igual cantidad de personas consumirá igual cantidad de trigo; y siendo el consumo de esta semilla una cantidad igual respectivamente y constante en todos los tiempos, pueden también mirarse como igual el valor comercial de la moneda con que una cantidad dada de trigo se adquiere en diferentes épocas»; cfr. DIEGO CLEMENCIN: *Ilustraciones sobre varios asuntos del reinado de Doña Isabel la Católica*, en *Memorias de la Real Academia de la Historia*, IV, Madrid, 1821, 511 y 512.

(168) SAVATIER: *Les baux ruraux et les variations du franc*, en «Gazette Dalloz», 1924, 89.

SCHKAFF (169) señalaba que la depreciación monetaria conducía a una gran variedad de combinaciones que permitían a los arrendadores y a los arrendatarios el poner sus arrendamientos rústicos al abrigo de las fluctuaciones de la moneda. Para una situación nueva se encuentran soluciones nuevas, más o menos felices, que tienden a adaptarse a las circunstancias; fórmulas y procedimientos empíricos, sin duda, pero que son los únicamente posibles en un período de transición.

En Francia, ante la inflexibilidad de los Tribunales al declarar nula la cláusula oro, los propietarios recurren a una forma más ingeniosa: a señalar el precio del arriendo conforme con la suma necesaria para adquirir, en cada período, un cierto número de quintales de trigo. Incluso, para DEMOGUE (170), se puede hacer el pago de los productos más diversos (171). Ahora bien, en la mayor parte de los casos, los contratantes estipulan que tendrán derecho a reemplazar las prestaciones *in natura* por pagos en dinero calculados en la fecha del vencimiento, a través de las prestaciones estipuladas.

La jurisprudencia francesa, de acuerdo con el principio de libertad para concertar el pago por su equivalencia en especie o bien de un modo mixto (172), comenzó admitiendo estas cláusulas índices o de escala móvil hasta proclamar su validez, especialmente en los arrendamientos rústicos (173). Se reconocía expresamente que la preocupación que tenían las partes de protegerse contra las variaciones monetarias era perfectamente legítima y que permitía al acreedor evitar mediante cláusulas apropiadas el perjuicio que podía resultarle de la depreciación de la moneda, salvo que las partes no tuviesen por finalidad contravenir la ley sobre el curso forzoso, sino prevenirse, simplemente, contra las fluctuaciones económicas. Es más, según hace notar RIPERT (174), el Decreto-ley de 16 de julio de 1939 autorizó la revisión de los precios del alquiler cuando por el juego de una cláusula de escala móvil el precio resulta modificado en más de una cuarta parte. La doctrina francesa (175) nos aporta un análisis perfecto de esta fórmula que actual-

(169) SCHKAFF: *La dépréciation monétaire ses effets en Droit privé*, II, Paris, 1926, pág. 295.

(170) DEMOGUE: *De quelques clauses tendent à se prémunir contre les variations de valeur du franc*, en «Journal des Notaires», 1923, 101.

(171) En la práctica, señala TRASBOT: *La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé*, en «Le Droit privé français au milieu du XX siècle». Etudes offertes a G. Ripert, II (Paris, 1950), 169 y 174, se recurre en el arrendamiento rústico a cláusulas de pago en mercancías o valor mercancías.

(172) Según las Leyes francesas de 31 de diciembre de 1948 y 23 de marzo de 1953, cfr. *Recueil Sirey*, 1953, 1125.

(173) Cfr. TOULEMOND: *Op. cit.*, págs. 63 y ss.

(174) RIPERT: *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, II, Paris, 1948, pág. 295.

(175) Cfr. MONTAGNE DUPIC: *Des clauses de paiement en denrées dans les baux à ferme*. Thèse, Paris, 1923; PLANIOL: *Les baux à fermage variable*, en «Revue critique de législation et jurisprudence», 1926, 123; RIVAL: *De la clause*

mente adopta la legislación española, al igual que hacen las legislaciones italiana (176) y alemana (177).

La doctrina española también enjuicia y fundamenta el fin a que obedece la adopción de una fórmula como la establecida por el art. 3.º de la Ley de 23 julio 1942. Así, MARTÍNEZ COLUBI (178) dice que el artículo 3.º de la Ley ha tenido como principal objeto el corregir la desigualdad de rentas por la oscilación del precio de cereales en el mercado a causa de la anormalidad del momento presente. Y como cereal de más demanda y, por tanto, de precio más elevado, se eligió el «patrón trigo» sólo para efectos de elevación de renta, pues verificada la corrección de valor debe pagarse en numérico, consiguiéndose así una participación del arrendador en la ganancia «ocasional» del arrendatario.

Con gran acierto dice RODRÍGUEZ JURADO (179) que con este artículo le parece que la Ley ha querido resolver no un problema de elevación o reducción de rentas, sino algo muy diferente, que pudiera llamarse una operación de traducción de valores. O sea —dice este autor— que ante la anormalidad de las circunstancias presentes y el notorio aumento en el precio de los productos agrícolas y ganaderos, se había creado una situación de injusticia y a resolverlo se atiende con el precepto que comentamos. La mejor prueba de que con lo dispuesto en el artículo 3.º no se trata de aumentar las rentas, y sí sólo de practicar la mencionada operación de traducción de valores, la hallamos en el hecho de que la Ley no menciona el aumento de las rentas que se hayan venido pagando en especie, y se refiere sólo a aquellas cuyo pago se haya efectuado en metálico.

DUALDE (180) señala que el precepto se dirige a proteger al arrendador en vista del fenómeno de devaluación de la moneda. Del mismo modo, a juicio de PELAYO HORE (181) se trata del establecimiento de un régimen de estabilización. Especificando más, ROCA SASTRE (182) dice que constituye un auténtico supuesto de

d'échelle mobile dans les baux à loger et à ferme, en «Répertoire Commaillé», I, 1939, 85; LEVY: *Le sort actuel des clauses d'échelle mobile dans les baux*, en «Journal civil périodique», I, 1943, 329.

(176) La Ley italiana de 22 de marzo de 1939 admite la validez de las prestaciones *in natura* para los arrendamientos rústicos; cfr. VISCO: *Op. cit.*, página 146.

(177) La legislación alemana también toma en consideración los cambios del valor monetario para los arrendamientos rústicos mediante un control especial de las condiciones contractuales, v. par. 5.º y 6.º, cap. 3.º del *Landpacht Gesetz* de 25 de junio de 1952; cfr. DUDEN: *Op. cit.*, pág. 242, núm. 14.

(178) MARTÍNEZ COLUBI: *Algo sobre el artículo 3.º de la novísima Ley de Arrendamientos Rústicos de 23 de julio de 1942*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 19, 1943, 251.

(179) RODRÍGUEZ JURADO: *Comentarios a la legislación de arrendamientos de fincas rústicas*, 2, Madrid, 1943, pág. 77.

(180) DUALDE: *Cláusula «pago en oro»*, en «Revista de Derecho Privado», 31, 1947, 10.

(181) PELAYO HORE: *Cláusulas de estabilización*, cit., pág. 71.

(182) ROCA SASTRE: *Cláusulas de estabilización*, cit., pág. 258.

cláusula de escala móvil, puesto que es cada año el precio del trigo, variable por lo común dentro de ciertos límites, el que determina la cantidad a pagar en pesetas como precio del arriendo.

Para LEAL MÁRQUEZ (183) el objeto ha sido infundir elasticidad a la renta ante la anormalidad económica de los tiempos que vienen sucediéndose desde la guerra española. La adopción del patrón trigo—añade este autor—facilitará el juego de alza o baja del precio de los arrendamientos, según aconsejen los tiempos.

Con fina agudeza jurídica nos dirá el profesor PÉREZ SERRANO (184) que el precepto aspiraba a remediar una situación de evidente injusticia, ya que se había producido honda disociación entre el valor de los productos del campo y el poder adquisitivo del dinero, por lo cual los propietarios que cobraban la renta en metálico sufrían quebranto indudable. Se quiso, pues—añade—corregir radicalmente para el porvenir esta anomalía y compensar en cuanto al pasado mediante una acomodación a la mera técnica, en la que se tuviera presente la mayor o menor antigüedad del contrato en vigor. De esta suerte se establecía para el futuro una prudente correlación entre el cereal-tipo y el dinero, ya que las oscilaciones de aquél repercutían en la cuantía de la renta al abonarla en efectivo. Y de otra parte, y para no perpetuar el desequilibrio existente se operaba automáticamente una revisión de rentas con respecto a los arriendos anteriores cuya merced estuviera pactada en metálico. La innovación—concluye—equilibraba las posiciones del arrendador y arrendatario ante el fenómeno de la desvalorización de la moneda o del encarecimiento de los productos de la tierra.

GARCÍA ROYO (185), con idéntico criterio, ponderativo, hace ver que «debiendo ser las rentas proporcionadas a los valores que el arrendatario tiene de las fincas arrendadas como compensación a la entrega aquella, la anormalidad económica actual rompió esta paridad por haber disminuído notablemente el poder adquisitivo del dinero en contraste con la supervaloración de los productos agrícolas. Deseo de remediar esta injusticia es el fundamento del artículo que vamos a examinar, y aun sin estar exento de imperfecciones, merece francos elogios por la equitativa e ingeniosa solución dada a este importante problema. En lo sucesivo, con la fijación de la renta en trigo el arrendador participará en los beneficios que la plusvalía de este cereal motiva. «El legislador—concluyó en otro lugar (186)—sólo pretende facilitar a los contratantes un sistema justo de recíprocas compensaciones para que sus patrimonios

(183) LEAL MÁRQUEZ: *El pago en especie en los arrendamientos rústicos*, Madrid, 1948, pág. 45.

(184) PÉREZ SERRANO: *La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I, 3, 1948, 850.

(185) GARCÍA ROYO: *Tratado de arrendamientos rústicos*, 2. I, Soria, 1950, página 74.

(186) GARCÍA ROYO: *¿Son nulos los arrendamientos rústicos con renta fijada en dinero?*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 57, 1949, 32.

juridico-económicos guarden equitativa correlación a causa del arrendamiento, para que sus intereses privados vayan al unísono del nivel de vida, para que sus peculios particulares guarden con motivo del contrato por lo que quedan y reciben.» CRESPO CEDRÚN (187) también advierte la finalidad perseguida por la nueva fórmula y dice que trata de establecer como medida común rentística de la tierra la meroancia trigo, que por su estabilidad mantenga la proporción y equivalencia entre las respectivas prestaciones de las partes, y libre, por consiguiente, de las fluctuaciones o alteraciones dinerarias.

VALERIANO DE TENA (188), frente a ROCA SASTRE y DUALDE, opina que el ánimo del legislador de 1942 no fué el de estabilizar la moneda. Su propósito—dice—fué otro muy distinto y completamente extraño al que los aludidos autores le atribuyen. La fijación en trigo para la solución de la referida clase de obligaciones cree obedeció a una necesidad social¹; tuvo por único objetivo evitar que las relaciones arrendaticias desembocara en un contagioso afán, por parte de los arrendadores, de resolver los arriendos entonces vigentes. Según él, la intención del legislador de la fijación en trigo de la renta de la tierra es una justa y equitativa remuneración del disfrute del agro para conjurar un grave quebranto en la economía social. «No hubo—añade este autor (189)—, por consiguiente, ni un asomo siquiera de estabilizar la moneda en que se pague dicha renta, ni aun la renta misma. Por el contrario, se quiso, y se logró, dar a ésta movilidad y fluidez proporcional al aumento o disminución que tuviere el precio del producto agrícola elegido como módulo o patrón, ya permaneciese inalterado o fluctuase el valor de la moneda nacional.»

Al fijarse en la nueva fórmula ROCA JUAN (190) advierte que la tendencia legislativa de dar estabilidad y duración a los contratos de arrendamiento de fincas rústicas dió lugar a que se concediera la facultad de revisar el precio pactado, sin duda ante el hecho de que durante la larga vigencia del contrato, pueda producirse un cambio en las circunstancias económicas, por cuya virtud el pago en dinero del precio pactado puede resultar desproporcionado con relación al precio de los productos agrícolas, de tal naturaleza que la renta venga a resultar extremadamente onerosa para una de las partes.

(187) CRESPO CEDRÚN: *La estipulación de la renta en dinero en los contratos de arrendamientos rústicos pactados con posterioridad a la Ley de 23 de julio de 1942. Comentario a la Sentencia de 10 de noviembre de 1947*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I, 2.º 1948, 728.

(188) VALERIANO DE TENA: *Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 26, 1950, 717.

(189) VALERIANO DE TENA: *op. cit.*, pág. 718.

(190) ROCA JUAN: *Arrendamientos de fincas rústicas*, en «Nueva enciclopedia jurídica Seix», II, Barcelona, 1950, 861.

(191) FUENMAYOR: *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos*, c.º, pág. 1208.

Sin embargo, a juicio del profesor FUENMAYOR (191), la revisión exige declaración judicial y si bien es un medio eficaz, aunque complicado, se logra el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones durante la vida del contrato. Por eso se busca otro medio—dice—más sencillo, de actuación automática, para lograr la equivalencia de las prestaciones durante la vida del arrendamiento rústico. Ese fin persigue el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942.

Con este principio, concluirá análogamente NART (192) que «el legislador intentó una fórmula de estabilización apoyándose en el valor del trigo», de un modo sin duda inteligente, pues no sólo tendía al futuro sino también al pasado, produciendo una corrección a revisión automática de las rentas.

La opinión del profesor MARTÍN BALLESTERO (193) es que la fórmula del artículo 3.º de la Ley de arrendamientos rústicos recoge una cláusula mercancía o valor mercancía. Desde un punto de vista valorista y a consecuencia de las fluctuaciones de la moneda, PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO (194) también justifican la adopción de tal precepto. RODRÍGUEZ-SOLANO (195) dice que esta doctrina la admitió la Ley de arrendamientos rústicos española para evitar que las fluctuaciones de la depreciación de la moneda repercuta sobre el patrimonio de los contratantes.

Para el profesor CASTÁN (196), la Ley de 1942 con este artículo introduce una nueva limitación en cuanto a la *forma* de señalar la renta, pues al adoptar un tipo patrón de cálculo permite que el importe de la renta sustraído a una posible disminución en el poder adquisitivo de la moneda dependa siempre del precio del trigo. El profesor HERNÁNDEZ-GIL (197) observa que con el establecimiento *ex lege* de la cláusula valor trigo, el fin perseguido es el de la asigbilización de la renta. Esta misma finalidad—añade—es la que asigna a la cláusula valor trigo el Decreto-Ley de 15 de junio de 1949, que introduce algunas modificaciones en el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942, con la finalidad de dar estabilidad a las rentas de las fincas rústicas ordenando su cuantía en relación con un módulo sujeto a un precio oficial. De modo que también se sigue interpretando—concluye—que cabe considerar que la finalidad

(192) NART: *Ex-arrendamientos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV, 3, 1951, página 931.

(193) MARTÍN BALLESTERO: *El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada. (Aportaciones al debate sobre revisión de los contratos)*, en «*Revista general de Legislación y Jurisprudencia*», 188, 1950, 562.

(194) PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO: *Arrendamientos rústicos*, Girona, 1951, págs. 195 y 196.

(195) RODRÍGUEZ-SOLANO: *Arrendamiento de fincas urbanas. Renta. Su fijación en especie y sometimiento a las fluctuaciones de ésta. Concordancias a la Sentencia de 13 de noviembre de 1953*, en «*Pretora*», II, 7, 1953, 18.

(196) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 7, IV, Madrid, 1953, página 392.

(197) HERNÁNDEZ-GIL: *Apuntes del curso académico 1953-54*, conferencia número 36, página 1.

fundamental de la norma es la estabilidad de una de las prestaciones: la prestación renta. Sin embargo, para este autor la fórmula adoptada por la Ley de 1942 plantea varios problemas por su defectuosa confección.

Uno de ellos es que la Ley se aparta de un nominalismo, el del dinero. Según HERNÁNDEZ-GIL «quiere eludir el nominalismo del dinero porque considera injusto ese nominalismo del dinero para la determinación de la cuantía de la renta en los contratos de arrendamiento; pero al tratar de eludir el nominalismo del dinero se incurre en otro nominalismo, en el nominalismo del valor trigo. Por lo siguiente: nótese que en esta cláusula valor trigo establecida *ex lege* no se dispone que haya de tenerse en cuenta el valor real del trigo o el valor de cotización del trigo, el valor de venta, el valor en el mercado del trigo, sino que dispone que la conversión del trigo en dinero ha de efectuarse con arreglo al precio oficial de tasa del trigo; luego no es un precio de mercado, no es un precio de cotización, es también, en definitiva, un precio nominal, es el valor asignado por el Estado al trigo. Luego si el Estado fija el precio del trigo y el precio del trigo es el que sirve para fijar la cuantía en dinero de la renta, lo que prácticamente ocurre es que la cuantía de la renta es fijada oficialmente por el Estado. «Con estas razones—concluye este autor—se elude un nominalismo, pero se incurre en otro nominalismo. Ahora bien, hay diferencia entre ambos nominalismos: el nominalismo del dinero es un nominalismo estático y el nominalismo del valor trigo es un nominalismo, podríamos decir, dinámico en cuanto que el Estado sucesiva y progresivamente modifica y corrige el valor del trigo.»

Por último, el problema de si los incrementos o elevación de rentas contractuales procedentes de la elevación del precio oficial del trigo son revisables con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, el profesor HERNÁNDEZ-GIL repite las anteriores conclusiones (198). Al admitir la jurisprudencia que existe compatibilidad entre la acción de revisión de la renta (artículo 7.º de la Ley de 1935) y el artículo 3.º de la Ley de 1942, que establece la cláusula valor trigo, este autor se pregunta: La compatibilidad de ambas reglas ¿alcanza también a este supuesto? Es decir, lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley de 1935 ¿puede servir para corregir lo que resulta del artículo 3.º de la Ley de 1942? Si bien la jurisprudencia ha dado una contestación negativa, aunque reconociendo la compatibilidad de las normas, entiende que no se puede revisar, corregir ni modificar rentas cuyo importe resulte excesivo a causa de la elevación del precio oficial del trigo, puesto que cuando el Estado fija oficialmente el precio del trigo tiene en cuenta y pondera debidamente todas las circunstancias.

Frente a esto, cree HERNÁNDEZ-GIL que en la actualidad, a causa del progresivo incremento que en un periodo de muy poco

(198) HERNÁNDEZ-GIL: *op. cit.*, conferencia número 37, pág. 1.

tiempo ha tenido el precio oficial del trigo (199), se produce el hecho real de que las rentas, en gran número de contratos de arrendamientos de fincas rústicas, resultan exageradas, excesivamente onerosas, y esa exageración o excesiva onerosidad procede precisamente de la elevación del precio del trigo. Se pregunta si puede corregirse esa situación. La solución es negativa, a juicio de la jurisprudencia. Sin embargo, para este autor, la conclusión a que se llega no es acertada y ello obedece principalmente a que no se ha sabido determinar cuál es exactamente el fundamento de la norma contenida en el artículo 3.º de la Ley de 1942. Se ha sostenido que el fundamento de esa norma alcanza también a equilibrar las prestaciones contractuales, es decir, que no solamente se preocupa de la prestación dineraria, sino que quiere establecer una justa equivalencia entre la prestación dineraria y la prestación que consiste en el disfrute de la finca arrendada. Cree que al haberse otorgado este fundamento a la norma es por lo que la jurisprudencia adopta esa actitud respetuosa con el criterio del legislador. A su juicio, lo que ocurre es que el fundamento de la norma contenida en el artículo 3.º de la Ley de 1942 no alcanza hasta el establecimiento de esa equivalencia entre las prestaciones; lo que quiere el artículo 3.º es simplemente estabilizar una de las prestaciones, la dineraria, cuidar de la prestación dineraria, porque, precisamente la prestación dineraria es la que está expuesta y sujeta a una oscilación del valor. El artículo 3.º, en opinión del profesor HERNÁNDEZ-GIL, no desciende hasta el punto de cuidar también la equivalencia de esa prestación dineraria con la otra prestación, que sea objeto del contrato de arrendamiento. Al ser así, y considerar que el alcance de la norma es sólo el vigilar una de las prestaciones no habría incompatibilidad alguna ni inconsistencia alguna en afirmar que podrían revisarse las rentas aun en el supuesto de que los incrementos obedecieran a la elevación oficial del precio del trigo. Concluye que la misión de la norma del artículo 3.º sería sólo ésa, y la misión de la norma del artículo 7.º de la Ley de 1935 sería la de vigilar y cuidar de la equivalencia de las prestaciones. Al ser así, se podría llegar sin ninguna falta de consideración al Tribunal Supremo, ni a las medidas legislativas a esta conclusión.

A nuestro juicio, según tuvimos ocasión de exponer en otro lu-

(199) En el mínimo de duración normal de los contratos de arrendamiento de fincas rústicas, el precio oficial del trigo a estos efectos ha pasado desde 84 pesetas el quintal hasta 200. Por tanto, según este autor, numerosos contratos de arrendamiento en un periodo inferior a los seis años las rentas han aumentado en más del doble. Los Decretos del Ministerio de Agricultura siguientes declaran el precio oficial del quintal métrico de trigo. Cfr. Decretos de 11 de abril de 1942 (84 pesetas), de 30 de septiembre de 1943 (idem), de 29 de septiembre de 1944 (idem), de 11 de septiembre de 1945 (idem), de 10 de octubre de 1946 (idem), de 14 de mayo de 1948 (117 pesetas), y rige el mismo precio para las campañas de 1949 y 1950; de 27 de abril de 1951 (140 pesetas), de 14 de junio de 1952 (190 pesetas), de 13 de mayo de 1953 (200 pesetas).

gar (200), la nueva fórmula impuesta por el artículo 3.º de la Ley de 1942 implica un doble cometido: el lograr una equidad en cuanto a la calidad y producción del terreno de la finca arrendada y conseguir una justa compensación para el arrendador frente a una evidente desvalorización monetaria. De este modo, por el primer cometido, el arrendatario pagará una renta justa, proporcional y relativa conforme a las condiciones objetivas del fundo arrendado; por el segundo postulado, el arrendador obtendrá la remuneración equivalente, la estabilidad necesaria en el poder adquisitivo de su moneda obtenida en cambio conforme a las condiciones subjetivas y particulares en un primer momento pactadas.

La jurisprudencia refleja esta fundamentación. La sentencia de 13 de diciembre de 1940 explicaba ya que «la previsión del artículo 3.º es para equilibrar los intereses de arrendador y arrendatario en cualquier evento de la coyuntura económica». La sentencia de 4 de diciembre de 1945 afirmaba que el precepto quiso conjugar el principio de libertad respecto a la estipulación de renta con la idea de lograr la mayor y posible equidad y justicia en la participación de los productos del agro. Y la sentencia de 28 de enero de 1946, en su considerando 4.º, expresaba también la finalidad del artículo 3.º cuando decía: «...siendo precepto imperativo y aplicable al caso el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942, de cuya oportunidad, acierto y justicia de su contenido no es lícito dudar sin dejar en entredicho su alto sentido moral y social, lo cierto es que siendo norma que necesariamente ha de cumplirse, es obvio que en ningún caso de la acción, encaminada a que tal precepto se cumpla y tenga efectividad, puede decirse que el que la entabla persigue un enriquecimiento a costa de otro o abusa de un derecho que la propia ley otorga, porque ello representaría erróneo entendimiento de su finalidad, que no significa variación de la renta pactada, que se respeta y permanece inalterable, sino la adopción con carácter general e imperativo de un signo de valor cual la especie de trigo, que por su variable cotización, que oficialmente ha de ser establecida conforme a las circunstancias por que atraviesa la economía nacional unas veces rebasará el importe dinerario de la renta y en otras podrá quedar disminuido. Esta clara y simple consideración excluye por completo toda idea de enriquecimiento o abuso del derecho».

Por último, la sentencia de 13 de junio de 1950 declara que: «la legislación de arrendamientos rústicos tiene una motivación ético-social que en lo que respecta al artículo 3.º de la Ley de 1942 si se ha de entender protectora del interés de uno de los sujetos «de la relación arrendaticia, la protección afecta al interés del arrendado, pues como expresa la sentencia de 5 de marzo de 1946, la fi-

nalidad del precepto, al fijar el patrón trigo como signo de valor rentístico, no debió ser otra que eliminar la manifiesta injusticia de mantener inalterables las rentas en numerario cuando el dinero había perdido gran parte de su valor adquisitivo, al par que los productos de la tierra alcanzaban notable elevación, por lo que la norma nueva se aplicará a los contratos futuros y a los antiguos que debiendo subsistir tuvieran renta fijada en dinero».

Creemos que el legislador, al sancionar tal fórmula en el artículo 3.º de la Ley de 1942, lo único que hizo fué adoptar una cláusula de escala móvil cuyo índice de valor es el trigo, según el precio oficial que cada año señala el Poder público. Frente a la cláusula de escala móvil, pactada voluntariamente por las partes y con módulos de variación distintos del trigo, o bien según el valor real de otros productos en el mercado, se distingue la implantada en el artículo 3.º, porque supone —de acuerdo con las apreciaciones del profesor COSSÍO Y CORRAL—una conversión legal del negocio jurídico arrendaticio rústico imperativamente sancionada en cuanto al módulo a elegir y potestativamente variable por lo que se refiere a la cuantía a señalar.

Este doble juego nos explica, además, la posibilidad de compatibilizar la estabilización pretendida por el artículo 3.º de la Ley de 1942 con la facultad de revisión concedida por el artículo 7.º de la Ley de 1935, incluso para aquellos supuestos en que se produzca una notable desproporción en la renta a consecuencia del alza del precio oficial del trigo.

Ahora bien, a nuestro juicio, la revisión no podrá ser acometida contra la cuantía de dinero que resulte de la elevación oficial del precio del trigo, sino en cuanto al exceso de la cuantía de quintales métricos de trigo pactada en el contrato. Planteada de este modo la cuestión, no se contrarían, entonces, los principios sociales y de justicia conmutativa a que tiende el precepto de la Ley de 1942, al pretender nivelar las contraprestaciones, al mismo tiempo que otorga la facultad de poder señalar libremente una renta determinada por una cantidad de quintales de trigo. Para corregir el uso abusivo de esa libertad, de una determinación excesiva de la renta sin atender a las condiciones de producción normal de los predios, el precio medio de sus productos en el mercado, los gastos de cultivo y explotación, el líquido o riqueza imponible y los usos y costumbres locales, en relación a la cuantía de las rentas en fincas análogas (201), está la facultad revisoria sancionada por

(201) Según sostiene el Tribunal Supremo, en Sentencias de 3 de febrero de 1947, 25 de junio de 1951 y 2 de febrero de 1952, estos elementos de juicio enumerados en el párrafo segundo del artículo 7.º de la Ley de 1935 no excluyen la existencia y apreciación de otros, en comparación con aquéllos, si tienen por base hechos deducidos de la prueba practicada que el juzgador puede apreciar en su conjunto o detalle para llegar a determinar la renta que considere justa dentro del margen de libre apreciación sobre el resultado de la prueba.

el artículo 7.º de la Ley de 1935, reconocida de nuevo por el artículo 5.º de la Ley de 1942, que pretende la reducción de la renta libremente pactada, al objeto de conseguir la renta justa que en cada caso particular deba regir. Ahora bien, el intento de revisión, tan sólo del precio resultante de la elevación autorizada por el Estado, supone ir contra un precepto de orden público (202). Una cosa es poder revisar y discutir la justicia o injusticia que implica la base del negocio privado, y otra cosa es poder revisar y dejar de acatar las consecuencias que legal e imperativamente se sancionan por la autoridad pública para un negocio concreto. Como hace ver claramente FERNÁNDEZ SANTAMARÍA (203), la impropiedad de esta revisión está dada de un modo terminante por el Tribunal Supremo. En sentencia de 17 de marzo de 1952 manifiesta que «no se debe olvidar que el pago de rentas en valor oficial trigo no es aumento de la cuantía de aquélla, sino mera reducción compensatoria de valores, y que si esta modalidad legal influyó en el ánimo del arrendatario para considerarse pagador de renta que excede del límite de justicia, se equivocó». En sentencia de 17 de mayo de 1951 sostiene que «la eventual elevación del precio oficial de la especie que sirve de módulo valorativo de la merced arrendaticia no afecta a la justa regulación de aquella base ni puede motivar su revisión instada por el arrendatario si el precio del trigo aumenta o por el arrendador si disminuye». «Para estimar o no justa la renta—añade la sentencia—se debe tener en cuenta la cantidad de trigo en que consista, no su traducción en dinero, que será la determinada por disposiciones administrativas extrañas al interés privado de los contratantes, pues la mayor cantidad que el arrendatario tenga que pagar al aumentarse el precio oficial del trigo, debido a circunstancias económicas que el Poder público ha tenido en cuenta, no puede motivar que se estime excesivamente onerosa la merced arrendaticia, que no se ha modificado en su esencia, aunque sí en su traducción dineraria, sujeta a fluctuaciones que sólo la autoridad competente puede establecer y no altera la justa compensación de las recíprocas prestaciones de las partes».

Para FERNÁNDEZ SANTAMARÍA, en un sentido técnico jurídico, es perfecta esa doctrina, dada la finalidad del artículo 3.º de la Ley de 1942. No obstante, cree, también, del mismo modo que hizo ver el profesor HERNÁNDEZ-GIL, que en la vida real de los arrendamientos se pueden producir y se han producido anómalas situaciones, que desembocan en un desequilibrio de las prestaciones de los contratantes, originadora de una renta real inadecuada o injusta.

(202) La Sentencia de 26 de abril de 1943 manifestaba que en dicho art. 3.º se trata de un mandato estatal predeterminado con notas de inmutabilidad—equivalencia de valores—. Igualmente, cfr. la Sentencia de 28 de mayo de 1945.

(203) FERNÁNDEZ SANTAMARÍA: *La revisión de la renta en los arrendamientos rústicos*, en «Revista de Derecho privado», 38, 1954, 29.

Creemos que el problema de la injusticia de la renta se presenta en aquellos casos en que la explotación agrícola no responde al cultivo del trigo, sino a otros productos. Cuando se haya calculado la renta de una explotación pecuaria (según el ejemplo que pone FERNÁNDEZ SANTAMARÍA), o de otros productos cualquiera que no sea el trigo, la injusticia proviene de la falta de concordancia o inadecuación entre la cantidad y el precio del producto obtenido diverso al trigo con el del trigo mismo. Entonces se quiebra la equivalencia entre las prestaciones de las partes. Ahora bien, al ser el producto trigo uno de los más característicos de la producción española, el legislador lo adoptó como patrón de medida de valor. Con lo cual, si, por regla general, es un índice que revela el nivel medio de valor de los productos respecto del poder adquisitivo de la moneda, por otra parte se presentarán casos excepcionales donde dicho producto no cumpla exactamente esa función. En el supuesto de una explotación preferentemente pecuaria calculada con arreglo al valor del trigo en un momento determinado, indudablemente que en muchos casos resulta injusta posteriormente, debido a las oscilaciones a que está sometido el valor del ganado; si se toma en cuenta el alza del valor del trigo, solamente, y no se tienen en consideración la de los animales que son objeto de explotación, el desequilibrio se presenta inmediatamente. Del mismo modo ocurrirá cuando el cultivo comprenda otros productos.

Ante estos casos concluiremos que si bien no es posible atacar la suma de la renta resultante de la elevación del precio del trigo, siempre es posible, en todo caso, la revisión de la renta pactada, aunque la revisión se haya de referir al valor del trigo, conforme con el criterio que el propio Tribunal Supremo tiene ya declarado en sentencia de 18 de enero de 1945.

CAPITULO III

LAS CLÁUSULAS DE ESCALA MÓVIL EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

15. *El régimen del Código civil en arrendamientos urbanos y la admisión de las cláusulas de escala móvil.*—El problema de la vivienda, planteado en los términos actuales de escasez de locales de habitación, se puede decir que prácticamente fué desconocido por el legislador de 1889. Igualmente, la inestabilidad del dinero era un fenómeno apenas tan imperceptible como para poner en aviso a los acreedores que habían realizado sus obligaciones a largo plazo. Dentro de este régimen, se establece la libertad más absoluta para que las partes contratantes puedan obligarse de la forma que mejor les convenga. A tales principios responde el artículo 1.555, número 1.º, del Código civil, sin más límites que los

amplios y generales impuestos por el artículo 1.255; el arrendatario, pues, pagará el precio del arrendamiento en los términos convenidos, y los contratantes podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la moral, ni al orden público.

En el Código civil—advierten VÁZQUEZ y GARCÍA HERRERO (204)—el arrendamiento era un contrato de análoga naturaleza a los demás. Como en materia de contratación dominaba la libertad de estipulación, arrendador y arrendatario podían convenir las condiciones que quisieran. La justicia intrínseca en las relaciones derivadas del arrendamiento quedaba fuera del Código civil; las cláusulas y condiciones que las partes, determinadas por el juego económico, consignaban en el contrato, se consideraban justas por derivar del mutuo acuerdo.

Esta concepción responde al período liberal que a partir de la ley de 9 de abril de 1842 concluye en 1920. Según la primera ley, «los dueños de las casas y otros edificios urbanos, así en la Corte como en los demás pueblos de la Península e islas adyacentes, en uso del legítimo derecho de propiedad, podrán arrendarlos libremente desde la promulgación de esta ley, arreglando y estableciendo con los arrendatarios los actos y condiciones que les parecieren convenientes, los cuales serán cumplidos y observados a la letra». Esta norma jurídica, nos dice el profesor ROYO MARTÍNEZ (205), que implanta el liberalismo económico en cuanto a los arrendamientos urbanos, es armónica y coherente con otra serie de leyes, que a partir de 1836 restablecen en rigor toda una lista de Decretos promulgados en 1813, con fecha de ocho de junio, por las Cortes de Cádiz, a través de las cuales se alzaban las rentas de jornales y precios, se suprimían las restricciones gremiales para el ejercicio de industrias, el comercio y los oficios, y se concedía asimismo libertad de rentas, plazos y estipulaciones para los arrendamientos rústicos.

Por lo tanto, conforme a este régimen, las cláusulas de escala móvil añadidas a los contratos de arrendamiento, tanto de viviendas como locales de negocio, tenían plena validez y eficacia. Por el principio *pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 1.091 del Código civil, las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos. Ahora bien, las condiciones económicas y sociales de este período liberal, así como la abundancia de viviendas hicieron prácticamente inútil la aplicación de dichas cláusulas. Los capitales de ahorro se invertían en la construcción de locales que permitían satisfacer la regular demanda de los inquilinos. Además,

(204) VÁZQUEZ y GARCÍA HERRERO: *Ensayo de aplicación a la Ley de arrendamientos rústicos*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 12, 1936, 94.

(205) ROYO MARTÍNEZ: *El problema de la vivienda*, en conferencia pronunciada en el Real Círculo de Labradores de Sevilla el 8 de marzo de 1953, Sevilla, 1953, página 3.

la estabilidad de la moneda hacía que su poder adquisitivo fuese igual y constante. Con una oferta y demanda equilibradas, las viviendas no constituían un problema de consumo insuficiente. El acceso y permanencia a los locales de habitación era una cuestión sin complicaciones.

16. *Las cláusulas de escala móvil ante la legislación especial de arrendamientos urbanos.*—El régimen tradicional establecido en el Código civil se trastrocó rápidamente al variar con el tiempo los postulados económicos y políticos sobre 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 ordenación económica, en la que el signo monetario correspondía perfectamente con el valor intrínseco que poseía comercialmente y con aquél que el Estado le había reconocido nominalmente.

Al producirse la quiebra en el valor del signo, por el paso del sistema bimetalista, 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 tiene por objeto prestaciones dinerarias, falla y produce un desequilibrio patrimonial, que se contrasta y advierte patentemente en las obligaciones de trato sucesivo y no aleatorias, con un empobrecimiento considerable del acreedor y un consiguiente beneficio del deudor.

Frente a este fenómeno de la inflación, del mismo modo que para el de signo contrario, cual es la deflación, las partes procuran resguardarse de tan fatales consecuencias de la desvalorización monetaria, mediante la adopción de cláusulas estabilizadoras añadidas en los contratos. Ahora bien, en la situación anterior, las partes que no habían previsto la mutabilidad de las circunstancias, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, tenían que pechar con lo acordado. Pero el que, avisado, preveía las fluctuaciones en el futuro, en virtud de la autonomía de la voluntad garantizada, y basándose en el antiguo axioma de que *ius civile vigilantibus scriptum est*, se cubría de las posibles alteraciones a través de dichas cláusulas estabilizadoras adicionadas al contrato, llegaba a conservar casi siempre la equivalencia de las prestaciones establecidas en su comienzo.

Pero este recurso concertado por las partes surge cuando el estado de cosas ya está alterado, por circunstancias económicas, financieras y sociales. Entonces tienen que solventarse las nuevas relaciones con un régimen jurídico diverso del codificado. Aparece una legislación especial que afronta las primeras reformas, si bien con un carácter provisional. Dicen COSSÍO y RUBIO (206) que si

(206) COSSÍO y RUBIO: *Tratado de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1949. página 128.

examinamos la evolución de la legislación de arrendamientos de fincas urbanas a partir de 1920, veremos que éstas se caracterizan siempre por ser emadas del Poder ejecutivo y por la constancia de sus ideas fundamentales de protección al inquilino, sacrificando muchas veces los derechos del propietario y encaminadas a dos finalidades fundamentales, perfectamente vinculadas entre sí: la evitación de los desahucios y la limitación de las rentas. Pero se da el caso extraño que lo que es en un principio una legislación excepcional, de vigencia muy limitada en el tiempo y gubernativamente impuesta, se va, en virtud de prórrogas sucesivas, consagrando como algo permanente en la conciencia jurídica popular, hasta llegar a constituir un derecho especial y permanente, si bien de contenido fragmentario.

Si, por lo tanto, era necesaria una protección del inquilino, como parte más débil de la relación jurídica arrendaticia, la progresiva normación que le fué dedicada desemboca en la actualidad en un principio de carácter dominante, que a veces resulta excesivo, sobre todo, cuando se olvida que el arrendador es igualmente una de las partes de la relación en que también tiene sus derechos y exigencias. Aparte del fenómeno financiero y social que esta desatención del arrendador trajo consigo, al evadirse los capitales de ahorro y de inversión de la construcción inmobiliaria y crear un grave problema y una crisis en la edificación de viviendas, se olvida con frecuencia que en la propia legislación española existe, sin embargo, una justa libertad que permite el desarrollo de una cierta autonomía del propietario. Porque si en un principio era necesaria la defensa del arrendatario frente a los abusos de los arrendadores, el legislador trató de corregirlos y evitarlos, al poner en un plano de igualdad de derechos a las partes sin conceder preponderancias ni prerrogativas. Su función era, precisamente, establecer el equilibrio y conservarlo a todo trance. Es que, como observa el profesor FUENMAYOR (207), la preocupación de las leyes especiales de lograr en el arrendamiento la equivalencia de las prestaciones se refleja en variadas normas relativas al equilibrio inicial, en el instante de otorgarse el contrato, y a lo largo de su vigencia. Ahora bien; en las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos—añade este autor—encontramos también la idea de equivalencia, pero con una peculiaridad propia del carácter de esas leyes: mientras que el régimen del arrendamiento en nuestro Derecho común se basa sobre una equivalencia de tipo subjetivo casi siempre; la legislación especial tiende al logro de una equivalencia objetiva, sin olvidar tampoco la de índole subjetiva conseguida por la autonomía contractual.

Que la legislación especial de arrendamientos no desconoce el juego de la autonomía de la voluntad, incluso en una materia tan

(207) FUENMAYOR: *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos*, cit., pág. 1203.

intervenida por el poder público, como es la del precio del arriendo, se observa al ver la posibilidad de admitir las cláusulas de escala móvil en los contratos de arrendamiento, concretamente en los locales de negocios.

Es que las cláusulas de escala móvil, dentro del arrendamiento urbano, pretenden una equivalencia de las prestaciones, especialmente para el arrendador o propietario que, ante el cambio brusco de las circunstancias, ve alterado el poder adquisitivo de la moneda que se le entrega como renta o precio del arriendo. Para poder compensar este desequilibrio, y en vista de poder satisfacer sus necesidades conforme al ritmo creciente del nivel medio de vida y al mismo tiempo mantener la base inicial del negocio—dado el carácter sinalagmático y comunicativo del contrato—aparecen estas cláusulas por las cuales el arrendador ya prevé y establece en el momento de la celebración que la renta a pagar estará a tenor de los índices medios de vida, o de un particular servicio o de un determinado producto (207 bis).

La cuestión a resolver en el ordenamiento vigente está en ver cuál es el alcance de esas cláusulas añadidas por autonomía particular, y por tanto, examinar si es posible su admisión, conforme con la legislación especial arrendaticia, o, por el contrario, concluir que son incompatibles frente a los preceptos de carácter imperativo de dicha legislación y, como consecuencia, al que puedan ser declaradas válidas e ineficaces por el Juez o Tribunales.

Un examen previo de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigentes nos lleva en esta materia a la necesidad de tener que distinguir el diverso trato que ha de darse a los arrendamientos de viviendas y a los arrendamientos de locales de negocio.

17. *La necesidad de distinguir el doble ámbito de aplicación de las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos urbanos.*—Al examinar el juego de las cláusulas de estabilización en los contratos de arrendamiento urbano nos encontramos que por él también se explica la diversa función que entraña la distinción tradicional que las legislaciones han hecho entre las viviendas y los locales de negocio.

Sin ir más lejos, tenemos antecedentes inmediatos en nuestro ordenamiento, como son el Decreto de 29 de diciembre de 1931, referido fundamentalmente a la relación de inquilinato o de viviendas, y el Decreto de 21 de enero de 1936, relativo a los arrendamientos de locales destinados al ejercicio de comercio o industria, donde se nos aclara, especialmente, para este último, la diversa disparidad funcional que implica. En el preámbulo de dicho Decreto ya se constataba la vigencia del nacimiento de una institución nueva como es la propiedad mercantil surgida de la adherencia de la empresa o negocio del arrendatario al local temporalmente cedido por

(207 bis) En la práctica notarial francesa se arbitran soluciones positivas para remediar ciertas injusticias manifiestas; cfr. BUGAULT: *Le maintien de l'équilibre contractuel dans la pratique notariale*. Thèse. Paris 1945.

el arrendador. Se dice textualmente que «el patrimonio industrial o acervo mercantil, con carta de naturaleza en tantas legislaciones, implica el reconocimiento de que el arrendatario, con la inversión de capital y actividades, ha creado en el local que ocupa una riqueza, un valor de los que no sería justo desposeerle, y ha contribuido, en ocasiones, casi exclusivamente a crear el aumento de precio que la finca ha alcanzado». Un paso definitivo hacia la caracterización del llamado arrendamiento de locales de negocio, lo da el artículo 1.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, al precisar su concepto legal y decir que son «aquellas edificaciones habitables, cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse en ellas, con establecimiento abierto una actividad de industria, de comercio, o de enseñanza con fin lucrativo».

Los autores perfilan, todavía más, en qué consiste el local de negocio (208). Sin embargo, dice el profesor COSSÍO y CORRAL (209) que sería inútil acudir en este punto a una delimitación demasiado precisa de estos conceptos, ya que ordinariamente la palabra «industria» suele ser empleada para la designación de todas y cada una de estas actividades: de aquí que parezca más acertado el estimar que el llamado *arrendamiento de locales de negocio* es aquel que tenga por objeto el *establecimiento de una empresa en el local arrendado*, o, lo que es lo mismo, aquel en que el arrendatario se propone utilizar la finca arrendada como sede material de las actividades de su propia empresa, de donde se sigue que para la interpretación de este precepto, para determinar cuándo nos encontraremos dentro de su campo de aplicación, habrá de tenerse en cuenta la clase de actividades a que, según contrato, ha de destinarse el local arrendado: solamente cuando podamos señalar el funcionamiento de una empresa en el mismo será posible aplicar el régimen propio de tales arrendamientos.

La función comercial y mercantil que se desarrolla en la cosa arrendada, concretamente en el local de negocio, tiene un destino secundario dentro de la categoría de fines que el arrendamiento urbano implica. Desde el aspecto económico se puede apreciar la diversa valoración que la vivienda tiene frente al local de negocio; mientras que la vivienda es un «bien de consumo», y por tanto, imperativamente necesario para satisfacer las primeras exigencias de la condición humana, el local de negocio es un «bien de produc-

(208) Cfr. PÉREZ DEL MORAL: *Los arrendamientos de locales de negocio*, en «Boletín de Legislación social», 53, 1949, 15; editorial: *La LAU y el patrimonio mercantil*, en «Boletín de Legislación social», 53, 1949, 30; BERNAL MARTÍN: *El arrendamiento de local de negocio*, en «Revista de Derecho Mercantil», 41, 1952, 241; RODRÍGUEZ MORO: *Los contratos de arrendamiento de industria y de locales de negocio*, en «Información», 850, 1952, 10.

(209) COSSÍO y CORRAL: *El arrendamiento de locales de negocio*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1, 4, 1948, 1294 y en el «Tratado de arrendamientos urbanos», *cit.* pág. 271.

ción», de carácter potestativo, discretamente ejercitable en cuanto a la obtención de un lucro.

Late en el fondo del arrendamiento, ya desde su remoto origen, la idea de que arrendador y arrendatario vienen a constituir una sociedad. Una sociedad donde arrendador y arrendatario obtienen cada uno un beneficio: el arrendador, mediante la entrega de la cosa, recibe un fruto, una renta en dinero o una determinada cuantía de productos; el arrendatario, por la entrega de esta renta obtiene un *usus* en el arrendamiento de viviendas y un *fructus*, además, en el arrendamiento rústico. La diferencia, incluso dentro del arrendamiento urbano, para las viviendas y locales de negocio, está en que, mientras en la vivienda solamente ejercita el arrendatario el *usus*, en el local de negocio obtiene, incluso, un *fructus*; al ser las facultades de ejercicio diferentes se produce una cualificación también diversa, en vista de la función que realizan.

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. La idea de sociedad entre ambos titulares, unida al carácter sinalagmático y conmutativo de estos contratos, nos completa la explicación del porqué de las repercusiones en la renta a lo largo de sus vidas y vigencia. El mismo legislador es consciente de ello cuando implanta un régimen jurídico diverso para ambas relaciones. Así, la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, en el artículo 11 distingue la naturaleza de los derechos que concede para los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio, al proclamar su carácter renunciable, mientras que dictamina su irrenunciabilidad para los beneficios que la Ley otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga; también da normas diversas para el subarriendo de viviendas (arts. 14-29) y para el subarriendo de locales de negocio (arts. 30-32); para la cesión de vivienda (arts. 33-43) y para el traspaso de locales de negocio (arts. 44-56); incluso dispone el alquiler obligatorio para las viviendas (disposición transitoria 23 de la L. A. U.). En cuanto a la renta son igualmente diversas las consideraciones que se establecen en el artículo 118 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Si se concluye una naturaleza diversa de los derechos concedidos y se establece un régimen también diverso, la diferenciación funcional que explicábamos entre la vivienda y el local de negocio es clara y tiene una gran transcendencia para el establecimiento de cláusula de escala móvil por las partes en los respectivos contratos.

Una vez proclamada la diversa función de tales arrendamientos, veamos cuál es su problemática en cuanto a la validez y eficacia de dichas cláusulas en uno y otro contrato.

18. *El problema de la validez y eficacia de la cláusula de la*

escala móvil en el inquilinato.—La específica naturaleza del inquilinato conduce a una particular atención del legislador, en cuanto a las vicisitudes que hoy atraviesa la vida social contemporánea y a los concretos problemas que plantea la vivienda.

De ahí que la actitud del legislador, frente al régimen tradicional, se haya pronunciado con un carácter imperativo e inderogable y sus normas sean consideradas de orden público. Este régimen, implantado por una legislación especial, tiene sus normas concretas en la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente. En su artículo 11 se declara la naturaleza específica de los derechos que concede esta ley. Según acabamos de ver arriba, en él se dictamina, que «los beneficios que la presente Ley otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y a los subarrendatarios de las mismas, *serán irrenunciables*, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga».

Entre los beneficios que la Ley otorga al inquilino está el de la tasa de la renta implantada, la cual, según afirma OGAYAR (210), exige, al reafirmar el principio sentado por sus precedentes legislativos, que la renta, merced o precio, sea, no sólo cierta, como exige el Código civil, sino también justa. Sin embargo, hay que entender con el profesor FUENMAYOR (211), que la injusticia sólo puede tener su origen—dada la escasez de locales para viviendas y establecimientos de negocios—en las pretensiones abusivas del arrendador, y, por lo tanto, la L. A. U. acoge el sistema de la tasa de rentas y establece el precio máximo de los arrendamientos en función del precio que rigiera en determinada fecha (arts. 118 a 122).

Existe, pues, en la legislación actual un régimen de bloqueo de precios para las viviendas implantado taxativamente por el poder público (212); ya que, incluso, cuando se sanciona un régimen de relativa libertad en la estipulación de la renta—tal como sucede para las viviendas de nueva construcción, según el artículo 122—queda bloqueada igualmente, a los sucesivos ocupantes.

El beneficio de la tasa de la renta que la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente concede al inquilino es no sólo irrenunciable, sino que se considera nula y sin valor ni efecto alguno *cualquiera estipulación* que la contradiga. Así, pues, las cláusulas de escala móvil añadidas a un contrato de inquilinato caen bajo los efectos de esta sanción. Si bien pudiéramos alegar su licitud, nunca, con arreglo al régimen vigente, podríamos concluir su validez y, por tanto, su eficacia. Razones de orden económico, político y social,

(210) OGAYAR: *Exposición sistemática de la nueva Ley de Inquilinato*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 182, 1947, 616.

(211) FUENMAYOR: *op. cit.*, pág. 1204.

(212) Cfr. el art. 118 de la LAU. y el Decreto de 9 de abril de 1954, por el que se revisan los porcentajes a que se refiere dicho artículo; cfr. SANTOS PASTOR: *El nuevo Decreto sobre aumentos de renta en viviendas y locales de negocio de 9 de abril de 1954*, Valladolid, 1954.

hacen desembocar al legislador en un sistema de tasa de rentas en las viviendas frente al sistema tradicional locaticio.

En el campo doctrinal son varios los autores que ante la inadecuación de las tasas establecidas por el poder público para los arrendamientos urbanos, advierten la necesidad de implantar un sistema más perfecto. Así, FLORES MICHEO (213), echa de menos un sistema flexible de revisión de rentas para una y otra parte. LACASA (214), se inclina por una «fórmula dinámica»: señalar para cada vivienda, automáticamente, un precio máximo, y posibilidad de revisar la renta pactada que (sin sobrepasar la base establecida) en el tiempo se estimará oportuno señalar, para actualizarla, y que fuera de acuerdo con las realidades económicas de cada momento. Igual criterio mantiene CÁNOVAS COUTIÑO (215). HUERTA (216) y SÁNCHEZ DEL VALLE (217) defienden la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* (218). «Creemos llegada la ocasión—dice este último autor— de que el legislador se haga eco de la imperiosa necesidad de regular la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que en nuestra legislación positiva sólo se encuentran unos preceptos diseminados e inconexos que no permiten perfilar ni generalizar su aplicación...» «Estimamos—añade—de ineludible urgencia establecer un precepto similar al artículo 7.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que permita, con criterio de reciprocidad, instar la revisión de la renta al arrendador y al arrendatario, única forma de atenuar la injusticia de algunos contratos de fecha remota, que suponen una rentabilidad exigua, y que no responden a las exigencias del momento presente.»

FUENMAYOR (219) nota cómo la Ley de Arrendamientos Urba-

(213) FLORES MICHEO: *La situación actual del inquilinato*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 19, 1943, 245.

(214) LACASA: *El arrendamiento urbano*, I, Zaragoza, 1947, 82.

(215) CÁNOVAS COUTIÑO: *El arrendamiento y lo institucional*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 24, 1948, 235 y ss.

(216) HUERTA: *El problema de los alquileres*, en «Revista general de Derecho», 4, 1948, 143 y ss.

(217) SÁNCHEZ DEL VALLE: *Sugerencias a la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus»*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 30, 1954, 269.

(218) En contra se manifiesta el Tribunal Supremo. La Sentencia de 14 de diciembre de 1940 dice: «La teoría jurídica, tan equitativa como necesitada de aplicación cautelosa, que supone implícita en los contratos la cláusula *rebus sic stantibus*, no está admitida hasta el presente, como norma general y bien perfilada, en el Derecho español, siquiera puedan registrarse en el Código mismo y en la legislación del nuevo Estado, con relación a determinados casos, algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella, y aun cuando cupiera tenerla en principio por admisible y eficaz, carecería de base suficiente cuando la alteración de precios, debida a circunstancias más o menos transitorias, no ha llegado a dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio, ni cae totalmente dentro de lo imprevisible, ni se ha demostrado que por tal cambio de circunstancias la parte demandada haya quedado reducida a la imposibilidad absoluta o equiparable a ella de cumplir el contrato.» En igual sentido, cfr. Sentencias de 17 de mayo de 1941 y 5 de junio de 1945.

(219) FUENMAYOR: *op. cit.*, pág. 1209, núm. 39.

nos se resiente de la falta de esas medidas u otras análogas para evitar el perjuicio progresivo del arrendador a consecuencia de la devaluación de la moneda. A juicio de ROCA SASTRE (220), el problema hubiera encontrado una solución más adecuada a base de aplicar, por disposición de la Ley, y de una manera progresiva o por etapas, el principio a que responde la cláusula «valor oro», o sea adaptar al proceso de depreciación monetaria los precios de inquilinato mediante permitir unos aumentos graduados en los mismos, según resultase de una escala de coeficientes de incrementos, calculados con referencia a las varias fases de la devaluación monetaria. Y CERRILLO QUÍLEZ (221), uniéndose al criterio de este último autor, manifiesta que aunque nuestra Ley arrendaticia urbana parece obedecer en materia de fijación de rentas a un sistema nominalista al prohibir todo aumento de la renta en diversos artículos, no obstante, en ninguno de ellos se prohíbe ni expresa ni tácitamente que ésta se fije en relación a un valor determinado.

A nuestro juicio, según hemos visto, es imposible sostener la validez y eficacia de cualquier cláusula de estabilización o de escala móvil en el inquilinato, dado el régimen imperativo y tasado de la Ley, así como la nulidad que se sanciona por el establecimiento de cualquier cláusula, pacto o condición que vaya contra lo en ella dispuesto. Es rotundamente claro a este respecto, el artículo 5.º de la Ley de 7 de mayo de 1942, así como el artículo 128 de la L. A. U., donde manifiesta que «se reputará ilícita *cualquier elevación de renta* que realice el arrendador».

Sin embargo, es de desear para las viviendas un sistema más adecuado y al ritmo de nuestros días, tal como el que ha establecido el Decreto-ley francés de 30 de septiembre de 1953.

19. *Admisión de las cláusulas de escala móvil en los locales de negocios.*—Dada la irretroactividad que se establece en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, en cuanto a la materia de renta contenida en el capítulo IX (según manifiesta la Disposición transitoria 12.*), habrá que deslindar y ver las diversas normas legislativas que regulan los contratos anteriormente pactados para estudiar la validez o invalidez de las cláusulas de escala móvil en ellos establecidas.

La legalidad vigente en la etapa anterior a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, para los locales de negocio era la contenida en el Código civil y los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, dados de un modo específico, el primero para el arrendamiento urbano y, concretamente, el segundo para el arrendamiento de locales de negocio.

Por tanto, se hace necesario examinar la cuestión de la validez o invalidez de las cláusulas de escala móvil a través de tres etapas

(220) ROCA SASTRE: *Eficacia de la cláusula «valor oro»*, en «Revista de Derecho Privado», 24, 1950, 23.

(221) CERRILLO QUÍLEZ: *op. cit.*, pág. 20.

legislativas: a) En la legislación del período 1914-1936. b) En la legislación posterior a 1936 y anterior a 1946. c) En la legislación vigente.

a) *Validez de las cláusulas de escala móvil en la legislación del período 1914-1936.*—La legalidad vigente durante el período de los años 1914 a 1936, en materia de arrendamiento de locales de negocio, se concreta a las normas contenidas en el Código civil y, a partir del año 1931, a las disposiciones especiales dictadas por el Decreto de 29 de diciembre de dicho año.

Dentro del régimen del Código civil, según tuvimos ocasión de exponer anteriormente, el párrafo 1.º del artículo 1.555, dice que el arrendatario está obligado: «1.º A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos.» Dicha norma está de acuerdo con los principios generales establecidos para las obligaciones y contratos en el propio Código, en cuanto a la fuerza de obligar de los contratos y del principio de autonomía de la voluntad, dentro de los límites señalados por los arts. 1.091, 1.254, 1.255, 1.256 y 1.257 de dicho Código civil (222). Dentro de este régimen, pues, pactada una cláusula de estabilización de escala móvil en cuanto a la renta del contrato de arrendamiento de local de negocio o industria resulta válida, eficaz y exigible (223).

Las circunstancias económico-sociales y políticas del período 1914-1931 repercuten en el orden jurídico y se advierten de tal modo que se hace necesario implantar una normación especial, plasmada por el Decreto de 29 de diciembre de 1931. Según él, se establece en el artículo 1.º, como regla de carácter imperativo, que «los contratos de arrendamiento de fincas urbanas podrán prorrogarse a voluntad de los inquilinos y obligatoriamente para los arrendadores, y sin alteración alguna de sus cláusulas, salvo lo que a continuación se dispone».

En cuanto a la renta, y por lo que se refiere a los locales de negocio, el Decreto de 1931 tan sólo impone excepcionalmente el aumento de la renta para ciertas situaciones especiales (artículo 6.º) y un derecho de revisión, también excepcional, concedido al inquilino, comerciante o industrial que se considere perjudicado por el aumento de los precios de arriendo en caso de que dicho aumento exceda de lo autorizado hasta 31 de diciembre de 1931, en relación con los alquileres que regían en igual fecha de 1914 (artículo 7.º).

Dado el carácter excepcional de dicho Decreto y fuera de lo que allí concretamente se disponía, siguió rigiendo el Código civil, sin más alteración en el régimen arrendaticio urbano que la introducción de estas novedades expuestas. Por tanto, a excepción del aumento autorizado de la renta, de la prórroga del contrato y

(222) Cfr. Sentencias de 16 de marzo de 1944 y 2 de abril de 1946.

(223) Incluso el Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de febrero de 1924, llega a reconocer válido el pacto de un alquiler superior al valor del objeto arrendado.

de la facultad de revisión, ninguna otra prohibición se imponía. El artículo 1.º del propio Decreto de 1931 revela tal intención al manifestar que «los contratos de arrendamiento de fincas urbanas podrán prorrogarse..., sin alteración en ninguna de sus cláusulas, salvo lo que a continuación se dispone». Al haberse añadido una cláusula de escala móvil en un contrato que en nada contradijese las dos disposiciones específicas dadas por el Decreto, la validez y eficacia de la misma era el corolario de una conclusión evidente. No puede invocarse el artículo 13 de dicho Decreto como norma que declara la nulidad de estas cláusulas de escala móvil, pues al sancionar que «no producirán efectos los pactos que se establezcan en los contratos en oposición a las disposiciones de este Decreto», lo que se hace es mantener la eficacia de la normas especialmente sancionadas (prórroga, alza de rentas y derecho de revisión), pero nunca la eficacia de los demás pactos que no contradigan dichas normas.

b) *Validez de las cláusulas de escala móvil en la legislación posterior a 1936 y anterior a 1946.*—Con un carácter más específico y concreto, el Decreto de 21 de enero de 1936 normó el arrendamiento de locales para el comercio y la industria, si bien sobre las bases anteriores, según puede deducirse expresamente de su artículo 1.º al calificarlo de «disposiciones aclaratorias de la legislación de alquileres vigente».

En el artículo 4.º del Decreto se vuelve a sancionar la facultad que tienen los inquilinos de que se prorrogue el contrato y la imposición obligatoria de los arrendadores de tolerarlo, «sin alteración de ninguna de sus cláusulas». Ello nos confirma de nuevo, que, fuera de este precepto obligatorio de la prórroga forzosa, impuesto y sancionado una vez más para los locales de negocio, el arrendamiento de dichos locales durante este período legislativo vive, para el resto de sus derechos y obligaciones, bajo el signo de la autonomía de la voluntad de las partes que lo estipulan. Nos lo confirma, además, el artículo 2.º del mismo Decreto cuando habla de la renta del «precio del alquiler convenido», y, en el artículo 6.º al respetar «el precio del alquiler estipulado en el contrato». Se trata, pues, de que el principio *pacta sunt servanda*, se mantenga en toda su extensión.

Quizá pudiera ofrecer alguna duda el artículo 6.º cuando manifiesta que «*el precio del alquiler estipulado en el contrato solamente podrá ser modificado*, a petición de parte, en los siguientes casos» (se refiere a las obras de mejora en el local arrendado y por efecto de revisiones catastrales). La frase «solamente podrá ser modificado» podría interpretarse como referida a los casos únicamente señalados y ver en cualquier alteración o variación de la suma del dinero a entregar como renta una modificación prohibida. Pero un examen atento, lógico e incluso deductivo del propio artículo, así como del resto del Decreto, nos lleva a que la «modificación»

de que habla no puede referirse a la simple variación o alteración de la suma de dinero a entregar como renta porque esta alteración puede estar prevista en la iniciación del contrato. Entonces no se tratará realmente de una «modificación» en el sentido de la Ley, que suceda por el establecimiento de un nuevo contrato o pacto, sino simplemente del desarrollo y desenvolvimiento de un elemento del negocio previsto. Lo que quiere es prohibir las modificaciones posteriores de la renta estipulada inicialmente (precio del alquiler pactado), pero nunca—pues ello sería contradictorio del principio de autonomía reconocido—contra el aumento o variación de la renta, previsoramente e inicialmente de este modo así pactada. Insistimos que lo que se quiere prohibir por el Decreto son las modificaciones posteriores del alquiler estipulado, como *a sensu contrario* se desprende de las excepciones *a)* y *b)* que en dicho artículo 6.º se establecen a renglón seguido.

Como conclusión se puede afirmar que la renta de un local de negocio estipulado con una cláusula de escala móvil es válida y eficaz por ser establecida lícitamente conforme a los principios fundamentales del ordenamiento civil vigente en la época (artículo 1.555 del Código civil) y no implicar «modificación» de la renta (artículo 6.º del Decreto de 1936) las alteraciones de la misma, según la oscilación de la escala o índice adoptado, y, por tanto, no ser afectados por la nulidad del artículo 11 de dicho Decreto, por ser un pacto que no se opone a los preceptos del mismo.

Por tanto, consideramos errónea la interpretación del Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de noviembre de 1952 cuando al referirse a la legislación de los Decretos de 1931 y 1936, a propósito de una cláusula «valor pan» añadida a un contrato de arrendamiento de local de negocio, según la cual la renta variaría de acuerdo con el precio oficial de aquél, dice que «conforme a los cuales (artículos 4.º y 6.º del último Decreto, singularmente); no se podrán admitir otros aumentos de renta que los expresamente determinados en la misma Ley, derecho del inquilino a la renta legal que por otra parte y por razones de interés social es totalmente irrenunciable conforme al artículo 11 de las dos expresadas disposiciones».

Para algún comentarista, como RODRÍGUEZ-SOLANO (224), le parece válida esta cláusula conforme a la legislación vigente, y le resulta dudosa para este caso concreto si se pactó con anterioridad a 1946. A nuestro entender, en esta declaración de nulidad sancionada por el Tribunal Supremo, tenemos que señalar un error de aplicación e interpretación en las normas invocadas, ya que el artículo 4.º del Decreto de 1936 no habla de renta legal, sino que se refiere a la prórroga obligatoria—según vimos—, y el artículo 11

(224) RODRÍGUEZ-SOLANO: *Arrendamiento de fincas urbanas. Renta. Su fijación en especie y sometimiento a las fluctuaciones del valor de ésta. Concordancias* a la Sentencia de 13 de noviembre de 1953. en «Pretor», II, 7. 1953, 19.

del Decreto de 1931, se refiere concretamente a la elevación y reducción de alquileres por contribución o arbitrio. Igualmente tenemos que decir por lo que atañe a los artículos 6.º y 11 del Decreto de 1936. Además, las fluctuaciones que vaya alcanzando el «valor pan» no implica el precio «modificado», sino que responde al «precio del alquiler estipulado» que autoriza el artículo 6.º del propio Decreto, pues hay que repetir una vez más que si la fluctuación ha sido prevista, forma parte y es congénita del alquiler estipulado. Por lo que se refiere al artículo 11 del citado Decreto tampoco tiene aplicación aquí, pues el establecimiento de dicha cláusula, al ser un pacto que en nada se opone a la aplicación de los preceptos de dicho Decreto, no es nulo y sin ningún valor como lo serían los que se opusieran.

Tenemos, pues, que concluir que la variación de la suma de dinero a entregar como renta de un local de negocio, en virtud de una cláusula de escala móvil con referencia al precio oficial de un determinado producto constituye renta pactada y no renta modificada. Podrá alegarse que es variable e incluso inconcreta la suma a entregar como renta en un primer momento, pero lo que no puede desconocerse es que siempre es determinable en cualquier período o momento del contrato y que dicha alteración no supone modificación de la renta. La modificación de la renta implica un nuevo pacto y, por tanto, la novación del contrato mismo. A este supuesto se refiere el Decreto y contra él lanza su nulidad; nulidad que no puede alcanzar a la simple variación prevista y procedente del pacto inicial y primitivo, puesto que, con arreglo al propio Decreto, el alquiler es siempre el «convenido al formular el contrato» (artículo 3.º) o el «precio del alquiler estipulado» (artículo 6.º del Decreto de 1936).

c) *Validez de las cláusulas de escala móvil en la legislación vigente.*—El diverso carácter económico-jurídico de los locales de negocio fué tenido en cuenta por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, a la sazón vigente.

El artículo 11 de dicha Ley proclamaba, a propósito de los beneficios por ella concedidos, que serán «renunciabiles los que confiere al arrendador, lo sea de local de negocio o de vivienda, y a los arrendatarios y subarrendatarios de local de negocio, salvo el de prórroga del arrendamiento, cuyo derecho no podrá ser renunciado por el arrendatario». Por tanto, al poder hacer uso de esta facultad concedida en el artículo 11 y poder renunciar el arrendador y arrendatario de un local de negocio a los beneficios rentísticos que le otorga el capítulo IX de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no habrá por qué aplicar a dichos locales un régimen distinto en cuanto a la renta al establecido para los arrendamientos sujetos al Derecho común.

Con lo cual, al establecerse voluntariamente por las partes una cláusula de estabilización de escala móvil en el arrendamiento de

local de negocio, se ha querido indicar—si no de una forma expresa, sí tácitamente—, que renunciaron al régimen establecido por el capítulo IX de la legislación especial de arrendamientos urbanos, y, por lo tanto, que la renta o precio por ellos pactado es válido, eficaz y exigible.

La solución que adoptamos es correcta y concordante con la admitida por el artículo 120 de la propia Ley, según la cual, «cuando por voluntad expresa o tácitamente manifestada, la renta que pagare el arrendatario de vivienda o local de negocio construido o habitado por primera vez antes del 18 de julio de 1936, constituya mayor cantidad de la que resultare después de aplicar la escala del artículo 118, la que viniere satisfaciendo se reputará válida, sea cual fuere la que legalmente corresponda». Ello siempre, claro está, sin perjuicio del derecho de revisión, según se dice en el párrafo siguiente.

Esta facultad de renuncia la reconoce el Tribunal Supremo, si bien no existe todavía alguna sentencia que la confirme específicamente respecto de la cláusula de escala móvil. En cambio, si se pronunció respecto de la revisión de rentas; así la sentencia de 14 de febrero de 1949 señaló que «según lo estatuido en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, todos los beneficios que ésta otorga a los arrendatarios de locales de negocio, salvo el de prórroga del arriendo, serán renunciables; y comoquiera que de la simple lectura de la cláusula citada, en relación con la décima, se infiere, con claridad, que las partes contratantes renunciaron a la revisión durante los dos años de duración del contrato, transcurridos los cuales, o cualquiera de las prórrogas sucesivas de la renta, sería revisable por amigables componedores, siempre que alguno de los contratantes estimase que se había producido una notoria alteración en los precios de los arrendamientos urbanos, sin que, en ningún caso, cualquiera que fuera el tiempo de duración del arriendo o las alteraciones producidas en los precios, pudiera fijarse una renta inferior a 6.000 pesetas mensuales, ni superior a 10.000, es obvia la licitud de tal renuncia, conforme a lo dispuesto en el precepto precitado, en armonía con lo prevenido en el artículo 4.º del Código civil». En el mismo sentido de renuncia de los beneficios rentísticos, según el art. 11 de la LAU., se expresan las sentencias de 13 de junio de 1950 y 16 de febrero de 1952.

El «derecho de inédito» de los autores de obras literarias y artísticas

CARLOS MOUCHET Y SIGFRIDO A. RADAELLI

De la Universidad de Buenos Aires

CONCEPTO

El derecho de inédito consiste en el señorío absoluto que tiene el autor sobre su obra durante el período anterior a la publicación de la misma. Esta prerrogativa se funda, como señala Stolfi (1), en la libertad del pensamiento.

Tal derecho es el que permite al autor resolver la oportunidad en que la obra debe publicarse, y antes de la publicación, el que le otorga una serie de facultades que sólo él mismo puede ejercer. Claro está que el «derecho de inédito» se agota en el preciso momento en que la obra se publica. Y es entonces cuando aparece el haz de facultades que el autor tiene sobre la obra publicada, así como el conjunto de restricciones que se establece sobre la misma en nombre del interés público.

El derecho de inédito ha sido también llamado «derecho de publicación exclusiva», expresión que presenta el inconveniente de no dar una idea cabal de su naturaleza, pues hace pensar, más que en una facultad personalísima del autor, en un derecho relacionado exclusivamente con la utilización económica de la obra.

Compartimos las opiniones de Stolfi y de Piola Caselli cuando incluyen este derecho entre las facultades personales del autor («derecho moral»). En efecto, sería erróneo incluir el «derecho de inédito» entre las facultades de orden económico, ya que él cesa precisamente cuando la obra se publica, y es en este momento cuando comienza la explotación pecuniaria de la misma (2).

(1) NICOLA STOLFI, *Il diritto di autore*, I, 400, Milán, 1932.

(2) La ley italiana de 1941 ha caído en el error de incluir el «derecho exclusivo de publicar la obra»—tal es su expresión—entre los derechos de utilización económica (art. 12).

No obstante todo lo que significa esta ubicación, nos encontramos con un antecedente contradictorio: en las actas de la comisión redactora del respectivo proyecto de ley se designa a la facultad que nos ocupa con el nombre de

RÉGIMEN DEL DERECHO ARGENTINO

La Ley 11.723 sobre «régimen de la propiedad intelectual», del año 1933, no ha estatuido un régimen orgánico para la obra inédita.

Esta Ley se redactó teniendo en cuenta la obra publicada, si bien se incluyeron en la misma algunas disposiciones que en forma expresa se refieren a los derechos sobre la obra inédita, sin contar otras normas que la interpretación doctrinaria podría considerar aplicables tanto a la obra inédita como a la publicada.

Al establecer el artículo segundo que una de las facultades del autor es la de publicar su obra, la ley admite implícitamente, aunque sin desarrollarlo, el principio del «derecho de inédito».

Las únicas disposiciones de la ley que se refieren expresamente a la obra inédita son el artículo 62, segunda parte, en materia de registro, y el artículo 72, inc. a), en el capítulo de las sanciones penales.

El artículo 62, segunda parte, establece que el registro de obras «no publicadas» puede hacerse mediante el depósito de «una copia del manuscrito con la firma certificada del depositante».

En los decretos reglamentarios de la Ley 11.723 existen, en materia de registro, algunas referencias sobre la obra inédita. Nos ocuparemos de ellas por orden cronológico: 1) el Decreto del 23 de noviembre de 1933 (art. 2.º), al establecer el arancel del Registro Nacional de la Propiedad Intelectual, fijó una tasa de dos pesos, moneda nacional, para los «escritos inéditos»; 2) el Decreto del 3 de mayo de 1934 (art. 5.º) creó un registro de «obras inéditas» (3), y dispuso que para su depósito «será

«derecho de publicación» o «derecho de inédito», y se señala su naturaleza eminentemente personal. En efecto, dice dicha comisión: «Constituye un acto íntimo, incontrolable e incoercible de la voluntad del autor, y es, en este sentido, un verdadero derecho de la personalidad. Por esto se diferencia, en su ejercicio, de los derechos exclusivos sobre la obra publicada. Tiene una mayor intensidad, ya que resulta violado aun por la simple revelación del contenido de la obra (cfr. artículo 173). Su naturaleza es una barrera contra el ejercicio del derecho normal de los acreedores de actuar contra todos los elementos de valor económico que comprende el patrimonio del deudor; la obra inédita no es pignorable (Cfr. art. 109); hasta el mismo derecho eminente del Estado se inclina ante la facultad del autor de publicar o de no publicar la obra (Cfr. art. 110). Esto explica por qué en el artículo 12 se afirma, en primer término, que el autor tiene el derecho exclusivo de publicar la obra. Se mencionan a continuación, como derechos diversos y distintos, los derechos de utilización económica, aunque, repetimos, su ejercicio puede presentar materialmente la misma forma del ejercicio del «derecho de publicación». Pero esta buena doctrina, inobjetable para nosotros, no fué seguida en el texto de la citada ley (Ministero della Cultura Popolare, *Atti della Commissione per la riforma della legislazione in materia di diritto d'autore*, I, 21, Roma, 1939).

(3) En virtud de un decreto del año 1931, reglamentario de la anterior ley sobre la materia núm. 7.092 del año 1910, ya existía un registro de obras inéditas en la antigua sección Depósito Legal de la Biblioteca Nacional. Esta creación se hizo al margen de la ley 7.092, que no contenía disposiciones sobre la obra inédita.

suficiente la presentación de un ejemplar, debiendo la copia ser escrita a máquina, sin enmiendas ni raspaduras» (art. 17), y que «cualquiera de los coautores de una obra puede depositar una obra inédita, extendiéndose a cada uno su respectivo certificado»; 3) el Decreto de 23 de noviembre de 1935 (art. 1.º), sobre modificación de tasas, fijó en tres años la duración del depósito en custodia de la obra inédita, debiendo renovarse el pago de la tasa para que el Registro siga conservando la obra en custodia (4); 4) y, finalmente, el Decreto de 26 de marzo de 1939 (art. 1.º) amplió la reglamentación de dicho «depósito en custodia» de la obra inédita, estableciendo que éste debe efectuarse en sobre cerrado y lacrado (5).

Aunque a primera vista pareciera que la ley 11.723 somete a un mismo régimen de inscripción, publicidad y oposición, tanto a la obra publicada como a la inédita, ya que los artículos 59 y 60 no distinguen, no es así, dada la naturaleza especial de la tutela que lógicamente requiere la segunda. En efecto, tal criterio no estuvo en la mente de los autores de la ley. Entendiéndolo así, el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual no aplica a esta clase de obras el referido régimen de publicidad y de oposición establecido para la obra publicada. El Registro se limita a publicar en el *Boletín Oficial* el número de depósito asignado a cada obra inédita (al solo efecto del control de la numeración de sus inscripciones), sin indicar el nombre del autor ni el título de la obra.

Conviene aclarar que el depósito de la obra inédita—según resulta de los propios términos del artículo 62 de la ley 11.723—no es obligatorio, sino facultativo; es decir, que su amparo (al contrario de lo que ocurre con la obra publicada) no depende de la inscripción en el Registro. Por supuesto, el «depósito en custodia» ofrece la ventaja de preconstituir una prueba.

En cuanto a la tutela penal de la obra inédita, establecida expresamente por el artículo 72 inc. c), nos referiremos a ella al estudiar en detalle los principios doctrinarios que informan el «derecho de inédito».

Como veremos luego, otras disposiciones de la ley 11.723, aunque no lo establezcan expresamente, pueden ser aplicadas a la obra

(4) Un fallo de la Cámara Civil de Buenos Aires (30-IV-1941) admitió implícitamente que es posible la caducidad del «derecho de inédito» por falta de renovación del pago de la tasa, después de su vencimiento al cabo de tres años. (*Revista La Ley*, t. 24, pág. 367). Sin abundar en razones, que nos parecen obvias, consideramos erróneo este criterio que haría depender la subsistencia del derecho de una exigencia impositiva dispuesta por simple decreto. Por otra parte, el decreto aludido no incurre en el error, que le atribuye la Cámara, de pretender limitar el amparo de la obra inédita; su finalidad ha sido simplemente evitar el abarrotamiento del Registro con obras inéditas.

(5) No se justifica esta exigencia absoluta del «sobre cerrado», cuyo cumplimiento tendría que ser facultativo, porque si bien la reserva del contenido conviene generalmente al autor, la solución contraria debería quedar librada al criterio del depositante.

inédita, como el artículo 5.º que se refiere a la publicación de la obra póstuma, lo que supone que ésta se encuentra inédita, y el artículo 9.º, que prohíbe publicar sin permiso una «producción científica, literaria, artística o musical que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición... privadas».

Finalmente, ciertas disposiciones de la misma ley, relativas a la obra publicada, requieren, por analogía, ser aplicadas a la inédita, para resolver problemas que de otro modo no tendrían solución en el texto legal.

PRINCIPIOS DOCTRINARIOS. SUS SOLUCIONES EN LA LEY ARGENTINA

Según Piola Caselli (387) el derecho de inédito descansa en los siguientes principios: a) No tiene término de duración; b) No es enajenable; c) No está sujeto a ejecución forzada por parte de los acreedores; d) No está sujeto a expropiación por utilidad pública, excepto el caso de obra póstuma; e) No está sujeto a aquellas restricciones o limitaciones establecidas en nombre del interés público para las obras publicadas; f) En razón de su carácter absoluto tiene una mayor amplitud en su goce por el autor; g) Por la misma causa, la protección de la obra inédita comprende no sólo el derecho sobre la obra misma, sino también la facultad de revelar el contenido o la materia a que se refiere.

Estos siete principios han sido extraídos de la moderna doctrina y legislación italianas, y es indudable que responden a un criterio jurídico cuya aceptación tiende a generalizarse, pues satisfacen las necesidades lógicas de la materia.

Veremos a continuación en qué forma la ley argentina 11.723 responde a tales exigencias.

a) *El derecho de inédito no tiene término de duración.*—Si bien la ley 11.723 nada dispone al respecto, opinamos que este derecho está limitado a la vida del autor, y treinta años después de su muerte, aplicando por analogía las disposiciones sobre la obra publicada.

El artículo 5.º establece: «La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida, y a sus herederos o derechohabientes durante treinta años más. En los casos de colaboración debidamente autenticada, este término comenzará a correr desde la muerte del último coautor. Para las obras póstumas (6), los términos comenzarán a correr desde la fecha de la muerte del autor,

(6) El artículo 7.º de la ley argentina 11.723 define el concepto de obra póstuma en los siguientes términos: «Se consideran obras póstumas, además de las no publicadas en vida del autor, las que lo hubieran sido durante ésta, si el mismo autor a su fallecimiento las deja refundidas, adicionadas, anotadas o corregidas de una manera tal, que merezcan reputarse como nuevas.» Esta disposición es la repetición fiel de la primera parte del artículo 27 de la ley española sobre «propiedad intelectual» del 10 de enero de 1879. (Ver JULIO LÓPEZ QUIROGA: *La propiedad intelectual en España*, 60, Madrid, 1918, y JUAN GIMÉ-

y ellas permanecerán en el dominio privado de sus herederos o derechohabientes por el término de treinta años. Si no hubiere herederos o derechohabientes del autor, la propiedad de la obra corresponderá por quince años a quien la edite autorizadamente. Si hubiere herederos o derechohabientes y el autor hubiese encargado a una tercera persona la publicación de la obra, la propiedad quedará en condominio entre los herederos y el editor.»

La redacción de los párrafos segundo y tercero del artículo transcrito facilita la solución que propiciamos, dado que los términos *edite* y *publicación* suponen la preexistencia de una obra inédita. De manera que en vida del autor éste es el único que puede fijar un límite a la duración de su derecho de inédito, y lo hace en el mismo momento en que la obra deja de ser inédita a causa de su publicación. Muerto el autor—según lo dispone implícitamente la segunda parte del artículo 5.º—, sus derechohabientes, hasta treinta años después de la desaparición de aquél, mantendrían el derecho de conservar la obra inédita. A este respecto, podemos observar que el artículo 6.º de la ley 11.723 dispone una excepción a la regla del artículo anterior—algo así como una licencia legal, en nombre del interés público—, por la cual el término de treinta años se acorta a diez, a favor de terceros, cuando los derechohabientes no hicieran uso del derecho de reeditar una obra ya publicada. En cambio, la ley no fija excepciones que permitan acortar aquel plazo a fin de que terceros puedan publicar la obra inédita, en el caso de que no lo hicieran los derechohabientes del autor.

La ley 11.723, tampoco ha previsto el caso de que el autor haya puesto un plazo o prohibido la publicación de la obra inédita. No obstante, opinamos que la voluntad del autor debería ser respetada, dentro del término máximo de treinta años (7).

En cambio, contempla, en el tercer párrafo del artículo 5.º el caso que el autor haya encargado a un tercero la publicación de su obra inédita (8).

b) *El derecho de inédito es inalienable.*—El derecho de inédito es una facultad eminentemente personal, y como tal, no susceptible de enajenación.

NEZ BAYO y LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: *La propiedad intelectual*, Madrid, 1949).

Sobre los problemas que plantea la obra póstuma, ver RENÉE HAINNEVILLE: *Les droits de l'auteur sur son oeuvre*, 64 y siguientes, París, 1926.

(7) Sobre los conflictos que pueden presentarse entre los herederos del autor y las personas o instituciones a quienes el autor hubiese confiado la defensa de su fama y de sus obras, ver GORGUETTE D'ARGOEUVES: *Le droit moral de l'auteur sur son oeuvre artistique ou littéraire*, 184-186, París, 1926.

(8) La ley italiana de 1941 resuelve estas cuestiones en su artículo 24, haciendo prevalecer en un todo la voluntad del autor.

La disposición final del artículo 5.º de la ley argentina, al establecer: «Si hubiere herederos o derechohabientes y el autor hubiese encargado a una tercera persona la publicación de la obra, la propiedad quedará en condominio entre los herederos y el editor», incurre en el error de considerar solamente el aspecto patrimonial del derecho, y en el equivoco de llamar editor al tercero

Sólo el autor o sus derechohabientes pueden ejercer derechos sobre la obra inédita y resolver si la misma debe quedar en tal situación o ser publicada. Por lo tanto, en los contratos de edición o de representación no sería admisible la inclusión de cláusulas por las cuales el editor o empresario se reservara la facultad de determinar a su arbitrio si la obra debe mantenerse inédita o debe publicarse. La ley 11.723 no contiene disposiciones expresas sobre este punto, pero la norma se deduce de los principios generales de la materia (9).

c) *El derecho de inédito no está sujeto a ejecución forzada por parte de los acreedores.*—El autor no puede ser obligado a publicar su obra en beneficio de sus acreedores. Tampoco puede ser compelido a entregar su obra inédita al editor, empresario, etcétera, no obstante, la existencia de un contrato, cuyo incumplimiento sólo podría resolverse por el pago de una indemnización. Todo ello es consecuencia del carácter personal del derecho de inédito, que se desprende lógicamente de la norma anterior (10). La ley argentina no contiene disposiciones expresas (11).

d) *El derecho de inédito no está sujeto a expropiación por utilidad pública, excepto el caso de obra póstuma.*—Doctrinariamente debe admitirse la existencia de facultades por parte del poder público para expropiar las obras publicadas de autores fallecidos y también las que éstos dejen inéditas (12). La expropiación sobre las obras inéditas no debe regir, en cambio, en vida de sus autores. Ninguna consideración en nombre del interés público puede ser suficiente para arrebatarle sus derechos de mantener inédita la obra, ya que nadie mejor que el creador mismo puede fijar la oportunidad de dar a conocer su pensamiento. Lo contrario, al mismo tiempo que entrañaría un avance injustificado sobre la intimidad del autor, podría causarle perjuicios morales que ninguna indemnización alcanzaría a reparar.

Se justifica la excepción en caso de obra póstuma, pues cabe suponer que la muerte impidió al autor dar a publicidad su creación. Por otra parte, el ataque personal que implicaría la expropiación en vida del autor no existe en el caso de obra póstuma. Sin embargo, la expropiación no podría realizarse si el autor hu-

(9) De la combinación de los artículos 12 y 22 de la ley italiana de 1941 se desprende que, para ésta, el derecho exclusivo de inédito que tiene el autor es inalienable.

(10) Sobre este punto existe un caso, producido en Milán, de venta, por orden del recaudador de impuestos, de una estatua aún no terminada. (U. FANTI: *Una interessante questione in materia di pignorabilità di opere inedite*, en *Il Diritto di autore*, Roma, enero-marzo 1938). Ver también GORGUETTE D'ARGOEUVRES, 113, y CHARLES AUSSY: *Du droit moral de l'auteur sur les oeuvres de littérature et d'art*. 76 y ss., Auxerre, 1911, PIOLA CASELLI: *Trattato al diritto di autore*, 586, Napoli-Torino, 1927.

(11) La ley italiana de 1941, artículo III, prohíbe la publicación de una obra inédita mediante ejecución forzada.

(12) La citada ley italiana reconoce este principio en su artículo 112.

biere prohibido la publicación de la obra; y si hubiera fijado un plazo para la misma, éste también debería ser respetado.

La ley argentina no contiene disposiciones al respecto. No se ha dado el caso de que los poderes públicos hayan intentado la expropiación de obras inéditas en vida del autor, pero existen leyes y proyectos tendentes a expropiar obras póstumas, juntamente con las publicadas, de determinados autores.

e) *El derecho de inédito no está sujeto a aquellas restricciones o limitaciones establecidas en nombre del interés público para las obras publicadas.*—La obra publicada presenta caracteres distintos de la inédita, por cuanto aquella ha salido ya de la esfera íntima del autor. A diferencia de la obra inédita, debe soportar, pues, las limitaciones que respecto al goce del autor o de sus derechohabientes se establecen sobre la creación intelectual, tales como el derecho de cita y de antología (art. 10), el de dar a conocer fragmentos de discursos parlamentarios sin propósito de lucro (artículo 27) y la reedición de obras en caso de inacción de los derechohabientes (art. 6.º). Tales limitaciones responden al interés público.

Ninguna de las restricciones anotadas es aplicable a la obra inédita. En efecto, el artículo 6.º se refiere a la reedición de obras, lo que supone la existencia de una publicación anterior (13). La segunda parte del artículo 27 se refiere a los discursos parlamentarios que, por su naturaleza, se hacen públicos al ser pronunciados en el recinto legislativo. Aunque el texto de la ley emplea, por error la expresión: «Los discursos parlamentarios no serán *publicados*»; ello significa, en realidad, que tales discursos no deben ser *reproducidos* (14).

La misma observación cabe hacer al artículo 10, que por error establece la autorización para publicar, con fines didácticos o científicos, fragmentos limitados de obras ajenas. Se debe entender, pues, que sólo es lícita la reproducción de fragmentos, en tales condiciones y para tales fines, de obras ya publicadas (15).

(13) Art. 6.º «Los herederos o derechohabientes no podrán oponerse a que terceros reediten las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación. Tampoco podrán oponerse los herederos o derechohabientes a que terceros traduzcan las obras del causante después de diez años de su fallecimiento. En estos casos, si entre el tercer editor y los herederos o derechohabientes no hubiera acuerdo sobre las condiciones de impresión o la retribución pecuniaria, ambas serán fijadas por árbitros.»

(14) Art. 27. «Los discursos políticos o literarios y, en general, las conferencias sobre temas intelectuales, no podrán ser publicados si el autor no lo hubiere expresamente autorizado. Los discursos parlamentarios no podrán ser publicados con fines de lucro, sin la autorización del autor. Exceptuase la información periodística.»

(15) Art. 10. «Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes. Cuando las inclusiones de obras aje-

Otra limitación sobre los trabajos publicados y que no rige sobre los inéditos, es la relativa a las obras de carácter oficial. Si bien la ley 11.723 no contiene un régimen específico sobre la protección de este género de obras, doctrinariamente puede establecerse el principio de que el derecho del Estado está sujeto, en nombre del interés público, a una limitación que consiste en la libertad de los terceros de reproducirlas, bajo determinadas condiciones (16).

Esta limitación no puede regir para la obra de carácter oficial que se conserva inédita, pues lo contrario podría dar lugar a una revelación inoportuna para los intereses públicos, cuyo resguardo está a cargo del Estado y de sus dependencias.

f) *En razón de su carácter absoluto, el derecho de inédito tiene, con relación a la obra publicada, una mayor amplitud en su goce por el autor.*—Esta condición se manifiesta en el ejemplo que cita Piola Caseli (17), según el cual, en el caso de reproducción abusiva de una obra publicada, no se configura la gravedad que existe en la publicación abusiva de una obra inédita. En efecto, en este último caso, además de la violación misma, la publicación de una obra inédita entraña el ataque a las facultades exclusivas del autor de «destruir, desconocer, modificar su creación intelectual y determinar el tiempo, el modo y la forma de su comunicación a la colectividad».

Según observa con razón López Quiroga (18), la facultad personal del autor sobre la obra inédita «es tan ilimitada que puede llegar a su destrucción, y, por lo que hace a las demás personas, su derecho puede encerrarse en el lema latino *no li me tangere*, y en este sentido, la ley positiva debe confirmar al autor en la posesión del mismo, garantizándole contra toda publicación total o parcial de su obra, realizada de mala fe».

Si bien la ley argentina protege la obra inédita con normas de carácter penal, ha descuidado establecer a su respecto un régimen específico de sanciones más enérgicas que las aplicables por violación de los derechos sobre las obras publicadas. En efecto, en los artículos 72 y 73, la obra inédita y la publicada aparecen equiparadas bajo una misma tutela. En la redacción de la norma legal, pues, no aparece diferenciada la mayor gravedad, que ya hemos señalado, de las infracciones que, con relación a la obra publicada, comportan las que afectan a la obra inédita (19).

nas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los Tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas.»

(16) Sobre el Estado, como titular de derechos intelectuales, ver MOUCHET-RADAELLI: *Derechos intelectuales*, III, cap. XIII y CARLOS MOUCHET: *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas en el trabajo por cuenta ajena*. La Habana, 1951.

(17) *Op. cit.*, 389.

(18) *Op. cit.*, 43.

(19) El artículo 72 considera casos especiales de defraudación (o mejor dicho,

g) *En razón de su carácter absoluto, la protección de la obra inédita comprende también la facultad de revelación de su contenido.*—Piola Caselli señala que, además de la protección sobre la forma, el derecho de inédito requiere ser protegido contra toda revelación del contenido de la obra.

El conocimiento inoportuno del asunto, la tesis o el argumento de la obra inédita, puede perjudicar los intereses personales del autor y aún sus intereses económicos, disminuyendo «la curiosidad del público, provocando críticas incompletas e inexactas, impresiones fragmentarias y juicios prematuros, suscitando oposiciones e impedimentos preventivos, incluso hasta persecuciones de carácter político, disminuyendo de diversa manera los beneficios materiales y morales que el autor puede esperar de la publicación de su obra y, sobre todo, violando indirectamente la libertad del autor de destruirla o de modificarla» (20).

DIFERENCIA ENTRE OBRA INÉDITA Y OBRA PUBLICADA

Después de haber dado el concepto del «derecho de inédito» e indicado los principios doctrinarios sobre los cuales reposa su tutela, señalaremos los elementos de juicio que en la doctrina y en la ley permiten establecer cuándo una obra es inédita y cuándo ha dejado de serlo.

En el plano internacional y en la legislación extranjera no es uniforme el concepto de obra publicada. La Convención de Berna (1886) revisada en Roma (1928), lo restringe a la obra editada. En efecto, el artículo 4.º de este acuerdo internacional establece lo siguiente: «Por obras publicadas deben entenderse en el sentido de esta Convención las obras editadas. La representación de una obra dramática o dramático-musical, la ejecución de una obra musical, la exposición de una obra de arte y la construcción de una obra de arquitectura no constituyen publicación» (21). Por el con-

culpable de este delito), al «que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita o publicada, sin autorización de su autor o derechohabientes» (inc. a) y al «que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto» (inc. c).

El artículo 73 reprime la representación ilícita de obras teatrales y la ejecución ilícita de obras musicales, sin distinguir entre obra inédita y publicada.

En el anteproyecto de reformas al capítulo de sanciones penales de la ley argentina número 11.723, redactado por el Instituto Argentino de Derecho Intelectual, se distingue especialmente la protección de la obra inédita, con una sanción más enérgica que la relativa a la obra publicada.

Sobre publicación abusiva de la obra inédita, véase: *Le Leggi per la tutela della proprietà letteraria, artistica e industriali*, en *Enciclopedia del diritto penale italiano*, dirigida por E. PESSINA, XII, 25-49, Milano, 1905.

(20) Cfr. PIOLA CASELLI: *Op. cit.*, 390.

(21) La reforma de Bruselas (1948) no ha modificado en lo sustancial este principio.

trario, la tendencia actual de la legislación y la doctrina es la de atribuir un alcance amplio al concepto de publicación, entendida como la primera comunicación al público de la obra intelectual. Así, la ley austríaca de 1936 considera que una obra ha sido publicada cuando ella se pone a «disposición del público con el consentimiento del derechohabiente» (art. 8.º). La ley italiana de 1941 considera como «primera publicación la primera forma de ejercicio del derecho de utilización» (art. 12, última parte).

La distinción entre obra inédita y obra publicada tiene una gran importancia práctica en el régimen de la ley argentina, dado que el depósito de la primera es facultativo (art. 62, segunda parte), en tanto que el registro de la segunda no sólo es obligatorio, sino que constituye un requisito indispensable para su protección (artículo 63). De modo, pues, que si una obra inédita es depositada en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y luego se publica por cualquier medio, para asegurar su protección legal como obra publicada, es indispensable efectuar un nuevo trámite: la «inscripción o registro de la misma con tal carácter» (21, b). La falta de este segundo trámite hace caer la obra en el dominio público, del cual sólo puede salir mediante el cumplimiento de aquella exigencia (art. 63).

No es fácil, como parecería a primera vista, establecer en qué momento una obra debe considerarse publicada. Muchas veces no es más que una cuestión de hecho. Debe considerarse que una obra ha dejado de ser inédita cuando, por un acto generalmente voluntario del autor, ha sido comunicada al público en forma definitiva y de acuerdo con el procedimiento especial que requiere la naturaleza de la misma (22). La noción de público supone el conocimiento de la obra por un número suficientemente grande de personas como para pensar que la obra ha salido del círculo privado del autor.

Consideramos que deben tenerse en cuenta tres elementos de juicio: 1.º Que la comunicación de la obra sea definitiva. Así, la lectura de una obra teatral durante los ensayos no implica la publicación; 2.º Que la obra se publique mediante el procedimiento conforme a su naturaleza. Así, la obra literaria se considera normalmente publicada cuando ha sido editada, lo que no impide que el autor pueda elegir otra forma de primera publicación, por ejemplo: lectura, conferencia, recitación. Los discursos parlamentarios deben considerarse publicados desde el mismo momento en que ellos se han pronunciado, salvo que lo hayan sido en sesión secreta; 3.º Que la obra haya llegado realmente a conocimiento del público.

21 b) Subrayamos que la obra inédita se deposita y que la publicada se inscribe o registra, pues es importante distinguir la diferente naturaleza y las consecuencias de estos actos.

(22) Cfr. LÓPEZ QUITROGA, 45.

Acerca de la tercera exigencia, Stolfi (23), recuerda la distinción que nos parece muy acertada, admitida por los Tribunales italianos, entre *publicidad* y *publicación* de la obra. «Si un escritor —dice este tratadista— lee su manuscrito ante un reducido círculo de amigos; si un pintor permite a algunas personas contemplar sus cuadros, los expone indudablemente a la publicidad, pero no los publica». La ley italiana de 1941 se ha orientado hacia este criterio, pues establece en el artículo 15, segunda parte: No es considerada pública la ejecución, representación o recitación de la obra en el círculo ordinario de la familia o de los íntimos, de la escuela o de un Instituto benéfico, a condición de que no sea efectuada con propósito de lucro.» Otro elemento de juicio para establecer si existe realmente «publicación» en el caso de una obra editada, es el número de los ejemplares que se han hecho de la misma. Piola Caselli (339) entiende que «pocas copias, distribuidas a pocas personas, no dan aquel conocimiento general de la obra que la hace considerar como pública.» La ley española sobre «policía de imprenta» (de 26 de julio de 1883, art. 4.º), considera publicado un impreso cuando se han extraído más de seis ejemplares del establecimiento en que se hace la tirada (24).

Además, como observa Stolfi (I, 428), para que haya publicación deben concurrir dos elementos: uno, subjetivo y otro, objetivo. «El elemento subjetivo consiste en la voluntad del autor de hacer salir su obra de la esfera privada (*dalla sfera del suo dominio privato*) para comunicarla al público», y el objetivo «en la efectiva comunicación al público de la obra del ingenio» (25).

(23) *Op. cit.*, I, 427.

(24) Cfr. LÓPEZ QUIROGA, 45, nota.

(25) Sobre esta cuestión se planteó ante los Tribunales argentinos el problema de establecer si la agregación de los escritos forenses a un juicio constituye publicación. La Cámara Civil 1.ª de la capital sostuvo la siguiente doctrina: «Que los escritos judiciales, una vez presentados a los autos, no son obras inéditas, porque las actuaciones judiciales son públicas y la publicidad que le es inherente no deja de existir, porque en ejercicio de funciones de superintendencia, se hayan establecido limitaciones a la consulta de los autos por quienes no son parte en ellos. Inédito es, por definición, la producción intelectual que no ha visto la luz pública a la cual está por su naturaleza destinada y los escritos judiciales están destinados a ser presentados a los autos respectivos y consultados en ellos por todos los que de algún modo tengan que ver con su trámite y su decisión. Esa presentación constituye la publicación de ellos, que normalmente corresponde a su naturaleza» (21 de febrero de 1942, *Gaceta del Foro*, t. 145, pág. 43). MENDILAHARZU critica esta errónea solución. Entiende, en efecto, que los escritos judiciales son obra inédita «en tanto viven la vida efímera del pleito y del conocimiento por el reducido grupo de personas del Tribunal y allegados al mismo por razones circunstanciales» (EDUARDO F. MENDILAHARZU: *Los escritos judiciales como propiedad intelectual*, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, enero-febrero de 1942).

Resuelto en esta forma el punto del carácter de la obra que motivó el pleito, la Cámara establece luego que no rige para los escritos judiciales la exigencia del artículo 63 de la ley 11.723. (que supone obras impresas) y considera—con un criterio restrictivo equivocado—que la expresión no publicada empleada por el artículo 62 significa lo mismo, que *no impresa* y que, por lo tanto, dicho ar-

Aunque la ley 11.723 no define expresamente en ninguno de sus artículos qué debe entenderse por obra publicada, podemos afirmar que aquélla no restringe este concepto a la obra impresa, sino que lo extiende a todas las formas de comunicación al público de una obra intelectual, como lo demuestra el artículo 50 al establecer que: «A los efectos de esta ley, se consideran como representación y ejecución pública la transmisión radiotelefónica, exhibición cinematográfica, televisión o cualquier otro procedimiento de reproducción mecánica de toda obra literaria o artística.» Además, el artículo 14 del decreto de 3 de mayo de 1934, reglamentario de dicha ley, ordena que para el registro de «obras dramáticas o musicales no impresas bastará depositar una copia del manuscrito con la firma certificada del autor». Esta última disposición supone que ya se ha producido la comunicación al público.

El depósito de las obras cinematográficas, esculturas, pinturas, dibujos, fotografías, planos, mapas y discos fonográficos y modelos y obras de arte o ciencias aplicadas a la industria (art. 57 de la ley 11.723 y artículos 10, 11, 12 y 13 del decreto de 3-V-1934), plantea la cuestión de saber si las disposiciones citadas se refieren a la obra inédita o a la publicada. Es indudable que el depósito de dichas obras, a diferencia de las impresas, no supone necesariamente la presunción de su publicación, que deberá acreditarse ante el Registro por medio de certificaciones o informaciones sumarias, a objeto de que tales obras gocen de la protección que les corresponden como publicadas, sin perjuicio de que las mismas puedan también depositarse como obras inéditas antes de su publicación.

ticulo es aplicable a los escritos presentados en los juicios. Advertimos en esta solución una notoria contradicción, pues si los escritos judiciales se publican por el mero hecho de su agregación al juicio—como establece el tribunal—, final pueden estar protegidos por el artículo 62, última parte, que se refiere a la obra no publicada, es decir, inédita.

Cabe recordar que la sentencia de que se trata—favorable a la protección de los escritos forenses del demandante—se fundó no sólo en el argumento expuesto, sino también, y en manera principal, en el criterio de que la obligación de registrar los escritos judiciales como obra publicada, sólo nace una vez terminado el pleito, pues mientras tanto no serían sino fragmentos o capítulos de un todo orgánico.

No hay duda de que la distinción de los tribunales italianos entre publicidad y publicación que acabamos de recordar, hubiera podido servir de criterio orientador en este caso. Por otra parte, justo es reconocer que el equívoco en esta sentencia ha sido favorecido por la falta de precisión en la terminología de la ley 1.723.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Primera semana de Estudios de Justicia Municipal

Para conmemorar el décimo aniversario de la creación de la actual Justicia Municipal por la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, se ha celebrado en Madrid, del 13 al 18 del pasado mes de diciembre, una Semana de Estudios bajo la iniciativa y organización de la revista *Pretor*. Con la asistencia de buen número de funcionarios de toda España—especialmente jueces, fiscales y secretarios—, estudiáronse importantes problemas de competencia, procedimiento y régimen orgánico, propios de esta rama menor de nuestra Administración de Justicia.

En particular fueron objeto de estudios los siguientes temas: 1.º, «Sistemas de organización del Registro civil», cuyo informe termina propugnando la conveniencia de atribuir el servicio a los órganos técnicos de la J. M.; 2.º, «Ordenación de los procesos civiles», cuya conclusión final fué la refundición de las normas procesales de la J. M., la modificación de los preceptos del denominado «proceso de cognición» que la práctica ha revelado deficientes, estructuración del juicio verbal en base a una mayor eficacia y un menor formalismo, y «reducción de los procesos arrendaticios a dos únicos tipos procedimentales»; 3.º, «Ordenación de los procesos penales»; 4.º, «Competencia de la Justicia Municipal»; 5.º, «Demarcación»; 6.º, «Selección y retribución del personal de la Justicia Municipal».

La sesión de clausura revistió gran solemnidad, siendo presidida por el excelentísimo señor Ministro de Justicia, don Antonio Iturmendi; Presidente del Tribunal Supremo, don José Castán; Fiscal del mismo, don Manuel de la Plaza; Director general de Justicia, Subdirector de Justicia Municipal y otras ilustres personalidades. Las conclusiones de la Semana fueron leídas por el presidente de la Mesa y juez municipal de Madrid, don Pedro Aragoneses Alcnso, y a continuación elevadas al Excmo. Sr. Ministro, quien expresó su agrado de que la celebración del décimo aniversario de la reorganización de la Justicia Municipal hubiera tenido lugar con jornadas de estudio y trabajo, en lugar de hacerlo con fuego de artificio, afirmando la conveniencia de revitalizar la Justicia Municipal, pues—dijo—«con vuestro más inmediato contacto con los justiciables aportáis hechos vivos, realidades sentidas, a los más altos órganos jurisdiccionales», concluyendo con estas palabras: «Podéis tener la certeza de que el Ministro participa de vuestras inquietudes, asiste con satisfacción a esta sesión, os saluda y felicita por los felices resultados logrados en vuestras reuniones y promete estudiar con atención y cariño cuantas conclusiones le habéis elevado, con el deseo de realizar cuanto contribuya a mejorar la Justicia Municipal.»

La altura a que se mantuvieron las discusiones, y la validez intrínseca del buen número de las ponencias presentadas, pusieron de relieve el grado de ma-

durez alcanzado por el escalón inferior de la Justicia española, llamado, sin duda, a desempeñar un importante papel en la futura reforma de nuestra Administración de Justicia.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Conferencia del Dr. D. Carlos J. Colombo en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El pasado 14 de enero tuvo lugar, en el Salón de Actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, una interesante conferencia del profesor de la Universidad de Buenos Aires, doctor Colombo, sobre el tema «Tentativas de conciliación de algunas teorías procesales».

Presentó al conferenciante el ilustre procesalista español doctor Guasp Delgado; que en sus palabras iniciales hizo gala de la finura y riqueza de su oratoria, dedicada, en este caso, a cantar la unión entre las almas española y argentina. A continuación, el profesor Colombo desarrolló su lección sobre el tema ya indicado. Comenzó aludiendo a la influencia española en las leyes de procedimiento argentinas, para manifestar, después, que el problema de la elección entre el principio inquisitivo y el dispositivo es una cuestión más de Política procesal que de Técnica procesal. Propugnó la liberación del Derecho procesal de todo lo «no procesal» (Filosofía, Política, etc.), lo cual, dijo, no es negarle su indiscutible autonomía científica, sino colocar a ésta en su justo y adecuado espacio. Censuró el conferenciante las extralimitaciones de algunos procesalistas empeñados en la invasión de otras disciplinas, afirmando que el deslinde entre lo sustantivo y lo procesal ha de hacerse con gran prudencia y cordura.

A juicio del profesor Colombo, las tres cuestiones más discutidas en el seno del Derecho procesal son estas: naturaleza jurídica del proceso, naturaleza jurídica de la acción y naturaleza jurídica de la jurisdicción. Con especial referencia al proceso, destaca la posición de la procesalista argentinos, que siempre han tratado de «conciliar» las dos teorías clásicas en torno a la naturaleza del proceso (la teoría de la relación jurídica y la teoría de la situación jurídica). Se refiere a los puntos de vista de Alsina y Podetti, que, al pretender armonizar estas dos posiciones, siguieron, en cierto modo, la pauta ya marcada por Calamandrei y Schönke.

Después de aludir brevemente a la doctrina del profesor Guasp, que atribuye al proceso el carácter de institución jurídica (indicando sus contradictores), el disertante hace un elogio de las posturas eclécticas en el campo procesal no por lo cómodo de su aparición, sino por lo prudente de sus resultados. Termina diciendo que el eclecticismo debe presidir también el estudio del debatido problema relativo a la naturaleza jurídica de la acción y de la jurisdicción.

CARLOS MELÓN INFANTE

Del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

Conferencia del doctor Mustapich, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El día 26 de enero del año en curso pronunció una conferencia en el Salón de Actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el profesor argentino doctor José María Mustapich, titular de la cátedra de Derecho civil, parte general, en la Universidad de Eva Perón (antes La Plata). Disertó sobre el tema «Las nulidades en el Derecho civil argentino».

Presentó al conferenciante el señor Núñez Lagos, quien, en breves palabras, llamó la atención del auditorio sobre algunas particularidades del Código civil argentino, y destacó la personalidad del conferenciante. A continuación el profesor Mustapich desarrolló su disertación que constituyó una charla de tipo exegético sobre los preceptos del Código civil argentino referente al tema de su lección.

Comenzó afirmando que una de las fuentes principales en que Vélez Sarsfield se inspiró para redactar los artículos relativos a las nulidades fué el Anteproyecto del jurista brasileño Freitas. Seguidamente, después de aludir a algunos aspectos generales de la teoría del acto jurídico y a los requisitos de éste, manifestó que la esencia de la nulidad consiste en ser una sanción impuesta por el Ordenamiento Jurídico. Destacó el carácter restrictivo con que debe interpretarse la nulidad y estudió la clasificación de las nulidades en el Código civil argentino, fijándose especialmente en aquellos aspectos en que el citado Código adopta una postura particular. Se esforzó en demostrar que la clasificación sólo es confusa en apariencia.

Terminó su disertación refiriéndose a cómo se aborda el problema de las nulidades en dos Proyectos de Reforma del Código civil argentino: el Proyecto de la Comisión de Reforma de 1936 y el Proyecto de Código civil del Ministerio de Justicia de 1954. Propugnó el conferenciante mantener el sistema adoptado por el Código de Vélez Sarsfield o, a lo sumo, hacer de él ligerísimos retoques.

CARLOS MELÓN INFANTE

Del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

B) EXTRANJERAS

El nuevo régimen hipotecario francés

El sistema tradicional de Francia en esta materia ha sido seriamente rectificado por un Decreto de 4 de enero de 1955, dictado en ejecución de la Ley de 14 de agosto del año anterior, y con vigencia, en sus disposiciones fundamentales, a partir del primer día de 1956. El conjunto de las nuevas normas se caracteriza—y se justifica en su Preámbulo—como un paso decisivo hacia la eficacia total del Registro en aras de la seguridad jurídica general. Se llega a ello a través de las disposiciones nuevas o de modificaciones del Código civil.

Nuestro régimen actual de publicidad inmobiliaria, dice el legislador francés, da lugar a severas críticas. El desarrollo de las ventas de pisos, los préstamos a la construcción y los trabajos de concentración parcelaria, multiplicando el número de operaciones inmobiliarias, han hecho notar vivamente los defectos del sistema. Tal es la conclusión a que llega la Comisión interministerial nombrada al efecto.

En primer lugar, la organización material de la publicidad no es satisfactoria. Los conservadores de hipotecas, para certificar, precisan examinar la situación de todos los propietarios. Y este examen, necesariamente referido a actos numerosos y antiguos, implica para el interesado una dilación prolongada, cuyos inconvenientes son particularmente notorios en una época en que el ritmo de la construcción exige operaciones rápidas. La creación de un fichero inmobiliario, teniendo en cuenta las nuevas posibilidades que para la identificación de los inmuebles ofrece en Catastro, sustituye el viejo sistema por la recapitulación de la ficha personal única del último propietario de cada inmueble, comprensiva de todas las referencias de los bienes a él pertenecientes. La utilización de fichas complementarias de carácter real sólo se impone para los inmuebles urbanos, en razón de la multiplicación de propietarios inherentes a la venta de apartamentos y para evitar la repetición de circunstancias en las personales de aquéllos. De este modo, cuando la reforma haya logrado plenitud, el libramiento de certificaciones podrá ser casi inmediato, bien se refieran sólo al propietario o a una parcela determinada sin indicación de dueño, y a través de la utilización de las fichas parcelarias instituidas. El mejoramiento de la publicidad en el plano técnico, es, por otra parte, completado con prescripciones tendentes a asegurar la exactitud rigurosa de las indicaciones consignadas en el fichero inmobiliario, la legalidad de los actos inscribibles y su concordancia absoluta, a fin de evitar toda solución de continuidad en la cadena de operaciones; a ello responde la introducción del principio de que ningún acto pueda ser inscrito si no lo ha sido previamente aquel del que el disponente deriva su derecho. Para clarificar, además, la situación hipotecaria de los inmuebles, el principio de prioridad es objeto de aplicación general. Y para acelerar la expedición de certificaciones ha parecido indispensable limitar la busca a los últimos cincuenta años.

Otro inconveniente considerable del sistema actual de publicidad reside en el carácter oculto de ciertas cargas dispensadas de inscripción o que, practicada ésta, tienen efecto retroactivo. Tales son las hipotecas legales en favor de la mujer casada, del menor o del interdicto y los créditos privilegiados instituidos sobre la generalidad de los bienes por el Código civil o por diversas leyes especiales. El principio ahora introducido es el de que todas estas cargas no son eficaces sino desde su inscripción, que, por otra parte, ha de precisar los bienes sobre que recaen y la cuantía exacta del gravamen. Por excepción, subsisten con el antiguo carácter las costas judiciales, las cantidades adeudadas a los asalariados y los privilegios especiales del artículo 2.103 del Código. Todos los demás adquieren, en la disposición que comentamos, el carácter de hipotecas legales necesariamente inscribibles para producir efectos. Normas especiales permiten a la mujer casada prevenirse contra una posible insolvencia del marido, provocada por los acreedores de éste, y hacer extensiva la hipoteca legal establecida en su favor en cualesquiera créditos frente a aquél (heredita-

rios, donaciones durante el matrimonio, sustitución de bienes propios enajenados, etcétera).

El Régimen Hipotecario actual presenta, además, el inconveniente de no cometer a la publicidad todos los negocios jurídicos relativos a la propiedad inmueble. Las nuevas normas vienen a llenar esta laguna, añadiendo nuevos actos a la lista de los que debían ser inscritos y generalizando la regla de que bien sean contratos, sucesiones por causa de muerte, resoluciones judiciales o incluso simples hechos, como la edificación, habrán de ser necesariamente inscritos. La sanción al incumplimiento de la norma publicadora es la inoposibilidad frente a terceros y, en ocasiones, la indemnización de perjuicios.

Tales son, termina el legislador francés, las medidas esenciales que el Decreto de enero de 1955 se propone realizar, aun alejándose del espíritu del sistema hasta ahora vigente y en aras de la eficacia práctica de la homologación.

Como consecuencia de esa disposición será preciso modificar numerosas normas, consignadas en Códigos generales o en preceptos legales, para armonizarlos con ella. Finalmente se estima indispensable y próxima una reforma fiscal que desgrave las solemnidades propias de la publicidad inmobiliaria.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE M.^a AMUSATEGUI, RAFAEL IZQUIERDO y JOSE LUIS LLORENTE.

DERECHO CIVIL

I. Parte general

1. NACIONALIDAD. *Se reforma el Título Primero del Libro Primero del Código civil, denominado «De los españoles y extranjeros». (Ley de 15 julio 1954; B. O. del 16.)*

A. EXPOSICIÓN.

I. Causas de la adquisición de la nacionalidad.

1. Por filiación. Son españoles: a) «Los hijos de padre español» (artículo 17, núm. 1.º). b) «Los hijos de madre española aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre» (art. 17, núm. 2.º).

2. Por nacimiento en el territorio. a) «Los nacidos en España de padres extranjeros, si éstos hubieran nacido en España y en ella estuvieren domiciliados al tiempo del nacimiento. Exceptúanse los hijos de extranjeros adscritos al servicio diplomático» (art. 17, núm. 3.º). b) «Los nacidos en España de padres desconocidos; sin perjuicio de que conocida su verdadera filiación, ésta surta los efectos que procedan» (art. 17, núm. 4.º).

3. Por opción. Pueden adquirir la nacionalidad española: a) «Los nacidos en territorio español de padres extranjeros que no se hallen comprendidos en el núm. 3.º del artículo 17». b) «Los nacidos fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles» (art. 18, números 1.º y 2.º).

4. Por concesión. Los extranjeros que obtengan carta de naturaleza (artículo 19).

5. Por residencia. Los extranjeros que residan en territorio español durante el tiempo que establece el art. 20 (art. 19), si no se deniega por motivos de orden público (art. 20).

6. Por dependencia familiar. a) La mujer no separada legalmente y los hijos que se encuentren bajo la patria potestad del extranjero que obtenga la nacionalidad española por carta de naturaleza o por residencia (artículo 19 núm. 3.º). b) La extranjera que contraiga matrimonio con español (art. 21).

II. La facultad de opción.

Los interesados comprendidos en los números 1.º y 2.º del art. 18 podrán hacer la declaración de opción, dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, ante el encargado del Registro del Estado civil del

pueblo en que residieren para los que se hallen en el Reino, o ante uno de los agentes consulares o diplomáticos del Gobierno español si residen en el extranjero.

Para que la declaración de opción produzca efectos deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Renuncia previa a la nacionalidad anterior. 2.º Prestar juramento de fidelidad al Jefe del Estado y de obediencia a las leyes. 3.º Inscribirse como español en el Registro del Estado civil (artículo 18, p.º 3.º, y 19, último p.º).

III. Adquisición por carta de naturaleza.

1. Otorgable discrecionalmente por el Jefe del Estado.
2. Concurrir en el peticionario circunstancias excepcionales (art. 19, párrafo 1.º).
3. Tener veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado (art. 19 p.º 2.º).
4. Cumplir los siguientes requisitos:
 - A. Renuncia previa a la nacionalidad anterior.
 - B. Prestar juramento de fidelidad al Jefe del Estado y de obediencia a las leyes.
 - C. Inscribirse como español en el Registro del Estado civil (art. 19, último párrafo).

IV. Adquisición por residencia.

1. «El tiempo de residencia en España que confiere derecho a solicitar la nacionalidad española será el de diez años.

Sin embargo, bastarán cinco años de residencia cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Haber introducido en territorio español una industria o invento de importancia. Segunda. Ser dueño o director de alguna explotación agrícola, industrial o mercantil igualmente importante. Tercera. Haber prestado señalados servicios al arte, la cultura o la economía nacionales, o haber favorecido de modo notable los intereses españoles.

Excepcionalmente sólo se exigirá la residencia durante dos años sin necesidad de que concurra ninguna de las circunstancias establecidas en el párrafo anterior cuando se trate de alguna de las personas comprendidas en el artículo 18 no habiendo ejercitado oportunamente la facultad de optar; de extranjeros adoptados durante su menor edad por españoles; de nacionales, por origen, de países iberoamericanos o de Filipinas, y de extranjeros que hayan contraído matrimonio con españoles» (art. 20, párrafos 1.º, 2.º y 3.º).

2. El tiempo de residencia deberá ser en todo caso continuado e inmediatamente anterior a la petición (art. 20, p.º 4.º).
3. «La concesión de nacionalidad podrá denegarse por motivos de orden público» (art. 20, p.º 5.º).
4. Tener veintiún años cumplidos o dieciocho y haberse emancipado (art. 19, p.º 2.º).
5. Requisitos del artículo 19, último párrafo.

V. Adquisición por dependencia familiar.

Con los supuestos del I, 6 (arts. 19, p.º 3.º, y 21). Respecto a la adquisición por extranjera que contrae matrimonio con español, el art. 21 esta-

blece que «a los efectos de la nacionalidad, la declaración de nulidad del matrimonio queda sujeta al régimen del artículo 69».

VI. Pérdida de la nacionalidad española.

1. Por dependencia familiar.

a) «La española que contraiga matrimonio con extranjero, si adquiere la nacionalidad de su marido» (art. 23, núm. 3.º).

b) «La mujer no separada legalmente, cuando el marido pierda la nacionalidad española y a ella le corresponda adquirir la del marido» (artículo 23, núm. 4.º).

c) «Los hijos que se encuentren bajo la patria potestad, si el padre pierde la nacionalidad española, siempre que les corresponda adquirir la nacionalidad del padre» (art. 23, núm. 5.º).

2. Adquirir voluntariamente otra nacionalidad (art. 22).

3. Entrar al servicio de las armas o ejercer cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Jefe del Estado español (artículo 23, núm. 1.º).

4. Ser condenado por sentencia firme conforme a lo establecido en las leyes penales, a la pérdida de la nacionalidad española (art. 23, núm. 2.º).

5. Por no manifestar su voluntad de conservar la nacionalidad española al agente diplomático o consular español (o, en su defecto, al Ministerio de Asuntos Exteriores en documento autenticado), los españoles, nacidos y residentes en el extranjero, hijos de padre o madre españoles también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país en que residan les atribuyan la nacionalidad del mismo (art. 26).

VII. Adquisición voluntaria de otra nacionalidad.

«Perderán la nacionalidad española los que hubieren adquirido voluntariamente otra nacionalidad», concurriendo los siguientes requisitos:

1. Tener veintitún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado.

2. Haber residido fuera de España al menos durante los tres años inmediatamente anteriores.

3. Si es varón, no estar sujeto al servicio militar en periodo activo, salvo que medie dispensa del Gobierno.

4. Si es mujer casada, que esté separada legalmente.

5. Que España no se halle en guerra.

6. Que la nueva nacionalidad no sea la de algún país iberoamericano o Filipinas con el que exista convenio admitiendo la conservación de ambas nacionalidades (art. 22).

VIII. Recuperación de la nacionalidad española.

1. De los que la perdieron por adquisición voluntaria de otra. Deben:

a) Volver al territorio español.

b) Declarar su voluntad al Encargado del Registro del Estado civil del domicilio que elija para que haga la inscripción correspondiente.

c) Renunciar a la nacionalidad extranjera que hubiese ostentado (artículo 24).

2. De la mujer española que la hubiese perdido por razón de matrimonio: Cumplir los requisitos del artículo 24 cuando el matrimonio sea disuelto o se declare la separación judicial a perpetuidad (art. 25, p.º 1.º).

3. De los hijos que la perdieron por razón de la patria potestad: Ex-

Información legislativa

tinguida la patria potestad podrán ejercitar la opción que regula el artículo 18 (art. 25, p.º 2.º).

4. De los que fueron condenados a la pérdida de la nacionalidad española o entraron al servicio de las armas o ejercicio de cargo en Estado extranjero. Sólo por concesión graciosa del Jefe del Estado (art. 25, p.º 3.º).

IX. Doble nacionalidad:

«La adquisición de la nacionalidad de un país iberoamericano o de Filipinas no producirá pérdida de la nacionalidad española, cuando así se haya convenido expresamente con el Estado cuya nacionalidad se adquiera.

Correlativamente y siempre que mediare convenio que de modo expreso así lo establezca, la adquisición de la nacionalidad española no implicará pérdida de la de origen, cuando esta última fuera la de un país iberoamericano o de Filipinas» (art. 22, p.º 4.º y 5.º).

X. Derechos de los extranjeros.

«Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales y en los Tratados» (art. 27)

B. OBSERVACIONES: 1. La finalidad primordial de la reforma se encuentra formulada en el preámbulo, cuando se dice que «está concebida bajo el signo de una prudente moderación», y que «sus líneas generales quedan esencialmente integradas en los principios informadores del Código civil», si bien «con una más precisa formulación y una más efectiva actuación práctica». Este sentido que inspira la nueva regulación, evita el estudiar los antecedentes remotos que pueda tener la misma, para comentarla únicamente a la luz de sus antecedentes más directos, es decir, el mismo Código civil en su redacción anterior y la legislación complementaria y modificativa del mismo.

Es interesante señalar que acertadamente no se ha seguido el criterio de otros ordenamientos (1) de separar del Código civil la materia de nacionalidad, ya que, como dice el Prof. Castro (2), «la inclusión de las disposiciones de nacionalidad en los Códigos civiles se explica, y su estudio en los tratados de Derecho civil se justifica, tanto porque se trata de un estado civil como porque se le ha regulado con técnica civilística. La preponderancia práctica de este aspecto civil se manifiesta en ser la jurisdicción civil, y no la administrativa, la competente en las cuestiones sobre nacionalidad».

2. Las causas enunciadas en el Código han de considerarse taxativas, tanto respecto a los tipos de adquisición como a sus requisitos (3). Con relación al texto primitivo es destacable que se altera el orden en la enunciación, de forma que ya no cabe la menor duda en cuanto a la preferencia del «*ius sanguinis*» sobre el «*ius soli*».

Se ha resuelto acertadamente el problema que el artículo 17. número 3.º, planteaba al considerar españoles a «los hijos de padre o madre españoles», pues ahora la nacionalidad materna sólo la seguirán los hijos cuando no obtengan la del padre, que lógicamente es la preferente. Aparte de esto,

(1) CASTÁN, tomo I, vol. 2.º, edic. 1952, cita el artículo 41 de la Ley de Introducción al C. c. alemán y el C. c. italiano de 1942. Respecto al primero hay que indicar la ley de 22 julio 1913. En Francia rige la Ordenanza de 13 octubre 1945 (Code de la Nationalité française), que regula detalladamente esta materia.

(2) «Derecho Civil de España», II, 1, pág. 394.

(3) CASTRO. Obra cit., II, 1, pág. 398, que cita en su apoyo la S. T. S., 10 febrero 1926.

en torno a la filiación hay que seguir tratando los mismos problemas que antes, así la referencia al momento del nacimiento y no al de la concepción cuando en el intervalo hayan cambiado de nacionalidad los padres y ello por el texto literal del mismo Código civil, y también la no distinción en el Código entre filiación legítima e ilegítima, pues se refiere a la filiación en general.

La amplia declaración del anterior artículo 17 en su número 1.º, que consideraba españoles a «las personas nacidas en territorio español» (amplitud limitada luego en los artículos 18 y 19), se concreta notablemente en la actual redacción al exigir que se trate de la segunda generación nacida en España, estando los padres domiciliados en ella al tiempo del nacimiento o que sean hijos de padres desconocidos. La anterior expresión «territorio español» se sustituye por «España», aunque sigue en pie el problema de la determinación exacta del ámbito geográfico a que se refiere. Castro entiende aplicable el artículo 1.º del Código civil completado por el 1.º párrafo final del R. D. de Extranjería (4). La atribución, provisional, de la nacionalidad española a los hijos de padres desconocidos tenía precedentes en el artículo 23, número 3.º, de la Constitución de 1931. El artículo 17, número 3.º da carácter general a la regla que para el solo efecto del servicio militar establecía el R. D. de 1852 en su artículo 24, no considerando exentos del servicio militar «los nietos cuando sus padres han nacido ya en territorio español, aunque conserven la nacionalidad extranjera».

3. La tendencia seguida en la mayor parte de los Estados de extender al máximo la concesión de su nacionalidad ha inspirado indudablemente el empleo criterio con que la nueva regulación establece la facultad de opción, amplitud que puede ser criticable como camino para convertir en españoles a personas indeseables o peligrosas. La primitiva única causa—nacimiento en territorio español siendo hijo de padres extranjeros—se conserva y a ella se une la de los nacidos fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles. En cuanto a lo que debe entenderse por «territorio español» y «España», hay que remitirse a lo dicho antes. La declaración de voluntad sólo la puede hacer el interesado, pero no sus padres, como autorizaba el texto anterior, mientras permaneciesen bajo la patria potestad.

Problema importante es determinar si la mayor edad o emancipación que el Código requiere se ha de determinar por la ley española o por la que proceda, según la nacionalidad del interesado. La Real. de 16 de abril de 1943 entendió aplicable la española; por el contrario, Castro se inclina por la que proceda conforme a su nacionalidad, y ello, entre otras razones, por la misma dición del Código que se refiere a «su» mayor edad o emancipación (5).

Al igual que respecto a la legislación anterior, hay que entender que el plazo de un año es preclusivo, y que se rechaza la llamada opción tácita. Los efectos legales de la opción sólo se producirán desde que tiene lugar, sin retroactividad de ningún género.

4. La discrecionalidad a que alude el p.º 1.º del artículo 19 en cuanto al otorgamiento por el Jefe del Estado de la carta de naturaleza está limitada al exigir que concurren en el peticionario circunstancias excepcionales, si bien éstas hay que entender que también quedan confiadas en su apreciación a dicha discrecionalidad.

Como el preámbulo explica, la referencia a los años y no sólo a la mayoría de edad o emancipación, tiene por fundamento «evitar las dificultades que pudieran producirse sobre la ley aplicable para la obtención de la edad en el caso de que se aludiera sólo a las respectivas situaciones jurídicas». Hay que entender, por tanto, que la emancipación (regida se-

(4) Obra y tomo citados, pág. 404.

(5) Obra y tomo citados, pág. 405. Asimismo en este sentido cita CASTÁN, tomo I, vol. 2.º, pág. 224, nota 1 la Resolución de 22 diciembre 1914.

gún la ley que proceda conforme a su nacionalidad) sólo se exige para el menor de veintiún años y mayor de dieciocho, pero no para el que tenga ya veintiún años, aunque conforme a esa ley personal no estuviera emancipado ni fuera mayor de edad.

La inscripción ha de hacerse en el Registro civil, lo que conforme a la Ley del Registro (art. 101) se ha entendido hasta ahora estrictamente referido a las oficinas de España, sin admitirse la hecha en los Registros de los Agentes diplomáticos o consulares (6).

Desaparecida en el Derecho moderno la distinción entre completa y pequeña naturalización, según que produzca o no la plena equiparación del naturalizado al español originario, hay que entender que el primero goza de la plenitud de derechos del español. Sin embargo, en el orden penal hay alguna diferencia, artículos 34 y 141 Código penal, que se examinan más adelante. Asimismo, se estudian más adelante los efectos que por dependencia familiar produce este modo de adquirir la nacionalidad española.

5. Los antecedentes inmediatos de la actual regulación en punto a la adquisición de la nacionalidad por residencia (antes vecindad), están contenidos principalmente en el Decreto de 29 abril 1931 (que derogó el Real Decreto de 6 noviembre 1916) y la Orden de 9 marzo 1939. En el primero se señalaban los plazos que ahora se modifican en algunos extremos, contemplándose ahora además algunos nuevos:

1. El haber contraído matrimonio con mujer española, en el Decreto reducía el plazo general de diez años a cinco (art. 3.º, 1.ª) y ahora lo reduce a dos.

2. Plazo de dos años de los comprendidos en el artículo 18 que no hubieran optado y de los extranjeros adoptados durante su menor edad por españoles. Supuestos ambos desconocidos en el Derecho anterior.

3. Ampliación del beneficio de reducción a los originarios de Filipinas, no citados en el artículo 4.º del Decreto y exclusión de los naturales de la Zona del Protectorado español en Marruecos (7).

Las causas de denegación se limitan a motivos de orden público. (El artículo 5.º del Decreto la establecía cuando existiesen «fundados motivos para ello.») Son nuevos los requisitos de edad, comunes a la obtención por carta de naturaleza, y la exigencia de que el tiempo de residencia sea continuado e inmediatamente anterior a la petición.

Es interesante resaltar que se modifica el Decreto de 1931 en el sentido de exigir que los nacionales de países iberoamericanos o Filipinas, lo sean por origen, corrigiendo la equivocada expresión de aquél, «nacionalizados». Al exigir la residencia en España nuevamente se plantea el problema interpretativo anteriormente enunciado de determinar que es «España», a estos efectos (8). El Prof. Castro se pregunta (9) si no se tendrá en cuenta el servicio a España en el extranjero, colonias o Zona del Protectorado español en Marruecos. Según el citado profesor, parece que la conexión territorial sólo se exigía en el Decreto de 1931 respecto de la circunstancia 2.ª del artículo 3.º (hoy 2.ª del art. 20, p.º 2.º).

El haber contraído matrimonio con mujer española como causa de re-

(6) CASTRO. Obra y tomos citados, pág. 415, nota 2.ª, cita como mantenedoras de este criterio las Resoluciones de 4 diciembre 1914, 13 enero 1931 y el Decreto de 29 de abril de 1949.

(7) La condición de iberoamericano o filipino, sin llegar a constituir un estado civil, atribuye a dichos nacionales una situación intermedia entre el extranjero y el español que produce importantes efectos jurídicos, pues no es la primera vez que el legislador la tiene en cuenta. Véase la Ley 23 diciembre 1940 sobre matrimonio de diplomáticos. Es una realidad natural que se impone en el plano jurídico.

(8) El artículo 17, núm. 4. se refería antes a «cualquier pueblo de la Monarquía» y el 2.º del Decreto a «territorio español».

(9) Obra y tomo citados, pág. 419, nota 1.

ducción del plazo normal sigue formulándose en forma errónea: 1.º Parece más lógico haber exigido que la española la sea de origen. 2.º No debe bastar «haber contraído» matrimonio con española sino «estar casado» o haberlo estado durante los dos años del plazo.

Los efectos que por dependencia de familiar produce este modo de adquirir la nacionalidad española son objeto de estudio más adelante.

En lo no modificado subsisten el texto de 1931 y Orden de 1939, según se desprende de la disposición aclaratoria contenida en el artículo 2.º de la Ley modificativa y la declaración, al efecto, del preámbulo.

6. Ha sido muy discutido en la doctrina si el hijo debe seguir o no la nacionalidad del padre que se naturaliza. La interpretación contractualista de la naturalización ha inclinado a muchos autores a entender que el menor no sigue la nacionalidad nueva del padre (10). El artículo 19, en su párrafo 3.º, acoge la solución positiva, extendiendo también la nueva nacionalidad a la mujer no separada legalmente. Desde luego, en cuanto a los hijos, se exige que estén bajo la patria potestad. Es lógico entender que cuando sea la madre quien se naturalice, si es quien tiene la patria potestad, adquieren los hijos su nacionalidad nueva.

7. Frente al principio general que el artículo 22 del Código civil establecía en su texto primitivo: «La mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido», en la nueva regulación se contempla el aspecto positivo (adquisición) en el artículo 21 y el negativo (pérdida) en el 23, número 3.

En el caso de que el matrimonio sea declarado nulo, el cambio de nacionalidad de la mujer dependerá de su buena o mala fe, conforme al artículo 69.

8. Frenando el automatismo del artículo 22, p.º 1.º que provocaba frecuentemente situaciones de apatridia (española que casaba con nacional de país que no admitía igual principio o con un apátrida), la Dirección General de los Registros en distintas resoluciones (13 agosto 1931, 8 julio 1942, 26 enero 1948, 15 noviembre 1948) sostuvo que la española casada con extranjera conserva la nacionalidad española si no adquiere la del marido. El artículo 23, número 3.º recoge esta doctrina al condicionar la pérdida de la nacionalidad de la española que casa con extranjero al hecho de que adquiera la nacionalidad de su marido (11).

9. El artículo 20 del Código civil consideraba como causa de pérdida de la nacionalidad española, «... admitir empleo de otro Gobierno, o entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera sin licencia del Rey». El Fuero de los Españoles, en el artículo 20, modificó este precepto condicionando la pérdida a «la prohibición expresa del Jefe del Estado», como ahora acepta el nuevo Texto.

10. El artículo 34 del Código penal, texto refundido de 1944, estableció la pérdida de la nacionalidad española «solamente aplicable a los extranjeros naturalizados» cuando cometiesen algún delito de los comprendidos en el título primero del libro primero del mismo (Delitos contra la seguridad exterior del Estado). Como pena grave se considera en la escala general de penas del artículo 27, y como accesoria en el 141. El Fuero de los Españoles (art. 20) limitó esta pena a los delitos de traición (12).

(10) CASTRO. *Obra y tomo citados*, pág. 423, nota 1, cita, entre otros, a FIORE y WEISS.

(11) Aunque técnicamente sea defendible esta resolución, rompe en absoluto el principio de unidad de la familia, que en el Preámbulo de la Ley se califica como «más identificado con la tradición y sentimientos de la nación española y con el conjunto de nuestro sistema jurídico».

(12) Por ser posterior al C. P. acaso pueda entenderse que lo modificó en un doble sentido. 1.º Sólo se puede aplicar a los delitos de traición que constituyen uno de los cuatro capítulos del Título Primero del Libro Primero. 2.º No se hace distinción en el Fuero entre españoles originarios y naturalizados.

11. El actual artículo 26 es modificación, sustancial del primitivo de igual número, aunque responda a idéntica finalidad: en el anterior se contemplaba el supuesto de países que atribuyen la nacionalidad por la residencia, y en el actual por tratarse de segunda generación nacida en el país y también residente (13).

Junto a la declaración ante el Agente diplomático o consular de España se admite subsidiariamente el documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores de España.

12. Con Castro hay que estimar que la pérdida de la nacionalidad española por adquisición de otra comprende a quien tácitamente, por una conducta inequívoca, muestra haber adquirido esa nacionalidad, y no sólo cuando sea por actos expresos y directos.

13. No se ha modificado sustancialmente el procedimiento para recuperar la nacionalidad los que la perdieron por adquisición voluntaria de otra (antiguo art. 21), y tampoco sufre modificaciones, en líneas generales, la recuperación asimilada a opción de los hijos que la perdieron por razón de la patria potestad (antiguo art. 24). Al igual que en el texto anterior y en contra de lo sostenido por Manresa, I, pág. 254, hay que entender que se refiere el Código a todos los que han perdido la nacionalidad por perderla sus padres y no sólo a los hijos que nacen después de haber perdido sus padres la nacionalidad española (14).

La recuperación asimilada a opción (art. 25, p.º 2.º) se diferencia de la recuperación normal (arts. 24 y 25, p.º 1.º) en la limitación de tiempo, no ser necesario regresar a España y exigencia de juramento.

14. La Resolución de 12 marzo 1951, aplicando el párrafo 2.º del artículo 22 entendió que la mujer casada con extranjero respecto de la que un Tribunal eclesiástico falló la separación temporal por tiempo indefinido, podía recuperar la nacionalidad española. Esta doctrina era contraria a dicho artículo 22 y al sentido que el C. c. daba al término «disuelto el matrimonio» que es rotura completa y definitiva del vínculo (arts. 52, 72, 104, etc.). La actual redacción del art. 25, párrafo 1.º, amplía la recuperación en relación con el texto antiguo.

15. En cuanto a la recuperación de los que perdieron la nacionalidad por servicio de las armas, ejercicio de cargo público o pena, la nueva regulación expresamente determina que sólo tendrá lugar por concesión graciosa del Jefe del Estado. Se eliminan así las dudas que respecto a la amnistía se planteó Castro (15). En lo aplicable al nuevo sistema parece que sigue vigente la R. O. de 17 enero 1887, que estableció los requisitos necesarios para la Real Habilitación, hoy sustituida por la concesión graciosa citada.

16. Se admite la doble nacionalidad en términos correctos, o sea, limitándola a la comunidad iberoamericana y filipina, pues, como dice Castro (16), la doble nacionalidad «sólo se justifica socialmente cuando existe una comunidad real entre los Estados que entre sí la admitan, y que en la Historia se ha utilizado normalmente entre pueblos de marcada afini-

Ahora, el nuevo artículo 23 del C. c., en su núm. 2.º, se remite a las leyes penales, pero las dudas subsisten, pues el Fuero no ha podido ser por ello derogado (art. 10 de la Ley de Sucesión) y, por tanto, continúa vigente. La segunda modificación (referirse a todos los españoles) se desvanece si se piensa que el "Ningún español..." del Fuero es una limitación que el C. P. no rebasa en ningún caso, pero la primera sigue en pie.

(13) El actual supuesto es de más probable aplicación que el anterior y, por tanto, el precepto tiene una razón de ser más importante que en la redacción primera.

(14) CASTRO, Obra y tomo citados, pág. 440, nota 2.

(15) Obra y tomo citados, pág. 441.

(16) "La doble nacionalidad". R. Española de Derecho Internacional. V. I, núm. 1, 1948, págs. 77-108.

dad de origen, cultura o intereses y no de un modo general y abstracto». Este precepto se une a aquellos otros que atribuyen efectos jurídicos de cierta trascendencia a la pertenencia a esa comunidad (17), pero plantea una serie de problemas (Derecho Internacional Privado) en punto a su extensión que es de esperar se aborden en una regulación futura.

17. En el artículo 27 se ha mejorado la redacción respecto al texto anterior y sustituido la referencia al artículo 2.º de la Constitución por «lo dispuesto en las leyes especiales». (R. I.)

2. COSAS INDIVISIBLES: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO. *Se determinará la extensión de las unidades mínimas de cultivo de cada zona o comarca, prohibiéndose las divisiones que originen parcelas inferiores.* (Ley 15 julio 1954; B. O. del 16.)

A. EXPOSICIÓN.

a) Extensión de las unidades mínimas. En secano, la superficie para que las labores normales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio; en regadío y zonas asimilables al mismo por su régimen de lluvias, el que se señale como superficie al huerto familiar (art. 1.º) (1).

b) Autoridad competente. El Ministerio de Agricultura, a propuesta del Servicio de Concentración Parcelaria, y previos los informes de las Jefaturas Agronómicas y de las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias provinciales, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros (art. 1.º).

c) Clases de fincas en relación con la unidad mínima que se fije:

1) De extensión igual o inferior a la de la unidad mínima. Se considerarán cosas indivisibles. Podrán segregarse, en todo caso, parcelas sobre las que vaya a efectuarse cualquier género de edificación o construcción permanente (art. 2.º).

2) De extensión superior. Sólo podrán dividirse cuando no originen parcelas inferiores a la unidad mínima o, caso de que resulten parcelas inferiores, se adquirirán simultáneamente por los colindantes a fin de unirlos a las fincas que ya posean, formando una nueva que cubra el mínimo fijado (art. 2.º).

3) De extensión inferior al doble de la fijada para la unidad mínima de cultivo. Salvo el caso de segregación, los Notarios y Registradores de la Propiedad harán constar el carácter de «indivisible» (art. 5.º, párr. 1.º).

d) Derecho de adquisición. Cuando de alguna manera se infrinja lo prevenido en la Ley, se concede a los colindantes un derecho de adquisi-

(17) CASTRO, en el trabajo mencionado, cita: artículo 4.º Decreto 6 noviembre 1931. Artículo 24. Ley 23 diciembre 1940. Artículo 2.º Ley 23 junio 1941. Decreto 6 diciembre 1941. Orden 11 octubre 1941. Artículo 24. Constitución 1931; y artículo 23 del Reglamento del Banco Exterior de España.

(1) El concepto legal del huerto familiar se encuentra en el artículo 5.º. Decreto 12 mayo 1950: «pequeña parcela de regadío, próxima a un poblado, en la que una familia campesina puede obtener de su cultivo, en horas libres de su trabajo, productos hortícolas con los que atender a sus necesidades elementales de consumo».

El artículo 3.º de la Ley de Concentración Parcelaria de 20 diciembre 1952 (B. O. 23) determina que la superficie que se señale al huerto familiar como unidad mínima no podrá sobrepasar de tres hectáreas.

ción por el justo precio, determinado de común acuerdo, y, en su defecto, por la autoridad judicial.

En concurrencia de colindantes será preferido el dueño de la finca menos extensa.

Este derecho caduca a los cinco años de realizarse la segregación indebida (art. 3.º).

En los casos de segregación para edificios o construcciones permanentes podrá ejercitarse el derecho si transcurre un año sin comenzar las obras, siempre que al ejercitarse la acción no se hayan iniciado (art. 2.º, párr. 2.º).

e) Consideración especial de la partición de herencia como caso más frecuente de disgregación. No podrá originar parcelas inferiores a la unidad mínima aun contra la voluntad del testador. A falta de voluntad expresa de éste o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible se adjudicará por licitación entre éstos, y, en último término, se sacará a pública subasta.

Cuando se trate de división motivada por herencia o donación a favor de herederos forzosos, el colindante que pretende adquirir habrá de notificar fehacientemente su propósito, concediéndose a los herederos un plazo de treinta días para anular la división indebida y efectuarla con arreglo a esta Ley (art. 4.º).

f) Relaciones con el Registro de la Propiedad. Toda descripción de finca rústica deberá contener su medida superficial con expresión de si el cultivo a que está destinada es de secano o de regadío.

La inexactitud en la medida superficial de las fincas inscritas no favorecerá al causante de la falsedad, y los derechos reconocidos en la Ley podrán ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción (art. 5.º).

g) Normas procesales. Las cuestiones judiciales que se promuevan sobre los derechos concedidos en esta Ley se tramitarán por el procedimiento de Incidentes ante el Juez de Primera Instancia que corresponda (artículo 6.º).

Si la cuestión se refiere al derecho de adquisición concedido a los colindantes, será requisito previo a la admisión de la demanda el afianzamiento a satisfacción del Juez del precio de la parcela (art. 7.º).

B) OBSERVACIONES: Se dicta la presente Ley con objeto de complementar eficazmente la política de concentración parcelaria iniciada por ley 20 diciembre 1952. Se estima urgente la adopción de medidas que eviten la disgregación de la propiedad rústica por debajo de ciertos límites, pues de no actuar en este sentido se extendería y agudizaría un problema en cauce de solución. No debe olvidarse que precedentes de esta tendencia los encontramos en el mismo Código civil. Así, el artículo 401, al rechazar divisiones que haga a la cosa inservible para el uso a que se destine. También el párrafo 2.º del artículo 1.056, refiriéndose a indivisión de explotaciones agrícolas por disposición del padre de familia, y, como más significativo, el artículo 1.523 del Código civil estableciendo el retracto de colindantes cuando se trate de venta de fincas rústicas cuya cabida no exceda de una hectárea. En general, cabe advertir la técnica defectuosa que utiliza el legislador. Intuitivamente comprendemos que un Código hubiera resuelto en pocas palabras el problema que aquí se regula casuísticamente en una ley articulada (ocho artículos).

Por otra parte, esta meticulosidad induce a confusión en algún punto.

Así, parece deducirse del espíritu de la ley que las parcelas podrán dividirse por debajo del mínimo siempre que simultáneamente se refunda con los colindantes en unidades superiores al límite. Esto se dice expresamente en el artículo 2.º, párrafo 1.º, inciso 2.º, para las parcelas superiores a la unidad mínima. En cambio, para las fincas de extensión igual o inferior a este mínimo sólo se dice que tendrán la consideración de indivisibles (principio del art. 2.º). ¿Se prohíbe su división para unirse, por ejemplo, a parcelas colindantes de extensión inferior a la mínima y que así alcanzarían, conforme al espíritu de la ley la extensión debida?

La especialización técnica no debe conducir a la promulgación de una serie de leyes casuísticas y contradictorias mucha veces (2), sino al desiderátum de cuerpos legales dotados de interna unidad que regulen debidamente la esfera rural.

Pero además cabe criticar las soluciones concretas adoptadas.

Es evidente que la ley abre paso a posibles injusticias y abusos al establecer una licitación previa limitada entre los coherederos, con lo que si existen grandes diferencias de fortuna entre ellos, máxime si sólo uno de los coherederos es rico, no le será difícil adquirir la finca a bajo precio.

Igualmente criticable es el plazo excesivo de cinco años de caducidad del derecho de adquisición. Compárese con el de nueve días establecido por el Código civil (art. 1.524 en relación con el 1.523) para el retracto de colindantes.

También choca la diferencia entre el artículo 7.º de la ley, que sólo exige el afianzamiento del precio, y el artículo 1.518 del Código civil.

Por último, hemos de rechazar la rutina legal de utilizar constantemente el Procedimiento de Incidentes, injustificadamente «de moda», cuando la práctica aconseja el de menor cuantía como más adecuado. (J. A.)

II. Derechos Reales

1. LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO; LIMITACIONES EN INTERÉS DE LA NAVEGACIÓN AÉREA; LAS LLAMADAS SERVIDUMBRES AÉREAS: *Se establece un nuevo régimen de servidumbres aéreas, modificándose los arts 11 y siguientes de la Ley de 2 de noviembre de 1940, redactados posteriormente por la de 17 de julio de 1945. (Decreto de 2 abril 1954; B. O. del 12.)*

A. EXPOSICIÓN: Resumiremos esta exposición a los puntos del Decreto que pueden afectar concretamente a las servidumbres aéreas, como limitación legal del dominio de determinadas fincas.

El artículo 4.º determina el área de maniobra de un aeropuerto que se constituye por la superficie ocupada por las pistas de despegue, aterrizaje y rodadura, franjas laterales y plataformas de estacionamiento. En esta área «no podrá existir instalación, edificación o plantación alguna que sea obstáculo al vuelo o a la rodadura de los aviones», y si se encontrara alguno de este tipo será demolido y allanado por cuenta del Estado «que abonará la indemnización correspondiente, con aplicación en su caso del procedimiento de expropiación forzosa, incluso en la modalidad de urgencia».

(2) Nos referimos al caso concreto puesto de relieve por I. SERRANO SERRANO (Ley de 15 julio 1954; A. D. C., T. VII, F. III, pág. 827), de arrendamientos muy divididos, aun en tierras pequeñas al mismo titular. Si los arrendadores ejercitan el derecho de acceso, como puede suceder que el arrendamiento se limite a una porción de terreno inferior a la unidad mínima, la registración tropezaría con la ley de unidades mínimas.

Información legislativa

El artículo 5.º establece la zona aérea de recalada, suprimiéndose la zona subperiférica a que se refería el artículo 1.º de la Ley de Aeropuertos de 17 de julio de 1945 y el artículo 13 de la Ley de 2 de noviembre de 1940. Se determinan detalladamente las dimensiones y límites que constituyen dicha zona de recalada, así como las prolongaciones de pistas y franjas, expresándose datos de longitud, anchura y pendiente.

Las superficies así definidas para delimitar el espacio aéreo de aproximación determinan a su vez la altura máxima en cada punto de las instalaciones, edificaciones y plantaciones. Por encima de dichas superficies no se permitirá la erección de obstáculos aéreos. Para la demolición de dichos obstáculos, cuya decisión corresponde al Ministerio del Aire, se estará a lo dispuesto en el artículo 4.º Igualmente determinará el Ministerio qué obstáculos podrán subsistir a condición de que su propietario se obligue a instalar y mantener por su cuenta los colores y las luces necesarias para hacerlos bien visibles, tanto de día como de noche (art. 6.º).

La naturaleza y extensión de las servidumbres—dice el artículo 7.º—serán establecidas para cada caso concreto por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio del Aire, a base del trazado de las pistas. En casos de urgencia, el Ministerio del Aire, de acuerdo con el de Agricultura, podrá establecer determinadas servidumbres provisionales que deberán formalizarse dentro del término de un año, quedando, en otro caso, sin efecto.

La aprobación del establecimiento de aeropuertos, así como la formalización de las servidumbres aéreas, adquirirán la publicidad precisa mediante su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y *Boletines Oficiales* y tabloneros de anuncios de las provincias y ayuntamientos, respectivamente, interesados, previa comunicación del Ministerio del Aire (art. 8.º).

En el artículo 9.º se encomienda al Ministerio del Aire la ejecución de lo establecido en el presente Decreto, no pudiendo sin la previa aprobación de aquel Departamento verificarse construcciones en los espacios y zonas señaladas que fueran autorizadas por otros organismos estatales, provinciales o municipales.

Los que contraviniendo lo dispuesto en este Decreto hicieran obras, cultivos o plantaciones u otras alteraciones superficiales, sin perjuicio de la responsabilidad en que por ello pudieran incurrir, carecerán de todo derecho a ser indemnizados por la expropiación de estos obstáculos aéreos (artículo 10).

B. OBSERVACIONES: Las servidumbres aéreas estaban ya reguladas en nuestro Derecho a partir del Decreto-Ley de 19 de julio de 1927 sobre aeropuertos, y, sobre todo, por la Ley de 2 de noviembre de 1940 (cuyos artículos 11 y siguientes, ahora reformados, habían sido redactados posteriormente por la Ley de 17 de julio de 1945) y la Ley de Bases de la Navegación Aérea de 27 de diciembre de 1947 (bases 6.ª y 7.ª, sobre todo), a cuyo desarrollo se anticipa el actual Decreto, según el preámbulo del mismo dice.

El Decreto-Ley de 1927 (art. 5.º) establecía para los aeropuertos privados la servidumbre de despegue y aterrizaje en favor de los aviones oficiales. Pero no es a esta clase de servidumbres a las que común y estrictamente se considera como servidumbres aéreas, sino a las establecidas a partir de la Ley de 1940 que implican determinadas limitaciones del do-

minio (prohibiciones de edificar, plantar, etc.) de las fincas en que se instalan aeropuertos y las colindantes.

En este sentido hemos de aludir, para centrar el problema de las llamadas servidumbres aéreas, a la cuestión de la extensión vertical del dominio.

Dejando aparte las antiguas definiciones que daban una desmesurada amplitud al derecho del propietario (Derecho romano, y aun el artículo 552 del Código de Napoleón), parece hoy generalmente aceptado que el derecho del propietario se extiende en altura y profundidad hasta donde sea posible obtener una utilidad o disfrute; «los límites de la propiedad son, pues, las exigencias, el interés económico de su titular» (1). Tendencia que, aunque no estuviese incluida en el articulado de nuestro Código, apoyó la jurisprudencia al declarar que «la ocupación del espacio aéreo en tanto en cuanto no restringe de algún modo los derechos de propiedad del suelo, no aparece prohibida en nuestro Derecho» y, por tanto, «tal ocupación tampoco puede revelar limitación alguna de tal derecho en concepto de servidumbres» (2).

Pero es que, en nuestro caso, la limitación del dominio, es decir, la intromisión del derecho ajeno (aquí, del interés público de la navegación aérea), se refiere a una altura útil para el dueño. En efecto, se le prohíbe plantar, edificar, establecer, en fin, instalaciones normales sobre el suelo de su finca. He aquí, pues, que se le restringen sus derechos; hay una limitación no normal, sino extraordinaria de su dominio en atención a un determinado servicio público (3).

Ahora bien, estas limitaciones constituyen una verdadera servidumbre? Con arreglo al artículo 530 C. c. podría concluirse negativamente, ya que allí se habla de un gravamen sobre un inmueble en beneficio de otro y aquí no existen dos predios. Pero al mismo tiempo los artículos 549 y 550 C. c. se refieren a la existencia de servidumbres legales de utilidad pública regidas por leyes y reglamentos especiales. Clásicamente se incluían aquí las referentes a aguas, minas, montes, vías de comunicación, etc. Del mismo modo puede hoy hablarse —a partir de la Ley de Aeropuertos de 1940— de servidumbres de carácter administrativo en interés de la navegación aérea, esto es, de verdaderas servidumbres aéreas.

De tales servidumbres aéreas se ocuparon organismos internacionales como la C. I. N. A., surgida de la Conferencia de París de 1919, y el Congreso Iberoamericano de Navegación Aérea. En base a sus acuerdos, los diversos países llevaron a sus ordenamientos jurídicos este tipo de servidumbres con una serie de caracteres comunes (4).

Nuestro Derecho hemos visto que recoge estas ideas desde la Ley de Aeropuertos de 2 de noviembre de 1940 (arts. 11 y siguientes), modificada por la de 17 de julio de 1945, y ahora consagra el Decreto comentado. Viene a distinguirse éste de sus precedentes en señalar un área de maniobras —como zona del aeropuerto estrictamente— y una zona de recalada y prolongación de pistas (espacio aéreo de aproximación) frente al antiguo sistema de zonas periféricas y zonas subperiféricas.

Obvio es señalar que las fincas comprendidas en el espacio de aproximación es donde más agudamente se presenta la colisión y el sacrificio del derecho del propietario ante el interés público de la navegación aérea. Las limitaciones del dominio son tan importantes que el procedimiento que se prevé para las demoliciones de obstáculos e indemnizaciones corres-

(1) CASTÁN: "Derecho Civil Español común y foral", 8.ª edición, tomo II, página 101. En esta dirección, véase: IHERING, RUGGIERO, WOLFF, DE DIEGO, etcétera. Véase también el § 905 del B. G. B.

(2) S. T. S. de 1.º de febrero de 1909.

(3) V. CASSO: "Derecho Hipotecario", pág. 236.

(4) Véase en este sentido: CASAS (Revista Aeronáutica, núm. 24, noviembre de 1942), que resume los principios que en la legislación comparada presiden el régimen de las servidumbres aéreas.

Información legislativa

pondientes es, en su caso, el de la expropiación forzosa (arts. 4.º y 6.º del Decreto). Tal sistema se refiere lo mismo a las servidumbres en favor de aeropuertos públicos que en favor de aeropuertos privados (que no son sino concesiones administrativas). (J. LL.)

2. **CONCENTRACIÓN PARCELARIA:** *Se regulan determinados extremos de la misma completando la Ley de 20 diciembre 1952. (Decreto-Ley 5 marzo 1954; B. O. del 22.)*

A. **EXPOSICIÓN:** El presente Decreto-Ley regula determinados aspectos de la concentración parcelaria que la ley de 20 diciembre 1952 omitió o se limitó a aludir. Son los siguientes:

1. **Notificaciones.** Se establece con carácter general y plenos efectos la notificación edictal, exceptuándose únicamente aquellos casos en que los propietarios afectados hayan promovido individualmente reclamaciones o recursos, en cuyos supuestos la notificación se hará personalmente en el domicilio o persona que al reclamar haya designado (art. 1.º).

2. **Mejoras.** No se tendrán en cuenta para la valoración y clasificación aquellas que no siendo autorizadas por el Servicio de Concentración Parcelaria se hayan hecho con posterioridad al Decreto declarando de utilidad pública la concentración (art. 2.º).

3. **Perímetro de la zona a concentrar.** Aunque coincida con el del término municipal podrá el Servicio de Concentración Parcelaria incluir o excluir las fincas de la periferia cuya superficie se extienda a términos limítrofes, y ello con notificación edictal a los propietarios (art. 3.º).

4. **Terrenos de dominio público. Exclusión de la concentración parcelaria** previa determinación por los organismos correspondientes (arts. 4.º y 5.º). Tal determinación no implica un deslinde en sentido técnico ni prejuzga cuestiones de propiedad. No se siguen los trámites de la legislación sobre deslindes aunque se notifica edictalmente día y hora de su realización a los propietarios colindantes (art. 6.º). Si algún particular obtiene resolución firme en que se le reconoce la propiedad de una parcela excluida con arreglo a los artículos anteriores, el Servicio de Concentración Parcelaria puede optar entre devolvérsela o entregarla al adjudicatario del terreno colindante o próximo mediante el pago del valor de la parcela determinado conforme a la legislación de expropiación forzosa (art. 7.º).

5. **Tierras aportadas por el Instituto Nacional de Colonización.** Se destinarán a completar la propiedad de aquellos que no alcancen la unidad mínima de cultivo o incrementar la de aquellos que se estime conveniente para mejorar la utilización de sus parcelas (art. 8.º). El régimen jurídico de estas tierras será el que corresponda a las demás parcelas concentradas, aunque gozando sus adjudicatarios de las facilidades de pago señaladas a los parceleros o colonos del Instituto, y en los títulos se harán constar las cláusulas necesarias para garantizar los derechos de éste (art. 9.º).

6. **Ocupación temporal.** Queda autorizado el Servicio de Concentración Parcelaria para realizarla con objeto de dotar a las nuevas fincas de la adecuada red de caminos, y ello por el Decreto declarando de utilidad pública la concentración. En cuanto a la indemnización, regirá la Ley de

Expropiación forzosa de 10 enero 1879 y legislación complementaria (artículo 11).

7. Expropiación forzosa. Se autoriza al Servicio de Concentración para utilizar el procedimiento de urgencia que regula la Ley de 7 octubre 1939 cuando para realizar obras comprendidas en el Plan de Mejoras resulte imprescindible y el Decreto que acuerde la concentración servirá de declaración de utilidad pública y urgente ejecución (art. 12).

8. Recursos. Contra los acuerdos adoptados por las comisiones locales cabrá recurso de alzada ante la Comisión Central, interpuesto por los interesados a quienes directamente afecten y dentro del plazo de cinco días desde la notificación o publicación. Las resoluciones de la Comisión Central pueden ser recurridas ante el Ministro de Agricultura en plazo de quince días desde que fueron notificadas, con vista del expediente durante dicho plazo. Si transcurridos quince días desde la interposición del recurso ante el Ministro no se ha dictado resolución alguna se entiende confirmado el acuerdo y agotada la vía gubernativa (art. 13).

9. Rectificaciones. Si algún particular obtiene resolución firme que obligue a rectificar una concentración ya realizada o un proyecto definitivamente aprobado, el Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, podrá acordar que se sustituya la ejecución del fallo por el pago de una indemnización en metálico fijada conforme a la legislación de expropiación forzosa (art. 14).

E. OBSERVACIONES. 1. El comentario sistemático y exhaustivo de este Decreto-Ley se hizo por González Pérez en su trabajo «El régimen jurídico de la concentración parcelaria», tomo VII, fascículo III de este ANUARIO (páginas 829 a 866).

2. En diversos pasajes de su estudio se refiere González Pérez al equivocado criterio seguido en los artículos 11 y 12 del Decreto cuando se remite a las leyes de Expropiación forzosa de 10 enero 1879 y 7 octubre 1939, respectivamente, en lugar de la remisión amplia a «la legislación de expropiación forzosa», contenida en los artículos 7.º y 14. Promulgada la nueva Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, es necesario conectar con ella las referencias antes indicadas:

Artículo 7.º del Decreto-Ley con el Título III, capítulo III de la ley en cuanto sea aplicable por no existir normas distintas para la concentración parcelaria.

Artículo 11 con el Título IV, capítulo I.

Artículo 12 con el artículo 52 de la Ley.

Artículo 14 Como apunta González Pérez, pág. 865, puede ocurrir que en algún caso no sea la legislación de expropiación forzosa la aplicable, sino el artículo 92 de la Ley de lo Contencioso (cuando se trate de la ejecución de una sentencia contencioso-administrativa). (R. I.)

3. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: *Normas de procedimiento.* (Orden conjunta de Justicia y Agricultura de 22 noviembre 1954; B. O. del 24.)

A. EXPOSICIÓN: Regula la Orden citada con gran detalle las siguientes cuestiones: iniciación del procedimiento (arts. 1.º a 3.º), informes previos (4.º y 5.º), decreto de concentración (6.º y 7.º), deslinde y constitución de comisiones (8.º a 13), bases de la concentración (14 y 15), encuesta (16 a 20), acuerdos de las comisiones locales (21 y 22), recursos (23 a 29), unidad

mínima de cultivo (30), anteproyecto de concentración (31 a 37), proyecto definitivo (38 a 44), su publicación (45) y recursos contra el mismo (46), puesta en posesión de los lotes (47 y 48), expedición de títulos (49 y 50), inscripción en el Registro de la Propiedad (51 a 54) y, finalmente, entrega de títulos (55 y 56). Los artículos 57 a 62 contienen disposiciones generales. Tiene gran interés lo referente a la inscripción en el Registro de la Propiedad. El artículo 51 establece que tan pronto como la Comisión Local reciba los títulos de dominio (expedidos por el Notario a la vista del Acta de Reorganización y plano que le habrá remitido la Comisión cuando el proyecto definitivo sea firme en vía gubernativa) dispondrá su presentación escalonada en el Registro de la Propiedad, donde serán inscritos inexcusablemente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley de 20 diciembre 1952. Conforme al artículo 52, los registradores calificarán la competencia de las Comisiones Locales y las formalidades extrínsecas de los títulos que les presenten, procediendo a la inscripción de los mismos de acuerdo con las normas establecidas en el artículo 53.

Si el registrador aprecia la existencia de defectos u obstáculos registrales que impiden la inscripción devolverá los títulos a la Comisión Local, sin nota, pero con oficio de remisión que exprese tales defectos u obstáculos, a fin de que se lleven a cabo las rectificaciones procedentes. Todo ello sin perjuicio de la facultad de recurrir la Comisión Local contra la calificación.

La inscripción propiamente dicha se regula en el artículo 53, y el 54 declara la ineficacia de las inscripciones que se refieran a las antiguas parcelas de procedencia en cuanto sean incompatibles con las preceptuadas de acuerdo con las normas precedentes. Se cancelarán por nota marginal, siendo de aplicación el artículo 355 R. H.

B. OBSERVACIONES: Por medio de un procedimiento administrativo se vulnera el principio de legitimación registral y el artículo 1.º de la L. H. que coloca los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales. (R. I.)

DERECHO MERCANTIL

1. LETRA DE CAMBIO: ACCIÓN CAMBIARIA: *Se modifican el art. 521 del C. Co. y los números 4.º y 8.º de la LEC. (Ley de 16 diciembre 1964; B. O. del 19)*

A. EXPOSICIÓN: El artículo 521 del C. Co. y los números 4.º y 6.º de la LEC quedan redactados del modo siguiente:

Artículo 521. «La acción que nace de las letras de cambio para exigir en sus casos respectivos, del librador, aceptante, avalista y endosantes el pago o el reembolso, será ejecutiva, debiendo despacharse la ejecución, en vista de la letra y del protesto, sin otro requisito que el reconocimiento que de su firma hagan ante el Juez el librador, avalista o endosante demandados. Igual acción corresponderá al librador contra el aceptante para compelerle al pago. No será necesario el reconocimiento de firma para despachar la ejecución contra el aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad en el acto del protesto por falta de pago.

Tampoco será necesario el reconocimiento de firma para despachar la ejecución contra el librador, aceptante, avalista y endosantes, ni aun en el caso de haberse puesto tacha de falsedad en la aceptación, cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha, por agente de Cambio y Bolsa o corredor de comercio colegiado, o las respectivas firmas estén legitimadas por Notario.»

Artículo 1.429:

«Cuarto. Las letras de cambio, sin necesidad de reconocimiento judicial respecto al aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la aceptación hubiere sido intervenida o la firma del aceptante estuviera legitimada, de conformidad con el artículo quinientos veinticinco del Código de Comercio, la mera tacha de falsedad opuesta por el aceptante no impedirá el despacho de la ejecución, sin perjuicio de que dicha excepción pueda alegarse en el juicio.

Con la misma salvedad, tendrá aparejada ejecución la letra de cambio, sin reconocimiento judicial de firma, respecto del librador, avalista y endosantes, si sus actos hubieren sido intervenidos o sus firmas legitimadas en la misma letra, de acuerdo con el último párrafo del artículo 521 del Código de Comercio, siempre que se haya notificado notarialmente el protesto por falta de pago a las personas a que se refiere el artículo 517 del mismo cuerpo legal.»

«Sexto. Las pólizas originales de contratos mercantiles, firmados por las partes y por Agentes de Cambio y Bolsa o Corredores de Comercio colegiados que las intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dichos Agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su Libro Registro y la fecha de éstos.»

B. OBSERVACIONES: 1. En la nueva redacción del artículo 521 del Código de Comercio se incluye expresamente en el párrafo 1.º al avalista entre los posibles obligados en la vía de seguros por la acción ejecutiva, sin que ello tenga especial trascendencia, pues ya se admitía así antes de la reforma, a tenor del artículo 487.

2. El nuevo párrafo 3.º del artículo 521 y la modificación de los números 4.º y 6.º de la LEC, asignan especial fuerza probatoria a la intervención de los Agentes mediadores del comercio, de acuerdo con el carácter de Notarios mercantiles que el artículo 93 del Código de Comercio les confiere. (R. I.)

DERECHO PROCESAL

1. COMPETENCIA OBJETIVA: POSTULACIÓN: *Se eleva hasta 80.000 pesetas el límite máximo para los juicios declarativos de menor cuantía, exigiéndose, no obstante, que la comparecencia en juicio en los asuntos cuyo interés exceda de 20.000 pesetas sea por medio de Procurador. (Ley 16 diciembre 1954; B. O. del 19.)*

Se modifican por la presente Ley los artículos 483 y 484 de la LEC, en el sentido de elevar hasta 80.000 pesetas el límite máximo para los juicios de menor cuantía, continuando el mínimo en 10.000, conforme estableció

el Decreto de 21 de noviembre de 1952, que modificó el de 24 de enero de 1947, sobre competencia de la Justicia Municipal. (R. I.)

2. JUICIO EJECUTIVO: TITULOS EJECUTIVOS. (Véase D. m., 1.)

OTRAS DISPOSICIONES

1. FUNCIONARIOS PÚBLICOS: *Situación de los que pertenecen a la Administración Civil del Estado.* (Ley 15 julio 1954; B. O. del 16.)

Se aclara y sistematiza la regulación anterior y se suprime la cesantía como corrección disciplinaria.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BARTHOLOMEYCZIK, Horst: «*B. G. B. Erbrecht*» (Ein Studienbuch).
Munich y Berlín, C. H. Beck, 1954, XII; 358 págs.

Formando parte de la serie «Pequeños tratados para el estudio del Derecho», que con tanto éxito ha lanzado la Editorial C. H. Beck, de Munich y Berlín, aparece ahora el presente manual o «tratadito» («Kurzlehrbuch») de Derecho sucesorio alemán, debido a la pluma del doctor y «Donzent» Horst Bartholomeyczik.

El autor, según sus propias indicaciones, ha pretendido ofrecer una visión de conjunto del Derecho sucesorio, despertando en el estudiante el interés por el mismo y preparándole para una más profunda investigación de las distintas materias. En la obra se destacan siempre los principios generales orientadores del Derecho sucesorio del B. G. B., indicando al mismo tiempo las tendencias filosóficas que yacen en el subfondo de cada institución. En líneas generales, se adopta la sistemática del Código y se señalan con certero criterio las relaciones entre los principios jurídicos-sucesorios y aquellos que imperan en otras ramas del Derecho privado.

Abundantes ejemplos ilustran la obra y facilitan la perfecta comprensión de la misma y de lo que en ella se expone. El autor ha puesto especial cuidado en distinguir lo principal de lo secundario, y ha seleccionado unas indicaciones bibliográficas proporcionadas a la índole universitaria de su trabajo. En todo caso, tales indicaciones son del todo suficientes.

En suma: el libro de Bartholomeyczik constituye una lograda exposición elemental del Derecho sucesorio del B. G. B., que aunque escrito pensando en los estudiantes, puede ser consultado con fruto por quienes ya ostenten una cierta cultura jurídica.

Carlos MELON INFANTE
*Del Instituto Nacional
de Estudios Jurídicos*

CERRILLO QUILEZ, F.: «Manual teórico-práctico de Procedimiento Judicial arrendaticio rústico». Editorial Jurídica Española. Barcelona, sin fecha; 483 págs.

Sabido es que las normas sustantivas de los Arrendamientos Urbanos están enormemente dispersas, aconteciendo lo propio con las normas procesales, hasta el punto de poderse afirmar que es en este terreno en donde

menos influencia unificadora han ejercido, en general, las normas procesales de la justicia municipal.

El autor, tan conocido por su abundante publicación sobre temas arrendaticios, desenvuelve con bastante acierto los diversos tipos de procesos especiales que caben en esta materia (juicio de desahucio, juicio sobre embargo de bienes, devolución de fincas a los arrendatarios al amparo del artículo 5.º de la Ley de 18 de marzo de 1944, y juicio para todas las demás cuestiones especiales regulado por la disp. transit. 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940); añade luego ligeras indicaciones sobre los juicios ordinarios fundamentados en la Ley de Enjuiciamiento civil; trata con detalle de los recursos, costas y de la ejecución, finalizando la obra con una referencia a la legislación pertinente y a la jurisprudencia recaída en la materia. Como apéndice se insertan algunos formularios.

Es tónica general de las obras del autor la acumulación de materiales de desigual valor, y la inclusión en el texto de numerosas sentencias, lo que presenta—ciertamente—extraordinario interés, pero que al hacerse sin discriminación (sin emplear otro tipo de letra, por ejemplo) confiere al texto un aspecto especial. Por ser de época posterior, sin duda, a la publicación de la obra, no se han tenido en cuenta las modificaciones establecidas por la Ley de 17 de julio de 1953.

Gabriel GARCIA CANTERO

ESPIN CANOVAS, Diego: «Manual de Derecho Civil Español», vol. III, *Obligaciones y contratos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954; XXIII, 549 páginas.

Prosiguiendo la publicación de su «Manual de Derecho Civil Español», el profesor Espín Cánovas nos ofrece ahora el volumen III del mismo, dedicado a la materia referente a obligaciones y contratos. Sigue en este volumen el mismo criterio que presidió los dos anteriores (vid. la reseña de los mismos por el profesor Hernández Gil en este «Anuario», V. 1, 1952; págs. 269-271): armonizar el carácter elemental de la obra con la indispensable altura científica de la misma. El volumen que reseñamos constituye un auténtico modelo de lo que debe ser un manual de tipo universitario, que ha de cumplir al mismo tiempo la doble tarea, no siempre fácil y en ocasiones ingrata de «iniciar» y «enseñar».

La sistemática que adopta el profesor Espín en su exposición elemental del Derecho de obligaciones es sencilla y convincente, y, sobre todo, de una clara diaphanidad al alcance del estudiante universitario, que con frecuencia ha de luchar con la «trágica» falta de medios didácticos a su disposición. Divide la materia en siete secciones, cuyo contenido es el siguiente: I) Concepto, elementos y fuentes de la Obligación (caps. I-IV). II) Cumplimiento y otros medios extintivos de la Obligación (caps. I-II). III) Incumplimiento y retraso de la Obligación (caps. I-II). IV) Transmisión de la Obligación (caps. I-III). V) Protección y aseguramiento del Crédito (caps. I-II). VI) Las fuentes de la Obligación en particular (capítulos I-III). VII) Los Contratos típicos en particular (caps. I-VII).

Con el desarrollo de este esquema el profesor Espín Cánovas pone al alcance del universitario un valiosísimo instrumento de trabajo que, escrito sobre la fase fundamental del Código civil español, ofrece, no obstante, la necesaria información doctrinal y bibliográfica, presidida la primera por un criterio de ponderada crítica y la segunda por un criterio de feliz selección.

La extensión que se dedica a las diferentes materias es distinta según su mayor o menor importancia y según también su mayor o menor dificultad. Destaca, como ejemplo, el acertadísimo estudio que el autor hace de la prestación como objeto de la obligación, y la fusión que en el desarrollo del mismo (y en el sujeto de la obligación) hace de la clasificación de las obligaciones, que en su obra no figura—con gran acierto—como cuestión autónoma.

Es de desear que el doctor Espín finalice rápidamente la publicación completa de su Manual, que con toda seguridad será pronto una obra «clásica» en las Facultades de Derecho españolas.

C. M. I.

FAIREN GUILLEN, Victor: «El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales.» Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1963; 276 págs.

Conocida es la permanente atención prestada por el profesor Fairén a la «litis contestatio» romana y a sus desafortunadas supervivencias modernas, y asimismo su entusiasta dedicación a la historia del Derecho procesal. Ambas inclinaciones y preferencias personales se conjugan admirablemente en esta ocasión para ofrecernos un sugestivo estudio histórico-procesal, de la mayor actualidad, ahora que se está acometiendo la reforma necesaria de nuestros juicios ordinarios.

Mientras en los diversos países europeos los juicios plenarios rápidos introducidos por la «Saepe contigit» desbancaron al solemne «ordo iudicialis», arrastrando consigo la desaparición de la «litis contestatio», en nuestra Patria tal cosa no sucedió, sino que los juicios plenarios rápidos quedaron oscurecidos, otorgándose la mayor atención al juicio hoy llamado de mayor cuantía, con la consecuencia de seguir teniendo vigencia la l. c.

Sin embargo, las necesidades prácticas se hicieron cada vez más apremiantes, con el resultado de la aparición de innumerables procesos especiales inspirados en el de menor cuantía y en el verbal; basta citar como significativos ejemplos, el proceso laboral y el juicio mal llamado de cognición.

Hoy se impone una gradual reforma del juicio de mayor cuantía con la vista fija, más bien que en el de los incidentes que parece gozar de las preferencias del legislador, en el de menor y en el de pequeña cuantía. De esa forma el proceso civil dejaría de constituir una manigua legal propicia a la guerrilla y emboscada, y tornaría a ser un juego, un juego no-

ble—dice Fairén, recordando a Calamandrei—en el que rigiera ante todo el principio del «fair play».

A lo largo de la obra se suceden las observaciones sugestivas y los puntos de vista interesantes, y aunque alguna vez se discrepe (como nos sucede a nosotros en lo que se refiere a la catalogación del juicio de pequeña cuantía), no puede menos el lector de admirar al procesalista consumado. Felicitemos, una vez más, al profesor Fairén.

G. G. C.

FUENTES LOJO, Juan V., y FUENTES LOJO, José: «La competencia y el procedimiento en la Justicia municipal, con los Decretos de 21 de noviembre de 1952». José María Bosch, editor. Barcelona, 1953; 217 págs.

No pretende en modo alguno el autor una «Codificación» del Derecho sustantivo y procesal que se aplican por los órganos de la Justicia municipal, pues tal propósito estaría condenado al fracaso antes de nacer. Han sido necesidades prácticas de la vida diaria y la coyuntura de haberse promulgado los importantes Decretos de 21 de noviembre de 1952, las que han movido al Juez municipal de Barcelona, señor Fuentes Lojo a facilitar el trabajo de sus compañeros reuniendo en su volumen, fácilmente manejable, el conjunto de normas jurídicas referentes a la competencia en materia civil, criminal y en actos de jurisdicción voluntaria, así como al procedimiento en los juicios verbales de faltas, juicios verbales civiles, procedimiento llamado de «cognición» y especiales de las leyes de Arrendamientos rústicos y urbanos, todo ello en los Juzgados de paz, comarcales y municipales.

Se trata, en suma, de un «vademecum» legislativo, muy manejable, que será útil a cuantos tienen que ver con la Justicia municipal.

G. G. C.

FUENTES LOJO, Juan V.: «El procedimiento de la Justicia municipal a través de formularios». José María Bosch, editor. Barcelona, 1954; 326 páginas.

Puede discutirse largamente acerca de la conveniencia o no de los Manuales de formularios: en cuanto representan un pie forzado que puede coartar la libre expresión de la voluntad del órgano jurisdiccional, y constituyen un vehículo de transmisión de defectuosas construcciones gramaticales perpetuando así el tan calumniado lenguaje del foro, no cabe duda que los formularios perjudican más que benefician. Pero no es posible desconocer los servicios utilísimos que también han prestado a jueces, secretarios y abogados «novatos». Quizá habrá que concluir acerca de la conveniencia de un buen Manual de formularios como «medio de orientación».

El que ahora comentamos viene a ser un apéndice de la obra del propio autor, titulada: «La competencia y el procedimiento en la Justicia mu-

nicipal, añadiendo la materia del Registro civil, que en esta última no se había tocado. Limitado en su alcance a la Justicia municipal, el autor ha tenido el acierto de hacer preceder la inserción de cada fórmula o grupo de fórmulas de una breve nota explicativa que ilustrará a los Jueces de paz que no sean letrados y a los Secretarios de Ayuntamiento que desempeñan las secretarías de Juzgados de menos de 5.000 habitantes.

Felicitemos al autor por el servicio que ha prestado a cuantos tienen algo que ver con la Justicia municipal.

G. G. C.

GARCIA CORACHAN, M.: «Accidentes de trabajo en la industria (Estudio teórico práctico de la legislación y doctrina jurisprudencial que los regulan)». Madrid, 1953; 635 págs.

El volumen legislativo y la importancia práctica creciente alcanzada por los accidentes de trabajo en la industria, hacen que se agradezca la publicación de una obra dedicada a la exégesis de cada uno de los preceptos de la ley y reglamento que los regulan.

Siendo originariamente privado el contrato de seguro, al tener como objeto los accidentes laborales que se producen en la industria, penetra en el Derecho laboral, en el que, sin embargo, no acaba de encontrar encuadramiento adecuado, quizá por la misma inseguridad de contornos que hoy presenta el Derecho laboral. En cualquier caso, basta consultar la jurisprudencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo para convencerse de que la legislación de accidentes es una materia de máxima actualidad.

En medio centenar de páginas nos ofrece el autor de la presente obra unas nociones generales sobre el contrato de seguro y los seguros sociales, que constituyen la parte de menos interés, pasando luego a lo que es objeto principal de la obra. Artículo por artículo va comentando la Ley de 8 de octubre de 1932 y su Reglamento de 31 de enero de 1933, insertando siempre las normas legales de menor rango que los aclaran o completan, las decisiones jurisprudenciales y el comentario doctrinal pertinente, casi siempre claro y oportuno. En un apéndice a la primera edición de la obra se inserta al legislación y jurisprudencia aparecida hasta el 12 de diciembre de 1952.

Obra fundamentalmente práctica, creemos cumple la finalidad perseguida por su autor. En el orden los reparos, creemos que acaso hubiera ganado en claridad y facilidad de consulta si los correspondientes artículos del Reglamento se hubiesen comentado simultáneamente con los de la ley.

G. G. C.

KARL HEINZ SCHWAB: «Der Streitgegenstand im Zivilprozess», 1954.

Como dice el autor en el prólogo de esta monografía, el objeto de la litis constituye el punto central del Derecho procesal civil y la determinación de su naturaleza y de su ámbito son de significación decisiva para

la acumulación de acciones, la modificación de la demanda, la litispendencia y la extensión de la cosa juzgada material.

El libro se divide en dos grandes partes. Una, dedicada a exponer las teorías fundamentales de la actualidad sobre lo que sea el objeto del proceso. Y otra, al examen de las repercusiones del problema en la sistemática fundamental del Derecho procesal civil.

Se exponen las teorías de Lent, Rosenberg, Nikisch, la de los «Comentarios» de Stein-Jonas-Schönke y Baumbach-Lauterbach y la de Bötticher. Y las repercusiones de la teoría del objeto de la litis se estudian con respecto a la acumulación de acciones, a la transformación de la demanda, a la litispendencia y especialmente a la cosa juzgada.

Como conclusión del autor, se perfila la de que lo decisivo para la identidad de la pretensión procesal es el elemento de la petición: la fundamentación de la demanda carece de significación para la definición del objeto litigioso. Con este motivo se proponen algunas reservas y enmiendas a la tarea legislativa y se concluye afirmando que el concepto del objeto de la litis, aplicable a toda clase de demandas, se define como la solicitud que se contiene en la decisión judicial a la que se remite la petición de la demanda. El concepto tiene carácter puramente procesal y, en opinión del autor, es más amplio y comprensivo que el de la doctrina dominante, siendo, desde luego, motivo de recomendación de esta monografía la apreciación favorable que de la misma hace Rosenberg en la sexta edición de su famosísimo manual.

Jaime GUASP DELGADO
Catedrático de Derecho Procesal

MARTINEZ GIL, Alejandro: «Código de Deontología Jurídica». P. Y. L., S. A., Madrid, 1954; 193 págs.

Libro es este que reseñamos, reducido por su volumen, pero extraordinariamente rico por su contenido. Como su título indica suficientemente, se trata de un Código de Moral de los profesionales del Derecho.

Nos dice su ilustre prologuista—don José Castán Tobeñas, maestro, hoy más que nunca, en la cumbre de la Magistratura española—que no puede concebirse un Derecho desligado de la Moral, ni una Ciencia Jurídica que no parta del conocimiento de la conducta humana en general y de las leyes morales que la rigen; pero la Ciencia Jurídica moderna olvidó, en gran parte, estas directivas y menospreció la genial construcción de los juristas clásicos españoles. A suplir en lo que cabe este olvido viene una nueva disciplina que puede configurarse como la Ética Jurídica profesional.

Hasta el momento presente disponíamos fundamentalmente en nuestro idioma de la excelente obra del P. Salmans, S. J. («Deontología Jurídica o Moral profesional del abogado», Bilbao, 1947), pero sentíase la conveniencia de disponer de un texto que, breve y sintéticamente, expusiera la materia en forma articulada o de código. Y a satisfacer plenamente esta aspiración viene la presente obra, realizada por un equipo de especialistas agrupados en un Seminario de Deontología, bajo la dirección de don Alejandro Martínez Gil, profesor del Seminario Conciliar de Madrid.

El libro primero se dedica a exponer principios generales de Moral: acto humano moral, la conciencia, la ley, la justicia, la reparación del derecho.

El segundo trata de la Moral de las diversas profesiones jurídicas, concretando las hipótesis hasta donde es posible; en particular se exponen las reglas concernientes a los funcionarios judiciales, abogados, procuradores, notarios, registradores, abogados del Estado, inspectores de Tributos.

En apéndice y con mayor extensión se estudian cuestiones varias, unas que están de actualidad, otras de gran importancia en la Moral; señalemos las que se refieren al probabilismo moral, a la ley injusta y el jurista, el jurista y la moral financiera y fiscal, el narcoanálisis en la práctica jurídica, el jurista en la cátedra y el abogado asesor en materia laboral.

Sin afán alguno de crítica, para la que en modo alguno nos creemos capacitados, y en relación con el último de los supuestos indicados—el abogado asesor en materia laboral—nos permitimos sugerir la conveniencia de trasladar su tratamiento al libro segundo, en lugar de incluirlo en el apéndice, y ello en razón a la importancia creciente del Derecho Laboral y a los desenvolvimientos que cabe prever tendrá en un próximo futuro. En tal supuesto parecería natural que se estudiase la llamada «Justicia Social» al lado de las otras tradicionales especies de Justicia (conmutativa, legal y distributiva).

Diremos, por último, que se insertan en el apéndice diversos discursos y alocuciones de S. S. Pío XII sobre materias jurídicas. A ellos debe añadirse el reciente e importante discurso a los juristas católicos italianos del 5 de diciembre de 1954, que por ser posterior a la publicación de la obra no ha podido incluirse en ella. (Puede consultarse su texto en la revista «Ecclesia», núm. 700, 1954, II, pág. 649.)

Saludamos con alborozo la aparición del presente «Código de Deontología Jurídica», cuya presentación y fácil manejo agradarán a todos, y deseamos que se publique cuanto antes el complemento que se anuncia y que ha de tratar de la «Moral de las Instituciones jurídicas». Hacemos nuestros los votos que formula don José Castán para que «este libro obtenga la difusión que merece, no sólo entre los más típicos profesionales del Derecho (funcionarios judiciales y fiscales, notarios, abogados, etc.), sino también entre todas aquellas personas que tienen que relacionarse con la Justicia, con la Administración pública o con la Hacienda del Estado. Y ojalá llegue a ser también un breviario para los estudiantes de Derecho, quienes podrán sacar de él no poca utilidad formativa». Y ello, porque estamos íntimamente persuadidos de que «en los difíciles tiempos que corremos, sólo de la restauración de una exquisita conciencia moral y del cumplimiento de los deberes profesionales de todos, y especialmente de quienes nos preciamos de juristas, cabe esperar remedio a los males que pesan sobre nuestras atormentadas sociedades.

Gabriel GARCIA CANTERO

*Doctor en Derecho. Juez Comarcal,
Alumno de la Escuela Judicial.*

MESSINEO, Francesco: «Manuale di Diritto Civile e Commerciale». 8.^a edizione, volume terzo, parte prima, tomo secondo. Milano, Giuffrè, 1954, XXIII; 598 págs.

Para los que hemos seguido paso a paso la lenta pero periódica aparición de los distintos volúmenes de la octava edición del «Manuale» del profesor Messineo, no puede menos de constituir un motivo de satisfacción la circunstancia de que, con el presente tomo, la obra quede completamente terminada. El «Manuale di Diritto Civile e Commerciale» del eminente maestro italiano ha sido una de las obras que en estos últimos años ha gozado de más merecida fama, y de una mayor difusión entre los «profesionales» y los «intelectuales» del Derecho. Unos y otros encuentran en el Manual del profesor Messineo puntual información, profunda y sugestiva doctrina y, en conjunto, una lograda construcción sistemática del actual Derecho Privado Italiano en toda su abrumadora amplitud.

A nuestro juicio, el Manual de Messineo ha de gozar de una superior consideración a la de los libritos de «Istituzione», en los que tan envidiable maestría han logrado los expositores italianos. Pero, al mismo tiempo, es, en su conjunto, una obra «superior» a los Tratados monumentales con que también cuenta la doctrina italiana. Sobre aquéllos tiene la ventaja de su mayor amplitud y más profundo tratamiento de las distintas materias; sobre éstos (por regla general fruto de numerosas plumas), la inestimable ventaja de su unidad.

En el tomo que nos ocupa (que abarca de los párrafos 153 ter a 169 bis) continúa el autor el desarrollo de la parte especial del Derecho de Obligaciones (a él se dedican además el volumen III, parte 1.^a, tomo I, y el volumen II, parte 2.^a): estudia las «Particulares Relaciones Obligatorias» con arreglo a la siguiente sistemática:

Termina la exposición de los contratos no tratados en el tomo anterior (volumen III, parte 1.^a, tomo I): asociación en participación, coaliciones entre Empresas en sus diversas formas, contratos de gestión (mandato, comisión, agencia, etc.), mediación, contratos agrarios, comodato y mutuo, contratos bancarios, seguros, contratos aleatorios y análogos, y transacción.

Aborda después el desarrollo de las «Obligaciones no Contractuales», dividiendo la materia en dos grandes apartados: A) Obligaciones derivadas de promesa unilateral, y B) Obligaciones derivadas de la Ley. En el primero, después de referirse a la Promesa unilateral, expone con gran amplitud los títulos de crédito (en general y en particular), viendo en ellos una figura de promesa unilateral de prestación y comparando tal enfoque con el adoptado por otras doctrinas. En cuanto a las Obligaciones Legales, comienza el profesor Messineo aludiendo en general a la Ley como fuente de las Obligaciones, para, a continuación, exponer los distintos tipos de Obligaciones Legales, con arreglo a esta distribución: I) Gestión de negocios ajenos, repetición de lo indebido, enriquecimiento sin causa, asistencia y salvamento. II) Responsabilidad Civil. III) Concurrencia desleal.

Este es el contenido del tomo reseñado, expuesto a grandes rasgos. Con él queda completo el «Manuale» que en su octava edición constituye una auténtica refundición de los distintos volúmenes, que han visto doblada su extensión y decisivamente enriquecido su contenido. El autor promete la pronta aparición de un volumen apéndice, comprensivo de un índice alfabético-analítico de toda la obra, de la que ya se anuncia en Argentina una edición española.

Carlos MELON INFANTE

Del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

PALANDT, Otto: «*Bürgerliches Gesetzbuch*». Bearbeitet von B. Danckelmann, H. Gramm, U. Hoche, W. Lauterbach y L. Rechen-Macher, 13 edic., Munich y Berlín, C. H. Beck, 1954, XXXV; 2405 págs. tomo VII de la Colección «Beck'sche Kurz-Kommentare»).

Como los comentarios al Código civil alemán dirigidos por Otto Palandt son ya conocidos del lector español (vid. amplias reseñas de la 10.ª y 11.ª ediciones en este ANUARIO, V, 3, 1092-1094, y VI, 4, 963-964); nos limitamos a dar cuenta de la aparición de esta 13.ª edición que no es otra cosa que una reimpresión inalterada de la 12.ª que vio la luz en marzo de 1954. Se mantienen en todo las características ya conocidas de la obra, enriqueciéndola con la más reciente doctrina y jurisprudencia especialmente en lo tocante a la debatida y delicada cuestión de la equiparación entre marido y mujer o «*Gleichberechtigung*».

C. M. I.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: ex profesor de la Universidad de Madrid: «*La obligación natural. Nuevas aportaciones a la teoría comunitaria del Derecho*». Con apéndice sobre Derecho y jurisprudencia italianos. Madrid, Reus, 1953; un volumen de 193 págs.

Mi ex compañero y siempre querido amigo, Lino Rodríguez Arias, dedica a la materia anunciada en el título su último libro: lo más logrado que se ha escrito sobre el tema en la literatura jurídica española e hispanoamericana.

El libro comienza con tres capítulos sobre la obligación natural en el Derecho romano, mostrando el concepto y el origen histórico de esta categoría su evolución, los casos en que existe, y sus efectos en cada uno, y señalando al final la diferencia entre los supuestos económicos y sociales que sirvieron de base a aquella regulación, y los que inspiran las actuales, haciéndose eco del nuevo enfoque que viene a dar al problema de la obligación natural la publicación del Código italiano vigente.

Viene luego un estudio sobre las tendencias doctrinales de la obligación natural en el Derecho moderno, contraponiéndose las teorías que ven en ella un simple deber moral y las que sostienen que se trata de una verdadera obligación jurídica, idéntica a la obligación civil, de la que se

diferencia por su menor eficacia. Todas ellas se basan en una consideración unilateral del problema

El autor rechaza, en primer lugar, las teorías que consideran a la obligación natural como una obligación civil imperfecta (no nacida o degenerada), como, asimismo, las que equiparan a aquélla con la obligación ilícita. Alude, de pasada, al importante problema del pago «ob turpem causam», entendiendo que no cabe la existencia de una obligación natural cuando una obligación ha sido declarada nula por la ley, indicando al efecto los artículos 4.º y 1.275 del Código civil; lo que hay es que no en todo caso de «soluti tetentio» puede hablarse de obligación natural, y así en los juegos ilícitos—materia en que se detiene varias páginas—que «carecen de una causa lícita o justa, siempre necesaria en toda clase de obligaciones».

Expone luego los inconvenientes de la posición opuesta que identifica la obligación natural con los simples deberes de conciencia, pasando de una separación demasiado rigurosa entre el Derecho y la moral, a la total confusión: a propósito de ella examina el problema del cumplimiento de la obligación natural por error en el Derecho comparado y en el español. Analiza posteriormente el significado del artículo 1.901 del Código civil, considerándolo como fundamento de la obligación natural en nuestro Derecho, en oposición al artículo 619 «residencia habitual del deber moral... donde advertimos que netamente la disposición a título gratuito sufre en cierto modo una metamorfosis, porque desde el ángulo moral existen deudas contraídas que no son exigibles jurídicamente, más que en conciencia obligan como si fueran válidas positivamente, dándose un impulso muy particular sobre el ánimo del obligado, aun cuando no sea la coacción jurídica precisamente dicha». Pero «el responder a las exigencias del artículo 619 es cumplir un deber moral que pudiéramos llamar de «sentido personal», ya que se motiva siempre en consideración a la persona en favor del cual repercute la actuación del donatario, mientras que la norma jurídica recogida en el artículo 1.901, no corresponde a lo que pudiéramos llamar impropriamente el simple deber de donar que hace referencia a la liberalidad sin atender a que nazca de particulares circunstancias *verbi gratia*, el caso regulado en el párrafo 1.º del artículo 1.894, en el que se inserta la fórmula amplia de «oficio de piedad»; ni tampoco a la relación personal nacida de ciertos actos morales entre sujetos determinados sin que tenga ninguna relevancia jurídica, sino que el artículo 1.901 opera con el precepto moral ya transformado en norma jurídica, en consideración al bien de la comunidad, porque generalmente el que entrega algo y no puede repetir, si es que no lo ha entregado a título de liberalidad, lo ha hecho en función de otra «causa justa», que el Derecho sanciona, no sólo en atención a la obligación del que da respecto del que recibe, sino además tomando en cuenta la función social que incumbe cumplir a cada uno de los miembros de la comunidad; es decir, que dicho artículo 1.901 impone la irrepetibilidad de la prestación, por estimar que lo dado en un cierto caso que no puede repetirse sin lesionarse los intereses de la sociedad, que exige a cada uno de los particulares el cumplimiento de una

determinada función y, por tanto, que sus actos, de «sentido social» repercutan jurídicamente...»

Habida cuenta de lo anterior, nuestro Código civil en su artículo 1.901, se refiere bajo el término «causa justa» a todas aquellas obligaciones que obedeciendo a un principio de moral social, surgen al margen del ordenamiento positivo, quien las toma en consideración ordenando su irrepetibilidad, puesto que hacer lo contrario implicaría lesionar el bien de la comunidad.»

Considérase luego si la obligación natural es compensable y si existe en ella un crédito antes de efectuar la prestación el deudor, cuestión ésta que lleva al estudio de temas tan interesantes como la donación remuneratoria, la validez, en cuanto obligación natural, de los negocios nulos por defecto de forma, y la distinción entre liberalidad de uso y obligación natural; puntos, los dos últimos, prácticamente no abordados por la doctrina española.

La tercera parte de la obra comienza con una descripción de la teoría del débito y la responsabilidad y un examen de la obligación natural desde este punto de vista, que el autor no acepta. Siguen otros capítulos sobre su carácter patrimonial, la relevancia jurídica de la voluntad del deudor, la susceptibilidad de pago de la obligación natural, el cumplimiento hecho por un incapaz, y la obligación natural como categoría independiente de los negocios a título oneroso y a título gratuito.

La cuarta y última parte contiene la aportación más personal del autor: una construcción de la obligación natural como deber jurídico, partiendo de la posición pluralista de la ciencia del Derecho que defienden los institucionalistas, y en que se basa asimismo la «teoría comunitaria». Para ello, comenzando por una breve síntesis de la teoría de la institución a través de la doctrina francesa e italiana, y poniendo luego de relieve la trascendencia jurídica del bien común, se adhiere el doctor Rodríguez-Arias a la distinción de «Santi Romano» entre deber jurídico y obligación en sentido estricto, diciendo que «el primero es aquel que no es correlativo en ninguno de los aspectos que ésta puede darse, a derechos de otros sujetos, y, por este motivo, permanece fuera de la órbita de toda relación jurídica con persona o cosa determinada. No obstante, a este concepto corresponde un poder «datu sensu» que define como aquel que se desarrolla en dirección genérica; esto es, carece de objeto singularmente determinado, que no se resuelve en pretensiones hacia otros sujetos, que por esto no sería correlativo a obligaciones, lo cual quiere decir que no es elemento de concretas relaciones jurídicas. Por el contrario, los poderes que se desarrollan en particulares y singulares relaciones con una cosa u otro objeto o persona determinada, los cuales tienen obligaciones correlativas, son los poderes que asumen el carácter de derechos subjetivos, correspondiéndoles siempre obligaciones. De esta distinción pasa ágilmente a la del profesor De Buen entre obligaciones especiales e institucionales; estas segundas, que constituyen verdaderas situaciones jurídicas—o «status»—de carácter personal, revisten la nota de permanencia, durando tanto cuanto el fin que les da origen, y suponen derechos de

unión, en cuanto se da la adhesión de las voluntades humanas a la idea directriz, constituyendo una unidad superior con sustantividad propia: así, en opinión del autor, «no pueden llamarse propiamente obligaciones, por reunir los caracteres del deber jurídico», que él mismo define como «la constricción de carácter imperativo, genérico o intransmisible, derivada de la relación inmediata entre un sujeto de Derecho y el ordenamiento jurídico positivo, que sitúa a aquél en una posición jurídico-objetiva y pasiva, durante todo el tiempo que subsista el fin para que surge dicha relación jurídica».

Poniendo ahora en relación estas ideas con el pluralismo jurídico de Santi Romano, que proclama «la existencia de ordenamientos jurídicos al margen de aquel en el que el Estado desarrolla su actividad», cabe negar «a la obligación natural su carácter exclusivo de deber moral, reconociéndosela perfecta y completa en su propio ordenamiento. De este modo, el Derecho positivo no se enfrenta con meros hechos no jurídicos que producen determinadas consecuencias, sino con verdaderos institutos jurídicos, válidos en diversos ordenamientos al suyo, y cuyos efectos no le queda más remedio que regular por la trascendencia que tienen socialmente».

Por lo demás, hay que excluir en materia de obligación natural «el derecho de reenvío entre los ordenamientos diversos de aquél del Estado. Otra cosa es que exista una mutua compenetración entre los mismos, como así lo demuestra el hecho de que el ordenamiento del Estado no pueda permanecer indiferente a los efectos producidos por los vínculos jurídicos que se establecen en esferas ajenas a la suya».

El autor concluye—tras unas páginas que la falta de espacio impide reproducir, y que, apretadas de pensamiento, no son fáciles de sintetizar—que nuestro Derecho positivo configura a la obligación natural como un deber jurídico por las razones siguientes:

«1.ª Porque no se dirige a sujeto determinado, sino a todo aquel que se halle en una situación jurídica dada (que haya efectuado un pago debido por justa causa), no importándole el otro término de la relación, a quien se refiere bajo la forma genérica de acreedor.»

«2.ª Es la voluntad libre del deudor que provoca la acción del ordenamiento, que le constriñe de modo necesario a la irrepetibilidad.»

«3.ª El principio de irrepetibilidad se deriva de un orden general pre-establecido en el seno de una comunidad de Derecho.»

«4.ª La constricción grava al deudor imperativamente o a sus herederos...»

«5.ª Este poder coactivo le proviene al deber jurídico del estatuto creado por el legislador, que es donde consta específicamente la intensidad y la extensión de la prohibición (v. gr., excluye la irrepetibilidad en el supuesto de que lo entregado no obedezca a justa causa), y sólo a través del cual se relaciona genéricamente con el acreedor.»

«6.ª En fin, el cumplimiento de la obligación natural origina la creación del «deber jurídico negativo», que constriñe al deudor a la irrepetibilidad de la cosa entregada, no extinguiéndose mientras subsista la causa

justa que dió lugar a la entrega, esto es, permanezca la finalidad de la relación jurídica que se estableció.»

De donde se deduce la siguiente definición de la obligación natural: «el deber jurídico de irrepetibilidad, que constriñe al deudor que ha efectuado un pago no exigible civilmente, en cumplimiento de una causa justa, cuyo vínculo jurídico existía al margen del derecho positivo por haberse establecido al amparo de la moral social».

A través de este resumen, aún incompleto y defectuoso, el lector ha podido valorar la obra mucho mejor que leyendo unas líneas de elogio; éste, a fuerza de ser regla casi general de las reseñas bibliográficas, necesariamente habría de parecer formulario. No puede terminar la presente, empero, sin dar a mi buen amigo, el doctor Rodríguez-Arias, mi efusiva enhorabuena por esta manifestación de su estro jurídico y su infatigable laboriosidad.

José Luis LACRUZ BERDEJO

SANTOS Y PASTOR, Angel: «Arrendamientos protegidos. Acceso a la propiedad. Facultades del arrendador. Ley de 15 de julio 1954 (Jefatura del Estado)». Valladolid, 1954; un folleto de 55 páginas.

Ya es bien conocido entre juristas y agricultores el autor de este interesante trabajo que se publica como apéndice a la obra más extensa del mismo sobre arrendamientos rústicos.

Sigue, en el estudio que se hace de la Ley de 15 de julio de 1954, el sistema exegético, comentando, por su orden, los artículos de la Ley. Como corresponde a tan profundo conocedor de la materia, las relaciones de los puntos tocados por la Ley estudiada, con otros de otras disposiciones arrendaticias rústicas, brotan con gran fluidez, con lo que el nuevo texto legal queda encuadrado en el panorama general de la regulación española de arrendamientos rústicos.

La obra que nos ocupa tiene las cualidades de sus anteriores: finalidad esencialmente práctica, divulgando las prórrogas concedidas, aumento de renta, precio del acceso, etc. Las citas de jurisprudencia y de doctrina son acertadas y abundantes, sin faltar los trabajos preparatorios de los que, entre otras consecuencias, obtiene la falta de vigencia de la Ley hasta que se dicten las disposiciones complementarias.

Profundo conocedor del campo palentino, del que ama intensamente sus tierras, sus costumbres y folklore, ofrece interesantes datos de la extensión que, en distintas regiones de la provincia castellana, pueden alcanzar los arrendamientos rústicos protegidos, sobre cuyo concepto versa la introducción en el trabajo que dejamos recensionado.

Ignacio SERRANO

TASSINARI, Giuseppe: «Economía agraria» (traducción española de González González y Suárez Suárez de la segunda italiana). Madrid, 1954; un volumen de 275 págs.

La traducción de la obra de Tassinari se lleva a cabo por dos estudiosos españoles de la economía agraria para ofrecer no sólo a los estudiantes de las diversas Facultades y Escuelas Especiales un instrumento útil de trabajo y meditación, sino también para contribuir con ello al homenaje del ilustre profesor, hoy ya desaparecido.

Nada más justo que traducir una obra de la nación italiana, a quien tanto se debe en el esfuerzo de constituir y fundamentar la Ciencia agraria. Factores de orden político, social y económico han hecho desembocar en la posguerra del último conflicto internacional en una aceleración del proceso de planificación del campo. El principio de «socialización» conducirá—según afirmó Bolla (1)—a un nuevo derecho de la tierra, hostil a la propiedad individual. El principio—añadirá—está destinado a actuar como límite, a transformar la propiedad individual en propiedad social.

Frente al viejo problema de la reforma agraria, que pretendía el incremento productivo de la tierra, actualmente en Italia toma otros derroteros; se trata, además del mejoramiento productivo de las tierras, del mejoramiento económico de los trabajadores del campo. Como advirtió Barassi (2) supone la modificación estructural de las relaciones entre la tierra y el trabajo. Para la realización de esta tarea el Estado entra en acción: la reforma agraria se hace ante todo un problema político y, con ellos, se acentúa su anturaleza pública; la finca, como objeto de contratación vinculada por las voluntades particulares para una determinada forma de explotación tendrá no sólo una función privada, sino una finalidad social. El Estado cuidará que ésta se realice con arreglo a sus planes políticos.

Tassinari toma en cuenta estos fenómenos. En los cinco capítulos de su obra hace un balance general de los problemas que tiene hoy planteados la economía agraria. Comienza con el análisis de la base fundamental en que se asienta esta economía: la empresa agraria. Este pilar básico del nuevo Derecho agrario, que encauza la actividad económica del labrador, conduce a perfilar su personalidad como un empresario. La empresa es el eje que va a definir el Derecho agrario. Orlando (3) y Passanelli (4) dirán que la empresa es el polo interno sobre el que gravita el fenómeno económico y que el Derecho agrario es el Derecho del empresario agrícola, el Derecho del agricultor. Tassinari traza las líneas en cuanto a los capitales de la empresa agraria, los servicios productivos, las personas económicas y las remuneraciones respectivas, el examen de los títulos del activo y del pasivo del balance de la producción, la renta y su distribución, el balance de la empresa y el ciclo productivo.

(1) Bolla, *L'articolo 44 della Costituzione italiana a la sua interpretazione*. Firenze, 1949, pág. 3.

(2) Barassi, *Proprieta e comproprietà*. Milano, 1951, pág. 337.

(3) Orlando, *Corso di diritto agrario*. Palermo, 1952, pág. 22.

(4) Basanelli, *Corso di diritto agrario*. Milano, 1946, pág. 2.

Es objeto de su particular examen la materia que se refiere a la economía del capital fundiario. Los problemas del capital fundiario y la propiedad de la tierra son analizados con cuidado. Asimismo, las mejoras fundiarias y los problemas de elección económica, el estudio de algunas mejoras fundiarias en particular y la intervención del Estado en la ejecución de las mejoras (bonifica), alcanzan en la obra de Tassinari especial relevancia.

Más generales son las cuestiones referentes a lo que él enclava bajo el título de «Economía del capital de ejercicio». El ganado, los alimentos, las máquinas y utensilios, así como los medios de fertilización. El «trabajo humano en la agricultura» compone la parte jurídico privada de la obra. Bajo este epígrafe se estudian las características del trabajo en Agricultura, la organización científica del trabajo y la distribución del trabajo humano en la empresa agraria, la pequeña propiedad y las formas contractuales; arrendamiento, enfitéusis y aparcería.

Por último, Tassinari estudia la ordenación de la producción en la empresa agraria. Son objeto de su examen los tipos de sistemas agrarios. La amplitud de la empresa, la combinación de cultivos y las industrias transformadoras de los productos del suelo.

Los traductores españoles tratan de hacer resaltar algunas de las limitaciones a que se vieron sometidos con la presente obra. Estas limitaciones—dicen—se refieren, por una parte, a aspectos informativos sobre datos de la economía agraria española; de otra, a la posible validez para nuestro país de algunas de las conclusiones a que llega el autor al aplicar la teoría, puesto que no hay que olvidar que la Economía agraria es siempre una economía aplicada. Los traductores tratan, además, de reparar aquellas dificultades mediante la inclusión de algunas notas. En cuanto al segundo problema se atenúa bastante si se aprecia la similitud extraordinaria entre Italia y España. Una serie de datos y características son semejantes entre ambos países más que los de cualquier otro pueblo europeo. Por estas consideraciones justifican los traductores su versión española.

La obra, aunque está concebida en términos elementales, es una buena guía de iniciación en las cuestiones económico-agrarias que tiene la virtud, además, de conducir al estudioso a abrir nuevos horizontes y a meditar sus problemas.

José BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL (*).

1. Parte general.

AFTALION, Enrique R.: «*Escepticismo jurídico y ciencia del Derecho*». RFDBA, Año IX, número 38, junio 1954; págs. 407-424.

Crítica de las posiciones escépticas (a lo Kirchmann) en torno al Derecho. El autor examina sus puntos de arranque, sus causas y sus equivocaciones.

ARAUZ CASTEX, Manuel: «*Sentido de las denominaciones de lo jurídico*». RFDBA, Año IX, número 38, junio 1954; págs. 425-433.

Desentraña el autor el sentido, alcance y razón de ser de los términos «jus», «derecho» y «law».

BARBOZA, Julio: «*La enseñanza en las Escuelas de Derecho de los Estados Unidos*». L., 16, septiembre 1954; págs. 1-4.

Señala el contraste entre la didáctica jurídica argentina y la de los Estados Unidos.

BOBBIO, Norberto: «*La teoria pura dei diritto ed i suoi critici*». RTDP, Año VIII, número 2, junio 1954; págs. 356-377.

Apunta las críticas frecuentes que más corrientemente se han dirigido a la teoría pura del Derecho de Kelsen, principalmente por los jusnaturalistas y sociólogos. A juicio del autor, las referidas críticas no son consistentes. Señala sus errores y ofrece a continuación nuevas direcciones, con arreglo a las que podría hacerse la crítica exacta de algunos puntos de vista kelsenianos.

CAERAL DE MONCADA, Luis: «*Integração de Lacunas e Interpretação do Direito*». RDES, julio-septiembre 1954; págs. 159-195.

El tema de las lagunas de un ordenamiento jurídico plantea dos principales problemas: el de advertir si los espacios vacíos de normación quedaron así por causa de un olvido o inadvertencia del legislador o fueron, por el con-

(*) Vid. la clave de abreviaturas al final de la Sección.

trario, zonas que deliberadamente el legislador dejó vacías para excluirlas de la tutela jurídica. La segunda cuestión plantea más a fondo el problema de la misma posibilidad conceptual de las lagunas: si el juez tiene que extraer del ordenamiento en vigor una solución lógica y justa de la laguna, se reduce a un obstáculo que dificulta un poco la labor del juez, pero nada más. Debatidos estos problemas, el profesor de Coimbra examina los varios métodos de interpretación de la ley que, en el caso de las mal llamadas lagunas, se convierte en integración del Derecho).

CONTRERAS ABURTO, LUIS E.: *«Algunos aspectos de la Legislación civil soviética»*. RC, Año XXII, número 87, enero-marzo 1954; págs. 39-51.

Con el presente trabajo, el autor termina su exposición divulgadora de los rasgos salientes de la legislación civil de los soviets. En el número de R. C. que reseñamos, se refiere a la cuestión de la prueba y a los recursos de casación y revisión.

COSSIO, CARLOS: *«La polémica anti-egológica»*. L., 7, octubre 1954; páginas 1-6.

Prosecución de la polémica entre Cossio y Kelsen.

DAVID, RENÉ: *«La tradición jurídica francesa»*. CDF, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 18-28.

El profesor David destaca algunas características del Derecho histórico francés que pueden ayudar a comprender mejor el Derecho francés actual. Se refiere al antiguo Derecho francés, a la tradición y codificación y a la función de las Universidades

DEL VECCHIO, GIORGIO: *«Sobre la politicidad del Derecho»*. L., Tomo 75, 6 agosto 1954; págs. 1-5.

Comienza refiriéndose a la doctrina reciente que ha afirmado que la politicidad es un carácter esencial del Derecho. Alude luego a lo justo político en la doctrina aristotélica y en Santo Tomás. Delinea los conceptos de juridicidad, positividad y estatalidad, en conexión con los que llama órdenes jurídicos no estatales y antiestatales. A juicio del profesor Del Vecchio, no puede decirse que la politicidad sea elemento esencial del Derecho.

ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO: *«La filosofía jurídica en la Noruega contemporánea»*. RGLJ, septiembre 1954; págs. 233-252.

Pretende abrir caminos al lector español interesado por las ideas jurídicas escandinavas actuales, exponiendo los sistemas de Hagerup, Hoel, Castberg.

Andenaes, Aubert y algunos otros, de los que tan sólo se citan sus obras más conocidas.

GOLDSCHMIDT, Werner: «Observaciones referentes al Anteproyecto del título preliminar del Código civil, elaborado por el Ministerio de Interior y de Justicia de la Nación». L., 24, septiembre 1954; págs. 1-3.

Se ciñen las observaciones al Derecho internacional privado, haciendo una crítica favorable a la intención del legislador, y poniendo reparos tan sólo en cuanto a su distribución.

HAMEL, Joseph: «Las tendencias generales de la Doctrina francesa de Derecho privado a mediados del siglo XX». CDF, número 1, julio-diciembre 1953; páginas 7-18.

Después de esbozar la evolución del Derecho privado francés hasta fines del siglo XIX, manifiesta el autor que las tendencias actuales en la doctrina francesa, en materia de Derecho privado, son: atención a los métodos y soluciones de la práctica jurídica; acercamiento al Derecho público a consecuencia del mayor intervencionismo estatal, y ensanchamiento de las construcciones francesas, mediante la investigación y utilización del método comparativo.

JUSTO, Alberto M.: «Indagación de la bibliografía argentina de Derecho Comparado». L., Tomo 75. 20 julio 1954; págs. 1-2.

Indica el autor algunas obras argentinas referentes al Derecho comparado.

MANTILLA PINEDA, B.: «La Egiología Jurídica de Carlos Cossío». ED, volumen XV, número 45, agosto 1954; págs. 375-398.

Exposición divulgadora de la doctrina que sobre el Derecho mantiene el filósofo argentino Carlos Cossío.

PIOTTI, Celestino: «La unidad conceptual del Derecho Internacional Privado y el problema de su codificación unilateral integral. Sugerencias para nuestro país». BDC, julio-diciembre 1952; págs. 143-173.

Tres partes estructuran este trabajo: el tratamiento doctrinal de la unidad conceptual del Derecho internacional privado; el problema de la oportunidad de codificar integralmente en un país todas sus normas, y la aplicación de este último problema al caso argentino, con el examen de los proyectos ya realizados.

PIOTTI, Celestino: «*Unidad estructural del Derecho Internacional Privado*». BIDC, enero-diciembre 1953; págs. 65-220.

Constituye, en realidad, un examen completo de la estructura conceptual y fuentes del Derecho internacional privado, instituciones propias y plan de distribución de sus materias.

ROMERO DEL PRADO, Víctor N.: «*Inclusión de normas de derecho internacional privado en el Código civil a sancionarse: su distribución en tal caso, o su clasificación independiente e integral*». L., 20, agosto 1954; págs. 1-3.

Examen del Proyecto del Código civil en el aspecto del Derecho internacional privado y en los términos en que se planteó en el II Congreso Nacional de Derecho civil, reunido en la Córdoba argentina, en noviembre de 1937.

SCOGNAMIGLIO, Renato: «*Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla Dinamica del Diritto)*». RTDP, Año VIII, número 2, junio 1954; págs. 331-355.

Reproducción del ensayo destinado al volumen con que la Universidad de Urbino honra la memoria de Alfredo Scaglioni.

Comienza exponiendo la doctrina del hecho jurídico para enlazarla después con la hipótesis de hecho como presupuesto de efectos jurídicos. Así, la hipótesis de hecho asume una eficacia causal en la dinámica del Derecho.

THIEME, Hans: «*El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del Derecho Natural*». RDP, Año XXXVIII, números 448-449, julio-agosto 1954; págs. 597-617.

En conexión con un trabajo de Kohler, en el que se aconsejaba (en los años 1916-17) el conocimiento y estudio de los juristas españoles del siglo XVI, el autor examina someramente la significación de algunos de ellos: Vitoria, Domingo de Soto, Vázquez de Menchaca, Molina, Gabriel Vázquez. La importancia de estos escritores supera a la de Grocio.

ZIMMERMANN, Theo: «*Analogie oder Umkehrschluss?*». NJW, Año VII, cuaderno 17, 30 abril 1954; págs. 624-627.

Ofrece el autor unas sugerencias sobre la analogía y la argumentación a *contrario sensu* en la interpretación de la Ley, con referencia a los párrafos 1.717 y 616 del B. G. B., al párrafo 32 de la Constitución de Baden y al párrafo 64 de la Ley Fundamental de Bonn.

2. Derecho de la persona.

BUTLER, José A.: «*Personas por nacer*». BIDC, julio-diciembre 1952; páginas 103-140.

El artículo no solamente plantea la problemática civil *nasciturus* y de las medidas a tomar para el nacimiento y los bienes, sino que se extiende también a una segunda parte en la que se examinan los temas de las condiciones de la personalidad del nacido, la viabilidad y las pruebas del nacimiento.

CIASULLO, Aldo L.: «*El hombre y la comunidad internacional*». RFDM, Año V, número 1, enero-marzo 1954; págs. 105-178.

Trabajo muy completo sobre los derechos del hombre en el seno de la comunidad internacional. El autor alude a: I, Los derechos humanos en sus orígenes; II, La doctrina del derecho natural; III, Reconocimiento constitucional de los derechos del hombre; IV, El hombre como sujeto del orden jurídico internacional; V, Carta de las Naciones Unidas; VI, Deliberaciones de San Francisco; VII, Labor positiva internacional; VIII, Proyectos de Pactos; y IX, Conclusiones.

En el presente número de *ED.*, el autor sólo desarrolló hasta el apartado V, inclusive.

GRANILLO ARTURO: «*Algunas consideraciones acerca del nombre de las personas*». BIDC, julio-diciembre 1952; págs. 177-207.

En primer lugar trata del nombre personal en todas sus dimensiones doctrinales: concepto, elementos, naturaleza jurídica, teorías acerca de ella, caracteres. En segundo, estudia las deficiencias en la regulación argentina del nombre, sus causas y los modos de superación, mediante la crítica del Derecho comparado.

GUERRERO BURGOS, Antonio: «*En torno al problema de la seguridad jurídica en la posesión de títulos nobiliarios*». RDP, Año XXXVIII, número 450, septiembre 1954; págs. 783-785.

En base a dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, el autor nos ofrece unas breves sugerencias sobre la perpetuidad e imprescriptibilidad de las dignidades nobiliarias.

JESCHECK, Hans Heinrich: «*Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*». NJW, Año VII, Cuaderno 21, 28 mayo 1954; págs. 783-786.

Consideraciones generales sobre la Convención europea, votada en Roma el 4 de noviembre de 1950 por los representantes de trece Estados (miembros

de la Comunidad Europea) sobre la Protección a los derechos y libertades fundamentales del hombre.

JUSTO, Alberto M.: *«Apuntaciones sobre la ciudadanía y la naturalización»*. L., 18, septiembre 1954; págs. 1-2.

Señala las diferencias de los términos nacionalidad y ciudadanía y la tendencia de las Leyes y Proyectos argentinos sobre su adquisición por naturalización.

OGAYAR Y AYLLON, Tomás: *«De los Españoles y Extranjeros»*. RGLJ, Tomo XXIX (197), número 4, octubre 1954; págs. 422-446.

El autor hace un somero examen de los principales aspectos de la Ley de 15 de julio de 1954 que, como es sabido, ha dado nueva redacción a los artículos 17 a 27 del Código civil español.

QUEYRAT, Jean: *«El Estatuto jurídico de los españoles en Francia de acuerdo con la convención consular hispano-francesa de 7 de enero de 1862»*. RDP, Año XXXVIII, números 448-449, julio-agosto 1954; págs. 641-656.

Las circunstancias del mundo actual han desempolvado la Convención de 1862, y el autor examina, en conexión con sus disposiciones, la posición de los españoles en Francia en materia de alquileres, daños de guerra y ejercicio del comercio.

3. Derechos reales.

BEQUER, Ludwig: *«Die analoge Anwendung des § 989 BGB, bei "vorübergehender Verwahrung"»*. NJW, Año VII, Cuaderno 21, 28 mayo 1954; págs. 786-787.

El párrafo 989 del B. G. B. determina que, desde la litis pendencia, el poseedor es responsable para con el propietario por los daños, pérdida o imposibilidad de restitución de la cosa originada por su culpa. El autor comenta una sentencia del B. G. H. de 11-X-1951 en la que se declaró que la norma es aplicable, por analogía, al depositario que, poseyendo sólo pasajeramente la cosa, la daña o menoscaba por su culpa antes de la litis pendencia.

PERONE, Vittorio: *«Sull'uso di un'ala condominiale da parte del condómينو»*. DG, julio-octubre 1954; págs. 360-363.

Comenta una resolución de un tribunal italiano que permite usar individualmente a uno de los condóminos de una casa en propiedad horizontal, una era que forma parte anexa al edificio y no es dependencia de ningún fundo rústico.

MARTI SALAZAR, JUAN F.: «*Jurisdicción competente para el conocimiento de cuestiones de parecido o semejanza entre marcas susceptible de inducir a confusión, como causa de nulidad de la posterior*». RDP, Año XXXVIII, número 451, octubre 1954; págs. 874-880.

Esima el autor que las cuestiones de parecido o semejanza entre una marca concedida y otra anteriormente registrada sólo pueden ser combatidas mediante recursos de revisión o contencioso administrativo, y no mediante acción civil de nulidad del registro.

MASCAREÑAS, C. E.: «*Las denominaciones de origen de los vinos en Francia*». CDF, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 88-96.

Estudia, por separado, las denominaciones de origen simple y las controladas.

4. Obligaciones y contratos.

ALLENDE, Guillermo L.: «*Trabajos ordenados por la Admón. pública en un inmueble. Obligado: locador o locatario?*». L. Tomo 75, 13 julio 1954; páginas 1-2.

El artículo 1.526 del Código civil argentino no resuelve el problema, pero ha de entenderse que las obras en cuestión corren a cargo del arrendador. Cita doctrina y jurisprudencia.

BELMONTI, Guido: «*Inefficacia della sentenza di rilascio per sopravvenuta disponibilità di altro alloggio*». DG, julio-octubre 1954; págs. 331-334.

Cuando se pretende la cesación del contrato de arrendamiento por necesidad para sí del arrendador y existe una sentencia firme condenando al desalojo, si entre el momento de ser firme la sentencia y el lanzamiento el dueño consigue otro local, al cesar la necesidad cesa la razón de la sentencia y ésta se hace ineficaz.

BRUMBY: «*Freie Kündigung der Unternehmenspracht?*». NJW, Año VII. Cuaderno 18, 7 mayo 1954; págs. 664-665.

Es discutido en Alemania el problema de si puede denunciarse libremente el arrendamiento de uso y disfrute de una empresa. El autor expone la cuestión, considerando especialmente el parágrafo 36 de la Ley de Protección al arrendatario.

CALVOSA, Carlo: «*La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*». RTDP. Año VIII. número 2, junio 1954, págs. 378-413

Después de aludir a la relación del *neminem laedere* con el proceso, ofrécese un estudio de la responsabilidad en el ámbito procesal.

CICALA, Raffaele: «*Divisibilità e indivisibilità delle obbligazioni di "far godere"*». *Necessità di uno (o più) dei locatori, proprietari "prodiviso" dell'inmobile locato*. DG, julio-octubre 1954; págs. 307-319.

Cada uno de los arrendadores copropietarios de un piso pueden exigir la cesación de la prórroga del contrato arrendaticio por necesitar para sí la vivienda. El razonamiento se basa en el principio de que las obligaciones indivisibles pueden ser exigidas por uno solo de los acreedores

COING, Helmut: «*Zur Abwicklung der Reichsschulden*». NSW, Año VII, Cuaderno 22, 4 junio 1954; págs. 817-821.

El profesor Coing examina la liquidación de deudas del Reich, distinguiendo las que descansan en el Derecho privado y las que descansan en el Derecho público. Señala, luego, los principios fundamentales en la regulación de las deudas del Reich.

DEVEALI, Mario. L.: «*Resultados del primer Congreso Internacional de Derecho social*». L., 5, octubre 1954; págs. 1-2.

Resumen de las tesis sostenidas en el Congreso de San Pablo, del 8 al 15 de agosto de 1954, entre las que interesan destacar la concerniente al contrato individual y la que se refiere a los contratos colectivos de trabajo.

FUENTES LOJO, Juan V.: «*El traspaso de los locales de negocio y la resolución del arrendamiento por incumplimiento de sus requisitos*». FG, Año XII, número 94, julio-agosto 1954; págs. 339-367.

Estudio muy completo del traspaso y de la resolución a que puede dar lugar el incumplimiento de los requisitos del mismo. Alude a los antecedentes del traspaso, a su concepto y requisitos, al tanteo y retracto, a la participación en el precio del traspaso, etc., etc.

GLASER, H.: «*Aufnahme des Ehegatten in die Mietwohnung nach der Eheschliessung*». NJW. Año VII, cuaderno 18, 7 mayo 1954 páginas 666-668.

Una persona tiene arrendada una vivienda. Si se casa ¿puede recibir en la vivienda a su conyuge sin permiso del arrendador? Es esta una cuestión dis-

cutida en el Derecho alemán. El autor expone la posición de algunos Tribunales territoriales en pro de la tesis afirmativa y de la negativa. El problema cobra especial interés si la «vivienda arrendaticia» era una única habitación que se arrendó amueblada.

HEBRAUD, P.: «Responsabilidad civil del comitente». CDF, número 1 julio-diciembre 1953; págs. 69-81.

Comentario a una interesante sentencia del Tribunal de Casación francés de 23 de marzo de 1953. Un criado toma una escopeta y, creyéndola descargada, apunta y dispara sobre una joven, hiriéndole el rostro. ¿Es responsable el dueño de la escopeta? El Tribunal declara que no.

LÜKE, Gerhard: «Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht Gehörige bewegliche Sache». ACP, Tomo 153. Cuaderno 6, noviembre 1954; págs. 533-547.

Realizada la ejecución forzosa sobre una cosa mueble, si ésta no pertenece al deudor que sufre la ejecución ¿qué responsabilidad se origina en el acreedor a causa de enriquecimiento? El problema es discutido en Alemania, dándole solución distinta los civilistas y los procesalistas.

MONTÉL, Alberto: «Ancora sulla responsabilità del proprietario di autoveicolo nei confronti dei terzi trasportati». DG, julio-octubre 1954; págs. 358-360.

La norma sobre discriminación de la responsabilidad del conductor de un automóvil y la del dueño del mismo en el caso de daño a personas o cosas transportadas con respecto al viajero o remitente, hay que encontrarla en base a que la responsabilidad del primero sólo puede ser extracontractual, mientras que la del segundo es también contractual.

MUNDO, José A. M.: «Acercas de las reservas y el pago por consignación». L., 9 octubre 1954; págs. 1-2.

La vertiginosa desvalorización de la moneda argentina ha hecho introducir en los recibos a los acreedores la frase «bajo reserva de derechos». Se trata de averiguar si esta frase significa una restricción puesta a la aceptación del pago, en cuyo caso procede la consignación.

PEDRO PASTO, J.: «El pluralismo y el dualismo en el problema de las Fuentes de la obligación». RGLJ, Tomo XXIX (197), número 4, octubre 1954; páginas 385-421.

Comienza refiriéndose a las posiciones dualistas y pluralistas en materia de fuentes de las obligaciones, en el campo doctrinal y legislativo. Alude luego a

la promesa unilateral. Para el autor, partidario de la posición dualista, las Fuentes son: El ordenamiento jurídico y la voluntad del que se obliga. El autor detalla su postura.

DEL POZZO, Mario: *«Termine stabilito nell'interesse dell'obligato e risoluzione per eccessiva sopravvenuta onerosità della prestazione»*. DG. julio-octubre 1954; págs. 264-278.

Dando por resueltas las cuestiones fundamentales en torno a la resolución de los contratos por excesiva onerosidad, trata de un problema concreto en referencia con la acción para pedirla: la duración de la misma o el plazo para interponerla.

REINICKE, G. - REINICKE, D.: *«Wertsicherungsklauseln»*. MDR. Año VII. Cuaderno 7, julio 1953; págs. 385-391.

Estudio de las cláusulas de estabilización, con especial referencia a la situación de Alemania al finalizar la guerra. Relaciona el problema con la Ley monetaria alemana, alude a la influencia de las cláusulas de estabilización en la circulación de capitales y en la de los bienes, y termina enfrentándose con algunas hipótesis concretas en que cobran especial relevancia las cláusulas de estabilización.

ROMERO VALENZUELA, J.: *«Algunas leyes recientes sobre alquileres y para fomento de la construcción»*. CDF, número 1, julio-diciembre 1953; páginas 82-87.

Indicación de algunas leyes recientes dictadas en Francia para hacer frente a ciertos aspectos del problema de la vivienda.

ROQUETTE, Hermann: *«Das Problem der Abstandszahlungen im Mietrecht»* NJW. Año VII. Cuaderno 18, 7 mayo 1954; págs. 657-660.

En el contrato de arrendamiento de uso («Mietvertrag») puede pactarse el pago de una suma a consecuencia del incumplimiento o para asegurar a la otra parte que éste no se producirá.

Se estudia su eficacia, distinguiendo según a quien se pague: al arrendador o al arrendatario.

STOLFI, Giuseppe: *«Concessioni di alloggi e contratti di locazioni non soggetti a proroga»*. DG. Año 69, número 2, marzo-abril 1954; págs. 81.

Con especial referencia a la prórroga y a los problemas que entraña, el autor se fija en ciertos tipos especiales de locación urbana en los que la eficacia y

justicia de la prórroga ha sido puesta en entredicho. Examina la concesión de alojamiento en casas pertenecientes a entes públicos y el supuesto en que, con la locación urbana sobre casas «privadas», vayan ligadas otras relaciones jurídicas.

VILLAR, Agustín M.: *«El concepto de familia en la legislación patria y la doctrina de un acuerdo plenario de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones de Paz de la Capital Federal»*. L., 28, agosto 1954; págs. 1-2.

El concepto de familia se intenta dilucidar tan sólo a efectos de determinar hasta qué extremos alcanza la sucesión en el arrendamiento.

5. Derecho de familia.

DEL AMO, León: *«Los matrimonios civiles durante la República»*. RDP, Año XXXVIII, número 447, junio 1954; págs. 539-540.

Exposición de las ideas fundamentales que el autor mantiene en su monografía del mismo título publicada en Madrid por la Editorial Rev. Der. Priv.

CASIELLO, Juan: *«La Familia en el segundo plan quinquenal»*. RFDBA, Año IX, número 38, junio 1954; págs. 445-471.

Destaca el autor la enorme importancia de la familia en la grandeza de los pueblos y examina la prevalente atención que el actual Derecho constitucional argentino le concede.

DESBOIS, Henri: *«El gobierno de la familia en Derecho Francés»*. CDF, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 45-68.

Se trata del informe nacional francés presentado al Primer Congreso Internacional de Turistas Católicos (1 al 4 de octubre 1953). El autor se ocupa de la autoridad marital, de la autoridad paterna y de sus relaciones recíprocas y con el poder público.

DESFONTIN, José Luis: *«Las transacciones a favor del matrimonio según el Código civil»*. BIDC, enero-diciembre 1953; págs. 223-233.

Razona una interpretación sistemática del artículo 843 del Código civil argentino que prohíbe en las cuestiones de validez o nulidad del matrimonio la transacción a no ser a favor del matrimonio mismo. El razonamiento se basa en la imposibilidad de transigir cuando de materia matrimonial se trata.

Hay que entender en vez de transacción, convalidación, confirmación o desistimiento, según los casos.

FERRARA, Alma: «*Appunti sulla alienazioni di beni ereditari appartenenti a minori*». DG, julio-octubre 1954; págs. 241-263.

Conflicto de normas entre el artículo 320 del Código civil italiano que regula en general los poderes del padre sobre los bienes de los hijos sometidos a su potestad y el artículo 747 del Código procesal civil que requiere determinadas autorizaciones, según se trate de muebles o inmuebles. El autor apunta una nueva teoría conciliadora haciendo ver la distinta finalidad de ambas normas.

GRAUPNER, R.: «*Scheidung englischer Ehen durch deutsche Gerichte*». NJW, Año VII, Cuaderno 22, 4 junio 1954; págs. 825-827.

Con ocasión del divorcio de matrimonios ingleses ante Tribunales alemanes, se alude a interesantes cuestiones en este delicado aspecto del Derecho Internacional Privado.

HABSCHEID, Walter J.: *Kritische Gedantren zur Rechtsprechung des BGH zu § 48 Ehegesetz*. MDR, Año VII, Cuaderno 7, julio 1953; págs. 394-397.

El parágrafo 48 de la Ley alemana de Matrimonio de 1946 permite que cada cónyuge solicite el divorcio cuando la comunidad doméstica de los cónyuges está suprimida desde hace tres y no hay esperanza de su restablecimiento a consecuencia de una profunda perturbación de la relación entre los casados.

El autor comenta algunas recientes decisiones de BGH sobre esta norma.

HAMEL, Walter. «*Vonden Grenzen profaner Gesetzgebung in Ehesachen*». ACP, Tomo 153, Cuaderno 6, noviembre 1954; págs. 481-492.

El aspecto sacramental del matrimonio separa a éste de los contratos e impone al Legislador unos límites derivados de la ética y formados por el Cristianismo. El autor examina los límites a que ha de someterse el legislador profano en materia de matrimonio, divorcio, disolución. Todo ello referido al Derecho alemán y en vista de «esperada» reforma y refundición del Derecho de Familia.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: «*La constitución obligatoria de la dote*». RJC, Volumen LXXI, número 5, septiembre-octubre 1954; págs. 407-425.

Estudia el profesor Lacruz la dote obligatoria en el Derecho Histórico, Formal y Comparado. Se refiere después a la Dote Obligatoria en el Código civil.

OLIVAR DAYDI, Jorge: «*¿Pueden adoptar, en Cataluña, los que tengan descendientes legítimos o legitimados?*» RJC, Volumen LXXI, número 5, septiembre-octubre 1954; págs. 442-446.

Mantiene el autor la tesis afirmativa respecto a la posibilidad de adoptar en aquellas personas que tienen descendientes legítimos o legitimados.

6. Derecho de sucesiones.

BELTRÁN DE HEREDIA, J.: «*El Saneamiento por evicción en la partición hereditaria*». RDP, Año XXXVIII, número 451, octubre 1954; págs. 837-859.

Arrancando del carácter declarativo de la partición, el profesor Beltrán nos ofrece un estudio muy completo del saneamiento por evicción en la misma. Señala las diferencias con el saneamiento en la compraventa e indica sus requisitos. Se refiere después a sus efectos y termina aludiendo a los casos en que cesa la obligación de sanear. Visión del artículo 1.070 C. c.

CICU, Antonio: «*Alienazioni di beni di eredità beneficiata senra autorizzazione giudiziale*». RTDP, Año VIII, número 2, junio 1954; págs. 319-330.

El artículo 493 del Código civil italiano conmina con la «decadenza» del beneficio de inventario de heredero que dispone de bienes hereditarios sin observar las formas prescritas en el Codice di procedura.

El profesor Cicu estudia la naturaleza y fundamento de esta norma.

FOER, Heinz: «*Die Berücksichtigung des Willens des Testators bei der Auslegung mehrdeutiger Verfügungen von Todes Wegen*». ACP, Tomo 153, Cuaderno 6, noviembre 1954; págs. 492-532.

Profundo examen del problema de en qué forma y hasta qué límites debe tenerse en cuenta la voluntad del testador en la interpretación de disposiciones «mortis causa» equívocas, en el supuesto de que la aludida voluntad haya sido manifestada sin observancia de forma y haya surgido después del otorgamiento de la disposición de cuya interpretación se trate.

Para el autor la voluntad del testador, en el supuesto indicado, sólo debe tomarse en cuenta en dos casos: 1.º Cuando la oscuridad de la disposición surja a posteriori y vaya ligada a esa voluntad «aformal»; 2.º Cuando la oscuridad de la disposición sea originaria, en la medida en que se deba a viciosa orientación del causante en relación con los presupuestos personales o reales de la disposición «mortis causa».

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: «*Naturaleza y Eficacia de la partición practicada por el testador por acto "inter vivos"*». RDP, Año XXXVIII, número 447, junio 1954; págs. 494-538.

Estudio muy completo del artículo 1.056 del C. c. Resumimos las conclusiones del autor. En cuanto a la naturaleza entiende que es un acto de adjudicación, realizado por el propio testador y vertido en un molde contractual. Analiza después la eficacia de la partición con respecto a los herederos y con respecto al testador mismo.

JORGE LAJE, Eduardo: «*La transmisión onerosa de bienes a los legitimarios*». L., 13, agosto 1954; págs. 1-6

Problemas de aplicación del artículo 3.604 del C. c. argentino, tendente a evitar una transmisión onerosa simulada para favorecer a un legitimario.

MARTÍ MIRALLES, JUAN: *Sobre la cuarta marital. Sobre el artículo 811 C. c. Sobre la legítima*. RJC, Volumen LXXI, número 5, págs. 426-439.

Reproducción de un Dictamen evacuado en 1934, en materia referente a lo enunciado en el epigrafe.

SAPENA, Joaquín: «*El pacto sucesorio en el Alto Aragón*». RDP, Año XXXVIII, número 450, septiembre 1954; págs. 734-783.

En sus diversas modalidades, y con gran detalle, son estudiados los distintos tipos de pacto sucesorio en el Alto Aragón: Pacto de nombramiento de heredero; Pacto de renuncia; Pacto de sucesión futura a favor de los hijos de los contrayentes; Pactos en favor del viudo y Acogimiento y Dación personal.

El autor se muestra partidario de las figuras que minuciosamente nos describe.

DE SIMONE, Mario: «*Esecuzione testamentaria e litisconsorzio necessario*». DG, julio-octubre 1954; págs. 325-330.

En los juicios promovidos contra la herencia, el heredero y el ejecutor testamentario son necesariamente litisconsortes, salvo en el caso de que el primero tenga la representación de la herencia, ya que entonces el segundo carece de legitimación.

II. DERECHO HIPOTECARIO

DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: «*Las anotaciones de demanda y el procedimiento de efectividad de derechos reales inscritos*». RDP, Año XXXVIII, número 447, junio 1954; págs. 477-494.

El autor dedica unas interesantes consideraciones al problema del obstáculo que la vigencia de anotaciones preventivas de demanda puede ofrecer para la incoación del procedimiento especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, o procedimiento de efectividad de los derechos reales inscritos. Analiza las distintas posiciones doctrinales. Ve en la anotación un obstáculo al procedimiento

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades.

DA COSTA, Philomeno: «Sociedades Anónimas. Del contralor judicial o administrativo de sus asambleas generales. Conveniencia de la adopción de principios uniformes sobre la materia». SA. Año IX, número 98. Julio 1954: páginas 291-296.

El autor invoca la conveniencia de que exista un control judicial o administrativo de las Asambleas generales de las Sociedades Anónimas, en defensa de las minorías.

ESPINOSA, Carlos Alberto: «En torno a la capacidad comercial de las personas individuales». BFD. Año XVIII, números 1-2. enero-junio 1954; páginas 115-167.

Estudio muy completo y con abundante doctrina y profusión de citas de Derechos extranjeros, sobre la capacidad de las personas físicas para ejercer el comercio en la legislación argentina

FISCHER, Robert: «Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte». NJW. Año VII, Cuaderno 21. 28 mayo 1954; págs. 776-780.

Con referencia a la Jurisprudencia del antiguo «Reichsgericht» y a la actual del «Bundesgerichtshof», se examinan ciertos aspectos del ejercicio de los derechos derivados de la cualidad de miembro de una Sociedad, y los límites inherentes a ese ejercicio.

GUGLIELMI, Antonio: «In tema di società occasionali». DG. julio-octubre 1954: páginas 293-302.

La responsabilidad de una Sociedad ocasional titular de una empresa, no varía con respecto a la de una Sociedad en general.

KÜHLEWEIN, Robert: «Die Verantwortlichkeit der Arbeitnehmer-Vertreter im Aufsichtsrat». NJW. Año VII. Cuaderno 17. 30 abril 1954; págs. 621-624.

La Ley de constitución de empresas ordena la existencia de representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia de las empresas. El autor examina su responsabilidad.

RESTREPO DUMIT, Carlos: «Acciones y accionistas». ED. Volumen XV número 45, agosto 1954; págs. 407-494.

Estudio de la «acción» en su triple aspecto de parte alicuota de capital, con junto de derechos ligados a esa parte y título o documento. El autor critica, en ciertos aspectos esta triple característica, y examina cómo se ha llegado a ella.

VALLENTIN, Wilhelm: «Die Beschlussfähigkeit des unvollständigen Aufsichtsrats». NJW. Año VII. Cuaderno 17, 30 abril 1954; págs. 626-628.

Con referencia a algunos supuestos se fija el autor en la cuestión de la posible capacidad de tomar decisiones por el Consejo de Vigilancia de una empresa, cuando esté incompleto.

3. Cosas mercantiles.

FERRER, Manuel Augusto: «La duplicata. Caracteres jurídicos de este título de crédito». BFD. Año XVIII, números 1-2, enero-junio 1954; págs. 45-75.

Creado por la Legislación brasileña, la «Duplicata» es un título de crédito de emisión obligatoria en las ventas mercantiles a plazo. Se entrega firmado por el comprador al vendedor después de recibir las mercancías.

El autor estudia sus características, su difusión en otros países y la conveniencia de su adopción por la Legislación argentina.

NAVARRO IRUINE, Félix: «Las observaciones al Proyecto de Lima sobre unificación de la Legislación cambiaria en América». RFL. Año XLI, número 1, enero-abril 1954; págs. 3-18.

Reproducción de los comentarios del autor al Proyecto de Lima (81 artículos), sobre unificación del Derecho Cambiario en América.

El trabajo fué presentado como ponencia oficial del Colegio de Abogados de Lima, y en él se van examinando los distintos capítulos del Proyecto.

4. Obligaciones y contratos.

MAPELLI, Enrique: «Vigencia de las condiciones tarifarias como cláusulas del contrato de transporte ferroviario». RJC. Volumen LXXI, número 5, septiembre-octubre 1954; págs. 455-460.

En base al artículo 351 del Código de Comercio estudia el autor la naturaleza de la condición tarifaria como cláusula contractual.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

PANDOLFO, Antonio y CARREÑO, Francisco: «El Código Aeronáutico argentino». L., 23, septiembre 1954; págs. 1-3.

Historia de la elaboración doctrinal y legislativa, del contenido y alcance del Código de 15 de julio de 1954.

6. Derecho de quiebras.

ARTEAGA, Juan José de: «Unificación de los privilegios. Proyecto de Ley de Bancarota del Poder Ejecutivo». BFD. Año XVIII, números 1-2, enero-junio 1954; págs. 77-114.

Propone el autor la unificación de los privilegios en la Legislación argentina, en base especialmente a la regulación que de ellos ofrece la Ley de Quiebras (más perfecta en este punto que el Código civil).

Estudia con detenimiento las diversas doctrinas en torno a la naturaleza jurídica de los privilegios. El trabajo está sin terminar.

MENÉNDEZ PIDAL, Juan: «El despido de los trabajadores en los casos de quiebra». RDP. Año XXXVIII, números 448-449, julio-agosto 1954; páginas 618-626.

Después de referirse a la especial naturaleza que presenta la quiebra ante el problema del despido, se refiere a sus efectos materiales y formales.

IV. DERECHO NOTARIAL

SEQUERA, Carlos: «Documento público o auténtico y poderes para actos judiciales». RDLC. Año XLIII, números 512-514, enero-marzo 1954; páginas 3-62.

Extensa crítica de la Legislación venezolana en materia de documentos públicos, y en torno al sistema de su «autenticidad».

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Teófilo: «Evolución del Derecho Procesal en la Provincia de Jujuy». BFD. Año XVIII, números 1-2, enero-junio 1954; páginas 279-305.

Visión de conjunto sobre la evolución y estado actual del Derecho Procesal en la provincia argentina de Jujuy.

DASSÉN, Julio: «Función y Enseñanza del Derecho Procesal Civil». L., Tomo 75, 6 julio 1954; págs. 1-2.

Después de referirse al fin del Derecho procesal, alude a la forma en que debe enseñarse y al momento en que debe comenzar su estudio.

2. Parte general.

VARAS DODD, Francisco: «Notificación de la resolución que concede término especial de prueba». RC. Año XXII, número 87, enero-marzo 1954; páginas 3-8.

Se discute en la doctrina chilena qué clase de notificación es la que cuadra a la resolución que, por motivos especiales, concede un término anormal de prueba. El autor examina el problema.

SCHULER, Dr.: «*Teilvergleich im Armenrechtsverfahren*». NJW, Año VII Cuaderno 23, 11 junio 1954; págs. 867-868.

Consideraciones sobre la transacción procesal parcial en sus relaciones con el beneficio de pobreza.

FRIESE, Hans: «*Rechtsmittelbelehrung und die Folgen ihrer Unterlassung*». NJW, Año VII, Cuaderno 18, 7 mayo 1954; págs. 660-664.

Es fundamental para la seguridad jurídica el que en todo caso exista una perfecta información y conocimiento de los recursos y remedios que caben contra una decisión judicial o administrativa. El autor examina las consecuencias de la falta de esta información en la Legislación alemana.

FAIREN GULLÉN, Victor: «*Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*». RDP, Año XXXVIII, número 451, octubre 1954; págs. 859-873.

Estúdiense por separado el litisconsorcio voluntario y el litisconsorcio necesario y casi necesario, con alusión a todas las cuestiones y problemas que esta institución procesal plantea.

COMELLAS SALMERÓN, Manuel: «*La nueva reglamentación del Secretariado de la Administración de Justicia*». RP, julio-agosto-septiembre 1954; páginas 429-438.

Examen de la Ley de 22 de diciembre de 1953 y el Reglamento de 2 de julio de 1954.

IMAZ, Esteban: «*Límites procesales de la cosa juzgada*». L., Tomo 75, 23 julio 1954; págs. 1-4.

Con citas de doctrina extranjera, el autor estudia los límites de la cosa juzgada formal y de la cosa juzgada material, con referencia a la Legislación argentina.

CALATAYUD, Mario E.: «Fijación previa de hechos a probar en el nuevo ordenamiento procesal». L., 29, octubre 1954; págs. 1-3.

Comentario al artículo 23 de la nueva ley procesal que establece una vista previa al comienzo de la prueba para determinar los hechos que han de ser probados.

BREMBERG, Axel M.: «Tutela cautelar y principio publicístico». L., 22, septiembre 1954; págs. 1-2.

La tutela cautelar aún no busca de modo inmediato la justicia, como hace la sentencia, sino únicamente asegura la pacífica actuación de la función jurisdiccional.

PARRY, Adolfo E.: «Apostillas a la nueva Ley procesal». L., 7, septiembre 1954; págs. 1-2.

Comenta el artículo 23 de la Ley que establece una audiencia previa a la prueba en la que se determinen los hechos particulares sobre que versará ésta.

CASAVOLA, Franco: «Sentenza costitutiva confermata in grado di appello e decorrenza del rapporto costituito». DG, julio-octubre 1954; págs. 354-356.

Si una sentencia constitutiva de primera instancia ha sido confirmada en grado de apelación, es a la segunda sentencia a la que se debe reconocer valor de título constitutivo y sólo a partir del momento en que es firme se considera nacida la relación constituida.

SPARANO, Vincenzo: «Opposizione a decreto ingiuntivo e unità del processo monitorio». DG, julio-octubre 1954; págs. 348-353.

La falta de un presupuesto procesal, cual es el no tener la representación de la persona jurídica litigante, trae consigo la nulidad de los mandamientos judiciales dados por razón del proceso.

FANELLI, Raffaello: «Sospensione e interruzione del processo civile-Prose-cuzione e notifica al contumace». DG, julio-octubre 1954; págs. 281-284.

Sostiene que tanto la suspensión como la prosecución del juicio contumacial deben ser notificados en forma, incluso a la parte contumaz, aunque una primera impresión del texto de la ley parece llevar a la opinión contraria.

OSORIO, José: *«Julgamento de Facto»*. RDES, julio-septiembre 1954: páginas 196-219.

El problema de los hechos y de su apreciación en el procedimiento presen a en el Derecho procesal portugués dos fases principales, que son las que merecen la atención del autor: la necesidad de distinguir rigurosamente el material de hecho y el de derecho y, hecha esta decisión, la discriminación de los hechos relevantes que configuren lo más fielmente posible el caso a fin de que la aplicación del Derecho tenga una base fáctica definida.

3. Procesos especiales.

REYES MONTERREAL, José María: *«La protección interdictal de los derechos privados»*. RJC. Volumen LXXI. número 5, septiembre-octubre 1954: páginas 447-454.

Se defiende la tesis de la posibilidad de utilizar los interdictos para proteger derechos que no tengan carácter real.

PRIETO CASTRO, Leonardo: *«Una nueva regulación del arbitraje»*. RDP. Año XXXVIII, número 450, septiembre 1954: págs. 709-733.

Comienza refiriéndose, en general, al concepto, naturaleza, fin y clases de arbitraje, para entrar después en el estudio de la Ley de 22 de diciembre de 1953, y en las innovaciones que ésta introduce en nuestro Derecho.

Analiza la definición del arbitraje y su distinción de figuras afines. A continuación estudia la cuestión de capacidad y objeto y el origen del arbitraje (contractual y no contractual). Después de referirse a los efectos del compromiso, estudia la figura del árbitro y el contrato de entrega y recepción del arbitraje.

Tras de aludir al procedimiento arbitral, finaliza su trabajo estudiando el contrato preliminar de arbitraje.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *«La prueba en el proceso administrativo»*. RGLJ. septiembre 1954. págs. 253-297.

Estudio monográfico de este tema siguiendo la sistemática del profesor Guasp

VACAS MEDINA, Luis: *«Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra»*. RP. julio-agosto-septiembre 1954: págs. 401-427.

Se reducen a la justificación y examen de las cinco secciones en que se divide el juicio y al estudio del problema de los gastos originados por su tramitación.

VILLAR Y ROMERO, José María: «Irregularidad y nulidad de los actos procesales administrativos». RP, julio-agosto-septiembre 1954: págs. 317-357.

Va concretando las normas por las que se debe regir la irregularidad y nulidad de los actos procesales administrativos, comenzando por el examen de estas anomalías en los actos jurídicos en general y estrechando cada vez más el campo a los actos jurídicos materiales, a los procesales, a los procesales civiles y, finalmente, a los procesales administrativos.

AMNCHASTEGUI KEEN, JOSÉ A.: «Los juicios de quiebra ante la justicia nacional de paz». L., 25, septiembre 1954; págs. 1-2.

Determinados problemas procesales de las quiebras que por su pequeña cuantía están arribados al más bajo escalón de la Justicia argentina.

4. Jurisdicción voluntaria.

MÜLLER, Hanswerner: «Verfahrensbeteiligte in der freiwilligen Gerichtsbarkeit». NJW, Año VII, Cuaderno 23, 11 junio 1954; págs. 868-870.

El autor deslinda el concepto de «interesados» en la jurisdicción voluntaria, fijándose en especial en su relación con el concepto de «partes».

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZABLES EN ESTA SECCION

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AFD = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BLDC = Boletín del Instituto de Derecho Civil (Córdoba, Argentina).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BMJ = Boletín do Ministerio da Justiça (Lisboa).

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquia).

FG = Foro Gallego (La Coruña).

IJ = Información Jurídica (Madrid).

- IR = Iustitia (Roma).
 IM = Ius (Milano).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburg).
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 RAP = Revista de Administracion Pública (Madrid).
 RC = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCDI = Revista Critica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni (Milan).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFDDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RJC = Revista Juridica de Cataluña (Barcelona).
 RJN = Revista Juridica Nicaragüense (Managua).
 RIP = Revista Juridica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico.
 RIJ = Revista de Legislaçao e Jurisprudencia (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).
 RIDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svensti Juristtidning (Estocolmo).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DE 8 DE JUNIO DE 1954

Segregación y agrupación de fincas hipotecadas

En tramites de expropiación forzosa y como subrogado en virtud de convenio en los derechos de Ayuntamiento de Palma de Mallorca, D. P. A. S., concesionario parcial del Plan General de Reforma interior de dicha ciudad, adquirió el dominio de una finca urbana, destinada en parte a demolición y declarada Monumento Histórico Artístico Nacional; la cual, junto con otros inmuebles, fué hipotecada por el adquirente en garantía de un préstamo recibido. Posteriormente, el 16 de abril de 1951, se hicieron notarialmente nueve segregaciones en la finca referida y se convino la cancelación parcial de la hipoteca sobre ella establecida; por otra escritura, autorizada por el mismo notario en idéntica fecha que la anterior, D. P. A. S. agrupó varias de las parcelas liberadas de la hipoteca, en que había dividido la finca matriz, y la transmitió al Ayuntamiento de Palma con destino a vía pública.

Presentada en el Registro la primera copia de la última escritura citada fué suspendida la inscripción por los siguientes motivos: 1.º Porque siendo la finca matriz Monumento Histórico Artístico Nacional, su cesión al Ayuntamiento «supone obras, reformas y modificaciones, para las que se precisa autorización de la Dirección General de Bellas Artes, conforme al art. 23 de la Ley del Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933 y al 21 del Reglamento para su ejecución de 16 de abril de 1936». 2.º Porque para las segregaciones previas y la agrupación posterior es necesario expresar la cabida de las fincas, ya que no consta en el Registro, y es preciso expresarla en las correspondientes notas marginales, en cumplimiento del último párrafo del art. 50 del Reglamento Hipotecario. Y siendo subsanables ambos defectos, no se toma anotación preventiva por no haberse solicitado».

El recurso gubernativo subsiguiente fué resuelto por el Presidente de la Audiencia confirmando la nota del Registrador y la Dirección General ratifica el Auto apelado, en cuanto al primero de los motivos señalados en la nota del Registrador por no haberse recurrido contra el segundo, haciendo las siguientes consideraciones:

A) Que la Ley de 1933 «ha de referirse únicamente a los inmuebles de menos de cien años de antigüedad, ya que la enajenación de los más antiguos aparece regulada en la Ley de 1931, cuyos preceptos contradicen lo dispuesto en el art. 28 de la primera. Y que esta Ley de 10 de diciembre 1931 es la aplicable, puesto que el inmueble de referencia se declaró Monumento histórico-artístico por Decreto de 16 de febrero 1931.

B) Que referida declaración inscrita en el Registro «no puede cancelarse conforme al art. 98 de la Ley Hipotecaria, dictado para supuestos distintos, porque implica una limitación condicionada de las facultades dispositivas, cuyos efectos procede determinar en relación con los documentos calificados».

Y que en estos consta la inafinidad de parcelación y derribo con repetidas remisiones a los planos, «y como la Ley ordena la conservación del inmueble, es indispensable para la inscripción de las escrituras calificadas la previa autorización de la Dirección General de Bellas Artes».

Vid. Sentencias del T. S. de 9 de noviembre de 1945 y 21 de mayo de 1947.

RESOLUCION DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1954

Inscripción de Sociedad Mercantil

D. J. G. B., en representación de la S. A. Altos Hornos de Vizcaya; D. L. J. T., a nombre de la S. E. de Construcciones Babcock & Wilcox, S. A., con autorización ambos de sus respectivos Consejos de Administración, y D. B. M. C., por su propio derecho, otorgaron ante notario, con fecha 4 de marzo de 1952, una escritura de constitución de Sociedad denominada «B'dones y Envases, S. A.», que al ser presentada en el Registro para su inscripción fue denegada «por ser ineficaz dicho título: a) La fusión de sociedades debe ajustarse a lo preceptuado en los arts. 133, 142, 143 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas. b) El documento calificado significa en otro caso la modificación de los Estatutos de las dos Sociedades Anónimas otorgantes por suponer dicho documento una ampliación de capital y un cambio de objeto: operaciones realizadas al margen de lo dispuesto en los arts. 84, 85, 86 y concordantes de dicha Ley de Sociedades Anónimas. c) En el supuesto de que por referirse el documento calificado a una Sociedad diferente de las que intervienen en el otorgamiento no deban aplicarse los conceptos invocados, es ineficaz el título a los efectos del Registro Mercantil por carecer de atribuciones el Consejo de Administración de las entidades otorgantes para constituir una entidad distinta con objeto: jeno al señalado para las Sociedades fundadoras. No procede anotación preventiva por ser insubsanable el defecto».

La Dirección General, previos los trámites reglamentarios de procedimiento, revoca la nota y acuerdo del Registrador, declarando inscribible la escritura, sentando la siguiente doctrina:

A) Que la creación de una Sociedad Anónima en ningún caso puede confundirse con el concepto jurídico de fusión, cuya esencial característica, en cualquiera de sus modalidades, estriba en la disolución de una o más de las sociedades fusionadas, ni tampoco implica aumento de capital el mero hecho de aportar las sociedades fundadoras bienes *in natura* o sumas de dinero procedentes de su patrimonio, concepto jurídico diferenciado del capital, porque todo aumento o reducción de éste obligaría a modificar la cifra del capital social figurada en los Estatutos, y tal obligación no tiene razón de ser en este caso en que las dos sociedades fundadoras, en equivalente contraprestación a sus inversiones, reciben los títulos valores suscritos.

B) Que el Consejo de Administración es el único órgano externo de la sociedad, que dirige, gobierna y representa con extensas facultades, tanto para administrar—en el sentido típico que el Derecho mercantil atribuye a esta palabra—como para representarla, hasta el punto de que en la nueva ordenación jurídica las limitaciones estatutarias sólo producen efectos internos que se

traducen en responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y no perjudican a tercero de buena fe, cuando aquéllos sobrepasan tales límites: teniendo en consecuencia las sociedades fundadoras—en este caso que nos ocupa—atribuciones suficientes y, por tanto, capacidad legal necesaria para realizar y formalizar un contrato de constitución de nueva sociedad.

C) Que el objeto o fin de una sociedad constituye su razón de ser y concreta y delimita las atribuciones del órgano representativo, pero no puede calificarse con criterio estrecho que impida a una sociedad, sin tener que modificar sus Estatutos, a través de una nueva sociedad que a tales fines se crea, la explotación de subproductos, materias primas necesarias u otras análogas relacionadas con sus fines, todo lo cual no ha de confundirse con la ampliación de operaciones reguladas en el art. 86 de la Ley.

D) Que los acuerdos ordinarios tomados por los Consejos de Administración que no producen directamente una inscripción registral, sino que sirven de antecedente para un acto o contrato que pueda provocarla, y sólo requieren la previa convocatoria, la asistencia de la mitad más uno de sus componentes y el voto de la mayoría «parece bastar la fórmula genérica empleada, cuya presunción de veracidad debe admitir el Registrador» para su inscripción en el Registro a diferencia de los acuerdos extraordinarios, en los que deben extremarse las garantías haciéndose constar en la certificación la existencia de una previa convocatoria, número de Consejeros que asistieron y el de votos favorables al acuerdo.

Vid. Resoluciones de 9 de marzo 1904, 19 mayo 1908, 27 julio 1917, 24 febrero 1923, 27 septiembre 1933, 10 marzo 1936 y 25 abril 1951.

JOSÉ M.ª PÉREZ VICENTE

RESOLUCION DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1954

Creación y fusión de Sociedades mercantiles

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación denegatoria del Registrador a inscribir una escritura de constitución de Sociedad mercantil, se plantean las cuestiones siguientes: 1.ª El alcance de los conceptos fusión y creación de una nueva sociedad por otras sociedades. 2.ª Atribuciones de los Consejos de Administración para variar el objeto de la sociedad. 3.ª Clases y solemnidades de los acuerdos sociales. 4.ª Si un poder otorgado e inscrito en el año 1935, con delegación permanente de facultades a un miembro del Consejo que en la actualidad figura inscrito como tal, es insuficiente, por no constar en el Registro los nombres de los que entonces actuaron como Presidente y Secretario del Consejo.

Y la Dirección General de los Registros y del Notariado, al revocar la nota calificadora denegatoria y declarar inscribible la escritura de referencia, sienta la siguiente doctrina:

A) *La creación de sociedades no puede confundirse con la fusión, cuya esencia característica estriba en la disolución de una o más de las sociedades*

fusionadas; tampoco implica aumento de capital el mero hecho de aportar las sociedades fundadoras bienes "in natura" o sumas de dinero procedentes de su patrimonio, concepto jurídico diferenciado del capital, si como contraprestación a sus inversiones reciben los títulos valores suscritos.

B) Los Consejos de Administración de las Sociedades fundadoras gozan de atribuciones suficientes y de la capacidad legal necesaria para realizar y formalizar un contrato de constitución de nueva Sociedad, con la limitación del artículo 76 de las Anónimas, es decir, desarrollándose dentro de los fines u objeto fijado estatutariamente. El objeto o fin de una sociedad delimita las atribuciones del órgano representativo.

C) Los acuerdos ordinarios no producen directamente una inscripción registral, sino que sirven de antecedentes para un acto o contrato que pueda provocar, en tanto que los extraordinarios la producen de un modo inmediato y exigen que en la certificación conste la previa convocatoria, el número de Consejeros que asistieron y el de los votos favorables al acuerdo.

D) El asiento practicado al amparo del Derecho vigente en época en que no era precisa la constancia de los nombres del Presidente y Secretario del Consejo, debe producir hoy todos sus efectos; sería distinto el caso de que el Delegado del Consejo no figurase en la actualidad inscrito como tal administrador, pues debiendo recaer forzosamente esta Delegación en uno de los Consejeros, el hecho de no pertenecer al Consejo supondría caducidad de mandato, y la sola falta de publicidad registral, defecto subsanable.

Citanse en apoyo de la presente Resolución las de 9 de marzo de 1904, 19 de mayo de 1908, 27 de julio de 1917, 24 de febrero de 1923, 27 de septiembre de 1933, 19 de marzo de 1936 y 25 de abril de 1951.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

Sala primera

A cargo de Luis DIEZ PICAZO, Gabriel GARCIA CANTERO, Antonio IPIÑENS, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, Sebastián MORO, Manuel PEÑA y Jaime SANCHEZ-BLAMCO

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. VECINDAD CIVIL: PRUEBA. Véase Sentencia 10 diciembre 1952 (IV. 1).
2. NEGOCIO JURÍDICO: ESCRITURA PÚBLICA. Véase Sentencia 6 julio 1954 (III. 30).

II. Derecho reales.

1. TRADICIÓN INSTRUMENTAL: COMPRAVENTA CON RESERVA DEL DERECHO REAL DE HABITACIÓN: *Carece de aplicación la norma del artículo 1.462 cuando de la misma escritura resulta que el adquirente no tomó posesión del Inmueble transmitido por haberse reservado el vendedor el derecho real de habitación.* [Sentencia 9 junio 1954.]

2. COMUNIDAD: SIMULACIÓN: *Hay simulación cuando varios coparticipes arriendan a otros la cosa común por un precio mínimo y con la intención de excluir toda intervención en la administración de la cosa común a los condominios demandantes.*

PRESUNCIONES: *La impugnación del enlace lógico entre los hechos básicos demostrados y la conclusión judicial ha de seguirse el cauce del número 1 del artículo 1.692.* [Sentencia 12 marzo 1952.]

OBSERVACIONES: «En la apreciación de la prueba de presunciones entran en juego dos elementos que tienen en casación trato procesal distinto, según versen sobre los hechos básicos demostrados o sobre el enlace preciso y directo entre éstos y el que de ellos se deduzca, pues si en el primer aspecto cabe la casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, si se justifica por documento o acto auténtico la equivocación evidente del juzgador de instancia, en el segundo aspecto no se trata propiamente de una cuestión de hecho, sino de un juicio o raciocinio que partiendo del hecho demostrado sirve de puente que conduce al hecho deducido por aplicación de las reglas del criterio humano, a las cuales alude el artículo 1.253 del Código civil, en forma abstracta: de suerte que, según doctrina jurisprudencial muy reiterada, la falta de conexión o congruencia entre lo demostrado y lo deducido podrá ser denunciado en casación si el juicio formado a este respecto por el tribunal «a quo» resulta ilógico, absurdo e inverosímil.

para lo que será preciso seguir el cauce del número 1.º del citado artículo 1.692 por infracción de doctrina legal que interpreta y aplica el aludido artículo 1.253 del C. c.» (Considerando 2.º)

3. CAUCES DE DOMINIO PÚBLICO: *Es de dominio público el cauce de un barranco por el que discurren aguas pluviales y residuales que van a desembocar al mar, aunque después de cubierto dicho cauce se hayan construído sobre él edificios de propiedad privada, en virtud de concesiones hechas a particulares, ninguno de los cuales, ni en forma alguna, se aprovecha de las aguas que discurren por el mismo.* [Sentencia 19 noviembre 1953.]

4. INSCRIPCIÓN DE ARRENDAMIENTO: *Cancelada una inscripción de arrendamiento en el Registro, como sus asientos no son constitutivos de derechos, tampoco lo son extintivos, y además la situación de la propiedad que refleja el Registro afecta a las relaciones con terceros, pero no a las existentes entre las partes contratantes, no alcanza, por tanto, esa cancelación a la subsistencia o extinción de las relaciones entre estas partes o sus causantes, de índole civil.* [Sentencia 7 noviembre 1953.]

III. Derecho de obligaciones.

1. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: EXCESO DE JURISDICCIÓN: *No lo hay, pues es la única competente la jurisdicción ordinaria, conforme al artículo 51 de la Ley Procesal, cuando se trate de negocios civiles en el qu sólo se ventilan intereses particulares nacidos de un contrato; sin que la Administración esté interesada ni haya tenido intervención alguna.*—INCONGRUENCIA: *No la hay, ni tampoco violación del Artículo 22-4.º del Convenio de Varsovia, que señala cuáles son los francos a que las indemnizaciones se refieren, así como su conversión a la moneda nacional respectiva, si el Tribunal «a quo» ha señalado esos francos y ha dispuesto que se conviertan en pesetas, sin determinar ni el valor del oro, ni el valor del franco, ni a cambio a que ha de hacerse la conversión en pesetas.* [Sentencia 5 mayo 1954.]

2. CONCURSO DE ACREEDORES: QUITA Y ESPERA: *En la acepción genérica del concurso de acreedores, se comprenden en el capítulo XII del libro 2.º de la LEC, tanto la cesión de bienes por el deudor a sus diversos acreedores, como la petición de aquél de quita o espera, o de ambas cosas.* [Sentencia 22 septiembre 1954.]

3. INTERPRETACIÓN CONTRATO: *El uso de la función interpretativa de los contratos, que corresponde a los juzgadores de instancia, cabe ser conocido en casación, pero sólo da lugar a ésta cuando la interpretación adolece de equivocación, evidente o demostrada, o infringe las normas de los artículos 1.281 y siguientes del C. c.* [Sentencia 12 marzo 1954.]

4. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: SUMISIÓN DE COMPETENCIA: *Cuando en el contrato se consigna que éste se sujetará a las prescripciones de los Estatutos y Reglamentos de una de las partes que la otra de-*

clara conocer y se obliga a aceptar, declarando además haber recibido un ejemplar de los Estatutos y Reglamentos indicados, en uno de los cuales se contiene una declaración de sumisión a determinados Juzgados y Tribunales es menester afirmar que las declaraciones expresadas forman parte del contrato y que éste incluye el artículo del Reglamento determinante de la sumisión. [Sentencia 2 junio 1954.]

5. DESBLOQUEO: CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: *Habiendo sufrido daños económicos ambas partes no es justo ni equitativo cargarlos sólo sobre una, y la sentencia de Primera Instancia, aceptada sustancialmente por la Audiencia Territorial, al referirse a la Ley de Desbloqueo, consigna la rebaja para el caso de que no se estime la moderación con arreglo a la teoría de la llamada cláusula «rebus sic stantibus» o a las más modernas de la presuposición, desaparición de la base del negocio o riesgo imprevisible, por no existir en nuestro Derecho disposición alguna que expresamente la prohíba c autorice.* [Sentencia 21 abril 1954.]

A. La Sociedad demandante tenía con anterioridad a 1936 contratado el suministro de energía eléctrica con el demandado, que a su vez lo distribuía en un pueblo de la provincia de Jaén. A raíz del Alzamiento se incautó la U. G. T. de la industria mencionada y continuó verificando el suministro, hasta que en 1939 nuevamente se hizo cargo la Sociedad primitiva. Liquidando las cuentas pendientes durante la incautación y posteriores, se encontró un saldo contra el demandado de 48.575,67 pesetas, reclamado el cual se alegó por éste que también él fué desposeído de su negocio el 18 de julio de 1936, sin recuperar la gestión hasta 1.º de agosto de 1938, por lo cual no fué a él a quien la U. G. T. suministró energía eléctrica durante el período comprendido entre ambas fechas.

El Juez de Primera Instancia condenó al demandado a pagar a la entidad demandante la cantidad de 20.000 pesetas por aplicación de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 12 de la Ley de Desbloqueo; la A. T. confirmó la sentencia y el demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal, fundado en los siguientes motivos:

1.º Al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 LEC, por error de hecho en la apreciación de la prueba documental pública unida al pleito.

2.º Al amparo del número 1.º del mismo artículo, por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1.452 C. c. y 331 C. de C.

3.º Al amparo del mismo número y artículo, inclusión por errónea interpretación de los artículos 1.258, 1.124, 1.274 y 1.289 C. c. y jurisprudencia del T. S.

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso con base en la siguiente doctrina, en cuanto a los motivos 2.º y 3.º, que son los que plantean problemas jurídicos de más trascendencia:

Considerando: «Que con anterioridad al Glorioso Movimiento Nacional la Sociedad Anónima I. tenía concertado el suministro de energía eléctrica con don XX, quien la distribuía en F. para alumbrado y fuerza motriz, cobrando su importe a los abonados y pagando a su vez a la Sociedad el fluido con arreglo a las condiciones pactadas, contrato observado por ambas partes, y como durante la etapa marxista continuó el propio suministro el señor X. por la Sociedad actora, según afirma la sentencia recurrida, no cabe hacer aplicación de los artículos 1.105 y 1.452 del C. c. ni del 331 del C. de C., por contraerse éstos a la pérdida o deterioro de los efectos vendidos antes de

su entrega, al daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato y a la norma de que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables, por lo cual...»

Considerando: «Que el recurrente en el tercer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, expone que fué condenado al pago de 20.000 pesetas, con arreglo a la Ley de Desbloqueo del año 1939, aplicada de oficio, con el aquietamiento y conformidad de la parte demandante, y como la sentencia de instancia admite la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, debió aminorarse la obligación del demandado, por lo cual al omitir en el fallo esta rebaja no aplicó las normas procedentes y con ello viola, por interpretación errónea, los artículos 1.258, 1.124, 1.274 y 1.283 del C. c. y la doctrina jurisprudencial; pero esa argumentación no es exacta en los términos expuestos, porque la sentencia de instancia condena a menos de lo reclamado, fundándose en la equidad y la buena fe, haciendo recta aplicación de las normas incoadas en casación, y la cantidad prudencial fijada ha de respetarse atendiendo a que ambas partes sufrieron daños económicos, y no es justo ni equitativo cargarlos sólo al demandante, y si bien la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, aceptada en lo sustancial por la Audiencia, al referirse a la Ley de Desbloqueo, consigna la rebaja a 20.000 pesetas, no lo es menos lo hace en el supuesto de que no se estimase la moderación con arreglo a la teoría de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* o a las normas modernas de prescripción de la desaparición del negocio o del riesgo imprevisible por no existir en nuestro Derecho disposición alguna que expresamente la prohíba o autorice, o sea que no concede dos rebajas, una por equidad y otra por desbloqueo, sino únicamente la primera y si ésta no fuese procedente la segunda, sin que, por consiguiente, exista interpretación errónea de los puntos invocados...»

B. OBSERVACIONES: Interesa resaltar de la presente sentencia la referencia que en ella se hace a la cláusula «*rebus sic stantibus*» y la no existencia en nuestro Derecho de disposición alguna que expresamente la prohíba o autorice. Se sigue así el cauteloso camino que en orden a esta cláusula inició la jurisprudencia del T. S. con la sentencia de 14 diciembre 1940 y se siguió en las de 17 mayo 1941, 13 junio 1944 y 5 junio 1945.

6. SIMULACIÓN: REPERCUSIONES DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN CONTRATO SOBRE LA ESCRITURA QUE LO DOCUMENTA Y SOBRE LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL; LA SIMULACIÓN Y LAS FACULTADES DISPOSITIVAS: *Declarada la nulidad por simulación de un contrato, pierde la escritura pública toda la eficacia que le dan los preceptos legales, incluso la ficción de entrega de la cosa a que se refiere el artículo 1.462.*

Al declarar nula una enajenación, como absolutamente simulada, el juzgador no enjuicia ni contradice las facultades dispositivas del propietario vendedor, sino que rechaza la idoneidad del medio empleado para ejercitarlas. [Sentencia 5 junio 1954.]

OBSERVACIONES: Es clara la absoluta independencia entre la simulación y la existencia o inexistencia de facultad dispositiva, y certera la doctrina

jurisprudencial contenida en la última frase transcrita. Aún podría añadirse por si el juzgador rechaza la idoneidad del medio empleado para ejercitar aquellas facultades dispositivas, es precisamente por estimar en el propietario vendedor una falta de verdadera voluntad de ejercitarlas en convivencia con el simulado comprador.

7. COMPRAVENTA: SUBASTA: NATURALEZA JURÍDICA: (Véase Sentencia 6 julio 1954. III. 30.)

8. COMPRAVENTA: TRADICIÓN INSTRUMENTAL: RESERVA DEL DERECHO REAL DE HABITACIÓN: (Véase Sentencia 9 junio 1954. II. 1.)

9. CONTRATO DE EDICIÓN: ENTREGA DE UNA OBRA PARA DECIDIR SOBRE SU PUBLICACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: OBLIGACIÓN DE DEVOLVER: *La entrega de la copia de una obra literaria a un editor para que examine las posibilidades de su edición, pero sin que éste contraiga sobre ello compromiso alguno, no constituye contrato de ninguna clase, sino meramente un acto preparatorio del que querían convenir. La obligación de devolver la copia a su autor que contrae el editor al hacerse cargo de ella en las condiciones indicadas, no coincide exactamente con las que impone la entrega de las cosas en comodato o en depósito, al comodatario o al depositario, pero tiene con ellas grandes analogías, rigiéndose por los mismos preceptos contenidos en el Título I del Libro IV del C. c. en lo que se refiere a la guarda y pérdida de la cosa.* [Sentencia 21 mayo 1954.]

10. AMIGABLES COMPONEDORES: PRÓRROGAS: *De los arts. 803, núm. 1.º, y 828 LEC se impone la no existencia de limitación en el número de prórrogas que pueden concederse para fallar a los amigables componedores, siendo, por otra parte, disposiciones que quedan al arbitrio de las partes y no exigen cumplimiento inexorable.*

Es de aplicación a los juicios de amigables componedores el art. 303 de la LEC conforme al cual en los términos judiciales se contará el día del vencimiento.

CAUSAS DE CASACIÓN: NÚMERO DE COMPONEDORES: *No es recurrible al amparo del inciso 2.º del núm. 3 del art. 1.691 LEC el hecho de que contrariando lo dispuesto en el art. 791 en relación con el 828 fueren siete los amigables componedores.*

En el recurso de casación, por el carácter extraordinario y la finalidad pública que tiene, están limitadas por la ley las causas en que procede, sin que puedan ampliarse por analogía. [Sentencia 14 octubre 1953.]

A. Para resolver las diferencias que se habían suscitado entre dos industriales en el desenvolvimiento de un negocio de transportes, decidieron éstos someter las mismas a la decisión de amigables componedores. Se formó al efecto un tribunal compuesto de siete miembros al que se le dió un plazo para fallar, plazo que hubo de prorrogarse hasta cuatro veces. El laudo se adoptó por mayoría de cuatro votos, formulando los otros tres miembros voto particular.

Uno de los industriales interpone ante el T. S. recurso de casación instando la nulidad del laudo con fundamento en los siguientes motivos:

1.º Haber dictado la sentencia fuera de plazo. Causa 1.ª del núm. 3.º del art. 1.691 LEC. Solamente hubiera podido concederse una prórroga, y, además, una de las concedidas lo fué cuando ya había expirado la anterior.

2.º Haber resuelto los amigables componedores puntos no sometidos a su decisión. Causa 2.ª del núm. 3.º del art. 1.691 LEC. Al ser siete los miembros del Tribunal, cuando, según la ley no podían pasar de cinco, es un Tribunal inexistente y todo cuanto resolvieren era exceso en su jurisdicción.

El T. S. declara *no haber lugar* con base en la doctrina que ha quedado extractada más arriba.

B. OBSERVACIONES. 1. La Ley de 22 diciembre 1953 reguladora de los arbitrajes de Derecho privado ha derogado, entre otros preceptos, los artículos 790 a 839 de la LEC y en su articulado no se contiene nada relativo a las prórrogas, no obstante hay que entender que se aplica a los arbitrajes el Libro I de la LEC y, por tanto, los arts. 306, 307 y 310, en los cuales se regula la prorrogabilidad de los términos judiciales y se da resolución a los problemas que al respecto se plantean en la sentencia anotada.

2. Al igual que el art. 791 de la LEC, el art. 21 de la Ley de 1953 establece que los árbitros serán en número de uno, tres o cinco, y como sigue vigente el núm. 3.º del art. 1.691 de la LEC, la doctrina sentada en la sentencia es aplicable dentro de la nueva regulación.

11. COMPROMISO: IMPUGNACIÓN DE LAUDO: RECURSO DE CASACIÓN: *Puede fundarse en haber éste resuelto puntos no sometidos a su decisión, pero no en haber dejado de resolver alguno de los que se les sometieron.* [Sentencia 11 mayo 1954.]

12. COMPROMISO: PRÓRROGA DEL PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO: ACTAS Y ESCRITURAS: *No puede admitirse la nulidad del laudo por el hecho de que la prórroga del plazo para dictarlo se concediera en un documento notarial que, aunque encabezado erróneamente con la palabra «acta», reúne todos los requisitos, caracteres y formalidades que para las escrituras públicas exigen la Ley y el Reglamento del Notariado.*

COMPROMISO: IMPUGNACIÓN DEL LAUDO: RECURSOS DE CASACIÓN: *Se da solamente por exceso en el ejercicio de las facultades atribuidas a los arbitradores pero no por defecto.* [Sentencia 28 septiembre 1954.]

13. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN: *La acción de culpa extracontractual, regulada por el art. 1.902 del C. c., requiere para su aplicación la concurrencia de los siguientes elementos: a) La realidad de un daño producido al que ejercita la acción; b) Un acto imprudente o negligente por parte de la persona contra quien esa acción se dirige; c) La relación de causa a efecto entre este acto negligente y aquel daño, ya que nuestra legislación positiva no sigue la teoría de la responsabilidad sin culpa.*

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ELEMENTOS DE LA NEGLIGENCIA: *La existencia de la negligencia está integrada por dos elementos, uno de ellos pura y ex-*

clusivamente de hecho, la realidad de los actos, y el otro jurídico, que merezcan la calificación de imprudentes o negligentes. [Sentencia 30 junio 1954.]

14. CALIFICACIÓN DE UN LOCAL ARRENDADO COMO MERO ESCRITORIO U OFICINA O LOCAL DE NEGOCIO: ACTIVIDADES REALMENTE DESARROLLADAS EN ÉL: FINES DE LA ENTIDAD ARRENDATARIA: *La calificación de oficina o de negocio atribuible, dentro de la LAU, a la actividad ejercida en un local arrendado, depende exclusivamente de cuál sea realmente dicha actividad, y de ninguna manera de las operaciones a que destine su capital la persona o empresa arrendataria, ya que para conseguir sus fines mediante tales operaciones, puede tener, en el mismo o en distintos locales, industrias, comercios y oficinas, lo cual obligaría, en el caso de diversidad de locales, a adjudicar a cada uno de ellos la calificación que, por las actividades ejercidas en cada uno de los locales, les asigna la citada Ley.*

CALIFICACIÓN DE UN LOCAL COMO MERA OFICINA O ESCRITORIO: *Conformes los litigantes en que el local arrendado se destinaba a oficinas de una sucursal de la Compañía de Seguros arrendataria del mismo, y establecido así en la sentencia recurrida, no puede prevalecer en el recurso contra esta apreciación la suposición de las instalaciones que, para todas sus operaciones, necesita una empresa dedicada al Seguro, sin haber probado en el pleito las tuviera realmente todas en el piso arrendado.*

VIVIENDAS QUE NO APARECEN PERMANENTEMENTE HABITADAS: *Dado el significado gramatical del término «habitación», como local en que se vive o mora, no puede decirse que el local habitable, destinado por una persona individual al ejercicio de su profesión de dentista, por la que debe satisfacer contribución, no aparece permanentemente habitado, porque en él debe o puede permanecer el titular, no sólo durante el tiempo habitual de trabajo, sino también para el estudio que éste requiere y, en casos urgentes, en cualquier momento, actuaciones todas que constituyen parte de la vida de una persona individual dedicada al ejercicio de dicha profesión.*

NECESIDAD DE OCUPAR LA VIVIENDA ARRENDADA: REQUISITOS PARA EJERCITAR LA EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRIENDO: *Ningún precepto legal exige que la necesidad de ocupar la vivienda el arrendador, para negar la prórroga obligatoria del contrato de arrendamiento, se acredite únicamente por sentencia contra la cual se hayan utilizado todos los recursos legales, ni tampoco que la indemnización correspondiente haya de consignarse en el Juzgado, sino que ha de ofrecerse «de manera formal». [Sentencia 7 enero 1954.]*

15. ARRENDAMIENTO URBANO: CLÍNICA DENTISTA: *El exclusivo ejercicio de la profesión de odontólogo en un piso no transforma la vivienda en local de negocio, aunque el inquilino traslade su domicilio a otro. [Sentencia 10 noviembre 1953.]*

16. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CRITERIO LEGAL: *Se está ante el arrendamiento de industria cuando el arrendatario recibe el local de negocio con todos los elementos precisos y debidamente coordinados para la creación o continuación de una industria autónoma.*

El concepto de industria del art. 4.º LAU no coincide con el de empresa a efectos mercantiles o fiscales no teniendo efectos contra la apreciación de la misma el que con anterioridad dicha explotación haya sido practicada sólo por los arrendatarios. [Sentencia 13 enero 1953.]

17. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: LOCAL DE ESPECTÁCULOS: *El art. 6.º de la LAU ha de interpretarse en el sentido de proteger al arrendatario concediéndole el derecho de prórroga indefinida cuando lleve más de dos años en la posesión arrendaticia no interrumpida, aunque tal posesión responda a distintas relaciones contractuales. [Sentencia 29 enero 1953.]*

18. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ARRENDAMIENTO DE FÁBRICA: *El arrendamiento de fábrica se rige por la LAU al subsumirse en su art. 5.º [Sentencia 4 febrero 1953.]*

OBSERVACIONES: Se distinguen los conceptos de «fábrica» y de «industria» o «negocio», pues la fábrica, realización de un ingeniero, si bien es en sí un conjunto de elementos mecánicos relacionados entre sí, formando una unidad para la producción, carece de independencia, ya que le faltaría utilidad y fin si no estuviera comprendida, como elemento constitutivo del mismo, en un negocio o industria, creación y responsabilidad de un empresario que calcula y dirige la producción y, además, procura clientes consumidores o revendedores de ella y la distribuye entre esos clientes.

19. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO: *La aportación del local arrendado a una sociedad regular colectiva formada por el arrendatario y su hermano constituye traspaso ilegal si no se cumplen los requisitos del art. 45 LAU.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *La resolución del contrato por traspaso inconstituido no puede ser nunca causa de enriquecimiento injusto. [Sentencia 3 junio 1952.]*

OBSERVACIONES: Como dice el último considerando, el que el arrendatario haya realizado obras que transformaron el cuarto arrendado en un espléndido local de negocios del cual entrará en posesión el arrendador si se acuerda la resolución, no constituiría ningún enriquecimiento torticero, sino que sería consecuencia de una causa tan legítima como la de la resolución del contrato de arrendamiento que el arrendador tiene derecho a solicitar cuando concurren las circunstancias exigidas por la ley.

20. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: PRUEBA: *Los documentos referentes a la compra de enseres por el arrendatario, liquidación del impuesto correspondiente al arrendamiento, recibos de alquileres pagados, baja en la contribución industrial que el arrendatario venía ejerciendo en local distinto del de autos y de alta en la de este último local, actas de inspección de la industria desarrollada en el mismo y póliza de seguros contra incen-*

dio y accidentes de trabajo no revisten caracteres de autenticidad a efectos de casación, porque no demuestran en forma alguna, y menos con la evidencia exigida por la Ley procesal, que lo arrendado fuese tan sólo un local, con exclusión de la industria.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: MEJORAS EN LA MISMA: *La ampliación o mejora de una industria arrendada con elementos propios del arrendatario, sin desnaturalizar el concepto jurídico de arrendamiento de industria, puede ofrecer base para el ejercicio de acciones dimanantes de las mejoras ejecutadas.*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: TÁCITA RECONDUCCIÓN: DURACIÓN: *La tácita reconducción en un arrendamiento de industria implica nuevo contrato y no está gobernada en cuanto a su duración por el plazo originariamente convenido, sino por el fijado en el artículo 1.566 del Código civil. [Sentencia 15 diciembre 1953.]*

21. **ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CONCEPTO:** *Cuando lo que se cede en arriendo es un conjunto de elementos debidamente organizado y apto para obtener inmediatamente un producto económico, lo que constituye una unidad patrimonial con vida propia, el arrendamiento es de industria, aunque se halle inactiva y pendiente de que el arrendatario la ponga en marcha con los medios que se le entregan.*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: TÁCITA RECONDUCCIÓN: *Habiéndose estipulado que, transcurridos los diez primeros años de vigencia del contrato, si ninguna de las partes manifestara su propósito de darlo por terminado, se consideraría prorrogado por un año, y así sucesivamente hasta que cualquiera de las partes comunique a la otra su resolución de darlo por terminado en el plazo de seis meses, al no realizarse tales manifestaciones, el contrato debe entenderse tácitamente prorrogado. [Sentencia 14 febrero 1954.]*

22. **ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN:** *El hecho de que la cosa arrendada la reciba el arrendatario actual del anterior conforme a inventario y el hecho de que reconozca que «sigue funcionando», da a entender que lo arrendado no fué un local de negocio con elementos inertes, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, es decir, una industria, aunque se permita al arrendatario instalar una nueva industria de su pertenencia y subarrendarla.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 14 BIS DE LA LAU: *La D. T. 14 bis de la LAU concede eficacia a la estipulación por la que el arrendatario se hubiese obligado solemnemente con el arrendador actual o con el anterior, en el contrato o fuera de él, a desalojar la finca, siempre que concurren dos condiciones: que el contrato no se halle sujeto a prórroga obligatoria en el momento de realizarse la estipulación y que en ella resulte con claridad el propósito de terminar el contrato en una fecha determinada. [Sentencia 9 julio 1954.]*

23. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: COMIENZO DE SU VIGENCIA: *La vigencia de la LAU no se produjo hasta la fecha marcada en su texto articulado, es decir, en 3 de abril de 1947, puesto que la publicación de la Ley de Bases, mientras éstas no fueron desenvueltas en el citado texto articulado, carece de eficacia a estos efectos.*

DERECHO DE TRASPASO: REQUISITOS: *La notificación al propietario del propósito de traspasar un local de negocio, hecha por el arrendatario cuando con arreglo a su contrato carecía de la facultad de traspasar y aún no estaba vigente la LAU, ha de ser tenida por inexistente a los efectos legales, y no puede servir de punto de partida para ejercitar un pretendido derecho de traspaso que todavía no había nacido.*

REQUISITOS DEL DERECHO DE TRASPASO: DERECHO DE RETRACTO: RESOLUCIÓN DEL ARRIENDO: *El derecho de retracto que corresponde al arrendador sobre el local de negocio traspasado por el arrendatario sin que éste le haya hecho la preceptiva oferta, no es obstáculo a que le asista, asimismo, el derecho a desconocer el traspaso y a instar la resolución del contrato de arrendamiento.*

RETROACTIVIDAD DE LA LAU: SU ALCANCE Y LÍMITES: *Aunque la disposición transitoria 1.ª de la LAU establece el principio de retroactividad de sus preceptos, con las limitaciones que consigna, no ha de entender por ello que sus preceptos pueden tener aplicación antes de que comiencen a regir. [Sentencia 19 noviembre 1953.]*

24. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGISLACION APLICABLE: *Presentada la demanda origen del pleito en fecha anterior a la vigencia de la LAU, la cuestión planteada ha de decidirse conforme a los preceptos de la legislación anterior sobre la materia, y principalmente con arreglo al Decreto de 29 de diciembre de 1931.*

DESAHUCIO POR DERRIBO CON PROPÓSITO DE EDIFICAR UNA NUEVA CASA: REQUISITOS: DECRETO DE 29 DE DICIEMBRE DE 1931: *Bajo la vigencia del Decreto de 29 de diciembre de 1931, para obtener el desahucio de los inquilinos de una finca arrendada, basándose el propietario que lo intentaba en su propósito de derribarla para construir otra nueva, era necesario, no ya ofrecer la indemnización, como exige actualmente la LAU, sino satisfacerla o ponerla a disposición de los arrendatarios para el momento del desalojo. [Sentencia 5 diciembre 1953.]*

25. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARRENDAMIENTO PACTADO POR EL ADMINISTRADOR NOMBRADO POR UN JUZGADO DE RESPONSABILIDADES POLÍTICAS: LIMITACIÓN DE SU VIGENCIA Y EFECTOS: EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS EN CUANTO A LA PRÓRROGA FORZOSA: ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR: CONFIRMACIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR EL PROPIETARIO DURANTE EL PERÍODO DE ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL: *El administrador nombrado por un Juzgado de Responsabilidades Políticas no actúa en representación del pro-*

pietario, sino para salvaguardar unos bienes y atender con ellos al pago de sanciones económicas que es su fin específico. El contrato de arrendamiento pactado por él, su vigencia y sus efectos, está limitado al tiempo en que el local arrendado permanezca en administración. Al ser levantado el embargo quedaron resueltas las relaciones contractuales durante él creadas, por haber cesado el estado legal que las motivó. La temporalidad de la situación excluye la aplicabilidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto a su prórroga forzosa para el arrendador. La falta de impugnación del arrendamiento por el propietario durante el tiempo en que, previa solicitud, administró provisionalmente los bienes, no implica confirmación del contrato, pues dicho propietario no recobró la libre disposición de los bienes hasta que se levantó el embargo. [Sentencia 14 junio 1954.]

26. ARRENDAMIENTO: *Subsiste el contrato a pesar de sufrir alteraciones, tanto en la persona o personas ocupantes del local, como en la renta y porción ocupada, cuando las referidas alteraciones fueron consentidas por los dueños del inmueble.* [Sentencia 5 octubre 1954.]

27. ARRENDAMIENTO URBANO: UNIDAD DE VIVIENDA: *Aunque requiere una finca urbana, no coincide su concepto legal con el de edificio, sino que cabe un edificio con dos viviendas o una vivienda compuesta de varios edificios.*

NECESIDAD PARA EL HIJO: *La amplitud y comodidad de la vivienda del ascendiente no impide el derecho a reclamar otra de su propiedad para que el hijo que contrae matrimonio viva con independencia.*

VALOR DEL PADRÓN: *No lo tiene en cuanto a situación real de las viviendas en relación con los edificios en que están establecidas.* [Sentencia 22 abril 1954.]

A. Por matrimonio de una hija solicita el arrendador la resolución del contrato de arrendamiento al concurrir la causa primera de excepción a la prórroga del artículo 76 LAU, en relación con el apartado c) del 77. El arrendatario se opone alegando que el arrendador es propietario de un edificio, a efectos fiscales y en el Registro, pero que según acredita el padrón municipal está compuesto de dos viviendas, una de las cuales habita él y otra el nuevo matrimonio, por lo que no existe la necesidad argüida. Desestimada la demanda en Primera Instancia, es revocada la sentencia por la A. T., y el arrendatario recurre por injusticia notoria por los siguientes motivos: 1.º Causa tercera del artículo 173. Interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 76 y 77 y violación del 70. 2.º Causa cuarta del artículo 173.

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso, con base en la siguiente doctrina:

Considerando: «que la unidad de vivienda, en su concepto legal, si bien requiere una finca urbana para su establecimiento no coincide con la del edificio o casa en que esté establecida ya que un propietario, para establecer una sola vivienda, puede agregar locales contiguos como edificios o casas distintas y dividir para él establecimiento de dos o más viviendas indepen-

dientes, el edificio construido en principio para ser ocupado por una sola.» (Considerando 1.º)

Considerando: «que... la amplitud y comodidad del local destinado a vivienda de los ascendientes, amplitud y comodidad todavía no limitados por la Ley, no impide el derecho, en ella reconocido, a reclamar otra vivienda de su propiedad para vivir con independencia el hijo que contraiga matrimonio.» (Considerando 2.º)

Considerando: «que... el padrón municipal, relación de habitantes de un término municipal, si bien debe contener los datos suficientes para la identificación y clasificación administrativa de ellos, ni la Ley exige, ni las certificaciones invocadas expresan que... tenga datos referentes a la situación real de las viviendas, en relación con los edificios en que se hallen establecidos, para conocer la cual situación son más estimables los proporcionados por el de edificios y solares...» (Considerando 3.º)

28. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: LEGISLACIÓN APLICABLE: *El contrato de arrendamiento de un local de negocio celebrado el 30 de noviembre de 1942 se rige por la legislación anterior a la LAU, sin que obste a ello la retroactividad de los preceptos de esta última, que nunca podría extenderse a juzgar «a posteriori» conforme a una nueva legalidad actos anteriores sin expresa declaración que así lo autorizara.*

CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN EN EL ARRENDAMIENTO DE LOCALES DE NEGOCIO: *La cláusula inserta en un contrato de arrendamiento de local de negocio celebrado durante la vigencia del Decreto de 21 de enero de 1936, por la que se fija la renta trimestral en «el valor en pesetas de 3.300 Kg. de pan al precio oficial», es nula, en cuanto consiente una elevación de la renta basada en las oscilaciones que pueda sufrir el precio del pan, elevación distinta de las que expresamente determina la Ley y que son las únicas que podrían admitirse conforme a los preceptos vigentes en el momento de otorgarse el contrato.*

CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN EL ARRENDAMIENTO DE LOCALES DE NEGOCIO: *Siendo la cláusula que se discute nula de pleno derecho, conforme a la legislación vigente cuando se estipuló, no puede basarse su validez en el artículo 11 de la LAU, conforme al cual son renunciables los derechos concedidos por ella a los arrendatarios de locales de negocio, excepto el de prórroga, porque para darle nueva eficacia sería preciso un acto de renuncia verificado por el arrendatario con posterioridad a la nueva Ley, acto de renuncia que no se ha verificado.*

A. Discútiase en autos la validez de la cláusula de estabilización contenida en un contrato de arrendamiento de local de negocios, celebrado el 30 de noviembre de 1942. La sentencia del Juez de Primera Instancia declaraba nula dicha cláusula; la Audiencia Territorial de Zaragoza, por el contrario, la consideró válida, y habiéndose interpuesto contra su sentencia recurso de injusticia notoria, el T. S. declara haber lugar al mismo, en la sentencia reseñada, cuyos considerandos reproducimos por estimarlos de gran interés:

«Que la cuestión a resolver en los tres motivos del recurso, y en los que por cierto, y contra lo aseverado en la impugnación, se precisan de modo suficiente los conceptos de las infracciones, se reducen a decidir si es o no válida la cláusula del contrato de arrendamiento del local de negocios a que se refiere la demanda, celebrado en 30 de noviembre de 1942, y por la cual se estipula que el importe del arrendamiento se pagaría por trimestres adelantados, a razón de cada trimestre el valor en pesetas de 3.300 kilos de pan al precio oficial, añadiéndose que para evitar perjuicios por variación de moneda, se estipula como forma neutra, y por tanto sin repercusión en el precio del arrendamiento, desde 1,40 el kilo, precio actual, hasta 1,70 en alza o hasta 1,10 en baja, y que, pasados dichos límites el precio se establecerá exactamente sobre el precio oficial, sin que los 30 céntimos que, en alza o en baja, se establecen como forma neutra, tengan entonces tal carácter de no repercusión en el precio.» (Considerando 1.º)

«Que para decidir acerca de tal validez o ineficacia hay que determinar cuál es la legislación aplicable, y ésta no puede decirse que es la anterior a la LAU, atendida la fecha del contrato, sin que obste a ello la retroactividad de sus preceptos, que nunca podría extenderse a juzgar *a posteriori*, conforme a una legalidad, actos anteriores, sin expresa declaración que así lo autorizara.» (Considerando 2.º)

«Que la Ley vigente en dicho momento sobre la materia eran los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, conforme a los cuales (arts. 4.º y 6.º del último, singularmente) no se podrán admitir otros aumentos de renta que los expresamente determinados en la Ley, derecho del inquilino a la renta legal que, por otra parte, y por razones d interés social, es totalmente irrenunciable, conforme al artículo 11 de las dos expresadas disposiciones.» (Considerando 3.º)

«Que la cláusula en cuestión, en cuanto consiente una elevación de la renta, basada en las oscilaciones que pueda sufrir el precio del pan, resulta totalmente contraria a lo legislado en los preceptos invocados, y, por eso, al pretender ahora elevar la renta el actor, invocando la citada cláusula, de las 18.000 pesetas anuales satisfechas conforme a la renta declarada en el Catastro por el primer trimestre que el demandado disfrutó del local de negocios en cuestión, a 39.000, no puede menos de estimarse la improcedencia de la demanda interpuesta en tal sentido, y no se oponga a ésto que, conforme al artículo 11 de la Ley actual, los derechos concedidos a los arrendatarios de locales de negocios son renunciables por éstos, salvo el derecho de prórroga, porque siendo la mencionada cláusula nula de derecho conforme a la legislación vigente cuando se estipuló, sería preciso para darle nueva eficacia un acto de renuncia, verificado por el arrendatario con posterioridad a la nueva ley, que no se ha producido, ni tampoco la posibilidad, conforme a dicha cláusula, de que la renta pudiera descender por debajo de la legal, si descendiera el precio oficial del pan, porque, aparte otras razones, tal hipótesis no se ha producido, sino la contraria.» (Considerando 4.º)

«Que vienen a corroborar todavía más estas razones las disposiciones citadas en el recurso, por virtud de las cuales, y a partir de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, se viene haciendo coincidir

la renta legal con la catastral, y que tiene su más reciente expresión en el artículo 133 de la vigente LAU, procediendo por los motivos citados estimar la infracción cometida en la sentencia de instancia del artículo 11 del Decreto de 21 de enero de 1936, mencionado en el primer motivo del recurso, del artículo 4.º del Código civil y del artículo 133 de la LAU, así como de las disposiciones de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, del Decreto de 21 de enero de 1943 y del artículo 133 de la LAU, a que hacen referencia el motivo tercero del recurso, debiendo en tal sentido ser revocada la sentencia de la Audiencia que condenó al pago de la elevación de renta pretendida por el propietario y absuelto el inquilino, sin hacer expresa condena de costas de ambas instancias, ni de este recurso.» (Considerando 5.º)

OBSERVACIONES: El T. S. ha admitido, en general, la validez de las cláusulas de estabilización de los contratos. Pueden citarse, en este sentido, las sentencias de 4 de noviembre de 1944, 12 de marzo de 1946, 29 de abril y 25 de junio de 1946 y 9 de enero de 1950.

Sin embargo, la presente sentencia, de 13 de noviembre de 1952, rechaza la cláusula de estabilización contenida en el contrato de arrendamiento discutido. Es preciso, de todo punto, saber si la condenación tiene alcance general, extensiva a todas las cláusulas de estabilización y en todos los contratos, o si se limita a proscribirlas en los contratos de arrendamientos urbanos o, todavía más restrictivamente, en los contratos de arrendamientos urbanos regidos por la legislación anterior a la LAU, que es, según la propia sentencia, la aplicable al contrato de autos.

Nos parece evidente que el T. S., en esta sentencia, se limita a afirmar la nulidad de las cláusulas de estabilización contenidas en los contratos de arrendamientos urbanos celebrados bajo la vigencia de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936. El considerando segundo dice, en efecto, «Que para decidir de tal validez o ineficacia hay que determinar cuál es la legislación aplicable». «La cláusula en cuestión...—dice también el considerando cuarto— resulta totalmente contraria a lo legislado en los preceptos invocados (los Decretos ya citados). ... y no se oponga a ésto —agrega— que conforme al artículo 11 de la LAU los derechos concedidos a los arrendatarios de locales de negocio son renunciables por éstos, salvo el derecho de prórroga, porque siendo la mencionada cláusula nula de derecho conforme a la legislación vigente cuando se estipuló, sería preciso, para darle nueva eficacia, un acto de renuncia verificado por el arrendatario con posterioridad a la nueva Ley, que no se ha producido...»

Veremos después si es verdad que la cláusula de estabilización «valor pan» se opone o no, y por qué razones, a lo legislado en los repetidos Decretos anteriores a la LAU. Por ahora, bástanos decir que de los considerandos que estamos comentando podría extraerse, quizá, un argumento *a contrario* favorable a la validez de las discutidas cláusulas en los arrendamientos de locales de negocio regidos por la LAU.

Contra la procedencia o corrección de este argumento *a contrario* podría oponerse el contenido del considerando quinto (véase más arriba) en que el T. S. estima infringido también el art. 133 de la LAU. Entendemos, empero, que el T. S. estima —acertada o equivocadamente, que esto es otra cuestión— que en el caso concreto debatido se infringió el artículo 133, no por haberse estipulado la cláusula de escala móvil, sino por no haberse declarado a tiempo a la Hacienda el incremento del valor en pesetas de la renta.

Volviendo ahora al punto de partida, conviene advertir que es muy dudoso que las cláusulas de estabilización sean nulas conforme a la legislación arrendaticia anterior a la LAU. Admitimos —no sin reservas— que lo sean, por contrariar la finalidad práctica de tales Decretos, es decir, por

aplicación de la doctrina del fraude de la Ley. Lo que no podemos admitir, en ningún caso, es que, como se ha pretendido, la doctrina de la sentencia que estudiamos sea aplicable a las cláusulas de estabilización estipuladas en toda clase de contratos, por atentar contra el orden público y, concretamente, contra el «orden monetario». (J. S. B.)

29. ACCIÓN DE RETRACTO: SU CADUCIDAD: *Interpuesta la demanda de retracto dentro de los nueve días que determina el artículo 1.524 del C. c., el hecho de que no se presente la certificación del acto de conciliación hasta después de transcurridos dos meses desde aquella interposición, no puede dar lugar a la caducidad de la acción.*

ACCIÓN DE RETRACTO: SUS REQUISITOS: *El conocimiento por el retrayente de la realización de la venta de la finca de que se trata, para que pueda dar vida a la acción de retracto y contarse desde que lo supo el término de nueve días para ejercitarla, ha de ser un conocimiento completo de todas las condiciones y circunstancias en que se ha realizado la venta, para que de ese modo pueda con suficientes elementos de juicio decidir si le conviene o no ejercitar esa acción. [Sentencia 30 octubre 1953.]*

30. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRECIO EXCESIVO EN CASO DE RETRACTO: *La LAU reconoce a los arrendatarios el derecho de impugnar el precio fijado en el contrato de transmisión determinante de retracto si lo consideran excesivo, arbitrando un medio para que tal derecho de impugnación logre efectividad en todos los casos, cual ha sido el de establecer la presunción «iuris et de iure» de que el precio figurado en la escritura de venta o en la adjudicación, es decir, el que se haga constar en los respectivos documentos, sea real o sea simulado, es excesivo, si incluido en su caso el importe de la carga rebasa la cantidad que arroje la renta pactada por el piso capitalizado según los porcentajes que el artículo 67 establece.*

COMPRAVENTA: SUBASTA: NATURALEZA JURÍDICA: *La subasta de la finca expresada, celebrada con intervención de los vendedores, quienes adjudicaron al comprador, como único postor, dicha finca por el precio que sirvió de base para la subasta, constituye un contrato de compraventa.*

NEGOCIOS JURÍDICOS: ESCRITURA PÚBLICA: *Son escrituras públicas los documentos autorizados por Notario cuyo contenido propio sean las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases. [Sentencia 6 julio 1954.]*

31. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA OBLIGATORIA: POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: REQUISITOS: *Para que sea viable la acción de desahucio de un local de negocio, basada en la necesidad del propietario de ocuparlo para establecer en él su propia industria, es requisito esencial probar la preexistencia del dueño en el ejercicio de la industria, con la antelación debida, sin que la omisión de esta prueba pueda subsanarse en un proceso posterior.*

IMPOSIBILIDAD DE REPRODUCIR EN UN NUEVO PROCESO LA PRETENSIÓN DECIDIDA EN OTRO ANTERIOR: INSUBSANABILIDAD DEL DEFECTO DE PRUEBA: *La deficiencia o falta de prueba sobre uno de los extremos primordiales en el proceso anterior, no autoriza a reproducir en un nuevo proceso la misma pretensión, a base de hechos que ya existían y se alegaron en aquél.*

PRESUNCIÓN DE COSA JUZGADA: *Apreciada por el Tribunal de Instancia la excepción de cosa juzgada, y habiendo éste prescindido forzosamente del examen de los hechos y fundamentos aducidos para el supuesto de que tal presunción fuera rechazada, mal pudo infringir unas normas que no llegó, ni pudo aplicar.* [Sentencia 30 enero 1954.]

El recurrente, propietario de un local arrendado con destino al ejercicio de una industria, solicitó el desahucio del arrendatario, al amparo del apartado c) del artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936, alegando la necesidad de ocupar el local para establecer en él su propia industria. Su pretensión fué desestimada y se denegó el desahucio por no haber acreditado el demandante su preexistencia en el ejercicio de su industria con la debida antelación.

El propietario reproduce la pretensión originaria, pretendiendo subsanar en este segundo proceso la omisión de aquella prueba. Su pretensión es rechazada nuevamente ahora por aplicación de la «presunción de cosa juzgada».

El demandante interpone recurso por injusticia notoria, alegando que «pese a la identidad objetiva de ambos procesos, el primero deja intacto el problema de fondo», pues aunque no dió lugar al desahucio, fué en atención a la omisión de la prueba a que aludíamos antes, «omisión que el recurrente considera subsanable y pretendió subsanar en el segundo proceso».

El T. S. declara *no ha lugar* al recurso y sienta la doctrina extractada más arriba.

32. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARTÍCULO 78 DE LA LAU: *No es aplicable dicho artículo cuando el arrendador no tuvo a su disposición la vivienda, que fué vendida estando dada en arrendamiento, que concluyó en momento posterior a la consumación de la venta.* [Sentencia 24 junio 1954.]

33. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: CORPORACIÓN DE DERECHO PÚBLICO: *Si bien es cierto que el artículo 100 de la LAU dispone que las Corporaciones de Derecho Público que deseen ocupar sus propias fincas para establecer sus oficinas o servicios no vendrán obligados a justificar la necesidad, bien se trate de viviendas o de locales de negocio, este artículo, por constituir una excepción a un principio general, debe ser restrictivamente interpretado y no debe ser aplicado sino en los casos en que las entidades que lo aleguen estén clara e indudablemente comprendidas en sus términos, por lo cual no puede ser aplicado a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las cuales, no obstante haber sido calificadas por las Leyes y Reglamentos que las establecieron y organizaron como organismos oficiales que gozarían de la condición de establecimientos públicos, tienen su nota característica en la representación de intereses profesionales o de clase, por lo cual no pueden ser consideradas*

como corporaciones de Derecho público para los efectos excepcionales y privilegiados del art. 100, mientras no se dicte una disposición que así lo declare.

ARRENDAMIENTOS URBANOS; EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO; JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD: *El requerimiento hecho al arrendador para que desaloje el local que ocupa, no es por sí sólo justificativo de su necesidad de ocupar el de su propiedad que se halla arrendado, por cuanto no justifica realmente la de abandonar aquel del cual es arrendatario, pues a aquella pretensión de abandono pueden oponerse una serie de excepciones en el correspondiente juicio. Para que la necesidad quede plenamente justificada, es preciso haber sido condenado al desalojamiento en dicho juicio o, por lo menos, demostrar en el presente la razón de la primera pretensión. [Sentencia 22 marzo 1954.]*

34. OBRAS NO CONSENTIDAS; CONSENTIMIENTO TÁCITO: *El conocimiento por la arrendadora de la iniciación y terminación de las obras llevadas a efecto por el arrendatario en el local arrendado, asistiendo a todo sin la más mínima protesta y continuando en el percibo de la renta, sin que hiciera al arrendatario manifestación de ninguna clase hasta más de un año después de la realización de las obras, no supone el otorgamiento por parte de la arrendadora de la autorización para realizar dichas obras.*

CONSENTIMIENTO TÁCITO; REQUISITOS: *Para que la existencia del consentimiento tácito pueda admitirse es necesario que los actos u omisiones en que se funde impliquen tal consentimiento, ya porque la Ley lo establezca de una manera concreta, como lo hace en algunos casos, atribuyéndoles el valor de una declaración de voluntad de quien los realiza, ya porque, sin haber una específica declaración legal, dichos actos u omisiones sean de tal naturaleza u ofrezcan tales circunstancias que de ellos se derive, lógica y rigurosamente, el consentimiento de la persona que los ha ejecutado.*

OBRAS NO CONSENTIDAS; ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO: *La construcción de un tabique de unos cuatro metros de longitud por tres y medio de altura y que viene a dividir en dos lo que antes constituía un solo local, altera sensiblemente la configuración de éste, por lo que tales obras se hallan comprendidas entre aquéllas que el arrendatario no puede realizar sin que el arrendador las consienta. [Sentencia 30 noviembre 1953.]*

35. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO; OBRAS NO CONSENTIDAS: *Para la resolución del contrato, el apartado b) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 toma en consideración únicamente la alteración de las condiciones del edificio, independientemente de que las obras realizadas sin consentimiento del propietario beneficien o perjudiquen a la finca y de que se concrete o no el valor de las reparaciones necesarias para volver las cosas a su primitivo estado.*

OBRAS QUE ALTERAN LAS CONDICIONES DEL EDIFICIO: *Para que las obras alteren las condiciones del edificio no es indispensable que sean de tal naturaleza que imposibiliten el servicio normal de la vivienda o la hagan inadaptable para su utilización esencial, sino que basta con que las obras modifiquen la forma o estructura de la casa arrendada, la distribución de sus distintas partes, el aspecto peculiar de la misma o, en general, produzcan un cambio no meramente accidental y de detalle, sino esencial y sensible en la misma.* [Sentencia 11 enero 1954.]

36. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: CARÁCTER TAXATIVO DE LAS FIJADAS EN EL ART. 149 DE LA LAU: *El artículo 149 de la LAU, rectamente entendido, excluye la alegación de cualquier causa determinante de la resolución del arrendamiento que no sea una de las expresa y taxativamente fijadas en él.* [Sentencia 9 diciembre 1953.]

«... la acción resolutoria de los contratos de arrendamiento de locales de negocio está expresamente reconocida al arrendador en la legislación especial, siquiera su ejercicio esté subordinado a la existencia de alguna de las causas determinantes de la resolución, expresa y taxativamente fijadas en el artículo 149, que, rectamente entendido, excluye la alegación de cualquiera otras, a menos de desvirtuar la finalidad de la norma, que no es otra que la de conseguir la posible estabilidad de la relación arrendaticia, no hacer ilusorio el derecho de prórroga que, a tal efecto, se otorga a los arrendatarios, como acontecería si fuera lícito aplicar el Código civil, y desahuciar a aquellos por alguna de las causas determinadas en el artículo 1.569, ya que, en tal caso, lejos de resultar la legislación especial protectora de los inquilinos, redundaría en su perjuicio, al agregar, a los de aquel cuerpo legal, otros nuevos motivos de resolución.» (Considerando 2.º)

37. ARRENDAMIENTOS URBANOS: VIVIENDA CON PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: TRANSFORMACIÓN: *Arrendado un piso «para vivienda del arrendatario y de su familia e instalación en el mismo de la industria de fonda u hospedaje», existe, conforme al artículo 7.º de la LAU un arrendamiento de vivienda en que el inquilino ejerce una «pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación», por lo que el simple hecho de cesar en la industria, con baja en la contribución, no altera su carácter legal de vivienda, ni supone la transformación alegada como fundamento de la demanda de resolución del contrato.* [Sentencia 29 mayo 1954.]

38. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: ARTÍCULO 149, 5.º: OBRAS DAÑOSAS SIN CONSENTIMIENTO DEL PROPIETARIO OBRAS AUTORIZADAS O CONSENTIDAS: RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS: *Las causas de resolución del número 5.º del artículo 149 de la LAU se refieren siempre a obras realizadas sin consentimiento del propietario. Y si en el contrato se autorizaba la demolición de tabiques no causando daños, atribuyendo al inquilino la responsabilidad de los daños que causare, es indudable que esta responsabilidad no puede ser la de resolución del contrato, sino la de indemnización de daños y perjuicios.* [Sentencia 5 junio 1954.]

39. ARRENDAMIENTOS URBANOS; RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR ACTIVIDAD INMORAL (JUEGOS PROHIBIDOS): *Basta la instancia del arrendador para el éxito de la acción resolutoria al amparo de la causa 7.ª del artículo 149 LAU, siempre que se den las demás circunstancias que dicho número exige, y no es necesaria la solicitud de alguno o algunos de los demás inquilinos o arrendatarios de la finca.*

Los juegos prohibidos constituyen una actividad inmoral, dada su dañosa influencia sobre la fortuna de los individuos y las familias y sobre las costumbres en general.

Resulta la notoriedad de los actos inmorales cuando llegan a conocimiento del Gobernador civil de la provincia, determinando la clausura de los locales. [Sentencia 3 marzo 1954.]

A. Arrendada la planta baja de determinada finca a un círculo recreativo, el Gobernador civil de la provincia ordena la clausura del local por practicarse en él juegos prohibidos. Posteriormente fué levantada dicha clausura, pero ya el arrendador había instado la resolución del contrato al amparo de la causa 7.ª del artículo 149 LAU. Desestimada la demanda en Primera Instancia, es revocada la sentencia en apelación. La entidad demandada recurre por injusticia notoria fundamentando el recurso en dos motivos, ambos comprendidos en la causa 3.ª del artículo 173 LAU: 1.º Infracción del artículo 149, causa 7.ª. 2.º Infracción del artículo 372 LEC.

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso con base en la doctrina antes expuesta en cuanto al motivo primero, y respecto al segundo, por su defectuosa formulación, ya que tiene carácter procesal y no cabe fundarlo en la causa 3.ª del artículo 173.

B. OBSERVACIONES: Tiene importancia en la sentencia reseñada la doctrina contenida en la primera parte del resumen que se transcribe, o sea, el sentido que haya de darse a la expresión «aun sin solicitarlo la mayoría de los inquilinos y arrendatarios», contenida en la causa 7.ª del artículo 149 LAU. El T. S. entiende que es el arrendador quien está facultado en este caso para instar la resolución del arrendamiento, pero esta interpretación acaso no sea totalmente admisible si se relaciona la causa 7.ª y su expresión literal con la causa 6.ª, en la que se exige la solicitud de la mayoría de inquilinos y arrendatarios, viniendo a ser la 7.ª una excepción en la que no se exige dicha mayoría, aunque sí que la solicitud se haga por alguno o algunos de los inquilinos o arrendatarios, sin bastar que la haga el arrendador. De estas dos interpretaciones el T. S. acoge, como ya queda dicho, la primera.

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS; RESOLUCIÓN DEL CONTRATO; CAUSA 9.ª DEL ARTÍCULO 149 LAU; DECLARACIÓN DE RUINA DEL INMUEBLE ACORDADA EN RESOLUCIÓN FIRME: *No puede menos de estimarse firme el acuerdo municipal cuando de la certificación del Ayuntamiento, obrante en autos, se deduce que los inquilinos fueron parte en el expediente contradictorio seguido en el Ayuntamiento, donde pudieron personarse y hacer uso de los recursos legales, incluso del contencioso-administrativo que hubiera procedido contra la resolución dictada por el Tribunal Contencioso-Administrativo Provincial. [Sentencia 12 junio 1954.]*

«... que habiendo entendido la Sala, apartándose del criterio mantenido por el Juez de Primera Instancia, el cual había estimado la demanda por reputar firme la resolución municipal, que no procedía la demanda de resolución de contrato porque no constaba la firmeza del acuerdo municipal al no haberse resuelto el último recurso citado, no puede menos de estimarse la procedencia del primer motivo del presente recurso en cuanto alega la infracción del artículo 149, causa 9.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque de la certificación del Ayuntamiento, obrante en autos, se deduce que los inquilinos fueron parte en el expediente contradictorio seguido en el Ayuntamiento, donde pudieron personarse y hacer uso de los recursos legales, incluso del contencioso-administrativo que hubiera procedido contra la resolución dictada por el Tribunal Contencioso-Administrativo Provincial; pero en lugar de éste entablaron ellos otro recurso que se tramitó con independencia de aquél y cuyo exacto alcance no consta sino únicamente que se refería al mencionado acuerdo municipal en el cual recayó, como ya se ha dicho, una resolución declarando la incompetencia del Tribunal para resolver el fondo del recurso, contra cuya resolución se planteó recurso de casación que, por cierto, ha sido resuelto según se expresó en el acto de la vista, manteniendo la citada declaración de incompetencia, y en tales condiciones no puede menos de estimarse que aquel acuerdo municipal es firme, y, por lo tanto, es procedente declarar haber lugar al recurso por su primer motivo, sin que sea preciso ocuparse del segundo.» (Considerando 3.º)

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: ARTÍCULO 149, 9.^a LAU: NECESIDAD DEL EXPEDIENTE CONTRADICTORIO DE DECLARACIÓN DE RUINA: RUINA INMINENTE: CITACIÓN DEL ARRENDATARIO AL TIEMPO DE LA INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE: *Aunque la ruina sea inminente y se adopten por la autoridad municipal las medidas de seguridad procedentes, incluso el desalojo de la finca, tal determinación no da lugar por sí sola a la resolución del contrato, pues habrá que estar al resultado del fallo en el expediente, que deberá tramitarse o continuar a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Hay que estimar incumplido el requisito de la citación no sólo cuando ésta no se practicó, sino también cuando ha sido hecha en tal forma que no puede producir el efecto para que se estableció, como en el caso de que el oficio de citación se entregase al arrendatario en el mismo día y hora en que había de comparecer. [Sentencia 8 mayo 1954.]*

42. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN POR DESTRUCCIÓN DEL 50 POR 100: *Las obras de reparación de la finca, hechas por cuenta y voluntad del inquilino, sin consentimiento del arrendador, no enervan la resolución del contrato y revelan una actuación audaz del arrendatario, carente legal y moralmente del derecho a realizar tales obras en propiedad ajena. [Sentencia 26 abril 1954.]*

43. DESAHUCIO: POR DESTINAR EL LOCAL ARRENDADO A USOS DISTINTOS DEL PACTADO: APLICACIÓN DE LOS DECRETOS DE 29 DE DICIEMBRE DE 1931 Y 2 DE JUNIO

DE 1933: Para que los dueños de las fincas arrendadas pudieran desahuciar a los arrendatarios por destinar la vivienda o local a usos distintos de los pactados, el Decreto de 29 de diciembre de 1931, rectificado por el de 2 de junio de 1933, exigía que tales usos no pactados hicieran desmerecer la cosa arrendada, por lo que, si el hecho de destinar el local a un uso no pactado se produjo bajo la vigencia de dichos Decretos es necesario alegar el desmerecimiento para obtener el desahucio.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LAU: Cuando el hecho generador de un derecho se efectúa con fuerza legal bastante para producirlo, queda consumado y perfecto, siendo inatacable ante la nueva Ley, si ésta no dispone lo contrario, como no lo dispone la LAU, siquiera los efectos jurídicos inherentes al derecho así adquirido subsistan y permanezcan después de la nueva norma.

CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: TRANSFORMACIÓN DEL LOCAL DE NEGOCIO EN ALMACÉN: La transformación del local de negocio en almacén es según reiterada doctrina de la Sala, causa resolutoria del arrendamiento, porque los almacenes son reputados por la LAU como viviendas a todos los efectos. [Sentencia 29 diciembre 1953.]

44. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OCUPACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO POR PERSONA DISTINTA DEL ARRENDATARIO: DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: Habiéndose fijado en los Estatutos de una Sociedad el domicilio de ésta en un local arrendado por otra, estableciéndose asimismo en dichos Estatutos que cuantas personas contratasen o se relacionasen con la Sociedad en cualquier concepto que representara una relación de dependencia se sometían al fuero de los jueces y Tribunales de Madrid, hay que entender que dicho domicilio era real y efectivo, y que fué designado con la finalidad de establecer en él la sede jurídica y legal donde la Sociedad habría de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones, finalidad ratificada por la propia Sociedad al solicitar y pagar en el Ayuntamiento los derechos de apertura del local señalado como su domicilio.

CESIÓN DEL LOCAL ARRENDADO: La autorización concedida por la Sociedad arrendataria de un local para que se estableciera en el mismo el domicilio de otra persona jurídica, para sus relaciones con los Ministerios y Bancos, relaciones que habrían de manifestarse, por lo menos en la recepción de la correspondencia y comunicaciones oficiales, lo que implica el uso y goce de dicho domicilio, obliga a declarar que tal domicilio se estableció real y efectivamente en el local indicado y ello en virtud de la cesión que al efecto hizo la Sociedad arrendataria.

INTRODUCCIÓN EN UN LOCAL ARRENDADO DE UNA PERSONA JURÍDICA DISTINTA DE LA ARRENDATARIA: La introducción de una tercera persona, individual o jurídica, en un local arrendado por otra en convivencia con el arrendatario, es suficiente para estimar la resolución del contrato de arrendamiento.

to, al amparo de la causa 3.^a del artículo 149 de la LAU. [Sentencia 7 enero 1954.]

46. ARRENDAMIENTO URBANO: CESIÓN Y SUBARRIENDO: DERECHOS DEL CESIONARIO: *No puede excepcionar aludiendo el consentimiento del actor, artículo 36 LAU, cuando se trata del traspaso de local de negocio, en el que tal consentimiento no es necesario y la resolución del pleito de desahucio entre arrendador y arrendatario no afecta, en este caso, a los derechos del cesionario.*

USUFRUCTO VIDUAL ARAGONÉS: *La titularidad de arrendador durante el usufructo y, por tanto, de las facultades de concertar y resolver dicho contrato, corresponden al usufructuario.* [Sentencia 24 octubre 1953.]

46. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO POR EL SUBARRENDATARIO: *Aun admitiendo a favor del subarrendatario el traspaso de los locales de negocio, que el artículo 44 LAU no le reconoce, será preciso para su validez el cumplimiento de los requisitos que con carácter necesario señala el artículo 45.*

DERECHO TRANSITORIO: *Admitiendo hipotéticamente que la disposición transitoria 2.^a de la LAU pudiera aplicarse a la situación creada por el subarrendatario que subarrendó a su vez antes de la publicación de la Ley citada, tal contrato sólo tendrá validez si se hubiese celebrado antes de 1.^o de abril de 1946, extremo que se debe acreditar suficientemente.* [Sentencia 12 noviembre 1953.]

IV. Derecho de Familia.

1. VECINDAD CIVIL: PRUEBA: *Incumbe al demandante, conforme al artículo 1.214 C. c., demostrar la vecindad del demandado, en la cual basa el derecho que funda su pretensión.*

RENUNCIA TÁCITA DE GANANCIALES: *Pedida y obtenida la separación de bienes por la cual se hizo la devolución de parafernales, hay que entender que se hizo la separación cumplidamente, si no existe prueba de que la actora se reservara algún derecho.*

RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL SUPLETORIO EN CATALUÑA: *Es el régimen del Derecho Romano.*

DERECHO INTERREGIONAL SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL: *Siendo el marido catalán y no constando que se pactara expresamente la sociedad de gananciales, es obligado la aplicación del régimen supletorio catalán.* [Sentencia 10 diciembre 1952.]

A. Una mujer reclama de su marido, del que se había divorciado, su parte correspondiente en determinado bien que entendía ganancial. Al resolver la Audiencia de Barcelona, en apelación, entendió que no procedía otra

vez la separación toda vez que ya se había llevado a efecto hacia más de dos años, al haberle sido devueltos los bienes parafernales.

El matrimonio había tenido lugar en Barcelona; originariamente el marido era navarro, pero, según la Audiencia, llevaba más de diez años viviendo en Cataluña.

El T. S. desestima el recurso de casación:

Considerando: Que en el segundo motivo se pretende que, si bien la actora recurrente en las actuaciones referidas instó únicamente la devolución de sus bienes parafernales ello no implica que renunciara sus derechos sobre los gananciales, alegación que no puede ser atendida porque, no existiendo prueba alguna de que la separación de bienes anteriormente hecha lo fuera de manera parcial o incompleta ni de que la actora al pedir y obtener la devolución de los parafernales se reservara ningún otro derecho, hay que entender que tal separación de bienes se hizo cumplidamente resolviendo todas las cuestiones referentes a la sociedad conyugal de bienes, sin que se atisbe que hubiera ninguna razón para escindir en dos partes las actuaciones de dicha separación, contra lo que su naturaleza reclama y contra el sentido natural del artículo 1.433 y del número 4.º del 73, ambos del Código civil.

Considerando: Que aparte de lo dicho, es oportuno examinar a mayor abundamiento la cuestión debatida acerca de la vecindad del demandado al tiempo de contraer matrimonio, cuestión que se reduce a determinar si en aquel entonces había perdido su vecindad de origen y adquirido la de Cataluña por residencia en esta región durante diez años sin manifestar su voluntad en contrario, y, afirmado por la sentencia recurrida en su Considerando 3.º haber tenido lugar tal residencia por dicho tiempo, tampoco este extremo ha sido impugnado por el citado número 7.º (art. 1.692 LEC), por lo que, no constando que se pactara expresamente la sociedad de gananciales, como también consigna la Sala sentenciadora, es obligada la aplicación del Derecho romano que está vigente como supletorio en dicha región y que no admite la sociedad de gananciales, debiendo advertirse además que, en todo caso y conforme al artículo 1.214, a la demandante incumbía acreditar el derecho que reclama, demostrando que el demandado conservaba al tiempo de su matrimonio su vecindad de origen, lo que no ha hecho.

B. OBSERVACIONES:

1. *La prueba de la vecindad civil.*—La generalidad con que la sentencia formula el principio sobre la carga de la prueba de la vecindad lleva a la conclusión de que el demandante tendría que probar: 1.º, que el demandado adquirió la vecindad en cuestión; 2.º, que «no se ha dado ningún hecho» que imponga su pérdida (demostración de conservación). Esta formulación pone a cargo del que niega la demostración de los hechos negativos contra la regla «onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat». Una atenuación de este rigorismo se encuentra si se pone en relación la doctrina del considerando con el caso que la motivó: «a la demandante incumbía acreditar el derecho que reclama, demostrando que el demandado conservaba al tiempo de su matrimonio su vecindad de origen», a pesar de que llevaba residiendo en Cataluña más de diez años. Lo correcto es que, probada la adquisición de una determinada vecindad, quien la niegue deberá probar el hecho que implique su pérdida.

2. *La renuncia tácita de gananciales.*—No cabe duda de que «acordada la separación de bienes, quedara disuelta la sociedad de gananciales» (artículo 1.434), pero ni el acuerdo de separación ni la devolución de parafernales implican que la sociedad de gananciales disuelta fuera debidamente liquidada. Por esta vía se viene a admitir una renuncia en términos opinables dentro del Derecho español: véase artículos 1.280, 4.º; 1.394, II, y 1.392 y 1.418 y siguientes del Código civil; véase también artículos 1.395, 1.708 y 1.079 del Código civil.

3. *Régimen económico conyugal supletorio en Cataluña.*—La generalidad con que el Tribunal Supremo viene a declarar al sistema romano supletorio en Cataluña pudiera prejuzgar alguna cuestión que plantea la variedad de regímenes existentes en Cataluña, concretamente la cuestión de cuándo se da en el Campo de Tarragona la asociación a compras y mejoras. El Tribunal Supremo, si no quería sentar doctrina tan general, pudo haber especificado que se trataba de un vecindado de Barcelona. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la doctrina moderna entiende que la asociación a compras y mejoras sólo existe si se pacta.

4. *Derecho interregional sobre el régimen económico conyugal.*—No hay duda de que el T. S. desconsidera para la determinación del régimen económico conyugal aplicable al lugar de celebración del matrimonio, desechando la doctrina de la Resolución de la D. G. R. N. de 10 noviembre 1926. Se expresa, sin embargo, en términos tales que pudieran fundar dudas sobre si acoge el principio de autonomía de la voluntad, o si acoge el estatuto personal del marido, cuya condición sigue la mujer (art. 15, III, C. c.). Hay que pensar, no obstante, que el T. S. entiende que el estatuto personal (art. 14 en relación con el art. 9.º C. c.); así lo entendieron las Sentencias de 28 noviembre 1898 y 27 octubre 1900 y la R. D. G. R. y N. 5 octubre 1906) (Castán: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. I, Madrid, 1951, páginas 450 y 451).

La frase «no constando que se pactara expresamente la sociedad de gananciales», recuerda a otra del artículo 1.325 C. c.: «y nada declarasen o estipulasen los contratantes». Podría pensarse que vienen a excepcionar el principio de la ley nacional en cuanto a la organización económica de la sociedad conyugal, consagrando el principio de autonomía de la voluntad, de modo que tal organización vendrá a regirse por la ley querida por las partes. La verdad es que la salvedad puede explicarse sin entenderla como tal excepción: aun rigiendo la ley personal, puede importarse lo convenido por los contrayentes cuando, según esta ley, rija la organización económica del matrimonio un sistema contractual; esto es lo que ocurre con el Derecho catalán ley personal del marido, conforme al cual la sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones que se otorguen y, supletoriamente, rige el sistema romano de separación; por eso, aun rigiendo la economía conyugal el Derecho catalán, era posible que los cónyuges por pacto determinarán las normas aplicables.

Hay que destacar que el Tribunal Supremo parece, en consecuencia, admitir las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a las disposiciones generales del Código civil; es difícil pensar en otra cosa, admitido, como admite, que se pactara expresamente la sociedad de gananciales. Trias de Bes (*Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Barcelona, 1939, pág. 93), comentando la prohibición del artículo 1.317 C. c., tachaba de absurdo el que se limitara «al pacto de sumisión a las legislaciones forales porque puede dar lugar a una interpretación literal—desde luego, ilógica—de que no alcance la prohibición expresada a la legislación común»; entiende este autor que el artículo 1.317 es redundante porque después de haber establecido el principio de la ley personal quedaba ya excluido el principio de autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, el T. S. admite, al parecer, esta sumisión general al Derecho común. Y es que en el artículo 1.317 no yace una redundante norma confirmatoria

de la ley personal; antes que una norma de conflicto es una norma de determinación de la naturaleza del Derecho Foral. Por lo mismo, no puede pensarse que no cabe una sumisión general al Derecho común español, ya que, conforme al Código, «las disposiciones generales» (art. 1.317) del Derecho común no tienen la misma consideración que los fueros y costumbres de las regiones forales (1). (M. P.)

DERECHO MERCANTIL

1. FACTOR MERCANTIL: *Es acto de administración, y no de riguroso dominio, aquel por el cual el administrador de una Empresa dispone en beneficio de su explotación de elementos materiales desprovistos de importancia notoria y de utilidad para el uso a que se hallaban destinados.* [Sentencia 23 octubre 1953.]

1. HECHOS: El apoderado de la Sociedad X, domiciliada en París y dedicada a la explotación de minas, otorgó a favor de A poder notarial a fin de que ejercitase en una determinada región las facultades relativas a una normal administración, en los asuntos relativos a la mencionada Sociedad, constando estas facultades en el Registro Mercantil correspondiente. Celebrada por correspondencia la compraventa de diversas maquinarias entre A, en nombre de la Sociedad X, como entidad vendedora, y la Sociedad Y, como compradora, ésta, antes de entrar en posesión del objeto adquirido, la revendió a la Sociedad Z, y ante la negativa de la primera de aquéllas a hacer entrega de la maquinaria objeto del contrato, dedujo demanda contra ella, que fué desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Apelada, la Audiencia revocó dicha sentencia. E interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo no da lugar a él, en virtud de la doctrina expresada anteriormente.

2. OBSERVACIONES: Las normas de carácter general sobre el ámbito y extensión del mandato se contienen en los arts. 1.713 y 1.714 del C. c., estableciendo el primero de ellos en su párrafo segundo que se requiere mandato expreso para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio; y ordenando el segundo de los artículos citados que el mandatario no puede traspasar los límites del mandato, quedando, en este caso, libre de responsabilidad el poderdante, según el art. 1.727, 2.^a Norma semejante se contiene en la Esfera del Derecho mercantil en el artículo 446 del Código de Comercio. Pero en el caso del factor mercantil, rige, conforme se deduce de los arts. 286 y 287 del mismo cuerpo legal, el principio contrario de ilimitabilidad del poder otorgado a su favor, siempre que los contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el tráfico y giro del establecimiento, o si aún siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos. Dándose estas circunstancias, puede la otra parte contratante dirigir su acción contra el factor o contra el principal. La doctrina que se acaba de exponer la recoge el Tribunal Supremo en esta sentencia, al indicar que el rigor establecido en el orden civil «... no es en las relaciones comerciales tan absoluto que no consienta, porque así lo exige el propio interés del comercio y lo autorizan una práctica y necesidad de continuada observancia, no sólo que se presume para

(1) Sobre caracteres del Derecho Foral. Vél. CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1949, págs. 246-47.

la firmeza y seguridad de las operaciones mercantiles que los mandatarios se encuentran asistidos de facultades de disposición dominical, según está prevenido y dispuesto por el art. 286 del Código de Comercio respecto a los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o Empresa fabril o comercial, sino que las facultades para administrar han de estarlo también porque así lo requiere la eficacia de esta función para las transacciones que sin constituir actos de riguroso dominio sobre los bienes del negocio sean necesarias para su buena administración». Pero tras de sentar esta doctrina tradicional, en el considerando siguiente, aún reconociendo que en el caso en cuestión no se dan las circunstancias del artículo 286 del C. c., «ya que no desconoce la falta de constancia en documento público de que el mismo estuviera expresamente autorizado para realizar actos de dominio sobre los bienes de la mencionada Sociedad, ni que los objetos sobre los que conforme al art. 286 del C. de c. puede contratar el factor son los comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento...», termina por establecer en base de una interpretación extensiva y que excede del contenido propio de dicho art. 286 «que el acto de dispone el administrador de una empresa o negocio, en beneficio de su explotación de elementos materiales relacionados con ésta y su tráfico, desprovistos de importancia notoria y de utilidad para el uso a que se hallaban destinados, lejos de ser un acto de riguroso dominio, lo es de buena administración». (Considerando 3.º)

2. COMPRAVENTA: LUGAR DE ENTREGA: *Se presume que los géneros de comercio vendidos son entregados en el establecimiento mercantil del vendedor. [Sentencia 28 enero 1954.] La jurisprudencia que presume que la cosa se entrega en el lugar donde tiene su establecimiento mercantil el vendedor no es aplicable cuando la compraventa no se realizó en dicho establecimiento. [Sentencia 27 enero 1954.] Se presume entregada la mercancía en el lugar en que radica el establecimiento del vendedor, cuyo Juez debe ser considerado competente. Sin embargo, esta presunción cede ante la prueba de que la mercancía había de ser enviada al comprador, por lo cual la competencia para la reclamación de pago del precio debe ser decidida a favor del Juez del domicilio del demandado. [Sentencia 29 septiembre 1953.] Si se estipuló que la mercancía vendida sería situada sobre vagón origen, tal hecho, según doctrina jurisprudencial, equivale a la entrega «ficta» del género vendido. [Sentencia 21 septiembre 1954.] Facturada a porte debido la mercancía en un determinado lugar, hay que entender que la entrega de la cosa se hace en el lugar de la facturación. [Sentencias 15 febrero, 7 julio y 24 septiembre.] Si la mercancía fué enviada a porte debido y el comprador realizó el pago de parte del precio en el domicilio del vendedor, debe considerarse que el lugar de cumplimiento es aquel donde se ha cumplido en parte la obligación. [Sentencia 18 noviembre 1953.] Manuscrito en la nota de pedido que la facturación se hacía a porte pagado, ello priva de todo valor a la cláusula impresa de que la mercancía viaja de cuenta y riesgo del comprador, y debe entenderse, por tratarse de un pacto especial, que la mercancía se entrega en el lugar de destino, en el que habría de cumplirse la obligación, y que decide la competencia a falta de sumisión. [Sentencia 31 mayo 1954.]*

3. COMPRAVENTA: PAGO DE PRECIO: *A falta de lugar designado para el pago del precio que se reclama, es competente el Juez del lugar donde se hizo la entrega. [Sentencia 18 mayo 1954.]*

4. COMISIÓN MERCANTIL: ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: *No se infringe el artículo 272 del C. de c. cuando las deducciones hechas al actor sobre el total importe de las comisiones que reclama no fundan en riesgos sobrevenidos para el cobro del precio, sino en un acto de renuncia y en el proceder culposo del mismo.*

COMISIÓN MERCANTIL: JURISDICCIÓN: *No constituye por modo general relación de orden laboral la que media entre comitente y comisionista.* [Sentencia 31 mayo 1954.]

CONCORDANCIAS: V. Sentencias de 3 febrero 1941, 10 febrero y 4 marzo 1942 y 21 octubre 1943.

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. ACCIÓN DECLARATIVA: INTERÉS EN PEDIRLA: *Se reitera jurisprudencia anterior en el sentido de que para ejercitar la acción de tipo meramente declarativo, tendente a reconocer el carácter de subarrendatario en el demandante, es preciso que exista o pueda existir por parte de éste un interés legítimo en obtener dicha declaración.* [Sentencia 10 abril 1954.]

2. NULIDAD DE ACTUACIONES: *Si el conocimiento de la materia litigiosa correspondía a otra jurisdicción, corresponde al juzgador, de oficio, decretar la nulidad de todo lo actuado.* [Sentencia 15 diciembre 1953.]

«... Que en el propio motivo reconoce la Sociedad recurrente que ambas partes estuvieron acordes en someter la litis a la jurisdicción ordinaria, reconocimiento que... le vedaba fundar el motivo en alegaciones contrarias a las que tenía producidas en el juicio oportunamente, puesto que a ningún litigante le es lícito volver contra sus propios actos y fundamentos, ni, por consiguiente, rechazar una competencia que, pudiendo haberla impugnado a tiempo, tenía aceptada, por lo que esta cuestión, así traída al recurso, sin que en el juicio se hubiera apuntado siquiera excepcionando, es una cuestión cuya novedad le hace impropia e inoperante...» (Considerando 2.º)

«... Que lo que se acaba de exponer no quiere decir que la conformidad de las partes en un pleito haga eficaz su sumisión en él a una jurisdicción distinta de la que por razón de la materia tenga competencia... sino únicamente que cuando un demandado no ha hecho uso en la instancia de la excepción de incompetencia, no puede pretender que se case la resolución definitiva que le perjudique, fundándose en que el conocimiento de la materia litigiosa correspondía a otra jurisdicción, porque cuando esto sucede, es al juzgador, Juez o Tribunal, a quien está atribuido por el artículo 74 de la LEC el decretar de oficio, oído el Ministerio Fiscal, la nulidad de todo lo actuado, que es resolución distinta, por su naturaleza y efectos, de la casación a que pudiera dar lugar al estimarse la incompetencia.

CASACIÓN: REQUISITOS DE FORMA PARA SU ADMISIÓN: *Al amparar un motivo en los números segundo y tercero del art. 1.692 de la LEC, con la doble*

acusación a la sentencia recurrida de no ser congruente con las pretensiones deducidas oportunamente y de conceder más de lo pedido, se incumple el requisito a forma establecido para la admisibilidad del recurso por el art. 172, 2.º en relación con el 1.729, 4.º [Sentencia 15 diciembre 1953.]

3. JURISDICCIÓN ESPECIAL DE RESPONSABILIDADES POLÍTICAS: ATRIBUCIONES EN EL ORDEN CIVIL: *El espíritu que informó la Ley de 9 febrero 1939, creadora de la jurisdicción especial punitiva de las actividades políticas opuestas a los principios rectores del Movimiento Nacional, fué, en lo que respecta a las sanciones económicas, que, no obstante tratarse de una ley penal, todas las cuestiones relativas a los bienes objeto de la sanción impuesta al inculpado (situación y especie, cargas, gravámenes, reclamaciones de terceros, afectadas o no por el ordenamiento hipotecario), se resolvieran dentro del marco de la ley especial mediante la tramitación en ella establecida, con exclusión de la jurisdicción ordinaria.*

COMPETENCIA: CUESTIÓN PROMOVIDA POR EL JUZGADO ESPECIAL DE RESPONSABILIDADES POLÍTICAS: *La inhibitoria formulada por el Juzgado especial no se refiere a competencia de jurisdicción de orden territorial, ni aun a la atracción del conocimiento de la apelación interpuesta, trámite actual del asunto, sino a reclamación del fuero jurisdiccional por razón de la materia, de manera general y absoluta, de lo cual se deduce que el Juez especial pudo requerir de inhibitoria a la Sala de lo Civil de la Audiencia sin quebrantar el art. 81 LEC. [Sentencia 21 septiembre 1954.]*

4. COMPETENCIA: ÁMBITO DE LAS CUESTIONES: *No es lícito en la tramitación de las competencias discutir cuál sea la acción entablada ni la naturaleza del acto o contrato de que nace, pues hay que estar, a diferencia de lo que ocurre al resolver el fondo del litigio, a la denominación y calificación que hace el demandante de la acción que ejercita. [Sentencia 24 septiembre 1954.]*

5. COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *Cuando se reclama el pago del importe del arreglo de un frigorífico, instalado en determinado local de una población en el cual fué colocado de nuevo, es claro que éste es el lugar de cumplimiento de la obligación, aunque el arreglo se llevara a efecto en los talleres del demandante situados en un lugar distinto. [Sentencia 4 octubre 1954.]*

6. RECURSO DE CASACIÓN: CONTRADICCIÓN FALLO: *No existe aunque se afirme simultáneamente la nulidad de un contrato de transacción y la validez del cumplimiento de lo en él convenido. [Sentencia 12 marzo 1954.]*

III. Recursos.

1. APELACIÓN: RECURSO INTERPUESTO FUERA DE PLAZO: FUERZA MAYOR: *No se puede considerar como fuerza mayor el hecho de que el Juez de Primera Instancia haya admitido indebidamente la apelación, pues no se trata*

de ningún suceso que el procurador apelante no haya podido prever, o que, previsto, resultase inevitable. [Sentencia 26 febrero 1952.]

HECHOS: El juez emite providencia el último día del plazo para apelar admitiendo a trámite el recurso de apelación carente de firma de letrado. Basado en este hecho, el demandante sostiene que si el juez no hubiera dictado la providencia nula admitiendo la apelación hubiera podido el recurrente subsanar el defecto presentando nuevo escrito en forma durante las horas que mediaron entre las de Audiencia pública del día en que fué dictada la providencia y la de las doce de la noche del mismo día. Con este proveído se le hizo imposible la subsanación de la falta por fuerza mayor, y amparándose en el Real Decreto-Ley de 2 abril 1924 pide la suspensión del término improrrogable por la concurrencia de fuerza mayor que impidió utilizarlo.

2. PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: ARTÍCULO 863 LEC: *Lo que este precepto prohíbe es que se reitere una confesión que ha tenido efecto, pero este supuesto no se da, y procede la práctica de la prueba, cuando no ha sido interrogado quien ha de absolver las posiciones.* [Sentencia 26 febrero 1954.]

«... que es de estimar el recurso en cuanto se refiere a que la señora U. absuelva posiciones sin necesidad de recibir el pleito a prueba, pues el artículo 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil claramente atribuye a las partes la facultad de pedirlo, sin más limitaciones de que sea por una sola vez y que se refiera a hechos que no hayan sido objeto de posiciones en la primera instancia, sin que lógicamente pueda extenderse que si estas posiciones fueron propuestas y no absueltas en la primera instancia, se vede el ejercicio de esta facultad, ni impide que se admita, pues lo que este precepto prohíbe es que se reitere una confesión que ha tenido efectos, y por ello consigna la salvedad de que las posiciones no se refieran a hechos que hayan sido objeto de esta prueba en la primera instancia, es decir, que cualquiera que sea el resultado obtenido de la confesión no pueden ser nuevamente contestadas, pero este supuesto no se da cuando no ha sido interrogado quien ha de absolverlas, por no existir hecho alguno afirmado ni negado...» (Considerando 2.º)

3. RECURSO DE CASACIÓN: MOTIVOS: ART. 1.695 LEC: *No es susceptible de casación por el motivo del art. 1.695 el auto decretando el lanzamiento de una persona, que no fué parte en el pleito, cuando dicho lanzamiento no fué más que un medio de remover obstáculos para el cumplimiento de una ejecutoria, sin lesionar derechos de personas extrañas al pleito.*

MOTIVOS: ART. 1.692, 5.º, LEC: *La casación de proveídos dictados en ejecución de sentencia no puede fundarse en el núm. 5.º del art. 1.692, o sea, infracción del principio de cosa juzgada, sino sólo en los motivos del artículo 1.695 LEC.* [Sentencia 16 octubre 1953.]

4. RECURSO DE CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL. (Véase Sentencias 11 mayo y 28 septiembre 1954, D. C., III, 11 y 12).

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: La adquisición de la herencia en el Derecho español.

MENEU, Pascual: Los riesgos excluidos en el Seguro de Vida y la Reserva matemática. Artículos 423 y 424 del Código de Comercio.

ESTÉVEZ, José Lois: Problemas del objeto del proceso en nuestro sistema legal.

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

BONET CORREA, José: Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil.

RADAELLI, Sigfrido A. y MOUCHET, Carlos: El “derecho de inédito” de los autores de obras literarias y artísticas.

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.