

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VII
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLIV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.

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.—Róquez. San Pedro, 32. Madrid.

La doble naturaleza de la posesión

GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS
Catedrático de Derecho Civil

I. Cuando nos planteamos el viejo problema, tan controvertido por la doctrina, de la naturaleza de la posesión, se nos aparece como evidente una verdad en la que todos han de convenir, a saber: que la posesión, aun siendo originariamente un hecho, produce ciertos efectos jurídicos, entre los que destaca su protección por el Derecho. Podrá discutirse si estos efectos, ventajosos para el poseedor, constituyen un derecho subjetivo, pero lo que no puede ponerse en duda es la existencia en la posesión de un algo jurídico (llámesele derecho subjetivo, posición jurídica (1) o simple relación jurídica) que se diferencia claramente del hecho de la posesión y no admite confusión con él.

Esta distinción entre el *hecho*, que es el elemento primario de la posesión, y las *consecuencias jurídicas* que se derivan del mismo, es fundamental para la teoría posesoria (2), y el no haberla mantenido siempre con nitidez y precisión ha sido, tal vez, la causa de las confusiones y contradicciones que han dominado la doctrina sobre la naturaleza de esta institución (3).

Sin duda, los que defienden la naturaleza exclusivamente de hecho de la posesión, han fijado su atención sólo en el primer elemento, el hecho, mientras que quienes propugnan su carácter de derecho subjetivo han tenido presentes las consecuencias jurídicas que la ley atribuye al hecho. Efectivamente, sólo respecto de tales consecuencias tiene sentido preguntarse si la posesión es o no un derecho. Los hechos, como tales, son esencialmente distintos del derecho; podrán ser o no conformes a Derecho, e—independiente-

(1) Así lo designa WINDSCHED: *Diritto delle Pandette*, trad. it., § 150, parágrafo 3.

(2) Así lo puso de relieve SAVIGNY, el insigne autor de la teoría de la doble naturaleza de la posesión: *Tratado de la Posesión*, trad. esp. Madrid, 1845, página 17.

(3) Sobre la naturaleza de la posesión puede consultarse en lengua española la monumental obra de OLIVART: *La Posesión*, donde encontrará el lector abundante bibliografía. Trabajos más recientes específicamente dedicados al tema son los de HERNÁNDEZ GIL: *Algunos problemas en torno a la posesión*, «Información Jurídica», núm. 97, págs. 603 y ss.; MARÍN PÉREZ: *Sobre la naturaleza jurídica de la posesión en el Derecho español*, R. G. L. y J. 1943, página 240; IGLESIAS CUBRIA: *De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, R. D. P., 1949, pág. 630.

mente de esto—podrán ser o no fuente de consecuencias jurídicas, pero en ningún caso pueden ser confundidos con el Derecho, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo. Los que afirman que la posesión es exclusivamente un derecho olvidan, por tanto, el hecho que le sirve de soporte.

Pero, a su vez, quienes sostienen que es solamente un hecho, parecen desconocer que el hecho sólo es posesión en cuanto el ordenamiento jurídico le reconoce ciertos efectos jurídicos. Si no fuera por ellos, el hecho sería totalmente extraño al Derecho; la posesión no existiría como institución jurídica. De ahí que toda definición de la posesión como hecho no pueda prescindir de la referencia, siquiera sea implícita, a sus consecuencias jurídicas. La posesión no es un simple hecho, sino un hecho jurídico.

Conviene, pues, no olvidar la existencia de ambos aspectos, fáctico y jurídico, en la posesión. Como hecho, ella consiste en una situación de poder sobre un objeto. Poder que requiere una cierta estabilidad y permanencia, pero que no precisa su ejercicio actual, constante, ni siquiera la posibilidad inmediata de actuación sobre el objeto. Qué supuestos han de darse para la existencia de semejante poder, es cuestión que no puede resolverse con un criterio riguroso e inflexible, sino de acuerdo con los principios, siempre elásticos y flexibles, que emanan de la convicción social (4).

En cuanto a los efectos jurídicos, ellos se centran en la protección posesoria. Le sigue en importancia la usucapión, si bien esta presupone, además del hecho, otros factores concurrentes (verbigracia: tiempo, buena fe, justo título). Por nuestra parte, no vemos ningún inconveniente en considerar como un verdadero derecho subjetivo el conjunto de beneficios—particularmente la protección—que el Derecho otorga al poseedor, y para designarlo utilizamos el término recibido del Derecho romano, de «*ius possessionis*» (derecho de posesión). Sin duda se trata de un derecho muy peculiar, pero no por ello deja de tener cabida dentro del concepto general del derecho subjetivo, concíbese éste como interés jurídicamente protegido o como un señorío de la voluntad, reconocido por la norma jurídica. En efecto, el hecho de la posesión representa para el poseedor un interés que la ley protege contra toda lesión no autorizada por ella misma. Igualmente es cierto que la protección de la posesión entraña el reconocimiento, a favor del poseedor, de un señorío jurídico sobre las voluntades de los demás sujetos, en cuanto éstos deben abstenerse de lesionar aquélla.

Si tratamos de determinar a qué categoría de derechos subjetivos pertenece el de posesión, observamos que éste presenta el lado externo o negativo de los derechos reales, pues, dentro de los límites de la protección posesoria, la cual tiene siempre carácter provisional, el poseedor goza de un derecho de exclusión, respecto del

(4) Vid. WOLFF: *Derecho de cosas* (en el Tratado de Enneccerus), 1.º, § 5, página 30, nota 5; GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, II, 1905, § 114, pág. 212.

objeto poseído, frente a las demás personas. No aparece, en cambio, tan claro el lado interno o positivo del derecho real, es decir, el señorío jurídico directo sobre el objeto. El «*ius possessionis*», orientado a la protección del hecho, no parece que faculte jurídicamente al poseedor para actuar sobre el objeto o, dicho con otras palabras, que sirva de fundamento jurídico al hecho de la posesión. Si la posesión es injusta, es decir, no se funda en un derecho de poseer («*ius possidendi*»), la conducta del poseedor será ilícita y el «*ius possessionis*» no alcanza a cubrir este defecto.

II. Supuesta la distinción entre el hecho y el derecho de posesión ¿qué relación existe entre ambos? Por lo pronto existe la misma relación de causalidad que se da en todos los hechos jurídicos: el derecho de posesión aparece como consecuencia atribuida por la norma al hecho de la posesión. Por consiguiente, no como un efecto que radica en la naturaleza del hecho (causalidad física), sino en la voluntad de la norma (causalidad jurídica). A fin de cuentas, el efecto jurídico no es sino la misma voluntad de la norma jurídica referida a sujetos y hechos concretos.

Además de esto, el hecho de la posesión es una situación continua y durable que subsiste mientras no ocurra un nuevo acontecimiento que la altere. Pertenece, pues, a esa categoría de hechos jurídicos conocidos con el nombre de *estados*, para distinguirlos de aquellos otros que se verifican en un momento determinado dejando al punto de existir (5). Mientras estos últimos v. gr.: los negocios jurídicos) se consuman para producir el efecto jurídico que les sobrevive, el hecho de la posesión subsiste y coexiste con los efectos jurídicos que de él se derivan. Es más, por regla general, éstos dejan de existir tan pronto cesa el hecho.

Hasta aquí la conexión entre el hecho y el derecho de posesión no es distinta, según hemos visto, de la que se da en cualquier hecho jurídico entre el supuesto de hecho («*Tatbestand*») y la consecuencia jurídica que la ley le vincula. Pero, además de esto, en la posesión existe una especial relación entre el hecho y su principal efecto jurídico (la protección posesoria), y es que esta última se dirige precisamente al mantenimiento o, en su caso, al restablecimiento del hecho de la posesión. Es decir, que *el hecho es el origen y al propio tiempo el fin primordial del derecho de posesión*.

De ahí que el contenido y eficacia del derecho de posesión vengán delimitados, en primer término, por el hecho mismo de la posesión (6): el mantenimiento o el restablecimiento lo será en el estado de hecho existente y no en otro. Si se trata de proteger una posesión en concepto de dueño, el mantenimiento (o la reposición) habrá de ser en la posesión en concepto de dueño. Si la posesión es en otro concepto (v. gr.: de usufructuario, arrendatario, etc.), mediata

(5) Cfr. v. TUHR: *Der allgemeine Teil des B. G. B.* (trad. arg. *Teoría general del Derecho civil alemán*, II, 1.º, 1946, pág. 8).

(6) Para lo que sigue véase nuestro libro *La Posesión*, 1953, págs 64 y ss., 48 y ss.

o inmediata, etc., en ella, y no en otra, habrá de ser mantenido o restituído el poseedor.

También el contenido y límites de los demás efectos jurídicos de la posesión dependen de la naturaleza del hecho en que se basan. Así, v. gr., no toda posesión es apta para la usucapión o prescripción adquisitiva, sino sólo aquella que se tiene en concepto de dueño o de titular de un derecho real prescriptible. Tampoco toda posesión de buena fe da derecho a los frutos de la cosa, sino sólo aquella que se tiene en concepto de dueño o de titular de un derecho que faculte para disfrutar la cosa. Y así sucesivamente, por lo que, en lugar de un solo y único derecho de posesión, podría hablarse de múltiples derechos de posesión según la naturaleza del hecho. Sin embargo, estos efectos, a diferencia de la protección posesoria, no se dirigen o revierten al hecho mismo de la posesión, sino que trascienden de él determinando, bien la adquisición de un nuevo y definitivo derecho (propiedad de la cosa, propiedad de los frutos), bien una ventajosa posición para el poseedor en el orden procesal (beneficio de la legitimación pasiva, exoneración de la carga de la prueba).

Es en la protección posesoria donde se advierte esa peculiar relación por la que el hecho, no sólo es la fuente u origen del derecho de posesión, sino también su fin. Esta conexión no tiene semejante en la mayor parte de los derechos, los cuales (v. gr.: la propiedad, un crédito), aunque nacidos de un hecho y ligados a él por su origen, tienen un fin ajeno al mismo. Pero sí tiene su equivalente en algunos derechos de la personalidad, como el derecho a la vida, a la integridad corporal, salud y libertad, cuya finalidad estriba en la protección de estos bienes que son al propio tiempo supuesto indispensable de su existencia. Con todo, entre estos y el derecho de posesión media, como luego veremos, una diferencia fundamental por lo que se refiere a la justificación de la protección.

Ligada a la anterior existe otra diferencia entre la protección de la posesión y la de los demás derechos reales. Estos se protegen amparando aquel estado de hecho que es conforme al contenido ideal del derecho y precisamente porque lo es. En la posesión, en cambio, el estado de hecho se protege en cuanto tal. Por eso, en un caso se habla de protección del derecho, y en el otro de protección del hecho. Referir la protección al derecho de posesión, que es precisamente el derecho de ser amparado en el estado de hecho, sería una redundancia. Por igual razón se habla de proteger la vida (la salud, etc.) y no el derecho de la vida.

Que el hecho de la posesión, en cuanto tal, sea protegido por el Derecho, no tendría nada de extraño si por sí mismo constituyese un bien digno de protección como, por ejemplo, lo es la vida o la salud, cuya tutela jurídica encuentra en ellas mismas su justificación. Pero la posesión en sí no es ni un bien ni un mal; puede ser lo uno o lo otro, según que sea conforme o contraria a Derecho, es decir, justa o injusta. Ampararla, abstracción hecha de su justi-

cia o injusticia, parece ser contrario al fin del derecho. Diríase que, en materia de posesión, las dos grandes e irreductibles categorías del *ser* y el *deber ser* habían venido a confundirse en una sola: lo que es (el hecho de la posesión) debe ser (protección jurídica) precisamente porque es.

Semejante paradoja no pasó inadvertida a la doctrina que se ha esforzado en hallar el fundamento de la protección posesoria. En efecto, aunque aparentemente el hecho de la posesión se proteja sólo en consideración a su existencia, la verdad es que a través de él se salvaguarda un bien distinto y superior: la conservación de la paz y el orden social o la protección de la propiedad, por sólo citar las dos tendencias doctrinales preponderantes.

La protección de la posesión está, pues, subordinada a esos fines superiores que con ella se trata de alcanzar. Particularmente está subordinada a la protección de la propiedad y los demás derechos reales, ante los cuales cede la posesión, siempre que es impugnada en tiempo y forma legales. Si la posesión gozase de una protección absoluta e incondicionada, habría venido a reemplazar a los demás derechos reales que no tendrían posibilidad alguna de prevalecer sobre las situaciones de hecho contradictorias.

III. Hemos visto la íntima y peculiar conexión existente entre el hecho y el derecho de posesión. Esta unión, que en ningún caso significa confusión, sería perfecta si el derecho de posesión no pudiera existir sin el hecho, ni este sin aquel. Sin embargo, los distintos ordenamientos jurídicos se ven forzados a reconocer, en mayor o menor medida, el derecho de posesión en ciertos casos en que no existe el hecho, o a desconocerlo donde éste existe. Debido a ello, el derecho de posesión alcanza una cierta consistencia y autonomía frente al simple hecho de la posesión, aproximándose su régimen al de los demás derechos reales. Esta relativa independización respecto del hecho es más acentuada en unas legislaciones que en otras; más en el Derecho español vigente que en el Derecho romano y dentro de éste, más en el justiniano que en el clásico (7).

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, un ejemplo de hecho sin derecho de posesión lo tenemos a propósito de las cosas fuera de comercio, que no pueden ser objeto de posesión en sentido jurídico (C. c., arts. 437, 460, 3.º y 1.936).

Más difícil parece que el derecho de posesión pueda existir sin el soporte del hecho: puesto que el «*ius possessionis*» se dirige primordialmente al mantenimiento o al restablecimiento de un estado de hecho, es evidente que sin la existencia de este último no tendría razón de ser aquel derecho. Por eso puede asegurarse que no hay derecho de posesión que no tenga su origen y su finalidad en el hecho de la posesión. Pero de esto no puede deducirse la imposibilidad de que, en ciertos casos, la ley admita la subsistencia del

(7) Vid. ROTONDI: *Possessio quae animo retinetur*, «Bull. Ist. D. R.», año XXX.

derecho, no obstante el debilitamiento, o incluso la extinción del hecho; o de que lo reconozca a favor de persona distinta de la que aparece como sujeto del hecho.

Por lo pronto, es indudable que el derecho de recobrar la posesión, cuando se ha sido despojado de ella, sobrevive, por imperativo de la lógica, durante un cierto tiempo—un año en nuestra legislación—a la extinción del hecho. Aun así, la dependencia del efecto recuperatorio respecto del hecho es evidente, pues presupone su anterior existencia y se dirige a su restauración. Otra cuestión es si las demás consecuencias jurídicas de la posesión subsisten en caso de despojo. Naturalmente ello depende de lo que la ley prescriba. Así, por lo que se refiere al otro efecto fundamental de la posesión, la prescripción adquisitiva, mientras en el Derecho romano se interrumpía en el momento del despojo, en el nuestro no se interrumpe sino al término de un año, coincidiendo con la extinción de la acción posesoria de recuperación. Más aún, en el Derecho español, como hemos puesto de relieve en otro lugar (8), domina la idea de que el derecho de posesión subsiste íntegro, a pesar del despojo o de cualquier perturbación. Es este un principio a cuya luz cobran sentido una serie de preceptos del Código civil (arts. 444, 460, núm. 4, 463), objeto de las más dispares y contradictorias interpretaciones.

En general, tampoco se extinguen los efectos jurídicos de la posesión sólo porque se debilite el poder de hecho que les sirve de base. Ya dijimos, a propósito de éste, que no se requiere una actuación directa y constante sobre el objeto, por lo que el alejamiento transitorio del poseedor, su ausencia más o menos prolongada no le impiden conservar el derecho de posesión. Cierto que las distintas legislaciones no son igualmente exigentes en cuanto los requisitos de hecho necesarios para que subsista la posesión, pero en todas ellas puede señalarse, como tendencia constante de su evolución histórica, la progresiva espiritualización del supuesto de hecho.

Desde el punto de vista de los sujetos hay situaciones especiales en que la ley considera necesario o conveniente atribuir el derecho de posesión a persona distinta de la que aparece como sujeto del hecho. Los supuestos varían en los distintos ordenamientos. A veces, el que ejerce el poder de hecho actúa en interés exclusivo de otra persona, y sujetándose a sus instrucciones, como si fuese simple instrumento suyo («Besitzdiener», servidor de la posesión); en este caso nada impide considerar sujeto del poder de hecho y del derecho de posesión a aquel bajo cuya dependencia actúa el servidor. Algo semejante ocurre en la llamada posesión mediata («mittelbarer Besitz»): el que ejerce directamente el poder de hecho (poseedor inmediato) es, al mismo tiempo, poseedor en nombre

(8) *La Posesión*, pág. 10, nota 2; págs. 41 y 55; 47, nota 17.

propio y poseedor en nombre de otro (poseedor mediato) que a través de él conserva un poder de hecho, si bien atenuado.

Pero en otras ocasiones, el sujeto a quien la ley reconoce el derecho de posesión carece de un poder de hecho ni siquiera indirecto sobre el objeto. Es el caso, por ejemplo, de los naturalmente incapaces (personas carentes de voluntad), que como tales no pueden ser sujetos de un poder de hecho y, sin embargo, son sujetos de la posesión (del derecho de posesión) que en nombre de ellos ejercen sus legítimos representantes.

Otro ejemplo tenemos en la transmisión del derecho de posesión al heredero, por ministerio de la ley, en el momento de la muerte del causante. El heredero, en tanto no ocupa los bienes hereditarios, carece de un poder de hecho sobre los mismos que la ley es incapaz de transmitirle. A primera vista diríase que durante el lapso de tiempo que transcurre desde la muerte del causante hasta la ocupación de los bienes por el heredero, el hecho de la posesión había desaparecido por completo. Sin embargo, mientras los bienes hereditarios permanezcan libres de extrañas influencias, es innegable que el lado pasivo del poder de hecho—abstención por parte de los demás sujetos de toda intromisión en el ámbito del objeto—subsiste a pesar de la muerte del poseedor, máxime si éste poseía a través de otro (colono, inquilino, depositario, etc.). Y es interesante destacar esto porque revela cómo, aun en este caso, especialísimo y singular, de la posesión hereditaria, la conexión entre el hecho y el derecho de posesión no se rompe totalmente. Si, en aquella situación, un extraño se apodera de los bienes o realiza algún acto de perturbación, el heredero, como sujeto del derecho de posesión, podrá entablar las acciones posesorias de recuperación y manutención.

Si examinamos detenidamente los casos que acabamos de mencionar u otros parecidos que puedan encontrarse en las distintas legislaciones, se advierte que en ninguno de ellos el derecho de posesión se independiza totalmente del hecho. En definitiva, el hecho sigue siendo el origen del derecho de posesión y el fin a que éste tiende.

IV. El análisis de la posesión nos ha llevado a descubrir en ella un elemento de hecho y un elemento de derecho, perfectamente diferenciados e incapaces de confusión, pero también íntimamente ligados entre sí. No se trata de que un mismo e idéntico objeto tenga dos naturalezas distintas, sino de que esa compleja institución jurídica que llamamos posesión se compone de dos objetos de distinta naturaleza: el hecho y el derecho de posesión. Es en este sentido en el que debe ser entendida la *doble naturaleza de la posesión*.

También debe tenerse en cuenta que en el problema de la naturaleza de la posesión está implicada una previa cuestión terminológica de fundamental importancia, a saber: la delimitación del

significado de la palabra posesión; En efecto, la naturaleza de la posesión no es sino la del objeto significado con esta palabra. Hay que dejar bien sentado previamente si la palabra posesión designa solamente el hecho, o solamente sus consecuencias jurídicas, o bien ambas cosas. Así, por ejemplo, Windscheid defiende la naturaleza exclusivamente de hecho de la posesión, fundándose en que la palabra romana «*possessio*», como la alemana «*Besitz*», indica un hecho y nada más que un hecho. Ciertó—dice—que a este hecho son conexas consecuencias jurídicas, pero no por eso se convierte en derecho. De otro modo, se debería denominar derecho también al contrato y al testamento (9).

Ante todo, se le puede objetar a Windscheid que la palabra posesión no designa un simple hecho, sino un hecho jurídico; el hecho es posesión precisamente por sus consecuencias jurídicas y sería un intento vano definir la posesión prescindiendo de una referencia, siquiera sea implícita o intencional a sus efectos jurídicos. Lo propio ocurre con los demás hechos jurídicos: el contrato, *verbi gratia*, no puede definirse como un mero acuerdo de voluntades, omitiendo toda referencia a sus efectos legales en los que radica precisamente su naturaleza jurídica.

Ciertó que un hecho, por ser jurídico, no se convierte en derecho. Si, pues, el término posesión se reservase para designar nada más que el hecho jurídico de la posesión, habría que concluir que ésta no es un derecho. Sin embargo, la palabra posesión contra lo que supone aquel autor, designa no sólo el hecho, sino también sus consecuencias jurídicas. No ocurre con ella como con la palabra contrato o testamento, que generalmente—pero no siempre—designan el acto que da origen a ciertas consecuencias jurídicas, sin extender a ellas su significación (10). Cuando se dice de alguien que tiene la posesión, que es poseedor, se indica no sólo que de hecho tiene un cierto poder sobre un objeto, sino también que es sujeto del derecho de posesión que de aquel hecho se deriva.

Esta doble significación del término no ofrece la menor duda en el Código civil español. Alude al hecho en el artículo 430 y en el epígrafe del capítulo III («De los efectos de la posesión»). Tiene la significación explícita de derecho en el artículo 438. La misma significación, pero implícita—y de ahí la dificultad de advertirla—tiene en los artículos 440, 444, 460, núm. 4 y 463, que carecerían totalmente de sentido si la palabra posesión no se refiriese al derecho.

Ni siquiera en el Derecho romano es posible negar radicalmente la doble significación. En él—como el mismo Windscheid recono-

(9) Op. cit., § 150.

(10) No siempre, porque la palabra *contrato* se usa también para designar las normas individuales establecidas por el acuerdo de las partes, y aun la misma relación jurídica existente entre éstas. También la palabra *matrimonio* puede significar lo mismo el acto constitutivo del vínculo conyugal que éste último.

ce—se da lugar a las consecuencias jurídicas de la posesión en ciertos casos en que no existe el hecho de la posesión; no obstante lo cual, las fuentes dicen que existe «*possessio*» (11).

Si, pues, la palabra posesión tiene esa doble significación, es decir, si con ella se designan dos objetos de distinta naturaleza, tendremos que admitir con Savigny que la posesión es al mismo tiempo hecho y derecho. Con esta advertencia, sin embargo, que al hablar de la doble naturaleza de la posesión no pensamos que el hecho sea al mismo tiempo derecho, sino que tanto uno como otro son elementos integrantes de la posesión en la forma y con las peculiaridades que hemos indicado al examinar la conexión existente entre ellos.

No creemos necesario encarecer el alto valor que para el conocimiento de la posesión tiene la conciencia de su doble carácter o naturaleza y cuán útil es para la interpretación de la ley el discernir a cuál de ellos mira cada vez que emplea la palabra posesión.

(11) *Op. cit.*, § 148 in fine.

De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias

MANUEL ALBALADEJO
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO.—I: Tesis que mantuvimos y opiniones contrarias.—II: Nuestros argumentos.—III: Reiteración de aquella tesis y razón de ser de dichas opiniones.—IV: La causa y el error en el motivo determinante.—V: Explicación de la relevancia exclusiva de éste.—VI: Los errores esenciales operan como errores en el motivo.—VII: Examen de las diferentes partes del artículo 767.—1: No es necesaria la existencia de un solo motivo.—2: Hechos y apreciación de los mismos por el testador.—3: Motivo simulado.—4: Motivo ilícito.—VIII: La prueba *intrínseca* del error determinante, verdadera clave del problema estudiado.—IX: El error obstativo.

I

TESIS QUE MANTUVIMOS Y OPINIONES CONTRARIAS

Hace algún tiempo defendimos la tesis de que en materia de error en las disposiciones testamentarias rige la regla de que esto no es tenido en cuenta, por lo cual su existencia no hace el negocio inválido (1).

Tal regla carece de excepción tratándose de error obstativo (2).

Por lo que se refiere al error vicio, recogíamos las excepciones a la misma (3). De cuyas excepciones la fundamental—y única de que nos ocuparemos en este estudio—es la contenida en el artículo 767 del Código civil.

Quizá no expusimos entonces con la debida claridad los argumentos en pro de la tesis mantenida, quizá, aun expuestos claramente, no fuimos comprendidos o quizá, a pesar de una exposición clara y de una comprensión perfecta, tales argumentos

(1) El error en las disposiciones testamentarias, en R. D. P., 1948. páginas 423 y ss.

(2) Ob. cit. pág. 437. en especial nota 50. En la pág. 432 y siguientes demostramos cómo el artículo 773 no regula un caso de error obstativo.

(3) Ob. cit., pág. 432.

no convencieron a la doctrina común. Lo cierto es que publicaciones posteriores a aquella nuestra, incluso recogiendo alguna extensamente la opinión que entonces manifestamos, continúan manteniendo la tesis contraria a la que defendimos.

En conclusión, la mencionada opinión común sobre el error en las disposiciones testamentarias sigue siendo la de que en nuestro Código civil la regla es que ~~invalida la disposición~~ errónea, porque si bien no hay un artículo que lo ordene así, de una forma específica y explícita—y sólo existe el 767 para un caso concreto—, se aplica lo dispuesto en los artículos 1.265 y 1.266 (4).

(4) Para citas de doctrina, véase nuestro indicado trabajo, página 427 y siguiente. Posteriormente a éste, Roca en Kipp—*Derecho de sucesiones*, traducción española del Tratado de Derecho civil de ENNECERUS, KIPP, WOLFF, tomo V, 1.ª, págs. 173 y 174—cree “que es más fundado conceder también relevancia al error esencial relativo al contenido de la declaración testamentaria, por entender aventurado argüir que su silenciamento en el Código civil, y especialmente en su artículo 673, obedece a un designio legislativo de mantener en lo posible la expresión de voluntad testamentaria, al amparo de un *favor testamentorum*... Es preferible sostener que el silenciamento por el Código, del error en el contenido de las declaraciones testamentarias, más que una omisión intencionada o de sentido excluyente, implica una laguna o insuficiencia normativa que debe colmarse o satisfacerse por aplicación analógica o interpretación extensiva (¿?) del artículo 1.265 del Código civil, según el cual será nulo el consentimiento prestado por *error*, violencia, intimidación o dolo. Evidentemente que es un precepto dictado para los contratos y habla de *consentimiento*, pero hay que tener presente, por un lado, que este último concepto lo emplea como sinónimo de voluntad, como lo demuestra el artículo 997, y por otro lado, que, por diferencia que exista entre el contrato y el testamento, tanto en uno como en otro se trata siempre de un negocio jurídico, o sea de una declaración jurídica de voluntad, de modo que si la ley reacciona contra el vicio del error, violencia, intimidación o dolo, es porque no puede reconocer beligerancia a una formación anómala de voluntad, prodúzcase ello, en un contrato o en un testamento. Sería excesivo mantener una declaración de voluntad, a todas luces errónea... Así pues, hay que concluir que el error en el contenido de la declaración testamentaria es vicio invalidatorio del testamento siempre que sea esencial o determinante».

PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. I, Madrid, 1954, pág. 119, afirma: «No estamos de acuerdo con este autor (es decir, conmigo); creemos que siempre que haya un vicio serio y determinante sobre una voluntad, cualquiera que sea el área del tráfico sobre la que aquélla se proyecta, se puede provocar la anulabilidad del negocio jurídico y ello es así porque los principios de la lógica así lo determina; porque la teoría general del artículo 1.266 habla del error que invalida el consentimiento y esta expresión *consentimiento* no debe interpretarse únicamente en el sentido contractual, ya que puede muy bien considerarse como tal a la voluntad que quiere y expresa lo que quiere (¿?); y, finalmente, porque aun haciendo aplicación de lo que antes dijimos, si el artículo de los testamentos incluye el dolo, debe también incluir el error, ya que el dolo en definitiva no es más que el error provocado por las maquinaciones insidiosas de un tercero. Procede, pues, traer aquí la doctrina general del error, si bien con las correcciones propias del caso...»

ROYO, aunque no explícitamente, sostiene la tesis que impugnamos, ya que —*Derecho sucesorio*, Sevilla, 1951, pág. 122— cree que el error juega importante papel en las disposiciones testamentarias. Sin limitar—pág. 148— tal juego al artículo 767.

La opinión defendida por nosotros aparece, por el contrario, acogida por

Frente a tal opinión, no sólo seguimos creyendo lo que creíamos, sino que hemos decidido volver sobre el asunto discutido, no para repetir lo dicho, sino para mostrar una serie de facetas de la cuestión, que han pasado inadvertidas, y ponen, aún más claramente, en evidencia la exactitud de lo que entonces afirmamos.

II

NUESTROS ARGUMENTOS

Nuestros argumentos eran los siguientes:

Primeramente. El artículo 743 dispone que «caducarán los testamentos o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código». El artículo 673 preceptúa *exclusivamente* que «será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude» (4 bis). Luego es claro que no se puede sentar la regla de que el error es causa de invalidez, ya que tal regla no es uno de los casos *expresamente* prevenidos en el Código, como exige el artículo número 743.

Segundo. El legislador no se olvidó de recoger el *error* como causa de invalidez al tratar de los contratos (artículos 1.265 y 1.266). Tampoco se olvidó de recoger, como causas de invalidez, al tratar de los testamentos, *otros vicios distintos del error* (artículo 673). Finalmente, incluso acogió el error como causa de invalidez en un supuesto concreto (artículo 767). Luego es evidentemente gratuito suponer que, a pesar de todo, existe la regla general de que el error invalida *en todo caso* (claro, siempre que sea esencial) las disposiciones testamentarias, aunque su no formulación fué un *lamentable olvido* (5).

VIÑAS. (Los vicios de la voluntad testamentaria, en Ilustre Colegio Notarial de Valencia, conferencias del curso 1948, Valencia, 1949, págs. 461 y 462) y por LA CRUZ: (Notas a la traducción de BINDER: *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1953, pág. 88).

(4 bis). Realmente una cosa es el testamento y otra una disposición testamentaria. De forma que ésta es, en cierto sentido, una parte *autónoma* de aquél. Ahora bien, lo que el artículo 673 dice para los testamentos es aplicable asimismo a las disposiciones testamentarias, si se quiere contemplarlas *separadamente* de aquéllos. Y lo que dicho artículo silencia, también se debe dar por silenciado respecto de éstas. Porque no es ir contra lo dispuesto en el artículo 743, aplicar el 673 a las disposiciones testamentarias (es pensable tal aplicación, al menos, en los casos de dolo o fraude. Véase sobre ello lo que indicamos en R. D. P. 1948, pág. 430, nota 30), aunque literalmente aluda sólo a *testamento*, ya que no cabe duda de que el 673 está dictado para el testamento *íntegro* o para *parte* del mismo. y, en todo caso, la disposición testamentaria es una parte del testamento. De forma que el error, por sí, no invalida ni el todo ni la parte.

(5) Por otro lado no se puede sostener que tal regla, para existir, no requiere ser formulada especialmente con aplicación a las disposiciones testamentarias, pues dicha afirmación habría de ser igualmente aplicable a la *violencia*, al *dolo* y al *fraude*. Y difícilmente se puede decir que nuestro legislador la aco-

Tercero. La excepción confirma la existencia de una regla general contraria. Luego el artículo 767 («La expresión de una causa [motivo] falsa [erróneo] de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que *del testamento resulte* que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa [hubiese conocido el error en que se hallaba]»), confirma la existencia de la siguiente regla: Aun constando la causa (motivo) de la institución en el testamento, será irrelevante que sea errónea (lo mismo que es irrelevante [ase tendrá por no escrita] de ser contraria a Derecho [767-2.º]) si *del propio testamento*, y no *ahínde*, no resulta que no se habría hecho la institución de haber conocido la verdad (de haber conocido la falsedad de la causa), es decir, no resulta que fué *determinante*. Y si, constando el motivo en el testamento, es irrelevante el error—salvo que conste también en él que fué *determinante*—, con mayor razón será irrelevante si tal motivo no consta en el testamento, o si no consta ni él ni su carácter de determinante.

Cuarto. La doctrina de otros países (Francia e Italia bajo el Código de 1865) habrá podido entender—no vamos a examinar ahora si con acierto o no—que aun sin dictar tales Códigos una regla general (6) sobre la invalidez de las disposiciones testamentarias erróneas, tal regla debiera considerarse existente—sobre la base de lo dispuesto para los contratos—también para aquéllas. Pero no es lícito a nuestra doctrina seguir tales pasos—como de hecho los sigue—, porque las normas de aquellos Códigos y las del nuestro no son iguales (ni el Código francés ni el italiano de 1865 contienen un artículo como nuestro 743 ni otro como nuestro 673), sino diferentes en lo que atañe al punto discutido.

Quinto. Siguiendo, como hace nuestro Código, el sistema de la prueba intrínseca (es decir, en materia de disposiciones testamentarias la prueba del error determinante [que implica realmente una doble prueba: de que hay error y de que es *determinante*] ha de resultar *del propio testamento* [767-1.º fine], es indudablemente infundada la afirmación de que en esta materia el error es, a efectos de invalidez, igualmente relevante que en los contratos. Pues todos los errores, por muy esenciales que sean y por muy plenamente que puedan ser *probados al margen del testamento*, no servirán para invalidar la disposición, ya que el Código los desprecia, como desprecia el motivo ilícito (767-2.º)

giese, cuando precisamente para los casos de violencia, dolo y fraude dictó, *especialmente para las disposiciones testamentarias*, el artículo 673.

(6) Sin embargo, el Código italiano de 1865 decía en su artículo 828: «Las disposiciones a título universal o particular fundadas sobre una causa expresa que resulte errónea, cuando sea la única que haya determinado al testador, no tienen ningún efecto.»

o el motivo erróneo (767-1.º principio), cuando no resulte del testamento que fueron determinantes, considerándolos «como no escritos» e inútiles, por tanto, para basar en ellos la invalidación.

III

REITERACIÓN DE AQUELLA TESIS Y RAZÓN DE SER DE DICHAS OPINIONES

En definitiva, con estos argumentos y con el trabajo en el que se contienen, pretendimos poner de relieve que nuestro Código civil no admite, como causa de invalidación de las disposiciones testamentarias, el error nada más que *dentro de los límites del artículo 767 (7)*.

Y frente a tal tesis, la opinión común sobre nuestro Derecho positivo sigue siendo, repetimos, que las disposiciones testamentarias son susceptibles de invalidar por error, no sólo en el caso de dicho artículo 767, sino también en todos aquéllos en los que —a tenor de los artículos 1.265 y 1.266— sea, en general, atacable por error un negocio jurídico.

De un lado, tal obstinación sólo tiene una explicación: creer que de lo contrario no podrían invalidarse las disposiciones testamentarias en casos de errores que *deben ser* causa de invalidez.

Por eso pensamos que lo mejor es mostrar cómo gran parte de esas invalidaciones, que se pretende sean *extravagantes*, pueden producirse a través del artículo 767. Cosa que haremos después.

De otro lado, tal obstinación sólo puede encontrar defensa en el argumento siguiente:

El artículo 767 deja intacta, en cuanto a las disposiciones testamentarias, la aplicación de la teoría general de la invalidez del negocio jurídico por error, porque es sabido que, a tenor de ésta, el error en *los motivos* no se toma en cuenta. Ahora bien, el artículo 767 precisamente se refiere al error en los mo-

(7) Ob. cit., pág. 482, apartado V. Ahora bien, una cosa reconocemos, pero referente a la forma y no al fondo de la cuestión. Quizá para expresar la misma idea que defendimos entonces y defendemos hoy—el error es relevante nada más que dentro de los límites del artículo 767—hubiera sido más conveniente decir que la regla sobre la invalidez por error de las disposiciones testamentarias podía formularse así: se requiere que el motivo (causa) *conste* en el testamento (767-1.º, principio) y que resulte del testamento que fué *determinante* (767-1.º *fine*).

De tal manera el contenido de la afirmación es exactamente el mismo que encerraba la fórmula que utilizamos entonces: *el error es irrelevante* como causa de invalidación en materia testamentaria, con la *excepción del artículo 767*. Y el contenido de la afirmación es el mismo porque el error opera sólo dentro del artículo 767, como excepción o como regla.

Pero el que lea a la ligera puede ser que crea que en este último caso se mantiene una tesis temeraria—*irrelevancia* del error—, mientras que en aquel otro piense que la cosa no es tan fuerte, porque solo se trata de someter la *relevancia* del error a ciertas normas peculiares.

tivos (8), luego quiérese decir que lo que pasa es que en materia testamentaria se aplica: 1.º, aquella teoría general de la invalidez por error; 2.º, y *además*, en el caso previsto en el artículo 767, la disposición (que sería válida porque el error versa sobre algo irrelevante, según la susodicha teoría general: el motivo) será inválida por ser erróneo el tal motivo que impulsó a realizarla.

Con lo cual el fin del artículo 767 no sería negar relevancia al error en otros casos, sino que sería precisamente añadir un caso más a los normales, es decir, añadir, para las disposiciones testamentarias, la relevancia jurídica del error en los motivos, relevancia que no existe para los contratos en los artículos 1.265 y 1.266 (9).

Esa argumentación (10) sería perfecta si fuese exacta, pero no lo es, puesto que:

1.º El artículo 767 no deja intacta, es decir, no deja *aparte* la aplicación a las disposiciones testamentarias de la teoría del error, sino que ésta sólo puede aplicarse *a través de él*.

2.º Al legislador, en materia testamentaria, no le importa otro error que no sea el error en los motivos.

Ahora bien, como indicábamos, los errores esenciales en base a los cuales, según la teoría general del error, el negocio sería inválido, son ni más ni menos que errores *en los motivos*, como pasamos a demostrar.

IV

LA CAUSA Y EL ERROR EN EL MOTIVO DETERMINANTE

De sobra sabemos lo recriminable que sería confundir la causa de un negocio jurídico con los motivos del sujeto (razones meramente individuales y mudables).

Para evitar ese peligro basta haber leído un simple manual, y, por ello, no vamos a entrar en tal cuestión.

Pero tampoco queremos hacerlo en otra: la atormentadora teoría de la causa, tratando de llegar a una solución objetiva o subjetiva. Nos basta con poner de relieve la gran cantidad de

(8) Unánimemente la doctrina indica que el término *causa* significa *motivo*. Y que el «expresar la causa en el testamento» quiere decir «hacer constar el motivo por el que se realizó la disposición». Además, prueba de ello es que el artículo 624-2.º del Código italiano de 1942, recogiendo lo que decía el 828 del de 1865, habla, ya con más exactitud, de *motivo* en vez de de *causa*.

(9) Explícitamente en contra, VIÑAS—ob. cit., pág. 462—opina del artículo 767 que «este precepto en lugar de significar una extensión del ámbito del error en materia testamentaria hasta comprender el error en los motivos, encierra una limitación del mismo al solo supuesto previsto, esto es, la causa errónea determinante de la disposición. Fuera de él carece de eficacia sobre la voluntad».

(10) Es la mantenida por ROCA, ob. cit., págs. 173 y 174 y PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 121 y ss. No lo hacen de una forma explícita, sin embargo.

autores que, con referencia concreta a lo que nos interesa—acto de liberalidad—, se inclinan por la teoría subjetiva, sosteniendo que la causa es el *motivo determinante* de la disposición (llámese como se quiera: causa *impulsiva*, *móvil fundamental*, *motivo último*, etc.). De forma que para los que así piensan, cuando queda patente que, por ejemplo, se instituye heredero a una persona (A) *porque* era hijo del testador, o que se instituye a otra (B) *porque* el testador no tenía hijos, o que se hizo un legado a favor de alguien (C) *porque* ese alguien había salvado la vida del testador (de modo que A, B o C no hubiesen sido instituidos si, respectivamente, A no hubiese sido hijo del testador, o éste los hubiese tenido, en el caso de B, o C no le hubiese salvado la vida) se debe decir que la *causa* de la disposición es precisamente el ser hijo, el no tenerlos o el ser salvador del disponente.

Visto esto, sólo queremos puntualizar que nuestro legislador, en la materia que tratamos, pensó que el *motivo determinante* (se considere o no que tal motivo es la *causa*, en sentido técnico-jurídico, del acto) es *lo único* que, siendo erróneo, fundamenta la invalidación de la disposición que se basó en él (10 bis). Y para aludir a ese *motivo determinante erróneo* utilizó la expresión *causa falsa* en el artículo 767 (11 y 12).

(10 bis) El artículo 767 literalmente sólo se refiere a la institución de heredero y al nombramiento de legatario, pero advierte LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 89, que «la expresión de un motivo erróneo en una cláusula mediante la cual el testador excluye de su herencia a una determinada persona (legitimario heredero abintestato o extraño), produce, por aplicación análoga del artículo 767, la nulidad de la disposición, mas no confiere al excluido derechos hereditarios distintos de los legales si no resulta así del testamento».

Ello debe entenderse así, independientemente de que cualquier legitimario pretérito o desheredado en base a una causa no cierta, no pierde, por aplicación de los principios generales, sus derechos (art. 814 y 851).

(11) Que el concepto expresado por ambas es el mismo, es evidente, como se indicó en la nota 8. Para nuestro artículo 767 no se puede afirmar que *causa* es *causa* en sentido técnico, salvo en el caso de que se crea que *causa* de la institución de heredero o del nombramiento de legatario es precisamente el *motivo determinante*. En cuyo caso da lo mismo, también, hablar de causa que de motivo determinante.

(12) Si se quiere desechar todo escrúpulo—provocado por la terminología—se puede hablar en vez de *error en los motivos* (aludiendo al término *motivos* que tradicionalmente se contraponen, por ejemplo, en una compraventa, a la *causa*) de *error-motivo*, ya que no cabe duda que todo error vicio, en cuanto incide en el proceso de formación del negocio, se sitúa entre las representaciones intelectuales que determinan la voluntad (o si es *error-motivo determinante* exclusivo, constituye la *sola* representación intelectual *determinante* de la voluntad), y en tal sentido puede hablarse de que constituye un *error-motivo*, ya que funciona efectivamente como *motivo* de la decisión. (Cfr. CARIOTA FERRARA: *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 522 y ss.).

V

EXPLICACIÓN DE LA RELEVANCIA EXCLUSIVA DEL ERROR EN EL MOTIVO DETERMINANTE

La razón de tal decisión del legislador es obvia. Siendo, como hemos dicho, el motivo *determinante*, es claro que es el único sin el que no habría disposición. Y como es erróneo, es evidente que, de haber conocido la realidad, el disponente hubiese procedido de otra manera, puesto que obró como obró precisamente *por* el error-motivo. Luego es éste el único caso en el que se debe admitir la invalidación por error, ya que es en él exclusivamente donde hay la *seguridad* de que sin el error no se habría realizado la disposición errónea, pues en los demás casos, siendo el error no determinante, la disposición errónea pudo haberse verificado igualmente aun habiendo conocido exactamente la verdad el disponente.

Con dicha razón bastaría. Pero conviene poner de relieve, asimismo, que esa es la verdadera posición del legislador italiano de 1865 y de 1942.

Para llenar la laguna que—según la doctrina dominante—contenía el Código de 1865 en materia de error en las disposiciones testamentarias, el artículo 189 del proyecto preliminar del Código de 1942 previó como causa de nulidad de aquéllas el error sobre *elementos esenciales* de las mismas (13).

Pero tal norma se suprimió en el proyecto definitivo y la supresión fué explicada perfectamente por la Relazione del Guardasigilli, donde (14) se dice que la explícita admisión que hacía el proyecto preliminar, como causa de anulabilidad de la disposición testamentaria, del error que recae sobre elementos esenciales de ésta, además de del error sobre los motivos, habría podido hacer creer que ello fuese dar relevancia en materia testamentaria a formas de error vicio que, incluso recayendo sobre elementos esenciales de la disposición, no pueden comprenderse en la categoría del error sobre los motivos. Lo cual habría determinado graves perturbaciones en la estabilidad de las relaciones sucesorias, abriendo la puerta a innumerables controversias. Y se añade que pareció, pues, necesario sentar la afirmación de que *el error vicio es relevante sólo en cuanto constituya error en los motivos* (15).

(13) Además de decir, en el 190 que el error en el *motivo* de la disposición hace ésta anulable, cuando aquél se exprese y haya sido determinante.

(14) Núm. 135.

(15) La explicación no ha sido considerada satisfactoria por un sector de la doctrina, GANGI sostiene *La successione testamentaria*, II, Milano, 1948, página 45, que el error sobre los elementos esenciales de la disposición testamentaria, a los que se refería el art. 189-3.º del proyecto preliminar, era evidentemente el error sobre la identidad o sobre las cualidades esenciales de la persona

En definitiva, el artículo 624-2.º del Código de 1942, recogiendo substancialmente el artículo 828 del de 1865, dispone: «El error sobre el motivo, sea de hecho o de derecho, es causa de anulación de la disposición testamentaria, cuando el motivo resulta del testamento y es el único que ha determinado al testador a disponer.»

Únicamente que el mismo artículo 624, en su párrafo 1.º, dice: «La disposición testamentaria puede ser impugnada por cualquier interesado cuando es efecto de error, de violencia o de dolo.» Y ello podría dar pie para pensar que, aunque en el segundo párrafo del artículo 624 se habla sólo de error sobre el motivo determinante, el primero acoge cualquier otra clase de error y, por ello, cualquier otra clase de error *vicio*.

Pero el sentido de la referencia al error en ese primer párrafo (16) queda perfectamente aclarado en la Relazione ministeriale (17) al decir que mientras que el texto precedente (texto definitivo anterior a la *unificación*) se limitaba a regular el error vicio en su particular aspecto de error sobre los motivos y dejaba a los principios generales la determinación de la influencia del error *obstativo* sobre la validez de la disposición testamentaria, en el nuevo texto (texto *unificado*), en consideración incluso al hecho de que en el nuevo Código, en materia de contratos, han sido reguladas ambas especies de error (vicio y *obstativo*), haciendo derivar de ellos, en cualquier caso, la anulabilidad del contrato, se ha creído oportuno prever también expresamente como causa de impugnabilidad, en general, de las disposiciones testamentarias, el error, además de la violencia y

del heredero o del legatario instituidos o sobre la identidad o sobre las cualidades esenciales del objeto de la disposición. Y que si se puede admitir que, desde cierto punto de vista, este error se puede englobar dentro del concepto del error sobre el motivo determinante de la disposición, no es posible, por otra parte, desconocer que no se confunde con éste, pues la distinción entre las dos especies de error está netamente trazada tanto en la doctrina romanista y civilista más autorizadas, como en la jurisprudencia, e incluso en el Código de 1865, en materia de contratos, se contemplaba expresamente y se reguaba el error sobre la persona del contratante y sobre el objeto del contrato (art. 1.110).

Sin discutir si científicamente se pueden identificar o no con el error sobre el motivo determinante los errores sobre la identidad o las cualidades esenciales de la persona instituida, o sobre la identidad o cualidades esenciales del objeto de la disposición, no cabe duda de que, a efectos de invalidación de la disposición, se puede utilizar, para atacarla en base a uno de estos errores, la vía que ofrece la invalidación por error sobre el motivo determinante. Cosa cuya evidencia no puede GANGI ocultar y por eso ha de admitir que *bajo un cierto punto de vista* (el único que nos interesa), aquellos errores se puedan englobar bajo el concepto de error sobre el motivo determinante.

Y es claro que tratándose sólo de que aquellos errores hagan atacable la disposición, basta y sobra con que sean admitidos como errores sobre el motivo determinante.

(16) Referencia que se introdujo al unificar el texto del Código, pues antes, es decir, en el texto definitivo anterior a la unificación, sólo se mencionaban la *violencia* y el *dolo*.

(17) Núm. 303.

el dolo, para evitar la duda de si quedaba o no excluido el *error obstativo* en materia testamentaria. Con lo cual—añade la Relazione ministeriale—no se ha querido de ninguna manera ampliar respecto del Código de 1865 la esfera de influencia del error en las disposiciones testamentarias.

Es decir, resumiendo, que de la Relazione ministeriale se desprende que la razón por la que se creyó oportuno modificar el texto del artículo 624 del Código de 1942, y hablar de *error* en el párrafo primero, fué para evitar las dudas: 1.º, de que se hubiese querido excluir como causa de invalidez del testamento el *error obstativo*, y 2.º, la de que éste fuese causa de nulidad y no de impugnabilidad.

Por todo lo cual podemos concluir afirmando que en el Código italiano de 1865—artículo 828—, lo mismo que en el de 1942—artículo 624—, el *error vicio*, en las disposiciones testamentarias sólo es tomado en cuenta como error en los motivos (18).

VI

LOS ERRORES ESENCIALES OPERAN COMO ERRORES EN EL MOTIVO

Ahora bien, no puede negarse que, como ya hemos adelantado a través de nuestros argumentos, el error en los motivos o error-motivo o motivo-error, como quiera llamársele, no queda reducido al mero ámbito de los simples motivos, que la teoría general del negocio jurídico contrapone a la causa, para declararlos irrelevantes como regla general (aunque se entendiese que no lo eran en el artículo 767), sino que se extiende a cualquier tipo de móvil que haya determinado al sujeto a formar una voluntad dada. Por eso el error *in persona* (19) o *in corpore* o *in substantia*, o cualquier otro error posible, caben dentro del espíritu y de la letra del artículo 767, y, por ello, serán base para invalidar las disposiciones testamentarias con tal que hayan sido, como dice dicho artículo, «causa falsa» (es decir, motivo determinante erróneo) de las mismas.

(18) Nos ha interesado ahora poner de manifiesto la verdadera posición del Código italiano, tanto antiguo como moderno, aunque en otra ocasión—en nuestro trabajo citado sobre «El error en las disposiciones testamentarias», loc. citada, pág. 427—nos hayamos limitado a recoger *las opiniones* (común y discrepante que coincide con la que nosotros sostenemos) sobre el particular. Respecto al de 1942 sigue subsistiendo la opinión que quiere distinguir de los otros errores el error en los motivos, como móviles subjetivos, distinto del error *in persona*, *in corpore*, etc. Lo cual es perfectamente lícito en tanto en cuanto se admita que éstos sólo operan a través de aquél. (*Ad exemplum*. D'AVANZO: *Delle Successioni*, II, Firenze, 1941, págs. 694 y ss.)

(19) Con razón dicen PLANTOL - RIPER - BOULANGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, de MARCEL PLANTOL, III, 3.ª edición, París, 1948, núm. 2.025, que si se profundiza se ve que el error en la persona tiende a confundirse con el error en los motivos.

Con lo cual en nuestro Derecho también se pueden invalidar aquéllas, por ejemplo, cuando el beneficiado no reúna las condiciones *por las que* se le instituyó, o la cosa legada, *por ser de cobre*, sea de oro.

VII

EXAMEN DE LAS DIFERENTES PARTES DEL ARTÍCULO 767

I

No es necesaria la existencia de un solo motivo

No es preciso, para aplicar el artículo 767, que haya un solo motivo (una sola causa) de la institución, como, por ejemplo, si la *única* razón que determinó al testador fué la pobreza del instituido, o bien su ascendencia, fué lo *único* tenido en cuenta, o su vida ordenada influyó *exclusivamente* en la disposición. Basta que el motivo erróneo, aun concurriendo con otros más o menos relevantes (erróneos, a su vez, o no), sea el *determinante exclusivo*.

Si los motivos que compelieron al testador a disponer como lo hizo fueron *varios*, todos igualmente determinantes, de forma que cada uno aisladamente hubiese sido suficiente para provocar la disposición, el hecho de ser erróneo alguno de ellos no permite basar la invalidación, ya que no fué determinante *exclusivo*.

Si los motivos fueron varios, pero ninguno tuvo *por sí solo* eficacia determinante, pues el testador dispuso determinado por el *complejo de motivos*, tampoco basta que uno sea erróneo para que la disposición sea inválida, sino que se requiere el error en el complejo (20).

2

Hechos y apreciación de los mismos por el testador

El error debe recaer sobre la existencia del motivo, y no basta el error en la valoración de éste. Es decir, el error se refiere a la existencia o inexistencia de un hecho considerado por el testador como inexistente o existente. Es indiferente, pues, la corrección o incorrección con que el testador haya juzgado los hechos, cuando haya tenido exacto conocimiento de éstos (21).

(20) En el sentido del texto, GANGI, ob. cit., pág. 55.

(21) GANGI, ob. cit., pág. 55; DEGNI: *Lesioni di Diritto civile. La successione testamentaria*, vol. II, 2.ª edición, Padova, 1936, pág. 10.

3

Motivo simulado

Hasta ahora nos hemos referido al motivo erróneo, pero el artículo 767 comprende también el motivo *simulado*, es decir, aquél respecto del cual el testador conoce que no corresponde a la realidad, y, por tanto, no yerra al dar como motivo de la institución uno inexistente. Por ejemplo: Instituyó heredero a X *porque* es español. El testador no ignora, sin embargo, que **no** lo es realmente.

Este supuesto cae, asimismo, dentro del párrafo primero del artículo 767 (22). Ahora bien, ocurrirá que del testamento no resultará «que el testador no habría hecho tal institución si hubiese conocido la falsedad (discrepancia de la realidad) de la causa», ya que ello sería absurdo, puesto que si resultase sería como no querer instituirlo, cuando realmente lo quiere, pero por causa (motivo) distinto del manifestado. De todas maneras, si por cualquier circunstancia resulta del testamento que no se habría hecho la institución de no ser cierto el motivo, la institución será ineficaz, no por errónea, sino por no quererla realmente.

4

Motivo ilícito

El párrafo segundo del artículo 767 dispone que «la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita», es decir, no afectará a la validez de la institución.

Ello no se refiere al motivo (causa) erróneo o simulado, sino al ilícito. Pero significa que no invalidando, por ilícita, la institución; cuando, sobre ser ilícita la causa (motivo), sea errónea o simulada, se aplicará el párrafo primero del artículo, además del segundo (en cuanto a no invalidar la institución). Por eso si la causa ilícita es también *errónea* (por ejemplo: instituyó heredero a X *por* regicida, cosa que equivocadamente cree el testador), la disposición podrá invalidarse por error, si resulta del testamento haber sido determinada por dicho error (23). Y si la causa ilícita es, además de ilícita, *simulada*, resultando del testamento que fué determinante, habrá quedado patente que realmente el testador no quiso la institución.

(22) Causa falsa = motivo discrepante de la realidad, inexistente en ésta. Por ello es falsa causa el motivo erróneo. Pero lo es también el simulado, porque tampoco coincide con tal realidad.

(23) En el sentido del texto, SCAEVOLA: *Código civil*, XIII, Madrid, 1944, página 503

VIII

LA PRUEBA INTRÍNSECA DEL ERROR DETERMINANTE, VERDADERA CLAVE DEL PROBLEMA ESTUDIADO

Para la invalidación se precisan dos cosas: probar cuál fué el motivo determinante y probar que fué erróneo. Probado lo primero, la prueba de lo segundo podrá hacerse de cualquier modo, con tal que se llegue a mostrar la discrepancia entre la representación intelectual que se formó el testador y la realidad.

Pero, el legislador ha sido particularmente exigente, en lo que se refiere a aquella prueba que, a su vez, abarca verdaderamente dos extremos: 1.º, el motivo; 2.º, su carácter determinante. Ambos han de deducirse (resultar) del testamento.

El artículo 767 requiere que se pruebe *mediante el testamento* cuál fué el *motivo*, es decir, que se *exprese* en el testamento la *causa*. Asimismo exige que conste en el testamento el carácter *determinante* de la misma, es decir, «que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa».

El legislador ha acogido, pues, sólo la prueba intrínseca—contenida en el propio testamento—. Lo que está fundado—aparte de que sea acertado o no—en la seguridad que, quizá yendo demasiado lejos, se ha querido dar a las disposiciones testamentarias, pretendiendo cortar posibles ataques a las mismas, cuando aquél del que proceden no puede ni defender su validez ni expresar cuál fué su verdadera voluntad, ni repetirlas. Pensándose que si se admitiesen especulaciones sobre lo que el testador quiso, pero no hubiera querido de conocer la realidad, se seguirían más perjuicios que otra cosa.

Partiendo, pues, incluso, si se quiere, de la base de que el Código debió ser más liberal en la admisión de pruebas, lo que no cabe negar, *de lege lata*, es que exige la prueba intrínseca.

Y ahí está la verdadera trascendencia del artículo 767, artículo que no cierra el paso al error, como causa de invalidez, puesto que cualquier error *decisivo* es base para la invalidación, *con tal que se pruebe intrínsecamente*.

Por ello, la conclusión que es necesario extraer es la de que el artículo 767 restringe sólo la *prueba* del error determinante.

Cosa la cual esperamos que nadie niegue, ni siquiera la doctrina española, que se obstina en asegurar que al error en las disposiciones testamentarias se aplican también los artículos 1.265 y 1.266.

Pero llegados a este punto cabría preguntar cómo es posible que esta doctrina, si tiene una noción clara y exacta de las cosas, no se haya limitado a afirmar que en esta materia toda invali-

dación por error tiene su *único* apoyo legal y su *exclusivo* camino positivo en el artículo 767 (24).

Y, en definitiva, el modo de dar mayor relevancia al error en las disposiciones testamentarias en nuestro Código civil, no es el sostener que se le aplican los artículos 1.265 y 1.266 (los cuales ya caben dentro del 767), sino el de acoger la prueba *extrínseca*—no contenida en el testamento—del mismo (25). Prueba que, por muy razonable que sea *de lege ferenda*, no parece que nadie pueda asegurar que se permite por las palabras finales del párrafo primero del artículo 767 (26).

IX

EL ERROR OBSTATIVO

Lo primero que se viene a las mientes es que si el *único* error causa de invalidez de las disposiciones testamentarias es el error vicio—error en el motivo—(artículo 767 en relación con el 743), el error obstativo es inoperante a tales efectos de invalidez.

Pero el Tribunal Supremo tiene declarado que «no obstante la diversidad de teorías que en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de las divergencias entre la voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el Código civil patrio, puede admitirse como regla general la de que es preferente la voluntad real a la voluntad declarada, pues así se infiere no sólo de las tradiciones constantes de nuestro Derecho, sino, además, de la norma contenida en los artículos 1.265 y 673, relativos a la nulidad de los contratos y de los testamentos por vicios del consentimiento, y aun de la que establecen los artículos 1.281 y 675...» (27).

Mas analicemos la cuestión, aparte de la declaración jurisprudencial.

Ya en nuestro anterior estudio sobre el error en las disposi-

(24) Ahí está el interés práctico de mantener que son aplicables los artículos 1.265 y 1.266 o sólo el 767. En este caso, si bien es cierto que los errores esenciales podrían ser causa de invalidez como errores de los motivos, no lo es menos que se requiere la prueba intrínseca. En aquél, para los errores esenciales, no se precisa ésta, porque los artículos 1.265 y 1.266 no la exigen.

Y si esa diferencia pretende salvarse diciendo que, independientemente de la aplicación de los artículos 1.265 y 1.266, la prueba del error esencial ha de ser intrínseca, por aplicación, *además*, del artículo 767, bastaría responder que en ese caso es innecesario e inútil obstinarse en aplicar aquéllos.

(25) Afirmación que era precisamente la conclusión de nuestro trabajo anterior, página 437.

(26) Ello no quiere decir, sin embargo, que el testador haya de afirmar *explícitamente* en el testamento que de haber conocido la verdad no hubiese dispuesto como lo hizo.

(27) Sentencias de 23 de mayo de 1935 y 27 de octubre de 1951.

ciones testamentarias negamos dos cosas: 1.^a, que el artículo 773 sea un caso de error obstativo; 2.^a, que, en otros casos posibles, el error obstativo sea causa de invalidez (28). Sobre lo primero no es preciso insistir, pero conviene volver sobre lo segundo.

Evidentemente, cuando existe error obstativo se podrá, a lo más, invalidar el acto erróneo, pero lo que no se puede pretender es que prevalezca la voluntad real sobre la declarada, de forma que sea, por ejemplo, válido el testamento, pero con el contenido volitivo que no se declaró en él.

Aun admitiendo que no sea obstáculo para incluir en el artículo 767 el error obstativo, el hecho de que este artículo se refiere no a error en general (como los 1.265 y 1.266), sino sólo a error en el motivo (29), resultaría que, aceptado a efectos de razonamiento que el error obstativo sea causa de invalidez de las disposiciones testamentarias, habríamos de aplicar las normas referentes al error vicio contenidas en ese artículo 767. De lo cual se sigue que el error obstativo habría de ser probado intrínsecamente.

Ahora bien, la prueba intrínseca es posible en el error vicio, ya que en este caso el testador quiere, aunque quiera por error, y su declaración coincide con lo querido, y es, además, pensable, que aparezca o resulte del testamento que no habría querido si hubiese conocido la verdad.

Pero en el caso del error obstativo—discrepancia entre lo querido y lo declarado—, no es posible la prueba intrínseca del error. Puede creerse que esta afirmación es inexacta porque también es pensable que del testamento se deduzca que el testador quería realmente cosa distinta de la que declaró. Mas esa creencia es falsa, porque en tal caso realmente lo que se hace es interpretar en su conjunto la declaración testamentaria (utilizando incluso medios ajenos a ella, pero que en definitiva nos lleven a configurar un sentido susceptible de admitirse según el tenor de la declaración testamentaria, habida cuenta de las normas sobre interpretación de declaraciones no recepticias), de forma que se llega a alcanzar el *verdadero* sentido y no el *aparente*, sentido aparente que es el que, discrepando del verdadero, provoca el *supuesto* error vicio.

O sea, siempre que se pueda probar, *con el propio testamento*, que lo realmente querido es diferente de lo querido aparentemente, *no habrá error obstativo*, sino que se habrá salvado una mera equivocación, dando a la declaración su sentido verdadero, coincidente con la voluntad interna.

(28) Páginas 432 y ss. y nota 50.

(29) Puede expresarse—artículo 767, principio—el motivo erróneo (causa falsa) para el caso de que el error sea vicio, pero ¿cómo es posible cumplir este requisito si el error es obstativo? Y entonces ¿cómo se prueba que es determinante? ¿Cabría sólo la prueba de que el testador no pudo querer por *causa alguna* realizar la disposición?

Y siempre que la prueba *no resulte del testamento*, no será intrínseca, y será inatacable, por tanto, la disposición por error, la prueba del cual, a tenor del artículo 767, ha de ser intrínseca.

De forma que, aun aceptando que no lo fuese por otras razones, el error obstativo no puede ser causa de invalidez de la disposición testamentaria errónea, porque se exige la prueba intrínseca del error y ésta es imposible en el caso del obstativo.

Sobre el concepto privado de las aguas

R. GAY DE MONTELLA
Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.
Correspondiente del Instituto de Derecho
Comercial y de Navegación de la Universi-
dad de Buenos Aires

I

A tiempo que el Estado se dispone a utilizar los progresos de la ciencia hidráulica para emprender proyectos de innegable alcance de utilización de la energía eléctrica producida por las grandes corrientes y para realizar la transformación agrícola y la tracción del transporte, el problema jurídico de la discriminación de las corrientes públicas y privadas aprovechables para aquellos proyectos, adquiere viva actualidad jurídica.

En la esfera del derecho público se ha operado una profunda transformación en el concepto de la propiedad reconocida por el Estado como susceptible de especulación privada. El mismo Estado es quien opone al anterior concepto el de la propiedad como *función social*. Así es cómo surge en el campo de la economía y del derecho la nueva división de bienes. *Bienes de dominio público* incapaces de ser considerados como capitales sociales (carreteras, playas, ensenadas, puertos, fortalezas, etc.), *bienes públicos capaces de ser instrumentos de necesidades sociales*, como son las aguas corrientes susceptibles de producir beneficios a la colectividad social, y *bienes de consideración privada*, en tanto no sean necesarios para ser aplicados a producir dichos beneficios.

La aplicación a la vida jurídica y económica de la nueva teoría choca evidentemente con los métodos preconizados por la economía liberal inspirada en la libertad económica. Por tanto, se enfrenta, quíerese o no, con los principios de nuestros Códigos civiles y administrativos basados en el libre juego de la iniciativa privada y en la libertad de disposición.

Este momento de transición ideológica en el campo del derecho privado, sea por las costumbres de la comunidad o por la influencia del método de la tradición, se advierte más acusadamente que en cualquier otro sector del derecho y de la economía, en las normas del Estado y de sus órganos activos.

Es, por tanto, fenómeno interesante, dentro del panorama de lo jurídico, estudiar, en relación a la riqueza hidráulica, la evolución que han sufrido los principios basilares del concepto privado

y público de las aguas corrientes, desde la primitiva concepción tradicional del romanismo, hasta llegar a la influencia de las corrientes estatistas que dominan hoy en este campo, a través de un concepto pluralista del mundo del Derecho.

En nuestros cuerpos legales fundamentales, aún hallan eco los principios justinianos. Contra el parecer de Buffón, que sostenía en su *Hidraulique agricole*, a mediados del siglo XVIII, que el Derecho romano era oscuro y confuso en materia de aguas, la ciencia alemana e italiana han demostrado que en aquel derecho se contenían absolutamente, y aun profusamente, todos los principios que hasta tiempos muy recientes han formado el contenido de los Códigos civiles de los países más avanzados. Si en aquella legislación, reunida por los compiladores del Digesto, se hallan confusiones en lo tocante a la discriminación de las aguas públicas y de las privadas, análogos defectos se advierten en los Códigos del siglo XIX cuyos redactores no pudieron construir un sistema claro y definido para establecer la característica de unas y de otras. De tal suerte, que ni en las más modernas leyes reguladoras de esta riqueza natural, pongamos por caso las modernas leyes alemanas y suizas, aún no se han podido evitar aquellas oscuridades y confusiones.

Para comprender la vastidad del problema, que hincsa sus raíces en lo más profundo de la concepción privatística del uso y aprovechamiento de aguas propias o concedidas por el Estado, creemos necesario remontarnos al origen de dicho concepto contenido en los textos romanos sin conocer el cual se hace difícil llegar a comprender la importancia del problema que las nuevas corrientes estatales plantean a la propiedad privada.

Los romanos no legislaron para el agua en sí considerada como elemento flúido de determinada especie, clasificable como una propiedad «per sé», o sea el agua nuda, susceptible de apropiación, venta, permuta o aplicación a las necesidades de la vida, porque sabían que, separada de sus medios de contención o de conducción, no era más que un elemento incompleto. Para los romanos el agua sólo se concebía unida al acueducto, y no se concebía la propiedad inmanente del acueducto sin la dotación del agua. Los romanos no concebían que pudiera escindirse la idea compleja del acueducto, o sea la posibilidad de establecer un derecho sobre el agua, sin contar con el elemento de su conducción, hasta donde aquélla pudiese producir su efecto útil, y menos la posibilidad de contratar sobre un acueducto como simple excavación no dotada de agua.

De aquí que el derecho de los romanos sobre las aguas se hacía relevante por medio del acueducto, considerado como una de las servidumbres rústicas principales (*servitutes rusticorum, praediorum sunt, hae: iter, actus, via, aqueductus*), en cuyo concepto de

aqueductus se comprendía como inherente la servidumbre de *presa* (1), concebida como el derecho de derivar en favor del fundo propio, el agua ajena (2). Material o técnicamente, la presa era denominada *caput* o *incilia*, según que la derivación fuese en el lugar de nacimiento o en las paredes o malecones de la conducción.

Ninguna de las dos servidumbres eran impuestas o coactivas y, por tanto, las derivaciones podían convenirse con los propietarios de aguas nacidas en propiedad privada o que discurrieran por ella, o también, obtenidas en los ríos públicos.

Hemos mencionado, por primera vez, la locución *rios públicos*, sobre la cual se han sostenido los grandes debates de las legislaciones y de las jurisprudencias. La Ley 2 *De fluminibus* traza la línea divisoria entre lo que podía ser utilización de aguas públicas para usos de la colectividad, y caudales susceptibles de concesión, o sea, entre lo que la vigente Ley de aguas española, en su título IV, llama *Aprovechamientos comunes de las aguas públicas*, y en el Capítulo XI llama *aprovechamientos especiales de las aguas públicas*.

No es en esta Ley 2, *De fluminibus*, donde, por primera vez en los textos romanos, surge el concepto básico de la utilización de las corrientes para el servicio de la navegación, que ha de ser posteriormente el concepto basilar de las legislaciones para distinguir lo que sean aguas públicas (*Quo minus ex-publico flumine ducatur aqua, nihil impedit nisi Inspector aut Senatus vetet: si modo ea aqua in usu publico non erit: se si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere*). Ya en el derecho edictal se decía: *Si flumen navigabili sit, non oportere Praetorem concedere ductionem ex eo fieri, Labeo dicit, quae flumen minus navigabile efficiet: idemque est, et si per hoc aliud flumen fiat navigabile* (Ley 10, § 2, *De aq. et aq. pluv. arc.*), repitiéndose el concepto en la legislación imperial que disponía que sólo los emperadores podían hacer concesiones en los ríos y lugares públicos: *Permittitur autem aquam ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco ducere. Idque a Principe conceditur: alii nulli competit jus aquae dandae* (§ 41 y 42 L. *De aqu. quot.*).

Por encima de la potestad del Príncipe para conceder el uso de las aguas públicas, existía la fuerza vetusta de la posesión no interrumpida (3), que podía ejercitarse lo mismo en el llamado *caput*

(1) «*Aqueductus et haustus aquae per eundem locum, ut ducatur plurimus concedi potest*, § 1, Ley 2. D. *De servit.*, y especialmente en la Ley 9 del mismo título, «*servitus aquae ducendae vel hauriendae*».

(2) Ley 1, *in prin.* *De servit. praed. rust.*, y especialmente la Ley 4. *De aqua quot.*, texto completado por el § 3. Ley 20, *De servit. praed. rust.*, con las palabras «*hauriendi jus non hominis, sed praedii est*».

(3) «*Si quis diuturno usu, et longa quasi possessionis, jus aquae ducendae nactus sit, nos est ei necesse docere de jure, qua aqua constituto est veluti ex legato vel alio modo: sed utile habem actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se, non et, non clam, non precario* (possedisse). *Agri autem haec actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur, vel per cuius*

aquae, o sea, donde el agua nacía (4), que en el decurso de la misma, o en las riberas de los lagos y lagunas, por medio de la llamada *incilia*, o sea, por medio de un corte en los cajeros o márgenes al objeto de hacerla entrar en el acueducto abierto en la tierra o construído por obras de elevación, como podía verse en Roma, ciudad espléndidamente dotada de cantidades enormes de agua gracias a las construcciones elevadas de los acueductos romanos, que aún hoy nos llenan de estupor.

Pero Roma, que tenía un sentido tan profundo del derecho, no llegó a definir la naturaleza jurídica de las aguas. Fué preciso que vinieran los jurisconsultos de la Edad Media a precisar el carácter jurídico de esta riqueza, considerándolo como base del concepto privado de la misma. Fué Del Pecchio en su célebre obra *Tractatus de aqueductu* (Ticino, Reggi, 1670) quien en su libro IV, números 13, 14 y 15, escribía esta lapidaria definición: «*Aqua in sua magnitudine considerata est immobilis, mobilis vero si per uncias consideratur. Y aún añadía para precisar más el concepto est etiam regula ad agnoscendum aquam, aut sit publica, vel privata, attendendum esse alveum, vel meatum per quem transit et vetustissimum ejusdem aquae cursum. Ita magistraliter docet Baldus..., quem sequitur Cepolla... et si talis aqua, in principio unde oritur, sit alicujus privati et privatus valeat ad suum libitum de ea disponere et aliunde divertere, donec est, in suo solo, tamen postquam egressa est ejum fundum, et transit per loca publica, efficitur etiam ipsa publica. Nec poterit dominum de illa aqua suum fundum egressa, amplius disponere, eum amplius non sit in illius dominio.* Texto expresivo, que informa todo el fundamento de la distinción moderna de las aguas en la legislación española, fundada esencialmente en la naturaleza jurídica del suelo donde nacen o por donde discurren. Y texto claro, para explicar el porqué las aguas cambian de naturaleza jurídica y pueden convertirse de públicas en privadas o, por el contrario, de privadas en públicas, según sea la naturaleza jurídica del terreno o suelo a donde se dirigen para rendir su efecto útil, o según sea la naturaleza del terreno que las recoge después de abandonadas por quien las haya aprovechado como privadas. Del Pecchio formuló el principio en estas palabras: *aqua postquam ingressa est meum aqueductum, mea est, non concedentis.*

El concepto inmobiliario de las aguas se afirma así con mayor fuerza y eficacia al considerarlas formando parte del fundo

fundum ducitur: verum etiam cum omnibus agi poterit: quicumque aquam... (Ley 10, 1, Tit. Si servit vindic.).

(4) «Unde aqua nascitur: si ex fonte nascatur, ipse fons, si ex-flumine vel lacu, incilia, vel principia fossarum quibus aquae ex-flumine, vel lacum in primum rivum (communem) pelli solent... (§ VIII de la Ley I, Dig. lib. XIII, tit. XX, De aqua quot.).

por donde discurren y al cual van destinadas para producir un efecto útil, tesis que se repite en el Código civil francés (art. 523), y en el italiano vigente (art. 812), y que se conserva, por mientras el agua permanece unida y dependiendo en su fluir, del fundo donde nace o por donde discurre. De cuya apreciación resultaban las siguientes características: 1.ª, que las aguas alumbradas y las corrientes principales y derivadas tienen la consideración de bienes inmuebles; 2.ª, que el derecho de irrigación de un fundo propio por una corriente continua es de carácter inmobiliario; 3.ª, que los acueductos o canales privados son asimilados junto con las aguas que conducen a los demás bienes inmuebles de propiedad privada por su destino y utilización, y 4.ª, que solamente el agua separada de su corriente y captada o envasada por medio de recipientes toma el carácter de mueble por su destino y utilización.

Consecuencias de estos principios eran los dos siguientes: a), que las aguas privadas como inmuebles eran susceptibles de venta, y b), que las aguas privadas consideradas como muebles eran susceptibles de hipoteca.

En cuanto al derecho a la venta del agua y a los derechos a ella inherentes, lo mismo que a cualquier servidumbre que haga referencia a ella, sigue a la cosa o fundo al cual sirve, si expresamente no se declara separado de él, considerándose por sí misma finca independiente y autónoma (tesis del art. 71 del vigente Reglamento de la Ley Hipotecaria).

Y en cuanto a la hipoteca (5), después de la distinción que Romagnosi introdujo entre el disfrute de un servicio separable y el de un servicio inseparable prestado por la servidumbre, la cuestión dejó de ser opinable. La legislación hipotecaria reputa capaces de hipoteca los bienes inmuebles y sus accesorios, y por tales tiene a las aguas, a las presas y a los acueductos, que por disposición del artículo 434 del Código civil son reputados inmuebles.

II

Más interesante al objeto propuesto en este estudio es la trayectoria de la discriminación de las aguas en públicas y privadas, o sea, cuando pueden considerarse públicas *al objeto de su uso* por los ciudadanos, o privadas, aun habiendo tenido el carácter de públicas, *al objeto de su disponibilidad*. En el primer caso pesaría sobre ellas el poder del Estado no sólo para su concesión, sino también en la regulación de su uso. En el segundo caso, al transfor-

(5) Respecto a la hipoteca, se discutió por largo tiempo si el agua, la presa y los acueductos eran susceptibles de hipoteca, para lo cual se aducía la L. 1. D., tit. II, *De usuf. leg. enec usus, nec usufructus, itineris, viae, aqueductus legari potest, quia servitus servitutis, esse non potest*, y la L. 2. § 3. *De pign. et hypot., Jura praediorum urbanorum pignori dare non possunt. igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.*

marse en privadas entrarían en la libre disponibilidad del concesionario, pudiendo éste ejercer los derechos de uso y destinación marcados en la concesión o por la prescripción, con independencia de la intervención del Estado, siempre que con ellos no se menguaban los derechos de la comunidad o de terceros.

Con ayuda de los textos romanos se llega a la conclusión de que en aquella legislación el concepto de *verdaderamente públicas* se reconocía sólo a las aguas de los grandes ríos, canales y conducciones abiertas en los campos, o que formaban lagos y estanques y destinadas a los usos públicos de la navegación.

En estas corrientes el agua, los cauces, las márgenes y las riberas, etc., formaban la propiedad pública del Estado y solamente conformándose con los edictos que emanaban del Senado o con los rescriptos del Emperador podían los ciudadanos navegar por ellas, sacar agua, lavar, abrevar ganados, etc. (6).

Los romanos equiparaban las aguas navegables y las susceptibles de flotación a verdaderos caminos públicos, extendiendo la calificación de navegables, a las aguas que podían soportar el paso de barcas o de balsas armadas y a las que discurrían por canales artificiales construídos en provecho de la navegación. Por adjucción, consideraban igualmente públicas las de los afluentes que vertían sus aguas en los ríos navegables, cuya utilización, lo mismo que sus riberas, para las servidumbres de amarre en los árboles, se consentía no solamente a los ribereños, si que también a todos los ciudadanos romanos y extranjeros. Se prohibían en tales corrientes obras permanentes de presa o de derivación sin la autorización del Pretor, y en ciertos casos en que lo merecía la importancia de la obra, sin la concesión especial del Príncipe (*publice vel autoritate publica principis*), a diferencia de lo que ocurría en las corrientes públicas no navegables, en las cuales era permitido libremente a los propietarios ribereños, construir presas y obras de defensa de su fundos limitrofes con la corriente, salvo expresa prohibición para evitar un eventual perjuicio a terceros.

Frente a este concepto, que pudiéramos en lenguaje moderno llamar *estatal* de las aguas, existía en el Derecho romano el concepto de aguas privadas, por mucho tiempo negado por los romanistas (7). Los romanos no solamente consideraban aguas privadas las aguas nacidas en los predios propios, si que también las corrientes de agua que discurrían por canales privados o formaban en éstos lagos o estanques. En cuyo concepto de aguas privadas, quedaban incursas las aguas que nacían en predios de propiedad del Estado, o discurrían por predios del mismo carácter, o forma-

(6) «*Quoniam ex-flumine publico ducator aqua, nihil impedit (nisi Imperator aut Senatus vetet) si modo ea aqua in usu publico non erit: sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile fit usu permittitur in facere*» (Dig. XIII. De flum., tit. XII, lib. II).

(7) Véase en ALFRED OSSIG: *Romisches Wasserrecht*, Leipzig, 1898.

ban lagos o estanques en ellos. O sea, que eran aguas privadas del Estado.

La primera circunstancia que se exigía para considerar privadas las aguas que discurrían por terrenos privados, era la de que su corriente no fuera perenne. O sea, que podían existir ríos privados (*flumen privatum*) y arroyos privados (*rivus privatus*) si las aguas conducidas por estos arroyos o cauces no tenían el carácter de *constantes o perennes*. Siendo la corriente intermitente, por grande y copioso que fuese su caudal, tenían sus aguas la consideración general de aguas privadas.

Los romanos, como se ve, hacían de las aguas la distinción más lógica y perfecta que se haya conocido jurídicamente, o sea la de *aguas públicas*, reguladas exclusivamente por estatutos de derecho público que normatizaban sus servicios y su aplicabilidad o utilización a favor de todos los ciudadanos, sin consentirse en ellas ni en sus afluentes, servidumbres ni derechos de prescripción, y la de *aguas privadas*, regidas como los demás bienes patrimoniales por las leyes ordinarias civiles, que regulaban los demás bienes privados y eran amparados por los interdictos contenidos en los títulos XII y XIII del Libro XIII del Digesto, prohibitorios unos y restitutorios otros.

Sería largo de explicar cómo estos conceptos romanísticos fundamentales de las aguas públicas y privadas, en Roma, con la caída del Imperio y la invasión bárbara, sufrió el colapso jurídico que engendró la teórica de las *regalías*, que tanta difusión tuvo en los siglos posteriores y que persistió hasta mediados del siglo XVIII.

No obstante la rapacidad de los dominadores se había salvado milagrosamente el concepto romanístico de la naturaleza de las aguas, en su clasificación de navegables y de no navegables. Hallamos sus restos en los Códigos españoles (*Leyes de Partida*, Ley VIII, tít. XXVIII, Partida 3.ª, y después la Ley VII, título XXVI, lib. VII, de la *Novísima recopilación*) y en las leyes francesas (*Ordenanza de 1669 de Luis XIV*, y *Código rural de 1791*) y en los Códigos italianos. Pero con la siguiente consecuencia. Así como la discriminación se mantiene viva en el Código civil francés (artículo 644), y en el de Italia y en el Código Albertino, hasta las recientes leyes de 16 de febrero de 1919, en Francia, y decreto italiano de 20 de noviembre de 1916, en España, por la Real Orden de 19 de noviembre de 1835, se da el primer paso para reivindicar a favor de la nación el dominio de las aguas públicas, sean o no sean navegables o flotables, sustrayéndolo del poder real de la Monarquía y reconociéndolo a la nación.

Nuestra Ley de Aguas de 1879 planteó valientemente la definición de aguas públicas, siguiendo la naturaleza del lugar en donde tenían su nacimiento o por donde discurrían, sin considerar sus condiciones de navegabilidad o flotabilidad y sin atender tampon-

co a su volumen o caudal. Respetó, no obstante, el carácter privativo de las aguas discontinuas que atraviesan fundos privados, siguiendo con ello el principio de la no perennidad. El concepto fundamental basado en el carácter o naturaleza del lugar donde tenían su nacimiento o por donde discurrían, fué ampliado por el legislador del Código civil en su artículo 407, que proclamó la publicidad de las corrientes o de los manantiales, enumerando como públicas *las aguas de los ríos y sus cauces naturales, y las de los manantiales y arroyos de aguas continuas o discontinuas que corren por sus cauces naturales y estos mismos cauces.*

Con esta amplia concepción del carácter público de las aguas, el Estado español, en nombre de la nación, pudo, desde 1879, otorgar concesiones de las aguas nacidas o que discurrían por terrenos de dominio público o privado, sin consideración a su cualidad de flotables o navegables, adelantándose a las legislaciones francesa e italiana en más de medio siglo, cuando en estas naciones predominaba aún el derecho privativo de los ribereños para disponer de las aguas que no tenían aquellos caracteres, ante cuya resistencia—calificados por la economía como *barreurs de chutes*—claudicaban los mejores intentos de la iniciativa privada y del Estado, para convertir la riqueza hidráulica montañera en instrumentos eficaces de la transformación industrial y eléctrica de la nación.

Esta situación de privilegio legislativo no había saltado de su cauce acotado por el concepto de *aguas privadas* contenido en el artículo 408 del Código civil, hasta tiempos recientes, podemos decir hasta que el concepto de supremacía del Estado ha merecido los honores de instrumento rector de las economías nacionales.

Esta intervención del Estado se manifestaba al principio en forma de reglamentación, posteriormente, por una neta intervención en la libertad individual y en la iniciativa privada. La hipertrofia obligatoria de las atribuciones de los poderes por virtud de los estados de emergencia de la guerra de 1914-1918, en los que eran posibles todos los ensayos y experiencias del estatismo, hizo posibles invasiones en el campo privado de la economía, que de otro modo hubieran tardado decenas de años en producirse. Quizá contuvo este movimiento el descrédito que ofrecieron las primeras gestiones industriales de los Estados; pero el fenómeno no conoció freno. El estatismo no solamente era administrativo en su función de concentración en las manos de los organismos públicos de la gestión y tutela de los servicios en los diversos grados de la Administración, sino que se convertía acusadamente en estatismo industrial, inclinado a sustituir la actividad del individuo por la intervención del Estado, si no en una forma abierta y autónoma, en una forma de creación de Empresas de economía mixta, con una rígida intervención y acusado control del Estado y participación de éste en la gestión.

El fenómeno aludido ofrece en el campo del derecho privado de las aguas caracteres muy acusados. La acción del Estado en materia hidráulica aparece dominada por las dos siguientes directrices. De una parte, por el objetivo de conseguir una máxima utilización de la riqueza hidráulica aplicable al transporte, a la industria y a la agricultura. En definitiva, una corriente derivada de un pragmatismo que influye poderosamente en el campo del Derecho civil. De otra parte, la sustitución de los medios limitados de la economía privada por los medios amplios de que dispone el Estado, destinados a obras y servicios de carácter social y nacional que de otra manera quedarían desatendidos; o sea, una concepción de la actividad del Estado perfectamente sustitutiva y utilitaria.

Estas dos directrices se enfrentan con frecuencia con el derecho privado de los propietarios, concesionarios y usuarios de aguas consideradas de propiedad privada y con el derecho de propiedad de una extensa cuenca hidráulica sobre los fundos e instalaciones industriales que se sirven de aquéllas. Así, por ejemplo, en plan de grandes aprovechamientos, el derecho de propiedad puede sufrir en sus derechos de aprovechamiento agrícola e industrial los efectos de su desaparición por el hecho de un transvase de corriente de aguas públicas de una cuenca geográfica a otra vecina, si en ésta se consiguen resultados económicos superiores. Aun cuando el hecho dé lugar a las correspondientes indemnizaciones. Como es posible, por haberse repetido el caso, la total desaparición de toda la riqueza agrícola e industrial de una comarca, por el hecho de la sumersión provocada por la construcción de un pantano.

Desviaciones de carácter más preciso contra el derecho de propiedad de las aguas, se producen con frecuencia por disposiciones de la Administración que rectifican preceptos de la Ley de Aguas y del Código civil, que parecían inatacables. Así se da el caso, en el derecho llamado de unicidad de presa, contenido en el texto terminante del artículo 187 de la Ley de Aguas, consintiendo a terceros la conexión de la toma de un aprovechamiento en las obras de derivación de otro concedido o reconocido anticipadamente. Como también se produce en el derecho de propiedad reconocido por el último párrafo del artículo 408 del Código civil, cuando la Administración declara que las aguas públicas entradas en un canal privado continúan siendo públicas. O bien cuando interviene en cuestiones que afectan a arroyos de aguas pluviales que atraviesan terrenos o fincas de propiedad privada sin atender a los preceptos del párrafo quinto del artículo 408 del mismo Código. O cuando limita la libre disposición de las aguas nacidas en predios privados colindantes con corrientes públicas, exigiendo legalizaciones y justificaciones administrativas que convierten la propiedad de aquellas aguas en semipúblicas.

Esta corriente de desviación jurídica privatística indica la profunda influencia que el derecho privado sufre del sistema estatifica-

dor que invade la economía de las naciones, con el peligro de incurrir, a poco que se abra la mano, en una situación de planificación del Estado. Es evidente que el aspecto privado de las aguas, lo mismo en los aprovechamientos de las públicas que en los de las privadas, cede paulatinamente su viejo derecho de soberanía reconocido en los Códigos y se pliega, por la misma dificultad de una defensa colectiva adecuada, a las exigencias de la intervención estatal en aras del interés general de la nación. Monopolio presentado con una fuente apreciable de beneficios para la nación, sobre cuyos resultados de gestión sería aún hoy muy prematuro pronunciarse.

El deber de manifestarse en estado de quiebra

JERONIMO LOPEZ LOPEZ
Doctor en Derecho

I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

El artículo 889, párrafo primero y número 2.º, del Código de comercio dispone que serán reputados quebrados culpables, salvo prueba en contrario, «los que no hubieren hecho su manifestación de quiebra en el término y forma que se prescribe en el art. 871». Pero este artículo del mismo Código no contiene ninguna referencia a la cuestión, ya que se limita a indicar el plazo dentro del cual puede presentarse en estado de suspensión de pagos el comerciante que teniendo ya vencida alguna obligación no la hubiese satisfecho. Ello ha hecho incluso decir que «esta cita es errónea» y que «quizá en la mente del legislador estuvo el artículo 1.017 del Código [de comercio] antiguo» (1), precepto que ordenaba al comerciante que se encontrara en estado de quiebra ponerlo en conocimiento del juez o tribunal de comercio de su domicilio en el plazo de tres días. Sin embargo, la opinión que acabamos de exponer no resulta aceptable, porque se olvida al expresarla que el artículo 871 del Código de comercio ha sido reformado por la Ley de 10 de junio de 1897 sobre suspensión de pagos, reforma que es el origen de la discordancia señalada entre el citado precepto y el artículo 889, número 2.º. En su redacción originaria, el artículo 871 decía: «También podrá el comerciante presentarse en estado de suspensión de pagos dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho», añadiendo, en el párrafo segundo, «pasadas las cuarenta y ocho horas señaladas en el párrafo anterior sin haber hecho uso de la facultad concedida en el mismo, deberá presentarse al día siguiente en estado de quiebra ante el juez o tribunal de su domicilio» (2). Los dos preceptos que analizamos resultan, por tanto, perfectamente congruentes, lo que demuestra que no se trata de un error legislativo.

La explicación de esta primera anomalía nos permite abordar

(1) GARRIGUES: *Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos*, en R. D. P., t. XXIV (1940), págs. 131-138 y 184-190; aquí, pág. 189. *Curso de Derecho mercantil*, t. II, v. 1.º, Madrid, 1940, pág. 457.

(2) Manifestación del estado económico de quiebra, que habrá de ser jurídicamente reconocido. Cfr. S. T. S. 12 julio 1940, y el comentario concorde de POLO, en R. D. P., t. XXIV (1940), págs. 291-293.

directamente el problema objeto del presente trabajo, que es el de decidir si la supresión del párrafo segundo del artículo 871 del Código de comercio, verificada por la Ley de 10 de junio de 1897, significa o no la derogación de la norma que imponía el deber de presentarse en estado de quiebra y, como consecuencia, determinar el valor que tienen actualmente el artículo 889, número 2.º del mismo Código y los preceptos procesales relativos a los mismos. Problema cuya solución en sentido afirmativo supondría una nueva especialidad del Derecho mercantil frente al Derecho común (3), nacida en contra de la tradición (4), y que haría posible al que se encontrara en estado de quiebra dilatar la declaración de la misma y seguir administrando y consumiendo normalmente su patrimonio sin incurrir en sanción específica alguna (5), abriéndose con

(3) Cfr. art. 1.913 C. c. Se observará que la norma no contempla supuestos idénticos, sino similares, porque el Derecho civil y el mercantil responden en este punto a sistemas diferentes, en lo accesorio.

(4) Ordenanzas de Bilbao, cap. XVII, 5 y 3. C. de c. de 1829, art. 1.017.

(5) Siempre que tuviera cuidado—para el supuesto de que los acreedores consiguieran la declaración de quiebra—en no deber, por obligaciones directas, a partir del último balance una cantidad doble de la de su activo, con objeto de evitar el supuesto de culpabilidad contemplado en el art. 888, núm. 5.º C. de c., en relación con el art. 521 C. p.

La sanción prevista para el caso de incumplimiento del deber de presentarse en estado de quiebra es la de privar al quebrado de la asignación alimenticia (art. 1.098 C. de c. de 1829. Cfr., por ejemplo, S. T. S. 14 junio 1888). El C. de c. de 1829, que también consideraba quebrado culpable—*iuris tantum*—al que hubiere omitido cumplir el deber citado (art. 1.006), determinaba—como hacia, en general, para todos los supuestos de quiebra culpable—que se le impusiera una sanción correccional de reclusión, que no podía ser inferior a dos meses ni exceder de un año (art. 1.147), sanción que dictaban los mismos tribunales de comercio que concian de la quiebra, y que no tenía verdadero carácter de pena. Cfr. GARCÍA GOYENA: *Código criminal español, según las leyes y prácticas vigentes*, t. II, pág. 245, Madrid, 1843, y SAVALL: *¿En qué pena incurre el comerciante quebrado que fuere declarado, en el caso de insolvencia, culpable por alguno de los motivos que enumera el artículo 1.006 del Código de comercio*, en R. G. L. J., t. XLIII (1873), págs. 299-304; aquí, pág. 300. El C. p. de 1848 (art. 445) y el Decreto (convertido en Ley) de 6 de diciembre de 1868, que determinaron, respectivamente, que los supuestos de quiebra culpable señalados en el art. 1.005 C. de c. de 1829 (paralelo al 888 del C. de c. vigente) constituyeran delito, mientras que los enumerados en el art. 1.006 C. de c. de 1829 (paralelo al 889 del vigente) quedaban exentos de sanción penal, y que los tribunales civiles perdieran la facultad de imponer en el supuesto de quiebra las sanciones previstas en el citado art. 1.147 C. de c. de 1829, cambiaron el sistema anterior, porque en adelante sólo se imponía reclusión en los supuestos del art. 1.005 C. de c. de 1829, pero, en cambio, se hacía con el carácter de pena criminal (cfr. SAVALL: op. cit., págs. 302-303), criterio que fué seguido por todos los Códigos penales (de 1870, art. 538; de 1932, art. 513, modificando las referencias al C. de c. por haberse publicado ya el vigente; de 1944, art. 521), con excepción del de 1928 (art. 714). El cambio de criterio no fué, en general, bien acogido (así, cfr., por ejemplo, SAVALL: op. cit.; MIGUEL y REUS: *Código de comercio español*, pág. 268, n. 6. Madrid, 1855; ahora, QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código penal*, v. II, página 437, Madrid, 1946. Contra, FORNER: *De los quebrados de tercera clase*, en R. G. L. J., t. XIII, págs. 483-485 (1858), pero fué efectuado conscientemente (cfr. PACHECO: *El Código penal concordado y comentado*, t. III, página 340, 2.ª ed., Madrid, 1856), por lo que resulta inexplicable que algunos autores,

ello una brecha en la buena fe que debiera presidir toda la vida mercantil (6).

II. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA

Puede ser resumida en las opiniones siguientes: *a)* creer que existe el deber de presentarse en estado de quiebra, pero que no se concede plazo para hacerlo, sino que debe ser cumplido inmediatamente después de que sobrevenga el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones (7); *b)* estimar que el artículo 871 conserva inalterado su párrafo segundo (8); *c)* desconocer u olvidar la modificación sufrida por el citado precepto, y referir, por tanto, el artículo 889, número 2.º al 871 tal como se halla en la actualidad redactado, con la absurda consecuencia de aplicar a la manifestación de quiebra lo preceptuado para el supuesto de suspensión de pagos (9); *d)* con conocimiento o no del cambio in-

penalistas y mercantilistas, crean todavía, expresa o tácitamente, que el artículo 521 C. p. vigente tiene aplicación en todos los supuestos de quiebra culpable (cfr., por ejemplo, SÁNCHEZ TEJERINA: *Derecho penal español*, t. II, página 415, 5.ª ed., Madrid 1950; HERNÁNDEZ BORONDO: *Notas a la traducción española de La quiebra*, de NAVARRINI, pág. 460, Madrid, 1943).

Señalemos, finalmente, que toda la materia de quiebra punible está tratada con tanto descuido en el Código penal que la revisión del mismo, en este punto, presenta, si cabe, mayor urgencia aún que la de las normas mercantiles y procesales relativas a la misma; estado de cosas que todavía se ha complicado más a consecuencia de la vigente Ley sobre la suspensión de pagos (cf. RODRÍGUEZ SASTRE: *El delito financiero*, Madrid 1934, p. 65).

(6) Piénsese, por ejemplo, que en cierto número de casos las quiebras sobrevienen por falta de competencia para el ejercicio del comercio; en este supuesto, es innegable que la pronta intervención de los negocios del quebrado resulta fundamental para la protección de los acreedores del mismo, y es justo facilitarla. La caridad con que debe ser tratada la persona que con buena fe ha sufrido infortunios económicos, no puede aconsejar que se debiliten ex lege ni la posición de los acreedores ni el principio de responsabilidad de la persona.

(7) Cf. S. T. S., 4 marzo 1929 (aunque no en la parte dispositiva).

(8) DÍAZ DOMÍNGUEZ: *Tratado elemental de Derecho mercantil*, t. II, Granada 1908, pág. 25, se refiere al deber de manifestarse en estado de quiebra como si el artículo 871 del Código de Comercio no hubiese sido modificado por la Ley de 10 de junio de 1897. Expresamente, BENITO: *Manual de Derecho mercantil*, t. II, Madrid 1924 (3.ª ed.), pág. 706. Olvidan estos autores que no cabe duda alguna de que la Ley citada (vid. el art. 1.º de la misma) suprimió el párrafo segundo del art. 871 del C. de c., y no se limitó a modificar el párrafo inicial.

(9) Lo que lleva a pensar que la presentación en estado de quiebra debe efectuarse en el plazo de cuarenta y ocho horas. Así, por ejemplo, DURÁN Y VENTOSA: *Adaptación al vigente Código de Comercio de la obra Instituciones de Derecho mercantil de España*, de MARTÍ DE EIXALÁ Y DURÁN Y BAS, Barcelona 1911 (9.ª ed.), págs. 507-508; BENITO-MIÑANA: *Derecho mercantil*, Madrid 1932 (2.ª ed.), pág. 149; MARTÍNEZ ESCOBAR: *Suspensiones de pagos y quiebras*, Habana, s. l., págs. 157, 158 y 419; URÍA: *Problemas y cuestiones sobre quiebra de las Sociedades en R. D. M.*, v. II, núm. 4 (1946), págs. 7-60, aquí pág. 26; S. T. S., 21 abril 1930 (pero no en la parte dispositiva).

introducido por la Ley de 10 de junio de 1897, prescindir de la referencia al artículo 871, y estimar existente el deber de presentarse en estado de quiebra, fundamentándolo en los artículos 889, número 2.º del vigente Código de comercio y 1.017 del Código de 1829 (10), y e) advirtiendo la supresión referida, creer que la misma supone la derogación de la norma que imponía el deber que nos ocupa (11) (11 bis).

Ninguna de estas opiniones es aceptable. Las señaladas con las letras a), b) y c) no merecen que nos ocupemos más de ellas; en cuanto a la que se basa en el artículo 889, número 2.º del Código de comercio vigente y en el artículo 1.017 del Código de 1829, es de observar que deja sin explicar por qué la supresión del segundo párrafo del artículo 871 no ha supuesto la derogación de la norma expresada en el mismo, y no basta para llenar este vacío la referencia a los artículos que se citan, porque el 1.017 del Código de comercio de 1829 está vigente (12)—de modo parcial—por la remisión que al mismo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.324), y no tiene otro valor que el de una norma pura-

(10) Así, por ejemplo, GARRIGUES: *Curso cit.*, págs. 457 y 460; ESPEJO DE HINOJOSA: *Tratado teórico y práctico de Derecho mercantil*, t. II, Barcelona 1924 (6.ª ed.), págs. 195 y 200; VICENTE Y GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, t. II, Zaragoza 1950 (3.ª ed.), pág. 318; MIGUEL Y ROMERO: *Manual de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid 1920, págs. 61 y 114.

(11) GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI: *Comentarios al Código de Comercio*, t. IV, Valladolid 1945 (3.ª ed.), pág. 501; BETANCOURT: *Código de comercio*, Habana 1917, pág. 352, autor que señala que: a) Reconocido por la Ley de 10 de junio de 1897 el estado de suspensión de pagos como diferente del de quiebra, era natural que se suprimiera el párrafo segundo del artículo 871 del Código de comercio, porque el solvente, único que podía constituirse en estado de suspensión de pagos, no era un quebrado, y por ello no tenía que manifestarse en estado de quiebra, pues era simplemente un deudor moroso, y b) Que el legislador se olvidó de suprimir asimismo el artículo 889, núm. 2.

Pero es de observar: a) Que el autor en cuestión parte de un prejuicio doctrinal, equiparando suspensión de pagos=solvencia y quiebra=insolvencia, siendo así que en el sistema del Código de comercio, aun después de la reforma de la Ley de 10 de junio de 1897, el solvente que no satisfacía sus deudas podía ser declarado en quiebra, si no se había acogido al procedimiento de suspensión de pagos, y b) Que por ello la supresión del núm. 2.º del art. 889 no procedía, porque se refiere al estado de quiebra en general, provenga de las causas que sean. Vid. MUR SANCHO: *Notas a los Estudios elementales del Derecho mercantil*, de BLANCO CONSTANS, t. II, Madrid 1945 (4.ª ed.), págs. 194, n. 6, 204, 205, 274, n. 1 y 311, n. 1. S. T. S., 9 octubre 1929.

(11 bis) Otras opiniones son más difícilmente clasificables, debido a que mantienen simultáneamente varios criterios de los expuestos, o al confusionalismo que presentan. Cf., por ejemplo, NOGUÉS Y MARTORELL: *Quiebras y suspensiones de pagos*, Madrid 1897 (3.ª ed.), págs. 60-61 y 74 (de la numeración de la 2.ª parte); GAY DE MONTELLÁ: *Código de Comercio comentado*, t. V, Barcelona 1948 (2.ª ed.), págs. 50 y 148-149; ABAD CONDE: *Legislación mercantil española*, Madrid 1947, págs. 151 y 153; RODRÍGUEZ ALTUNAGA: *Derecho mercantil*, Madrid 1917, págs. 799-800, 801 y 821; ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA Y MIÑANA: *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, Madrid 1915, págs. 301, n. 2, y 306-307, seguidos por HERNÁNDEZ BORONDO: *Derecho mercantil*, Madrid 1930 (1.ª ed.), pág. 653, n. 2, y *Notas cit.* pág. 70.

(12) Cf. Ss. T. S., 12 abril 1886 y 12 julio 1940.

mente procesal (13) que, en este caso, depende en última instancia de que se considere que, en virtud de otra norma sustantiva, el deber de manifestarse en estado de quiebra existe. Así ocurriría en la primera redacción del artículo 871 del Código de comercio (concordante con el 889, núm. 2.º); suprimido su párrafo segundo, es necesario demostrar que el cambio de la disposición legal se hizo con propósito ajeno a la derogación de la norma expresada por la misma. Demostración a la que poco puede ayudar la cita del artículo 889, número 2.º, rota la concordancia con el artículo 871 y afectado en el fondo por el significado que haya tenido la modificación introducida en este precepto.

No es de extrañar, por ello, que se defienda la opinión negativa; tanto más cuanto el artículo 876 *in fine* del Código de comercio presenta, en relación con el artículo 872 del mismo Código, un supuesto de derogación producida precisamente a consecuencia de los cambios introducidos en la reforma de 1897 (14). Sin embargo, esta opinión no resulta del todo convincente, no sólo por los extraños resultados a que conduce, sino, además, porque presenta en el fondo los mismos defectos que la anteriormente criticada, pero en sentido contrario. No explica, en efecto por qué la mera supresión del segundo párrafo del artículo 871 del Código de comercio ha tenido valor derogatorio para la norma que impone el deber objeto de este estudio, porque dicho precepto no constituye por sí solo la disposición legal de esta norma, y los restantes preceptos relativos a la misma permanecen inalterados. No hay, por tanto, sino meros indicios, tanto en favor de la opinión afirmativa como de la negativa, indicios que se aprovechan para mantener alguna de ellas, soslayando la única cuestión verdaderamente decisiva: ¿por qué y con qué alcance fué suprimido el párrafo segundo del artículo 871 del Código de comercio, con ocasión de una reforma legislativa ajena a la materia de que el mismo trataba? (15).

(13) Como señala RIVES: *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, t. II, Madrid 1904 (2.ª ed.), pág. 222.

(14) El artículo 872 del Código de comercio vigente, en su redacción original decía: «Hecha la declaración de suspensión de pagos, el comerciante deberá presentar a sus acreedores, dentro del plazo de diez días, una proposición de convenio...» La reforma producida por la Ley de 10 de junio de 1897 hizo de la presentación de la proposición de convenio un requisito de la declaración misma, y por lo tanto anterior a ella. La Ley de 26 de julio de 1922 no ha significado alteración de este estado de cosas. (Cf. MUR SANCHO, *op. cit.*, pág. 207, n. 2, y allí cit.)

(15) Conviene advertir desde ahora que, según la opinión que parece preferible, la Ley de 26 de julio de 1922 no supone alteración del régimen del C. de c. en cuanto al tiempo en que debe ser solicitada la suspensión de pagos, y que, por tanto, en el supuesto de obligaciones ya vencidas, debe hacerse en el plazo de cuarenta y ocho horas, y en el caso de que no se haga uso de esta facultad, el comerciante deberá presentarse al día siguiente en estado de quiebra. (Cf. GARRIGUES, *Curso*, cit., pág. 550. CERDÁ, *Las suspensiones de pagos y la intervención pericial*, Barcelona, 1946, pág. 15. GUILLÉN, *Suspensiones de pagos*, Barcelona, 1947, pág. 22. GOXENS, *Suspensiones de*

III. SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

El Código de comercio vigente permitía, en la redacción original de los artículos 870 a 873, presentarse en estado de suspensión de pagos al comerciante cuyo pasivo fuese superior al activo. Los escándalos que en las suspensiones de pagos se originaron (16) hicieron pensar que un nuevo sistema, basado en el requisito de que el activo fuera superior al pasivo, con eliminación de la quita y limitación del plazo de espera, todo ello unido a un procedimiento procesal adecuado, acabaría con los abusos. En tal sentido, presentó el diputado Lastres y Juiz una proposición de ley en el Congreso, el día 16 de febrero de 1889 (17), y fué repetida en la legislatura de los años 1889-1890 (18) y en la de 1891 (19). Hasta esta última presentación no se proponen en ella los textos que habían de tener los artículos 870 a 873 del Código de comercio, que se redactan de nuevo, y es de hacer notar que el texto que se desea para el artículo 871 conserva inalterado su párrafo segundo, limitándose la proposición de reforma al párrafo primero, en el sentido en que actualmente aparece en el Código de comercio. En el mismo año 1891 fué adoptada la proposición de ley de Lastres por el entonces ministro de Gracia y Justicia, Cos-Gayón, y convertida en Proyecto de ley, cuya lectura se autorizó en

pagos, quiebras y moratorias, Madrid, 1950, págs. 153 y 158.) Como se sabe, esta opinión no es unánime; otro sector de la doctrina, y alguna vez la jurisprudencia (así S. T. S. 9 octubre 1929), estima que los arts. 870 y 871 C. de c. han sido derogados, y que la presentación en estado de suspensión de pagos puede hacerse en todo tiempo, siempre que la quiebra no haya sido declarada. (Cf. GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI y MIGUEL Y ROMERO, *Comentario a la Ley de suspensión de pagos*, Valladolid, 1932 (2.ª ed.), pág. 150. MUR SANCHO, op. cit., págs. 327, núm. 2, y 363-365 y allí cit.) Pero aun en este último supuesto, no por ello puede estimarse que el deber de presentarse en estado de quiebra no existe, porque lo más que podría pensarse es que se permite acogerse, alternativamente, al procedimiento de quiebra o al de suspensión de pagos, a elección del deudor. En el caso de que—existiendo alguna obligación vencida y no satisfecha—en el plazo de tres días no se presentara el deudor en alguno de ambos estados, le serán aplicables el art. 889, núm. 2.º, C. de c. y preceptos concordantes; directamente, si se declara la quiebra; indirectamente, si se declara la suspensión de pagos y la insolvencia es definitiva (art. 20 de la Ley citada). Si la insolvencia fuese calificada como provisional no procede imponer sanción, pero ello, como es evidente, no quiere decir que el deber no exista. (No se olvide que en este último supuesto podría ser declarada también la quiebra y, por ello, que procedería aplicar la sanción mencionada.)

(16) Se citan numerosos ejemplos históricos que demuestran lo fácil que era para el deudor enriquecerse provocando una suspensión de pagos, ejemplos que sería inadecuado reproducir aquí.

(17) *Diario de Sesiones de las Cortes*. Congreso, legislatura de 1888-1889, diario núm. 55, pág. 1456. El texto de la proposición en el apéndice 10.º a dicho diario.

(18) DSC. C, leg. 1889-1890, d. núm. 98, pág. 2800. El texto, inmutado, en el ap. 4.º a dicho d.

(19) DSC. C, leg. 1891, d. núm. 74, pág. 1979. El texto en el ap. 21.º a dicho d.

el Congreso (20). En este Proyecto aparece por primera vez el cambio que había de sufrir el artículo 871, precepto que se modifica, suprimiéndole su párrafo segundo. Pero esta modificación no supone que se pretendiera borrar la referencia al deber de manifestarse en estado de quiebra, porque al mismo tiempo se propone que al artículo 876 del Código de comercio se le añada un nuevo párrafo, que pasaría a ser el primero, diciendo: «Es obligación de todo comerciante que se encuentre en estado de quiebra ponerlo en conocimiento del juez de primera instancia de su domicilio dentro de los tres días siguientes al en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones» (21). No prosperó el Proyecto, y el día 10 de mayo de 1893 presentó, una vez más, Lastres su proposición de ley, en la que, volviendo, al sistema por él propugnado, redacta el artículo 871 modificando su párrafo primero, y dejando el segundo inmutado y en el seno del mismo (22). Nombrada la Comisión (23) encargada de examinarla, se vuelve, en el Dictamen de la misma (24), al sistema defendido por Cos-Gayón, y desaparece del artículo 871 del Código de comercio su párrafo segundo, que pasa a ser el primero del artículo 876 (25). La proposición de ley no prosperó tampoco esta vez. Fué nuevamente presentada en la legislatura de los años 1894-1895, siguiendo el mismo sistema de trasplantar el párrafo segundo del artículo 871 al artículo 876 (26), y, por fin, comenzó su discusión parlamentaria.

Resulta sorprendente la tenacidad con que fué defendido el Proyecto, y no menos el obstruccionismo practicado contra el mismo en el Congreso (27). ¿Cuáles eran los motivos que impedían

(20) DSC, C, ley 1891, d. núm. 183, pág. 5192. El texto en el ap. 2.º al citado d.

(21) Es de observar que, en cambio, el art. 899—para el que se proponen reformas que no es del caso citar aquí—se conserva íntegramente en lo que se refiere al núm. 2.º del mismo, con referencia, por tanto, al art. 871, en vez de hacerla al art. 876. (V. nota 25.)

(22) DSC, C, leg. 1893-1894, d. núm. 33, pág. 976. El texto de la proposición en el ap. 10 a dicho d.

(23) DSC, C, leg. 1893-1894, d. núm. 43, p. 1245.

(24) DSC, C, leg. 1893-1894, d. núm. 55, pág. 1598. El texto del dictamen en el ap. 4.º al citado d.

(25) Se corrige ahora la referencia del art. 889, núm. 2.º, que se hace, debidamente, al art. 876.

Retirado el dictamen (DSC, C, leg. 1893-1894, d. núm. 123, pág. 3972) para ser redactado de nuevo, se conserva idéntico, en lo que aquí interesa. (Cf. DSC, C, leg. 1893-1894, d. núm. 136, pág. 4364. El nuevo texto en el ap. 3.º a dicho d.)

Es de observar que no varía tampoco el art. 876, así redactado, en la enmienda presentada por MUÑOZ, LAÍ, CRUZ, ARROYO, PUERTA, GARZÓN y PARRA el día 7 de julio de 1894, pues si bien se altera el texto del mismo, subsiste íntegramente en lo esencial. (Cf. DSC, C, leg. 1893-1894, d. núm. 174, pág. na 5601. El texto de la enmienda en el ap. 26.º a dicho d.)

(26) DSC, C, leg. 1894-1895, d. núm. 2, pág. 15. El texto en el ap. 6.º al citado d.

(27) Constantemente se pidió que fuese discutido, y se presentaron en su apoyo informes de las Cámaras de comercio, asociaciones de comerciantes y

su conversión en ley? Los principales, los siguientes: *a)* el Proyecto pertenecía a la política conservadora (28), y la poderosa minoría liberal lo obstaculizaba; *b)* la extensión desmesurada del mismo lo hacía impropio para ser discutido en un Parlamento (29); *c)* venía a interponerse en la labor de la Comisión del Códigos y a echar por tierra los trabajos preparatorios efectuados por ésta para la reforma del Código de comercio (30), y, finalmente, *d)* significaba una intromisión en la labor de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pieza principal del plan político que pensaba realizar desde el Ministerio de Gracia y Justicia el Conde de Tejada de Valdosa, que lo ocupaba en los últimos tiempos de la discusión parlamentaria del Proyecto en cuestión (31).

Hubiera naufragado en todas estas dificultades, de no haber venido en su ayuda dos hechos: una bofetada y un compromiso. Aquélla la recibió el catedrático de Derecho civil don Augusto Comas, senador del Reino, que discutiendo en los pasillos del Senado con el segundo Duque de Tetuán, ministro de Estado a la

otros organismos, sin que a pesar de ello prosperara. ELÍAS DE MOLINS señaló las penalidades que a LASTRES ocasionaba el Proyecto (DSC, C, leg. 1896, d. núm. 37, pág. 817), y el propio LASTRES, en cierta ocasión (DSC, C, legislatura 1893-1894, d. núm. 148, pág. 4703), en que se había pedido, como de costumbre, que comenzase la discusión parlamentaria, al serle negado por el Presidente de la Cámara, alegando que la Mesa tenía ya mucho trabajo y que el Proyecto podía esperar, dice: «Este Proyecto tiene verdadera desgracia, acerca de lo cual yo expondría algunas observaciones que no puedo aducir en este momento. Lo que sí me importa es consignar el hecho siguiente, para que de él deduzca cada cual las consecuencias que quiera: este Proyecto, en cuyo favor hay unanimidad de opiniones en la Cámara y en el país, lleva ya tres legislaturas, sino tres Cortes esperando convertirse en ley.»

(28) Estaba apoyado sobre todo por el gran comercio y la Banca, que veían amenazados sus intereses, hasta el punto de que los Bancos de Madrid, según repetidamente afirma LASTRES, llegaron a colocar en sus oficinas un aviso impreso anunciando la supresión de las operaciones de descuento de letras hasta que se determinaran las normas que habían de regir las suspensiones de pagos. (Cf., p. ej., DSC, C, leg. 1888-1889, d. núm. 55, pág. 1464.) El Gremio de banqueros de Madrid solicitó en 1888, y a ello se adhirió la mayor parte de los Gremios de provincias, al Ministro de Gracia y Justicia que se reformaran los arts. 870 a 373 del C. de c. o que, por lo menos, se dictara una ley procesal adecuada para las suspensiones de pagos. (ROLLAND, DSC, C, leg. 1896, d. núm. 102, pág. 2909.)

(29) Cf. BENITO, *La nueva Ley sobre suspensiones de pagos*, en R. G. L. J., t. 91 (1897), pág. 77.

En su última redacción, la estructura del Proyecto era la siguiente: Título I, Reforma del Código de comercio en lo relativo a la suspensión de pagos y quiebras. (Consta de un solo artículo, en el que se propone la reforma de 23 artículos del C. de c.) Título II, Del procedimiento para la suspensión de pagos. Capítulo I, De las suspensiones de pagos de comerciantes y Compañías que no sean concesionarias de obras públicas (arts. 1.º-35). Capítulo II, De las suspensiones de pagos de las Compañías concesionarias de obras públicas (arts. 35-52). Título III, Reformas en el Código de comercio (art. 53, conteniendo VIII bases). Título IV, Reformas en la Ley de enjuiciamiento civil (arts. 54-55). Título V, Disposiciones generales y transitorias (artículos 56-60).

(30) BENITO, *La nueva Ley*, cit., pág. 78.

(31) DSC, C, leg. 1896, d. núm. 37, pág. 818.

sazón, censuró con tal acritud la debilidad que, a su juicio, mostraba nuestro Gobierno hacia el de los Estados Unidos de América—eran los tiempos del desastre colonial inminente—que su interlocutor se alteró hasta el extremo de dársela. Aunque la cuestión fué fácilmente arreglada, mediante las oportunas explicaciones, Sagasta, bajo cuya bandera, como liberal, militaba Comas, aprovechó la ocasión que se le ofrecía, secundado por Francisco Silvela, que acaudillaba otro grupo de minoría, para exigir que el Duque de Tetuán fuese sustituido en el seno del Gobierno, amenazando con retirar la minoría liberal del Parlamento si no se accedía a ello. Su deseo, en última instancia, era obtener el Poder, pues sabía que Cánovas, ante las dificultades que entonces presentaba la política exterior, no prescindiría de su ministro de Estado, persona eficiente y con experiencia, y por ello que las minorías abandonarían las Cámaras, provocando la crisis. Así sucedió, en efecto; pero Cánovas la dilató hasta conseguir que fuesen aprobados los Presupuestos y autorizaciones necesarias para obtener recursos para la guerra, y esta ocasión, en que los conservadores quedaron sin oposición parlamentaria, fué aprovechada también por Lastres, a quien los liberales dificultaban decisivamente su Proyecto (32). Quedaban, sin embargo, sin resolver los restantes motivos que hemos indicado; para obviarlos, se llegó a un acuerdo entre Lastres y el ministro de Gracia y Justicia, en virtud del cual el Proyecto que nos ocupa quedaría reducido a solicitar la reforma inmediata de los artículos 870 a 873 del Código de comercio, y la concesión por las Cámaras de una autorización amplísima al ministro para que hiciera las oportunas reformas en el Código de comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código civil (33), con la colaboración de las Comisiones encargadas de preparar las mismas. Con ello se resolvían definitivamente todos los problemas planteados. Lastres presentó entonces una proposición de ley orientada en el sentido convenido (34), el día 4 de junio de 1896 (35), y fué convertida, por sus trámites, en la Ley de 10 de junio de 1897 (36).

(32) Sobre esta desdichada cuestión, cf. FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Cánovas*, Madrid, 1951, págs. 612-613. DSC, C, leg. 1856, d. núm. 101 (24 de mayo de 1897), págs. 2884 y 2889-2903. Se hacen eco de la opinión de que sólo por la retirada de las minorías parlamentarias fué posible la conversión en ley del Proyecto de LASTRES, BENITO, *La nueva ley*, cit., pág. 76, y JORRO, *La suspensión de pagos*, Valencia, 1902, pág. 149.

(33) DSC, C, leg. 1896, d. núm. 37, págs. 817-819.

(34) Constaba solamente de tres artículos; el primero, solicitando la reforma de los arts. 870 a 873, en el sentido en que aparecen redactados en la actualidad en el C. de c.; el segundo, pidiendo la autorización mencionada, y el último, señalando el deber del Ministro de dar cuenta a las Cortes del uso de la misma. V. la Ley de 10 de junio de 1897.

(35) DSC, C, leg. 1896, d. núm. 50, pág. 1272. El texto en el ap. 40.º a dicho d.

(36) Todas las dificultades encontradas hasta entonces desaparecen. Nombrada la Comisión del Congreso, presenta su dictamen (DSC, C, leg. 1896, d. núm. 100, pág. 2882; el texto en el ap. 8.º al d. cit.), que ni siquiera fué

Y he aquí la solución del tema propuesto. Promulgada la Ley, y reformados por ella los artículos 870 a 873 del Código de comercio, no se llega, en cambio, por azares de la política, a hacer uso de la autorización concedida. Sólo, veinticinco años más tarde, se publicó la Ley sobre el procedimiento a seguir en los expedientes sobre suspensión de pagos (26 de julio de 1922), Ley que se excede de su carácter procesal previsto (37). Las demás reformas, entre las que se encuentran las necesarias modificaciones en el Código de comercio (38), no se han efectuado. El párrafo segundo del artículo 871, que se pensaba desplazar, meramente por razones de sistema, al artículo 876 del mismo Código, se ha perdido. Ello no significa, por todo lo expuesto, la derogación de la norma que dicho párrafo exteriorizaba (en unión de otros preceptos), sino, solamente, una falta de adecuación entre una norma jurídica y su disposición legal. Estado de cosas anómalo que, pensado como transitorio, se ha prolongado hasta el momento presente, con las consiguientes injusticias, inobservancias de la Ley y dificultades para la doctrina.

discutido en su totalidad (DSC, C, leg. 1896, d. núm. 101, pág. 2903), y muy someramente—en una sola sesión—por artículos. La única cuestión planteada fué si debía señalarse un plazo al Ministro—plazo de seis a ocho meses—para llevar a cabo las reformas propuestas, opinión de ROLLAND, o bien si no era necesario hacerlo, opinión de GONZÁLEZ ROTHWOS, quien indica que la reforma de la L. e. c., en la que se integrarían las normas procesales relativas a la suspensión de pagos, estaba muy adelantada, y que sería terminada aun antes de cumplirse el plazo solicitado, lo que hace que ROLLAND retire su opinión (DSC, C, leg. 1896, d. núm. 102, págs. 2908-2916), de lo cual, andando el tiempo, había de lamentarse justamente (Cf. GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI y MIGUEL y ROMERO. op. cit. págs. 81-82). Todos los artículos fueron aprobados en la misma sesión y el Proyecto en la sesión inmediata (DSC, C, leg. 1896, d. número 103, pág. 2924; el texto en el ap. 1.º al mismo d.). Remitido al Senado, se aprobó sin discusión (DSC, S, leg. 1896, d. núm. 101, pág. 1474; d. número 102, págs. 1484 y 1490; el texto en el ap. 9.º al d. núm. 102).

(37) Aunque el art. 873 C. de c. se refiere a una ley especial (y así se ha procedido con la Ley de 26 de julio de 1922), en el acuerdo entre LASTRES y el Ministro de Gracia y Justicia se convino (y así se señala en la Ley de 10 de junio de 1897, art. 2.º, párrafo 3.º) que las reformas procesales relativas a la suspensión de pagos quedasen integradas en la L. e. c. (Cf. GONZÁLEZ ROTHWOS, DSC, C, leg. 1896, d. núm. 102, pág. 2910). A pesar de ello, no fué reformado el texto que se proponía para el art. 873 C. de c., el cual se refiere a una Ley especial, que era la contenida en el Proyecto de LASTRES, título II. (Cf. supra, nota 29.) Esta discordancia ha permitido allanar el camino para la publicación de la Ley de 26 de julio de 1922, en vista de que los problemas surgidos respecto a la reforma de la L. e. c. hacían imposible alcanzar las reformas procesales deseadas.

(38) Hagamos notar también para el supuesto del art. 876, pár. 2.º, i. f., C. de c., en relación con el art. 872, que el Proyecto de Cos-GAYÓN terminaba el primero de dichos preceptos diciendo «... o que ha faltado al convenio aprobado de suspensión de pagos», en vez de: «... o que no ha presentado...», etcétera, de la redacción que actualmente tiene, suprimiendo así la discordancia. (DSC, C, leg. 1891, d. núm. 183, ap. 2.º; aunque esta armonización fué olvidada posteriormente, cf. DSC, C, leg. 1893-1894, d. núm. 33, ap. 10.º, prevalece en definitiva, cf. DSC, C, leg. 1893-1894, d. núm. 55, ap. 4.º) Como no se han efectuado las necesarias reformas en el C. de c., se produce el problema que hemos señalado antes en el texto y nota 14.

Naturaleza jurídica de los minerales

¿Tienen o no la condición de frutos?

LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON

Ayudante de Derecho Civil

SUMARIO: I. La cuestión de la naturaleza jurídica de los minerales.—II. El concepto de frutos.—I. Teorías: *a*) Teoría orgánica. *b*) Teoría de la separación. *c*) Teoría económico-jurídica. *d*) Teoría de la conservación de la substancia.—2. Caracteres de los frutos: *a*) Accesoriedad. *b*) Periodicidad. *c*) Beneficio económico. *d*) Autonomía, *e*) Conservación de la substancia. Partes integrantes. *f*) Destino económico.—3. Concepto.—III. Soluciones doctrinales de la cuestión.—I. El mineral como parte integrante.—2. Distinción entre frutos y productos. El mineral como producto.—3. El mineral como fruto del fundo en que radica la mina.—4. El mineral como fruto de la mina: *a*) Minas y minerales; diferenciación. *b*) El mineral como beneficio económico de la mina. *c*) La conservación de la substancia de la mina. *d*) Destino económico de la mina.—IV. Discordancia de cualquier solución con nuestro Código Civil.—El artículo 477. Crítica.

Las presentes notas fueron redactadas hace más de dos años, cuando, con ocasión de un recurso de casación por infracción de ley, interpuesto contra sentencia de la Audiencia de Valladolid, en el que se denunciaba la violación del núm. 2.º del art. 1.501 del Código Civil (1), se le presentó a la Sala Primera del Tribunal Supremo oportunidad inmejorable para contestar en forma inequívoca la pregunta que les sirve de subtítulo.

La sentencia que resolvió el citado recurso de casación (2), sólo tangencialmente abordó el problema referido. El recurso fué desestimado por razones sin relación con aquél que hicieron innecesario entrar a estudiar el fondo de la cuestión. Sin embargo, en la referencia que a ella se hace en los últimos renglones del considerando tercero de la repetida sentencia, se establece como de pasada que «el producto de las minas que fueron objeto de la venta, por su naturaleza, en la que se basa la reiterada jurisprudencia de esta Sala, no puede considerarse fruto de las mismas».

(1) El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio en los tres casos siguientes: ... 2.º Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta.

(2) Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1950.

La afirmación que precede, desnuda de razonamiento y hecha incidentalmente, no puede por menos de provocar sorpresa. Parece significar que el problema es en extremo sencillo y se halla definitivamente resuelto.

Como, sin embargo, la realidad es muy otra, la debilidad de la solución jurisprudencial inducía a construir con mayor rigor y precisión, más razonadamente, la cuestión, cualquiera que fuese la solución a que se llegara. Tal fué la razón de este trabajo, que quedó entonces inédito.

Recientemente, el tema ha ganado actualidad e interés merced al brillante estudio de MARTÍN RÉTORTILLO (3). La actualidad que cobra el tema y la mayor pulcritud técnica de la dirección que en él se apunta, han aconsejado romper por segunda vez el fuego hacia el mismo objetivo, si bien ahora desde un punto de vista distinto. Si con ello gana fortaleza la posición que parece correcta, a modo de ayuda para hacerla más sólida, estas notas habrán cumplido su misión.

I. LA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MINERALES.

En su planteamiento es una de las más sencillas que jurídicamente pueden presentarse. Se trata de un simple problema de calificación, de encajar en un concepto jurídico una realidad del mundo exterior. Esquemáticamente se reduce a esta pregunta: ¿Tienen los minerales la condición jurídica de frutos de la mina o no?

Choca con la sencillez del planteamiento el constante desacuerdo de las soluciones: según unos, el mineral es parte integrante; según otros, fruto; según otros, producto pero no fruto. El debate tal vez sea debido a la imprecisión con que todos estos conceptos han sido contruídos. Como quiera que cada autor atribuye a los frutos caracteres distintos de los demás, es lógico que las soluciones del problema concreto sean distintas. Otra causa aún: de acuerdo todos en que los frutos han de obtenerse sin alteración de la substancia de la cosa, se discrepa en el significado y alcance que al requisito de la conservación de la substancia ha de darse. La discrepancia repercute en nuestro caso: según unos, la explotación de la mina destruye su substancia; para otros, no hay destrucción, sino a lo sumo agotamiento. Pero todo ello ha de ser examinado más despacio.

Como la solución del problema ha de estar en función del concepto de frutos y del de partes integrantes, será menester investigarlos con la mayor precisión posible. Después habrán de examinarse los caracteres jurídicos de las minas y los minerales. La conclusión de tan sencillo silogismo manará por sí sola.

(3) Los frutos de las minas, «Anuario de Derecho Civil», tomo V, fascículo 111, 1952.

II. EL CONCEPTO DE FRUTOS

El concepto de frutos, premisa indispensable para resolver el problema que hemos planteado, no ha sido objeto todavía de una escrupulosa elaboración, no ha sido definido con exactitud por los tratadistas, ni delimitado rigurosamente por la ley. Al querer englobar en un solo concepto todos los provechos o beneficios que de las diversas partes de un patrimonio se obtienen, se hace necesario agrupar realidades extrañamente distintas—productos de la tierra, crías de animales, intereses del capital—, cuya única nota común es precisamente la de constituir la renta de un patrimonio. En un sentido muy amplio puede afirmarse que es fruto todo lo que forma la renta de un patrimonio. Pero bien pronto se ve que un concepto de tal amplitud, lejos de darnos la claridad deseada, contribuye a envolver más la idea entre oscuras brumas.

Toda la dificultad para elaborar un concepto unitario de los frutos consiste en superar la dualidad frutos naturales - frutos civiles. Los primeros son productos materiales de determinadas cosas que forman por ello la renta que de la cosa se obtiene. Los segundos no son, desde luego, el producto natural de la cosa (4), sino el beneficio económico que de ella se obtiene al ceder su uso a otra persona (5) o el beneficio de un capital en dinero. Esta forzada conexión por un solo punto—el de ser renta—hace inseguro e impreciso el concepto de frutos. Para construir una doctrina de los frutos caben dos caminos: uno, renunciar al concepto unitario definiendo cada una de sus especies como realidades distintas; otro, intentar conseguir la unidad conceptual por encima de tan acusadas diferencias.

El primero ha sido seguido por nuestro Código civil, que no intenta dar un concepto general de los frutos, limitándose a disponer que pertenecen al propietario (art. 354), ni tampoco definir sus distintas especies. Frutos naturales son, nos dice, las producciones espontáneas de la tierra y las crías de los animales; industriales, los que producen los predios a beneficio del cultivo o del trabajo. Al tratar de los frutos civiles se contenta haciendo una enumeración descriptiva: alquileres de edificios... y otros análogos; y de modo tan fácil salva el obstáculo, sin duda arduo, de enseñarnos con precisión el concepto de frutos. Análoga a la de nuestro Código es la postura del Código civil francés. Más técnicos, pero tampoco precisos han sido los Códigos germánicos que, como el reciente Código italiano de 1942, no han conseguido superar la dualidad frutos naturales - frutos civiles, para llegar a un concepto general (6).

(4) Es perogrullesco decir que los por naturaleza edificios no producen alquileres, ni las tierras el precio de su arrendamiento.

(5) La tierra puede producir frutos naturales o frutos civiles cuando su disfrute es cedido a otro.

(6) El B. G. B. en su § 98 define los frutos como «los productos y de-

La inseguridad ha obligado a los tratadistas a construir el concepto sin base previa en que sentarlo, y así la doctrina se ha debatido entre las más opuestas teorías, cuyo examen habrá de ser el primer paso en la búsqueda deseada (7).

1. *Teorías*.—Las más importantes teorías que han pretendido formular un concepto general de los frutos, son cuatro:

a) *Teoría orgánica*.—Los frutos son los productos orgánicos que se separan de una cosa en virtud de una función natural; todo lo que la cosa produce y reproduce y, en general, todo lo que es resultado de una actividad biológica (8).

La teoría orgánica es el primer avance para la construcción de una doctrina de los frutos, hoy abandonado y superado, porque, si bien es cierto que los productos orgánicos son, por lo general, frutos, no lo es menos que, considerando fruto todo rendimiento patrimonial, existen otros muchos beneficios que carecen de carácter orgánico, prescindiendo incluso de los frutos civiles. Por otra parte no es admisible colocar como diferenciador de un concepto jurídico un criterio de las ciencias naturales.

La quiebra de la teoría orgánica obliga a WINDSCHEID a sostener un criterio orgánico ecléctico, según el cual considera frutos a los productos orgánicos, a todas las cosas que otra suministra como rédito y a los frutos civiles (9). WINDSCHEID ha superado ya en cierto modo el organicismo, pero no ha conseguido dar un concepto general de los frutos.

b) *Teoría de la separación*.—Según ella, en su primera formulación, son frutos las partes de una cosa que por su separación de la cosa principal adquieren independencia (10). Ya BONFANTE (11) advirtió que, si bien es cierto que los frutos adquieren independencia al separarse de la fuente de producción, lo es también que las partes constitutivas de una cosa obtienen al separarse de ella la misma autonomía (12). Por esta razón, el propio BONFANTE y HÖLDER (13) matizan más la definición de BRINZ, uniendo al elemento de la separación el del destino económico. Son frutos, las partes de una cosa que se separan de ella conforme a su destino econó-

más provechos que de una cosa se adquieren conforme a su destino». El Código civil suizo, como los productos periódicos y todo lo que el uso autoriza a obtener de una cosa conforme a su destino (art. 643). El Código italiano define de modo distinto los frutos naturales y los civiles.

(7) Seguimos en la exposición de las teorías y la sistemática de Mosco, *I frutti nel Diritto positivo*, Milán, 1947, págs. 5 y siguientes.

(8) HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht*, pág. 20. GÖPERT, *Über die organische Erzeugnisse*, pág. 12.

(9) WINDSCHEID, *Pandekten*, I, § 144. Además, PUCHTA, *Pandekten*, I, § 37, añadiendo el criterio del destino económico.

(10) BRINZ, *Pandekten*, I, § 145.

(11) BONFANTE, *Curso de derecho romano*, pág. 245.

(12) Los materiales de construcción o las piezas de una máquina se convierten en objetos autónomos de tráfico al derribarse la construcción o deshacerse la máquina, sin que por ello puedan ser considerados como frutos.

(13) HÖLDER, *Pandekten*, § 34.

mico, o al uso social, como dice BONFANTE; las partes destinadas a separarse de la cosa.

La teoría de la separación llega a su formulación más técnica y precisa en la obra de REICHEL (14). Frutos son los provechos que una cosa procura sin que por ello se produzca daño en su capacidad de servir a su destino económico. En tal definición no pueden incluirse los frutos civiles, para los que REICHEL se ve obligado a encontrar otra distinta: los productos pecuniarios obtenidos en virtud de una relación jurídica entre el titular del derecho de goce y un tercero.

A la posición de REICHEL se le ha señalado un mérito y una quiebra (15). Hunde en el olvido la teoría orgánica y matiza notablemente la de separación, sin apartarse de ella; pero no consigue llegar al concepto unitario y necesita escindir los frutos naturales de los civiles, atribuyendo a cada uno caracteres distintos.

c) *Teoría económico-jurídica*.—PETRAZYCKI (16), construyendo con auténtico rigor sistemático y fundándose en un criterio económico adecuado a las circunstancias del tiempo en que vive, ha logrado por primera vez un concepto unitario de los frutos. Los frutos no son, nos dice, entidades del mundo exterior, ni tienen cualidades objetivas que los hagan reconocibles como tales. La cualidad de frutos se determina por la relación de la persona con los bienes; se puede decir que algo constituye fruto cuando es la renta de una determinada persona, percibida sin disminución de la fuente de producción y destinada al consumo del titular.

PETRAZYCKI, liberando a la doctrina de tradicionales prejuicios, ha conseguido un resultado brillante: la unificación de los dos términos—frutos naturales y civiles—, escindidos desde el derecho romano, en una sola fórmula: es fruto la renta normal de un patrimonio. Sin embargo, introduce un elemento peligroso que tornará inseguro el concepto alcanzado: es fruto el rédito destinado a un fondo de consumición. Va a ser, en último término, la decisión del titular lo que califique como fruto a una cierta realidad. Con ello se pierde la esperanza de llegar a un concepto objetivo y general y se hace necesario sumergirse en el subjetivismo con toda la inseguridad que acarrea.

d) *Teoría de la conservación de la substancia*.—Entre los autores franceses ha encontrado gran aceptación la definición de los frutos como todo aquello que una cosa produce sin alteración de su substancia (17). Abandonando la teoría orgánica, la de separación

(14) REICHEL. *Der Begriff der Frucht in römischen Recht und in B. G. B.*, en el tomo 42 de los *Iherings Jarbücher für die Dogmatik*.

(15) MOSCO, loc. cit., pág. 9.

(16) *Die Lehre vom Einkommen*, Berlín 1893.

(17) DEMOGUE, *Code civil anoté*, T. I, pág. 726.—LAURENT, *Principes de droit civil française*, T. VII, pág. 197.—AUBRY-RAU, *Cours de droit civil*, T. II, § 1.292, pág. 289.—PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, T. III, núm. 255.—JOSSEMAN, *Cours de droit civil positif français*, T. I, número 1.045.—COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, T. I, núm. 702.

y el subjetivismo de PETRAZYCKI, fundan su concepto en una nota tan objetiva como es la conservación íntegra de la fuente de producción. Fruto es todo lo que de una cosa se obtiene sin alteración de su substancia.

Hay que señalar a esta teoría defectos indudables: sólo sirve la definición para los frutos naturades, no para los civiles; se olvida que el fruto es, esencialmente, un rendimiento patrimonial; que es, por último, el rendimiento normal, el que la cosa proporciona según su función natural o destino económico. El olvido del destino económico es cosa explicable y debida a una razón sistemática. La legislación francesa, cuyos comentaristas son los más importantes sostenedores de esta tesis, trata de los frutos en el título dedicado al derecho de accesión, al exponer los derechos del propietario, en cuyo lugar el límite del destino económico sería incongruente, pues el propietario goza de la cosa, sin otros límites que los que por razón de orden público o social le imponga la ley. Sin embargo, como en orden a su adquisición pueden originarse relaciones de disfrute distintas de la de propiedad, se hace preciso imponer el respeto al destino de la cosa como límite de la percepción de los frutos.

2. *Caracteres de los frutos.*—Para llegar a un concepto preciso de frutos, ningún camino mejor que examinar sus pretendidos caracteres y deslindar los que parecen aceptables de los que no lo son. Una vez realizada la delimitación, la definición—cristalización del concepto—se hará sola.

La doctrina científica ha atribuído a los frutos varios caracteres. A saber:

a) *Accesoriedad.*—Son muchos los tratadistas que examinan el concepto de frutos al clasificar las cosas y estudiar la distinción entre cosas principales y cosas accesorias, incluyéndolos entre las últimas. Cosas accesorias son, técnicamente, aquellas que se hallan unidas a otra por una función de servicio, de tal manera que siguen la suerte de la cosa principal—la correa del reloj, el marco del cuadro—. La cosa accesoría normalmente unida a la principal puede ser separada de ella sin que ninguna de las dos pierda su específica substantividad (18). En ello se distinguen de las partes integrantes que se hallan en una unión íntima y constitutiva con la cosa superior de tal manera que, si se separan, la cosa superior deja de existir: se destruye su sustancia.

No son los frutos cosas accesorias en sentido técnico porque no se hallan vinculadas a la cosa principal por una función de servicio. Al contrario, lo normal es que el fruto se separe, que esté destinado a separarse de la fuente de producción.

Pero si no en sentido técnico, en algún sentido puede hablarse de una cierta accesoriedad de los frutos. Son cosas que proceden de otra, que emanan de otra, que son producto de otra. De este

(18) Tras la separación, el reloj continúa siendo reloj, y la correa, correa, sin que ninguno de ellos pierda su substancia.

modo existe una accesoriad—en sentido no técnico, desde luego—entre lo producido y la fuente de producción. Los frutos naturales son siempre partes de la cosa matriz. Los frutos civiles son productos pecuniarios, un dinero nuevo que procede de la inversión dada al dinero productor.

Debe, en consecuencia, rechazarse que los frutos sean cosas accesorias, pero debe afirmarse que son cosas producidas o procedentes de otra.

b) *Periodicidad*.—Al afirmarse que los frutos son producciones periódicas, como con gran insistencia ha pretendido sobre todo la doctrina francesa, puede darse a la afirmación varios sentidos:

1.º Puede decirse con ello que los frutos han de obtenerse a intervalos de tiempo iguales y constantes, como ocurriría con un interés que se cobra mensualmente, con la cosecha que se obtiene cada año con la tala de un monte que se realiza anualmente o con la lana que se esquila cada primavera.

No es exacto en este sentido que los frutos sean producciones periódicas. Hay frutos que no se obtienen en intervalos constantes e iguales.

2.º Pero puede quererse decir que los frutos no se obtienen de una sola vez; que, una vez obtenidos los frutos, la cosa debe seguir produciendo según su naturaleza (19). Debe existir una cierta continuidad en la percepción de frutos. Los frutos han de ser el rendimiento habitual de la cosa. Hay varias percepciones y un espacio temporal entre ellas, aunque carezca de la rigidez de un intervalo. No hay inconveniente, en el sentido apuntado, de afirmar que los frutos se obtienen periódicamente.

c) *Beneficio económico*.—Como se ha apuntado ya en las líneas anteriores, los frutos son el rendimiento patrimonial, el beneficio económico que la cosa produce. Han de ser los frutos cosas provechosas susceptibles de proporcionar al titular del derecho de disfrute una ganancia. Por ello hay cosas que a pesar de ser producto periódico de otras y de separarse de ellas sin alteración de su sustancia, no son frutos, como acontece con las hojas que caen de los árboles o las flores que cultivo en el jardín por entretenimiento. Por no ser objetos de tráfico, no dan lugar a una ganancia económica y no pueden calificarse de frutos.

Fruto, en sentido jurídico, es todo lo que es renta en sentido económico: es el incremento patrimonial que se obtiene en forma habitual (20). Se excluyen sólo las ganancias extraordinarias y anormales que se obtienen de una sola vez (plusvalías, etc.).

d) *Autonomía jurídica*.—Los frutos son cosas que emanan o

(19) No es en este sentido fruto, ni el tesoro que se encuentra, ni, en general la ganancia obtenida de una sola vez (premio de la lotería, etc.).

(20) Hay, sin embargo, una diferencia entre renta y fruto. La renta se mide una vez descontado el gasto realizado para producirla. El fruto—material, únicamente, no el pecuniario—se cuenta sin restar los gastos. Ahora bien, como quiera que el titular del derecho de disfrute ha de pechar con ellos, resulta que recibe en definitiva la renta.

proceden de otra principal. Como objeto de accesión los consideramos nuestro Código civil unidos o formando parte de ella (arts. 354 y siguientes). Pero es lo cierto que una vez percibidos o devengados se separan, se movilizan, convirtiéndose en cosas muebles, en objetos específicos de derecho. Y, aunque antes de su movilización pueden ser objeto de tráfico distinto de su fuente de producción, como expectativas de cosa o cosas futuras, su suerte está normalmente emparejada a la cosa principal con la cual se enajenan y gravan.

e) *Conservación de la sustancia*.—Con persistencia y precisión ha señalado la doctrina que los frutos son cosas que otra produce sin alteración de su sustancia; afirmándose también que el titular de un derecho de disfrute distinto del propietario tiene obligación de conservar la sustancia de la cosa. La conservación de la sustancia tiene, pues, dos facetas: es un elemento del concepto de frutos; es una obligación de los titulares de derechos de disfrute que limita el goce que de la cosa pueden hacer.

Como límite del derecho de usufructo y obligación del usufructuario fué fijada ya en la famosa definición de PAULO (21). El significado y alcance de la cláusula *salva rerum substantia* ha sido objeto de vivas discusiones entre los romanistas (22). Quiere decir, según unos, que el disfrute sólo puede recaer sobre cosas susceptibles de ser utilizadas sin destruirse; según otros, que el disfrute se extingue con la pérdida de la cosa. Los autores modernos hablan de la obligación de conservar la sustancia, pero sin determinar con exactitud su contenido.

Puede señalarse a dicha obligación el siguiente contenido:

1.º La obligación de conservar la sustancia implica la de mantener la capacidad de rendimiento de la cosa (23). La cosa ha de seguir siendo apta para continuar produciendo. No sólo no se ha de impedir su natural función productiva, sino que se ha de procurar además que dé su habitual rendimiento. En definitiva, se concreta en el deber de diligencia exigido al usufructuario (art. 497 del Código civil) y al arrendatario (art. 1.555).

El deber de diligencia lleva aparejados algunos otros que forman su contenido o son consecuencia lógica de él: 1.º Realizar las reparaciones ordinarias, considerando como tales las necesarias para evitar o subsanar los deterioros procedentes de uso natural de la cosa. 2.º Custodiar y administrar como un buen padre de familia (24). 3.º Disfrutar de acuerdo con las reglas de una economía ordenada.

Los derechos de disfrute sobre cosa ajena suelen ser derechos

(21) *Usufructus est in alieni rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia*, Instituciones, Libro II, título IV.

(22) Véanse las opiniones en CASTÁN. *Derecho civil español*, II, pág. 434. Madrid, 1949.

(23) Llamada «potenza redditizia» en la doctrina italiana.

(24) Algunos autores—VENEZIAN, por ejemplo—han pretendido que este es el único deber que forma el contenido de la obligación de diligencia. La afirmación es, como se ve, inexacta.

temporales. No es de extrañar que el titular pretenda obtener de la cosa el máximo rendimiento, esquilmandola si es preciso. Tal sería el caso del usufructuario de un monte talar que lleva a cabo un número desmedido de cortas. En este caso su conducta choca con la prohibición estricta del artículo 485 del Código civil, pero en otros muchos no estará expresamente determinada en la ley. La obligación general de diligencia impide una explotación abusiva. El disfrute debe ser ordenado, siendo normalmente el uso del lugar quien señale el límite que una actuación no puede sobrepasar lícitamente. No se puede realizar una economía de disfrute excesivo. El titular ha de abstenerse de ella y gozar de la cosa como lo haría un buen padre de familia, obteniendo de ella el rendimiento habitual. Esta regla, que puede parecer intrascendente cuando los frutos son cosas que se reproducen, tiene notable importancia cuando el capital y su fruto se hallan en tan estrecha conexión que un disfrute excesivo puede dar lugar a una disminución extremada del valor de la cosa. En todo caso, el incumplimiento de tal obligación acarrearía la consiguiente responsabilidad y el deber de reparar el daño causado.

2.º Razonando desde otro punto de vista, parece indudable que la conservación de la substancia no puede consistir en mantener inalterable el valor económico de la cosa, porque ello supondría la imposibilidad del disfrute. Es condición de todas las cosas no sólo deteriorarse, sino perder valor y fuerza productiva como consecuencia de un disfrute más o menos largo. El animal, otrora fecundo, se tornará estéril; las tierras de cultivo, aun abonadas, perderán valor; los árboles frutales tienen vida limitada. Consecuencia de ello es que la producción de frutos no ha de ser perenne. No sólo disminuye el valor de la cosa, sino que llega un momento en que queda improductiva, agotada y el titular del derecho de disfrute se ve obligado, si quiere continuar obteniendo rendimiento, a emplear nuevo capital. Sin embargo, la improductividad nada tiene que ver con la destrucción de la sustancia. La cosa, vuelta improductiva, conserva su substancia. El animal o la tierra improductivos continúan siendo animal y tierra. No se han destruido. Se han vuelto improductivos.

3.º Es cierto, sin embargo, que el límite de percepción de los frutos constituido por la obligación de conservar la sustancia de la cosa implica la imposibilidad de separar aquellas partes de la cosa que forman la cosa misma, cuya separación provocaría su destrucción de su función natural y su desaparición como cosa. Las partes de una cosa cuya conexión física y económica constituye la cosa misma, de tal manera que no se pueden separar o disgregar porque se altera su sustancia, se denominan partes integrantes o constitutivas de la cosa (25).

Las partes integrantes tienen de común con los frutos que am-

(25) Si se separan las piezas de una máquina, la máquina deja de existir como tal máquina: se destruye su sustancia. No es, por ejemplo, fruto, sino parte integrante del capital una anualidad de amortización.

bos son partes de la cosa. La unión de las primeras a la cosa no es esencial; la de los segundos es íntima y constitutiva. Más aún: la función económico-social de los frutos es separarse de la cosa; la función de las partes integrantes es permanecer constitutivamente unidas a ella. Los frutos son cosas con función de separación; las partes integrantes son cosas con función de unión. Pero hablar de función de la cosa es hablar ya de destino económico.

En resumen: la conservación de la sustancia implica la de la capacidad de rendimiento de la cosa y la imposibilidad de separar las partes funcionalmente unidas a ella. No puede fijarse en el mantenimiento del valor de la cosa ni en la perennidad en la percepción de los frutos.

f) *Destino económico*.—Los frutos son las utilidades o beneficios que una cosa procura conforme a su destino económico. Como en la nota anterior, hay en ésta una doble vertiente: es, de un lado, un requisito de los frutos, y de otro, un límite de su percepción (la obtención de hacerse respetando el destino económico).

No hace referencia directa al destino económico nuestro Código civil, aunque alguna vez, como de pasada, lo mencione. Y así, el artículo 481 dispone que el usufructuario de cosas que se deterioran con el uso se servirá de ellas empleándolas conforme a su *destino*; y el artículo 1.555, en su párrafo tercero, obliga al arrendatario a «usar de la cosa como un diligente padre de familia *destinándola* al uso pactado y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa según la costumbre de la tierra».

La determinación del concepto del destino económico no es tan fácil como a simple vista pudiera parecer. La ley no lo define, dándolo como concepto conocido. Algo similar ocurre con la doctrina.

El destino económico de una cosa es el uso a que se la dedica, la finalidad que se le asigna dentro del patrimonio y, en fin, la forma como de ella se va a obtener un beneficio o una utilidad. El destino económico es la función de la cosa: aquello para lo que debe servir y de hecho sirve.

El destino económico, dentro de las posibilidades esenciales de la cosa, será fijado por el propietario sin más restricciones que las que dispongan los preceptos de tipo imperativo cuando esté en juego un interés general, como ocurriría si se obligase a cultivar y a realizar un determinado tipo de cultivo en una tierra, en interés de la economía nacional, en lugar de dedicarla a coto de caza.

Con esta excepción la determinación del destino económico es facultad del propietario, el cual podrá incluso variar el que la naturaleza de la cosa se desprenda, dedicándola a otro fin aunque no sea tan conveniente, siempre que de ello no se siga daño para nadie de acuerdo con el cardinal principio de derecho. Y el destino económico que el propietario señale a la cosa habrá de ser respetado por los demás titulares de derechos de disfrute que habrán de gozarla conforme a él. Habrán de aprovecharse de la cosa sin al-

terarla, lo cual no quiere decir que no se puedan hacer en la cosa mejoras o reparaciones. Si el propietario decidió dedicar su tierra al cultivo de cereales, los demás titulares del disfrute tendrán en principio que obtener de ella cereales.

No obstante lo dicho anteriormente, nada impide que el propietario pacte con el titular del derecho de disfrute, desglosado del dominio, un uso distinto, como dispone para el arrendamiento el ya citado artículo 1.555 del Código civil. Ya que siempre queda a salvo la soberanía del dueño. El destino económico depende, pues, de la voluntad del propietario o, en su caso, del acuerdo de los condóminos (artículo 397 del Código civil). Es, por tanto, un límite hasta cierto punto subjetivo. Sin embargo, la subjetividad desaparece cuando el propietario no ha señalado a la cosa un destino especial. En este caso se presume que es el que de su naturaleza se infiere, medido por la costumbre—patrón que es ya de tipo objetivo—. En este sentido el destino económico es la función que la cosa desempeña conforme a su peculiar naturaleza, aquello para lo que la cosa sirve, para lo que es comúnmente utilizada.

Normalmente coincidirán el uso o función que naturalmente la cosa tiene y la función a que ha sido dedicada por su dueño o por convenio de su dueño con el usuario. Una utilización distinta de la funcional es algo, en principio, arbitrario y anormal. Sin embargo, caso de discordar, habrá de respetarse el destino subjetivo por encima del funcional, pues no cabe olvidarse que por encima de éste las cosas tienen el destino más alto de servir al interés del hombre.

3. *Concepto*.—Los frutos pueden definirse, por tanto, como «las partes de una cosa que son el beneficio que de ella se obtiene conforme a su destino y que, al ser separadas de la cosa principal, conservándose su sustancia, adquieren autonomía jurídica». O más resumidamente: «el beneficio habitual que de una cosa se obtiene».

III. SOLUCIONES DOCTRINALES DE LA CUESTIÓN

La doctrina científica ha abordado directamente nuestro problema muy pocas veces, debido quizá a que carece de la generalidad de los temas doctrinales y se reduce a ser un problema práctico de calificación. Sin embargo, algunos autores, al examinar el concepto de frutos, incidentalmente o a modo de ejemplo, han aludido a él, solucionándolo casi siempre sin razonamientos.

Las soluciones a que se ha llegado son tres: el mineral como parte integrante, como producto y como fruto de la mina.

1. *El mineral como parte integrante de la mina*.—De una consideración superficial del problema surge una respuesta contundente: los productos de la mina no pueden ser frutos; son indudablemente partes integrantes de ella que a medida que se separan van

provocando la disminución del yacimiento y por último su extinción. A esta afirmación puede llegarse por distintos caminos:

a) Todos los sostenedores de una teoría orgánica de los frutos tienen que defenderla. Si sus frutos son cosas que nacen y renacen—*quidquid exre nasci et renasci*—el mineral no puede ser fruto. El yacimiento, tras un uso constante, todo lo largo que se quiera, acaba por agotarse, y ello porque las sustancias minerales sin vitalidad no son susceptibles de reproducción. Y, si acaso por un largo sedimento de sustancias vegetales muertas, a las cuales un proceso químico ha transformado, se produjera un nuevo yacimiento, éste no podría considerarse reproducción del anterior.

La teoría orgánica ha sido modernamente abandonada por completo. No es cierto que sólo sean frutos en sentido jurídico los productos orgánicos ni que la reproductividad sea elemento esencial de ellos.

b) Frutos son, se dice, los productos de una cosa que se obtienen sin destrucción, deterioro ni alteración de su sustancia. Cuando la separación provoca la destrucción y la sustancia no se conserva, lo así separado no puede llamarse fruto, sino parte integrante de la cosa. Aplicando esta idea al caso concreto se afirma que la extracción de mineral produce menoscabo y alteración en la mina, porque lo que se explota y separa es la sustancia misma de la mina. El mineral no es fruto, sino parte integrante de la mina.

La afirmación no es exacta. La conservación de la sustancia de la cosa lleva aparejada la de su capacidad de rendimiento mediante un goce diligente, ajustado a las reglas de una economía ordenada. La explotación de la mina no destruye su sustancia—la mina explotada y aun la agotada continúan siendo minas—. La conservación de la sustancia no supone el mantenimiento inalterable del valor de la cosa que haría imposible el disfrute, pues todas las cosas disminuyen de valor y se deprecian tras su uso y disfrute.

c) Recientemente VILLAR PALASÍ (26) ha opuesto contra la inclusión de los minerales entre los frutos una serie de razones que merecen atención y estudio detenido. Tales razones, aunque numerosas, derivan de un examen superficial del problema, debido tal vez a no ser éste objeto directo de su estudio; no son, por lo mismo, convincentes.

1.º Aun siendo frutos pendientes, los productos minerales pueden ser objeto de tráfico jurídico sin necesidad de apelar a la teoría de la «*mobilizzazione contrattuale dei frutti*», afirma.

Los frutos pendientes son partes de la cosa a la cual están unidos y como tal forman con ella un bien inmueble. No parece, pues, lógico que puedan ser objeto de tráfico separado del fundo. Sin embargo, la dificultad es obvia. Cuando los frutos pendientes son objeto de contrato—por ejemplo, venta de la cosecha futura—se supone que se movilizan contractualmente adquiriendo autonomía.

(26) «Naturaleza y regulación de la concesión minera», Revista de Administración pública, vol. I, núm. 1, 1950.

El mineral, mientras está unido al yacimiento, forma con él un todo de naturaleza inmueble. Cuando se quiera contratar sobre el mineral no extraído habrá que acudir al mismo recurso técnico que en el caso anterior para evitar la dificultad que supone contratar sobre cosas que aún no tienen autonomía jurídica.

2.º Los actos de cesión de los frutos minerales de la mina, asegura textualmente, no constituyen actos de administración, sino de disposición a todos los efectos legales.

Los actos de administración se caracterizan por referirse al aprovechamiento, explotación y conservación de la cosa y al empleo de las rentas. Son, además, de resultados transitorios. Tiene, pues, razón VILLAR al afirmar que un acto de cesión de frutos es un acto de administración. Lo que ya no parece tan claro es que la cesión de mineral sea acto de disposición en lugar de acto de administración. Ello supone prejuzgar la cuestión. Son actos de administración los que se refieren al empleo de los frutos, de las rentas. Primero habrá de calificarse la cosa como fruto y sólo después será exacta la calificación del acto. El camino contrario que sigue VILLAR es, por tanto, erróneo.

3.º La autonomía jurídica de las sustancias mineras—dice—no surge con el nacimiento o la apariencia (artículo 357 del Código civil), sino «ex separatione».

El artículo 357 del Código civil indica que únicamente se reputarán frutos naturales o industriales los manifiestos o nacidos, pero no que con el nacimiento o apariencia adquieran autonomía jurídica, pues todos los frutos adquieren autonomía al ser separados o alzados de la cosa principal y convertirlos en específicos objetos de derechos, no teniendo autonomía, como a reglón seguido ha reconocido el propio VILLAR, los frutos pendientes.

4.º La cuarta razón en pro de la denegación del carácter de frutos de los productos minerales es que los frutos pendientes no son bienes autónomos y, por tanto, no pueden ser objeto de derechos diversos de los que inciden sobre la cosa productora, mientras que las sustancias mineras son objeto normal de tráfico separado del fundo y *a fortiori* no pueden ser objeto de idéntico tráfico que el fundo.

Dos objeciones deben hacerse a esta afirmación. En primer lugar, sorprende la impropiedad de la palabra «fundo». Sabido es de todos que los ordenamientos jurídicos modernos separan el suelo del subsuelo, siendo ambos objetos distintos. La cosa de que proceden las sustancias mineras no es el fundo, sino la mina. Los minerales no son frutos, de serlo, del fundo, sino de la mina. Con esta salvedad es cierta la afirmación de que las sustancias mineras son objeto de tráfico separado del fundo, pero, pese a su exactitud, carece de valor como argumento de peso.

Si en lugar de «fundo» se habla de cosa principal, de mina, es cierto que los productos minerales son objeto de tráfico separado

de ella. como lo puede ser cualquier clase de frutos, no siendo en este sentido exacta la afirmación de que los frutos pendientes no pueden ser objeto de derechos diversos de los que inciden sobre la cosa productora. ¿Qué carácter tienen si no los actos de administración o la movilización contractual a que antes nos hemos referido?

5.º Accesorio, objeto de «accessio», dice, es todo lo que se puede separar de la cosa sin su perjuicio económico. Es decir, que las sustancias minerales no son partes accesorias al producir perjuicio económico su separación de la cosa.

La objeción quedó contestada al examinar el requisito de conservación de la sustancia. Hubimos de decir entonces que ésta implicaba una explotación de la cosa que no impidiera su capacidad de rendimiento—como no lo impide la explotación de una mina—, pero no la inalterabilidad del valor económico de la cosa, porque ello supondría la imposibilidad del disfrute, pues todas las cosas, al ser objeto de goce, disminuyen de valor, aunque esta disminución sea más notable en el caso de disfrute de una mina.

6.º En el supuesto de usufructo, cuyo objeto normal es el aprovechamiento de los frutos de la cosa usufructuada, objeto, se deniega *in genere* la utilización de los productos mineros (art. 476 del Código civil).

No es cierto que el artículo 476 del Código deniegue al usufructuario los productos mineros. Lo único que hace es separar el usufructo del suelo del subsuelo, afirmando que el usufructuario de aquél, por el sólo hecho de serlo, no tiene derecho a los productos de las minas. De todos modos, el artículo 476 deja al título constitutivo del usufructo la tarea de la determinación de los derechos del usufructuario; y le concede, en caso de usufructo universal, los productos de las minas denunciadas concedidas o que se hallen en laboreo al comenzar el usufructo. Donde más claro puede verse el criterio del legislador es en el artículo 477. En el usufructo legal no puede dejarse la determinación de la extensión del derecho a un título constitutivo, porque no existe, y es aquí donde la ley concede al usufructuario la mitad de las utilidades que resulten después de descontar los gastos que satisfará por mitad con el propietario. El criterio es sólo cuantitativo y, por lo mismo, ilógico. La concesión de las utilidades por mitad a usufructuario y propietario destruye, sin embargo, la afirmación de VILLAR PALASI respecto a la denegación *in genere*.

7.º El que el derecho a las sustancias mineras no surja de la propiedad, sino de concesión, título distinto y superponible al dominio, carece de importancia sobre la cuestión que nos proponemos resolver. La consideración subjetiva del titular del derecho y la naturaleza del derecho mismo nada tienen que ver con la consideración objetiva de la cosa. Además, sobre el derecho de concesión pueden construirse las mismas relaciones jurídicas privadas que sobre el de propiedad.

Además de todo lo expuesto, hay una razón más fuerte que no permite calificar a los minerales como partes integrantes de la cosa. Las partes integrantes están destinadas a permanecer unidas para mantener la individualidad de la cosa. Los frutos son cosas destinadas a ser separadas de ella. No es menester decir que los minerales no tienen por misión permanecer unidos a la mina, sino, al contrario, separarse de ella, porque son el beneficio normal que ella produce.

2. *La distinción entre frutos y productos. El mineral como producto.*—La doctrina francesa, y parte de la italiana, ha distinguido los frutos de los productos, no como cosas distintas, sino como cosas que se encuentran en la relación de especie a género. El producto es el género. El fruto, una de sus especies. Producto es todo beneficio que una cosa suministra. Fruto es un cierto beneficio cualificado por una característica especial. Esta nota diferencial de los frutos es distinta en los distintos autores.

a) Reproductividad. Los frutos son cosa que se reproducen regularmente. Producto es todo lo que de la cosa se obtiene, reproducíase o no. El mineral es, por tanto, producto, pero no fruto de la cosa. El concepto, anudado en una teoría orgánica de los frutos, es inexacto, como hemos visto ya.

b) Periodicidad. Los frutos son producciones periódicas. Toda ganancia que se obtiene con o sin periodicidad es producto (27). La distinción parece, a primera vista, exacta: hay beneficios periódicos y normales—frutos—y beneficios excepcionales (28); pero, aun admitiéndola, no se puede llegar a la conclusión de que el mineral no sea fruto, sino producto; al revés: porque el mineral se va obteniendo paulatinamente, espaciadamente, con periodicidad.

c) Conservación de la sustancia. Fruto es todo lo que se obtiene, sin alteración de la sustancia, de la cosa. Producto es todo beneficio patrimonial, aun el que excepcionalmente proporciona una cosa, destruyéndose (29). Como la extracción de un mineral, se dice, disminuye y altera la sustancia de la mina, el mineral es producto, pero no fruto. Hemos de repetir lo ya dicho. Aunque la distinción sea posible y haya, sin duda, beneficios que se obtienen con la destrucción de la cosa—el material de derribo de un edifi-

(27) RICCI, T. V, pág. 253 del *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, apunta esta distinción, pero reconoce que los productos de las minas ya abiertas por el propietario son, por destino económico, frutos.

Véase además HCC, *Commentaire du Code civil*, T. V, pág. 141.

(28) El tesoro, el premio de la lotería que son indudablemente productos o beneficios.

(29) DEMOLOMBE, *Cours du Code Napoléon*, T. IX, págs. 489 y siguientes. En este sentido sería producto el material de derribo de un edificio, por ejemplo.

También LLERENA, *Código civil argentino. Comentarios y concordancias*, comentario al art. 2.329, incluyendo expresamente los minerales entre los productos que no son frutos.

cio (30)—, sabemos ya que con la extracción de mineral no se daña la esencia de la mina, por lo cual no se puede, con esta razón, excluirlo del concepto de frutos.

d) La distinción carece, además de trascendencia práctica al no admitir nuestra legislación este concepto general de productos, aunque algún autor español haya creído otra cosa (31). TRAVIESAS mantiene que en el Código civil frutos y productos son cosas distintas:

1.º Porque define las clases de frutos bajo el epígrafe «del derecho de accesión respecto al producto de los bienes», admitiendo la existencia de productos que no son objeto de accesión y, por tanto, tampoco frutos.

2.º Porque según el artículo 1.632 del Código civil, el enfiteuta hace suyos los productos de la finca y de sus accesiones—entre las que se incluyen los frutos—, siendo frutos y productos cosas distintas.

El razonamiento es equivocado. El artículo 1.632 no entrega al enfiteuta los productos de la finca *y sus* accesiones, sino los productos de la finca *y de* sus accesiones—los productos de las accesiones—; es decir, de los aumentos que por edificación, plantación, avulsión, aluvión, etc., reciba la finca, que es distinto. El propio epígrafe que encabeza la sección en que se definen las distintas clases de frutos, comprueba que frutos y productos son para la ley conceptos sinónimos. «Derecho de accesión respecto al producto de los bienes.» Pertenece al propietario por derecho de accesión el producto de los bienes, es decir, los frutos naturales, industriales o civiles.

3. *El mineral como fruto del fundo en que radica la mina.*— El derecho romano, con rara unanimidad, consideró al mineral fruto del fundo en que la mina se halla. A esta solución se han adherido algunos tratadistas posteriores. Nuestro propio Código civil parece arrastrar todavía residuos de esta solución romana cuando en sus artículos 476 y 477 regula el usufructo de *predios en que existan minas*.

a) Sorprendente parece a primera vista que cuestión llamada a ser tan debatida como la nuestra, encuentre entre los juristas romanos, y aun entre los romanistas, solución, si no acorde, muy próxima a la unanimidad. La sorpresa ante este hecho es cosa del primer momento, y a poco que reflexionemos, daremos con sus causas. Todo depende de un distinto enfoque de la cuestión. La economía romana, excepto en el marco de la urbe, mercantil y traficante, es una economía fundamentalmente agraria. No es extraño que la cosa, el objeto de derechos, lo que modernamente se llama capital, sea el predio, el fundo, la tierra. Sobre

(30) Que no serán productos, sino partes integrantes, aunque al descomponerse la cosa puedan rendir un eventual beneficio.

(31) TRAVIESAS, *Ocupación, accesión y especificación*, «Rev. de Derecho Privado». T. VI, pág. 293.

la tierra, como capital, fija el jurista su atención. Llega el predio hasta el cielo y hasta lo profundo. Y al señor del suelo pertenecen, por derecho propio, el vuelo y el subsuelo. Y, naturalmente, las minas que, por lo mismo, son *pars fundi, portio agri*.

De otro lado, se considera fruto lo que en el fundo nace, lo que de él puede ser percibido, cosa accesoria y provechosa, cuya obtención no daña la sustancia de la cosa principal, que queda a salvo. Hay en las definiciones de los romanistas resabios de modernas tendencias, y, por ello, es de mayor seguridad acudir a las fuentes romanas. Y ésta es la idea que en ellas domina. Es fruto del fundo lo que en él nace y lo que de él puede ser percibido, dice ULPIANO (32).

Resulta, pues, lógico que siendo los minerales productos del fundo, cosas que de él se obtienen, se les incluya entre los frutos. Y tanto más cuanto que no se choca con la dificultad actual. Hoy puede negarse a los minerales la condición de frutos afirmando que con su extracción se altera y destruye la sustancia de la cosa. En derecho romano la cosa principal—el fundo—no pierde ni ve alterada su sustancia con la explotación de la mina ni incluso con su agotamiento. De ahí la unanimidad en considerar fruto al producto mineral (33). Y no dudan los jurisconsultos romanos en llevar el principio a sus últimas consecuencias. Podría parecer la admisión de la figura de un usufructo de minas contraria a la cláusula *salva rerum substantia* de la definición de PAULO. No obstante ello, y sin encajarlo en el molde del *quasiusufructo*, admiten que el usufructuario tiene derecho a explotar las minas que abrió el padre de familia (34), porque, como hemos dicho, no choca con el *salva rerum substantia*, de PAULO. La sustancia de la cosa, del suelo, queda a salvo, aunque se explote el subsuelo, siempre que la explotación se haga respetando aquél y no se produzcan daños que puedan mermar su capacidad agrícola.

Pero es que hay más aún. Reconoce el propio ULPIANO que si después de legarse el usufructo es descubierta una mina, como se ha legado el usufructo de todo el fundo y no el de una parte, debe entenderse contenida en el legado (35), admitiéndose en otro lugar que el usufructuario tendrá derecho a abrir nuevas minas, siempre que no perjudique a la agricultura (36).

b) La misma línea de pensamiento sigue el proyecto de Código civil español de 1851 y su autor GARCÍA GÓYENA. Basándose

(32) ULPIANO, Dig. 7, 1, 9, 2. *Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est.*

(33) PAULO, Dig. 50, 16, 77. *Frugem pro redivo appellari non solum quod frumentis aut leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretofodinii lapidiciniis capitur.*

(34) Dig. 7, 1, 13.

(35) En Dig. 7, 1, 9, 2. *Sed si haec metalla post usufructum legatum sint inventa, quum totius agri relinquatur usufructus, nos partium, contineantur legato.*

(36) El citado párrafo de la Ley 13, tit. I del libro 7.

en la posición individualista, romana y liberal, que concibe la propiedad como el más absoluto de todos los derechos, concede al dueño del suelo, el subsuelo. El mineral es fruto del fundo. «Corresponden al usufructuario los productos de las minas y canteras que se hallen denunciadas y en estado de laboreo al tiempo de comenzar el usufructo» (art. 441). Se da, pues, por supuesto, que los productos de las minas o canteras son frutos. Sin embargo, al contrario que en derecho romano, «de modo más previsor y razonable», se dice (37), se niega al usufructuario la facultad de abrir nuevas minas. Y ello porque el usufructuario no podrá beneficiarse sin alteración del suelo y tal vez con gastos que no podrá soportar el propietario. Y, además, porque el usufructuario debe restituir la cosa en el mismo estado que la encontró.

Como se ve, de unas premisas distintas de las actuales, acomodadas a la situación económica de la época, el derecho romano y los autores que siguen su orientación extraen unas conclusiones correctas. Pero el enfoque de la cuestión es distinto al de hoy, lo apuntábamos ya. Consideran cosa principal—capital—al fundo y fruto del fundo al mineral. Hoy la cosa no es el fundo. Existe una separación tajante, al menos en el terreno teórico, entre suelo y subsuelo. La cosa es ahora la mina. Y el problema se plantea así: ¿produce frutos la mina? O mejor: ¿el mineral es fruto de la mina?

Por ello, mal que nos pese, de nada sirve la construcción del derecho romano. Y toda solución que en él quiera fundamentarse (38) tendrá un vicio de origen.

Perfecta, pues, pero inservible la concepción romana. La dificultad que a ellos no se presenta, plantéase ahora con toda su agudeza. ¿Se conserva con la explotación la sustancia de la mina?

El problema queda sin resolver.

4. *El mineral como fruto de la mina.*—Rechazadas todas las soluciones anteriormente expuestas, parece obligado concluir atribuyendo a los minerales el carácter de frutos de la mina. Refuerza esta conclusión el hecho significativo de que los minerales reúnan todos los requisitos que jurídicamente se exigen a los frutos. Veámoslo.

a) *Minas y minerales; diferenciación.*—No es cierto, aunque a primera vista lo parezca, que la mina y el mineral sean esencialmente la misma cosa; que sea el conjunto mineral lo que forma la mina. Jurídicamente—y económicamente también—, minas y minerales son cosas distintas. La diferenciación entre minas y minerales corresponde a la que existe entre un capital y la renta de ese capital. Es cierto, en principio, que la mina es un yacimen-

(37) G. GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, pág. 390. Edición 1852.

(38) Como ha pretendido, entre nosotros, VICENTE AMAT en *Usufructo de minas*, T. XXX de la Enciclopedia Jurídica Española, que llega a afirmar que el producto mineral es fruto, admitiendo como bueno el concepto romano.

to subterráneo en capas o estratos de sustancias inorgánicas o animales o vegetales que han perdido vitalidad, a las cuales un proceso químico y un sedimento de años ha transformado y conferido unas cualidades que hacen útil su aprovechamiento industrial. Sin embargo, no les ha faltado razón a SÁNCHEZ ROMÁN y a DE DIEGO cuando han afirmado que el capital no se reduce al yacimiento, sino que en él van incluidos los pozos y galerías abiertos y todo el material puesto en juego, que hace posible una explotación industrial. Extremando aún más esta observación, puede llegarse a la conclusión razonable de que la mina es la instalación o explotación económica del subsuelo; que la mina no es una cosa simple—con una simplicidad relativa, desde luego—como el yacimiento, sino una cosa compleja que abarca toda la riqueza patrimonial—capital—, puesta en marcha para obtener un rendimiento, y que desde este ángulo deja de parecerse a las cosas para aproximarse a las empresas; debiendo emparejarse, desde luego, con cualquier suerte de explotación económica: una granja agrícola, un establecimiento fabril, etc.

El mineral que se extrae es el beneficio que la explotación obtiene. Es, desde luego, una parte de la cosa, como puede ser parte de una tierra de labor el cereal que en ella se cultiva y que de ella se siega. Capital y frutos estarán en nuestro caso en más estrecha conexión, porque, una vez extraído el fruto, no será posible reponerlo, pero ello no oscurecerá su esencial carácter de fruto.

b) *La autonomía jurídica del mineral.*—El mineral, como toda especie de frutos, al ser separado de la fuente de producción adquiere autonomía jurídica y se convierte en objeto independiente de derecho. Se moviliza. Se hace cosa mueble. Y pasa a ser objeto de tráfico distinto del que pueda recaer sobre la cosa principal. Así se deduce del número 8 del artículo 334 del Código civil: «Son bienes inmuebles las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanezca unida al yacimiento.» Pese a su deficiente construcción gramatical—las minas seguirán siendo inmuebles una vez separada su materia—, se deduce, *a contrario sensu*, que, separado, el mineral se moviliza, adquiere autonomía.

c) *El mineral como beneficio económico de la mina.*—El mineral es el principal rendimiento de la instalación minera. No quiere ello decir que sea la única ganancia (39) ni que constituya la renta auténtica de la explotación (40). Y así lo ha reconocido, incluso la jurisprudencia al admitir la posibilidad de un arrendamiento de minas (41), que sería contraria a la consideración del mineral, como parte sustancial de la cosa, a que ha propendido la propia jurisprudencia, porque sólo se arriendan las cosas suscep-

(39) Habría que añadir las que se obtienen especulando al vender el mineral.

(40) Para ello habría que deducir los gastos realizados para obtenerla.

(41) Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre 1915, 3 noviembre 1911, 19 mayo 1910.

tibles de uso y de goce, y sólo se gozan las cosas fructíferas. El arrendamiento de una mina es, en realidad, el de un negocio industrial. El arrendatario, a cambio de la merced, explota la cosa y hace suyos los beneficios: el mineral.

d) *La conservación de la sustancia de la mina.*—La explotación económica de la mina no la daña, destruye ni deteriora. La extracción de mineral no altera su sustancia. La deja apta para seguir produciendo. No perjudica su capacidad de rendimiento. Incluso cuando la mina se agota, su sustancia se mantiene. Sigue siendo mina. Importa, sin embargo, que el disfrute se haga conforme a las reglas de una economía ordenada y con la diligencia de un buen padre de familia para evitar cualquier eventual peligro de expoliación, mucho más probable en éste que en cualquier otro caso de disfrute. Las reglas a que el disfrute habrá de adaptarse serán, en primer lugar, las pactadas y, en su defecto, las normales o usuales en tal clase de explotación. Su incumplimiento producirá la consiguiente responsabilidad. Pero no puede decirse que se destruya la sustancia de la mina.

e) *Destino económico de la mina.*—La función natural del mineral es ser extraído de la mina, y el destino de la mina es producir mineral. El mineral es algo, por naturaleza, destinado a ser separado de la mina. De ser parte integrante de ella tendría una función constitutiva, de unión a la cosa, y su destino consistiría en permanecer integrado en ella para mantener su sustancia, lo cual es absurdo. El mineral se obtiene, pues, conforme al destino económico de la cosa.

El mineral es parte de la cosa principal que de ella se separa, ganando autonomía; es el beneficio económico que de ella se obtiene, explotándola conforme a su destino; la separación no altera la sustancia de la mina. Es, por tanto, fruto.

IV. DISCORDANCIA DE CUALQUIER SOLUCIÓN CON NUESTRO CÓDIGO CIVIL.

El artículo 477.—Usufructo legal de minas.—Crítica.—Final. Era tarea nuestra no sólo examinar el problema y obtener de él la conclusión más lógica y racional, sino también hañar la solución más acorde con nuestra legislación civil; por decirlo así, el principio general escondido en toda ella, el principio general que la informa y que sólo asoma cuando atribuye determinados efectos jurídicos a una figura jurídica en relación con tal principio—usufructo, arrendamiento, enfiteusis, anticresis, etc.—. Con desaliento nos vemos obligados a confesar que esta última parte de nuestra tarea no ha podido ser cumplida. Y no por no haber puesto empeño en ello, sino porque el Código civil está en desacuerdo con cualquier posible solución. La regulación del usufructo de minas—en particular la del usufructo legal—debía ser la fuente por don-

de manara luminoso el criterio del legislador. Y, sin embargo, tal regulación es vacilante, construída sin técnica, ilógica. No responde a un principio claro y definido y por ello ante el art. 477 ha de chocar cualquier pretendida solución a nuestro problema, como en seguida veremos. Debía haber sido la regulación del usufructo legal de minas el lugar más adecuado donde auscultar y de donde extraer el criterio del legislador respecto al problema de la naturaleza jurídica de los minerales. Y, sin embargo, cualquier solución que a la cuestión se intente dar, choca con dicha regulación.

Según el artículo 477 del Código civil, «en el usufructo legal podrá el usufructuario explotar las minas denunciadas, concedidas o en laboreo, existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades que resulten después de rebajar los gastos, que satisfará por mitad con el propietario».

Es de notar, en primer lugar, una inexactitud. Se afirma que el usufructuario de un predio puede explotar las minas en él existentes. Pero los derechos que recaen sobre el predio son distintos de los que inciden sobre la mina, sobre el subsuelo. El predio puede ser objeto de propiedad privada. Las minas, de dominio eminente de la Nación, son objeto de concesión y, aunque sobre esta concesión puedan crearse las mismas relaciones jurídico-privadas—de derechos reales, contractuales, etc.—, no puede hablarse de usufructo de predios en que existen minas, sino de usufructo de minas.

Sigue nuestro Código civil un criterio cuantitativo y, como tal, ilógico al delimitar los derechos del usufructuario. Entrega la mitad de las utilidades al propietario y la mitad al usufructuario. Tal disposición no responde a un concepto técnico. Si los productos de las minas tienen la consideración jurídica de frutos, deberán ser percibidos por el usufructuario en su totalidad, por aplicación del artículo 471 del Código. Si carecen de tal carácter y se incluyen entre las partes sustanciales de la cosa, no tendrá a ellos derecho el usufructuario, a no ser que excepcionalmente se le entreguen por aplicación del último párrafo del artículo 469 que admite la derogación del principio «salva rerum substantia» por disposición del título de constitución del usufructo o de la Ley. Lo que no puede tener fundamento técnico es el criterio cuantitativo del Código.

La regulación del artículo 477 es vacilante, aunque innegablemente bien intencionada y explicable. El legislador encuentra de un lado la jurisprudencia anterior, que ha sentado como doctrina que el usufructo de minas no consiste en la percepción de sus productos, sino de las utilidades que, por las transformaciones industriales o mercantiles a que se les destine, produzcan los minerales extraídos—doctrina que encuentra insoluble dificultades—, y de otro, el hecho de que la admisión llana del derecho del usufructuario a todos los productos mineros entraña un evidente peligro de expoliación, como la realidad práctica ha demostrado repetidas veces. Ante estas dos fuerzas opuestas, el Código civil adopta una posición intermedia, ecléctica, cuantitativa.

Para evitar el peligro de expoliación—que urgente y agudo se le presentó al Tribunal Supremo antes de que la codificación se lleve a cabo—de los derechos del nudo propietario por un disfrute excesivo y desordenado del usufructuario, no es necesario acudir a la solución del Código. Partiendo ya de la idea de que los minerales son frutos, su percepción por el usufructuario no puede tener otros límites que los de cualquier clase de fruto: el respeto del destino económico y la obligación de conservación de la sustancia, que implica la conservación de la capacidad de rendimiento y un deber de diligencia concretado en el de realizar las reparaciones ordinarias, en el de custodiar y ajustar el disfrute a las reglas económicas pactadas o a las que se infieran, en defecto de pacto, de la costumbre del lugar. De este modo se obvia todo eventual peligro. El incumplimiento de tal deber acarrea la lógica responsabilidad del que disfrutó excesivamente.

Nada más. Estas notas han de cerrarse con una afirmación categórica. Los productos que se extraen de las minas tienen la consideración jurídica de frutos y deben incluirse entre ellos como expresamente lo hace el nuevo Código civil italiano de 1942. Los efectos jurídicos de semejante calificación no son para indicados en este lugar, pero sí fácilmente comprensibles. En cuanto al supuesto de usufructo de minas, al que más directamente afecta esta conclusión, desde un punto de vista de *lege lata* su regulación es terminante, aunque se deba propender a modificarla en el sentido más arriba indicado.

El Derecho Agrario de España Notas para su estudio (*)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Propósito de esta comunicación.—II. Significado actual del Derecho agrario.—1. Sobre la novedad del Derecho agrario.—2. El Derecho agrario y la institución.—3. El Derecho agrario y la empresa agrícola.—4. Tradición y costumbre.—5. La Agricultura y la Administración.—6. Los distintos grupos de normas del Derecho agrario.—7. Significado del nuevo Derecho agrario.—III. La relación jurídica agraria.—1. Los sujetos de la relación. El cultivador. La familia campesina. Las personas jurídicas.—2. Objeto de la relación jurídica agraria.—3. Carácter de la relación jurídica agraria.—IV. Las normas positivas del Derecho agrario español.

I. PROPÓSITO DE ESTA COMUNICACIÓN

Objeto inmediato de esta comunicación ha de ser el narrar con la máxima fidelidad posible la regulación jurídica del campo cultivable en España. Mas, para ello, no bastará con enumerar leyes y disposiciones y reseñar su alcance y características, pues se ofrecerá así una imagen inexacta por incompleta, un esqueleto descarnado, sin sangre, sin nervios y sin vida ni porvenir. La realidad jurídica, en su verdad redonda, no es sólo este presente concreto y fugaz de lo legislado, que con la promulgación se hizo ya ayer, es también el pretérito que hoy pervive y el futuro ya iniciado, preñado de los gérmenes del mañana. Pasado que no es arqueología y mera erudición, y futuro que no será el de la soñada aspiración o el programa. Por estas razones se describirán las normas vigentes y, conforme a la doctrina y la jurisprudencia, se clasificarán y ordenarán, hasta destacar el núcleo central

(*) Este trabajo se redactó para el Congreso Internacional de Derecho Agrario, Florencia, 1954, por amable e insistente requerimiento del Profesor Bolla. Origen que explicará su tono informativo y nada crítico respecto a nuestra legislación; bien necesitada, dicho sea de paso, de una honda revisión de fondo y de técnica. Terminada esta comunicación en junio de 1953 (enviándose a Florencia), no se han tenido en cuenta las disposiciones posteriores a tal fecha.

del peculiar o genuino Derecho agrario moderno, del Derecho agrario en su actual devenir. A este fin, habrán de subrayarse sus principios y sus propios conceptos técnicos, en las disposiciones de carácter transitorio y ocasional y en las que ya pertenecen al Derecho agrario en sentido estricto.

Es materia de otras comunicaciones la Historia y el significado constitucional del Derecho agrario; ello permite centrar esta comunicación, en su porción de Derecho privado, lo que servirá para presentar en su mayor pureza el sistema esbozable como normal del Derecho agrario, al separar de él—en lo posible—las reglas transitorias u ocasionales de intervención administrativa.

II. SIGNIFICADO ACTUAL DEL DERECHO AGRARIO

Una comunicación como esta no es lugar apropiado para tratar a fondo la cuestión del concepto y autonomía del Derecho agrario; pero es imposible soslayarla, y hasta sería desleal darla por contestada; lo que cabe hacer es limitarse a aquellos de sus aspectos imprescindibles para que se advierta el porqué del enfoque aquí dado al estudio de la legislación agraria (*).

1. Sobre la novedad del Derecho agrario.

En los dos últimos siglos, el Derecho se ha ido dividiendo en ramas, y, en la general tendencia a la especialización, el Derecho agrario ha sido uno de los últimos entre las que aspirara a la autonomía; lo que no es extraño, pues hasta hace poco lo agrario carecía de una propia regulación. Es este fenómeno el que llama la atención y el que ya advierte de la singularidad del Derecho agrario. El campo, que de siempre fuera materia de especial y cuidada ordenación jurídica y cuya esencial problemática es tan antigua (1), queda olvidado en la legislación renovadora del siglo XIX. La causa parece estar en el acento fuertemente político que ha gravitado y aún pesa sobre el Derecho agrario.

En Roma, las leyes agrarias, la intervención censoria sobre el cultivo, en fin, la real y completa regulación de la tierra queda fuera del *ius civile*, o al menos no fué recogida en el *Corpus* justiniano. En la misma Roma imperial y, más aún, en la Edad Media se unen estrechamente el aspecto privado de la propiedad y el público del señoría jurisdiccional; hombres y tierras se vinculan en una apretada y abigarrada malla de obligaciones y privilegios, que ligan y religan a señores, vasallos y siervos. La estructura feudal y el régimen nobiliario estarán directamente basados en la regulación de la tierra.

(*) En cuanto diferente al dado por la mayor parte de la doctrina, compárese, F. CERRILLO, L. MENDIETA, *Derecho Agrario*, 1952, especialmente páginas 13 sig. y 59 sig.

(1) A diferencia de otras pretendidas ramas autónomas: Derecho industrial, de la economía, registral, aeronáutico, de la cinematografía.

Los letrados se educaban en la ciencia romanista; el Derecho era para ellos el del *Corpus iuris*, y sentían—como hoy pensamos—que la finalidad del Derecho civil está en la «aequabilitas conservatio» (según la fórmula ciceroniana). El Derecho de los campos, por el contrario, quedaba regulado por las costumbres, basadas en la desigualdad y en los privilegios; resultaba así bárbaro y monstruoso, contrario y condenado por la *ratio iuris*. Clima reprobatorio de las anomalías de la regulación campesina, que se espesará aún más en el siglo XVIII, con el predominio de las ideas yustanaturalistas de libertad e igualdad.

La revolución francesa es decisiva para la suerte del Derecho agrario. Con ella triunfan, y por ella se imponen en toda Europa, las ideas romanistas y yustanaturalistas, pero de tal modo y con tal energía, que su resultado será que el Derecho civil moderno haya vivido casi totalmente de espaldas a la realidad campesina.

El *Code rural*, de 1791, comienza diciendo: «Le territoire de France, dans tout son étendu, est libre comme les personnes que l'habitent.» Liberación que significa manumisión de siervos, extinción de prestaciones feudales y señoriales, prohibición de vinculaciones y limitaciones del dominio, libertad para cultivar las tierras. Disposiciones de Derecho público beneficiosas, que libran a las tierras del peso muerto de unas cargas y trabas, que ya habrían perdido su justificación social, y que eran nocivas para la economía nacional y el bien común (1 bis). En este aspecto se realizó una labor eficaz. En cambio, no sólo no se organiza, sino que se acufian los prejuicios que impedirán el que se establezca una nueva y apropiada regulación agraria.

La condena en masa, como feudal, de la regulación jurídica del viejo régimen sobre las tierras hizo que se extendieran automáticamente al campo las disposiciones del Derecho común, creadas para el tráfico de bienes en la ciudad. La propiedad, sin distinción, se califica de «droit inviolable et sacré» (art. 17, *Déclaration des droits de l'homme*); y el Código napoleónico, consecuentemente, somete todos los bienes a un régimen uniforme. La codificación hace visible y estable la victoria de la concepción burguesa y urbana. Labrador, finca rústica, deber de cultivo son conceptos de mínima importancia jurídica. Hay propietarios y hay cosas; unos y otros se miden conforme a una denominación común, por lo que «valen», por su valor en dinero (2).

(1 bis) Conviene recordar el significado político que en el antiguo régimen tenía el de las tierras. Todavía Lord Braxfield dirá: «El Gobierno es en cualquier país como una sociedad anónima y en este país la constituyen las inversiones en tierras; sólo ellas tienen derecho de voto. Pues sobre la chusma que sólo tiene bienes muebles, ¿qué poder tiene la nación? Pueden echarse sus cosas al hombro y desaparecer del país en un cerrar y abrir de ojos» (cita de STEVENSON, *Some portraits by Raeburn*, pág. 123).

(2) Se ha dicho que «el Derecho civil ha sido un Derecho eminentemente agrícola», poniendo como ejemplo a nuestro Código civil (HERNÁNDEZ GIL: *El concepto del Derecho civil*, 1943, pág. 152); pero parece que es por no

De este modo, la regulación del campo deja de ser la de un Derecho excéntrico; pero ahora será para perder su individualidad. De hecho, se ciegan todos los caminos que pudieran llevar a la admisión de un verdadero Derecho agrario. Al redactarse la definición de la propiedad, los miembros del Consejo de Estado francés entendieron que la propiedad quedaba subordinada a los «*réglements de police*», a las disposiciones del Gobierno, que, conforme a la Constitución, tiene el derecho de hacer reglamentos (3). Es decir, que frente a la autonomía de la voluntad no había otra consideración posible que la del arbitrio administrativo: no quedaba así hueco para el Derecho agrario. Además, cualquier intento diferenciador basado en la justicia social había sido condenado terminante y terriblemente desde el Decreto de 18 de marzo de 1793: «*La Convention nationale décrète la peine de mort contre quiconque proposera une loi agrarie ou toute autre subversive des propriétés territoriales, commerciales et industrielles.*»

La urbanización jurídica del campo tiene resultados, unos queridos y otros inesperados, que mostrarán lo inadecuado y antinatural del sistema. La regulación de las sucesiones permite (con la libertad de testar) e impone (con las legítimas) (4) la ilimitada división de las fincas, que llega a hacer antieconómica su explotación (5). La indiferenciación de los bienes hace posible sustraer el campo a su finalidad primaria del cultivo y convertirlo en medio de inversión de capitales, instrumento de poder social del capitalismo y hasta en objeto suntuario (coto de caza, dehesas para toros de lidia). En fin, la organización del Registro de la Propiedad lleva a que se fomente la llamada «*mobilización de la propiedad*» (6): la tierra interesa como garantía de los créditos, como cobertura firme para los negocios de los prestamistas; las normas y la doctrina se ponen al servicio de la seguridad ju-

atenderse al especial significado del Derecho agrario; el Código es un Código ciudadano.

(3) Sesión de 20 vendimiario del año 12, III, pág. 92.

(4) ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*. A. A. M. N. 1 (1945), pág. 335 y ss., advierte del peligro de las legítimas, pero no del hoy ya tan peligroso (pérdida progresiva de vigor de los usos) de la libertad de testar.

(5) «No es injusto afirmar que a los redactores de nuestro Código civil no les preocuparon demasiado las particularidades de la Agricultura, ya que no tuvieron en cuenta la organización económica de la explotación agraria, ni para ellos hubo agricultores, sino individuos, ni haciendas o empresas agrarias, sino fundos o pedazos de terrenos. Les faltó, pues, la previsión de lo que en el futuro habría de ocurrir, y no trataron de evitar que las fincas, al pasar de mano en mano o adjudicarse a los herederos, en trance de muerte, viniesen a despedazarse, tarde o temprano, a impulsos de un individualismo pscendo-sentimental, atomizante y disgregador.» *Discurso* de CAVESTANY, en Cortes, 18 diciembre 1952, defendiendo el Proyecto de ley sobre concentración parcelaria, pág. 13.

(6) CASSO ROMANO: *Bases para la movilización de la propiedad inmueble, 1929, Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, cuarta ed., 1951, página 15, y allí citados, págs. 781-804.

rídica, de quienes sepan manejar el mecanismo del Registro, y parece que nada importa ya la suerte de quienes efectivamente cultivan la tierra (7).

La lentitud de los fenómenos sociales en la época pasada, la rémora del conservadurismo campesino respecto a las novedades y el optimismo económico originado por la revolución industrial hacen que durante más de un siglo no se advierta lo inadecuado de la regulación agraria. Algunos juristas muy alertas vislumbran desde 1918 los resultados dañidos de la legislación civil, codificada respecto a la economía agraria. En 1930 son ya patentes para muchos, y en vísperas de la última gran crisis se resumen las consecuencias dañosas de «la liberación de la tierra» en estas tres expresivas frases: «atomización de la tierra, endeudamiento de la tierra y egoísmo de la tierra» (8). Observación cierta, pero a la que hay que agregarle una corrección, la de que la falta originaria de «la liberación» fué la de que no produjo liberación general ni verdadera. Napoleón ponderó el Código civil como máquina de pulverizar la propiedad, útil para acabar con el poder económico social de las antiguas y poderosas familias que pudieran hacer sombra al soberano. Su cálculo falló; pues el mecanismo del Derecho de sucesiones funcionó, destrozando la pequeña y la media propiedad, la de las familias ricas en hijos, mientras que no afecta casi a los latifundios de la clase más alta, de tan pocos hijos, que sus riquezas, en vez de subdividirse, tienden a concentrarse siempre aun en menos manos (9). De modo que la desigualdad social en el campo se va agudizando de modo progresivo, y con tal gravedad, que el sentir general de los pueblos considera exigencia urgente de la justicia la reforma agraria.

El recuerdo de estos conocidos datos servirá para precisar cuál sea la novedad del Derecho agrario. No es nueva, ciertamente, la idea de que el campo ha de tener su propia regulación jurídica; mas pasó inadvertida para los civilistas, ocultada por la preponderancia que en el «antiguo régimen» tuviera el aspecto político; fué ya voluntariamente desconocida por la reacción igualitaria expresada en los Códigos, y, en fin, será contradiada y combatida por la doctrina conforme a la dirección llamada (con evidente imprecisión) pandectista o mercantilizadora. Lo nuevo es el descubrimiento o reconocimiento por la doctrina de que el

(7) Como se pretendió por la Ley de 21 de abril de 1909, artículo 15 (artículo 41, L. H.); los intentos de despojo en masa mediante el instrumento de la posesión tabular originaron tal reacción popular campesina, que hicieron necesaria la reforma del R. D. de 13 de junio de 1927. Todavía se afirma la posibilidad de una usucapión tabular sin posesión real.

(8) HEDEMANN: *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, II, 1, 1930, pág. 81.

(9) Lo que explica que en la Ley de 9 de septiembre de 1932 se consideren especialmente las tierras que constituyeron antiguos señoríos jurisdiccionales (B. 2.ª y 8.ª), y se hubieran transmitido a sus actuales dueños por herencia, legado o donación (B. 5.ª, 6.ª) y los bienes rústicos de la grandeza de España (B. 5.ª, 13, B. 8.ª) y ello a pesar de las leyes desvinculadoras.

campo requiere una regulación especial o apropiada a su peculiar naturaleza.

El renovado interés que hoy se advierte por el Derecho agrario es debido a dos causas, coincidentes, pero de distinto carácter: el abandono de la concepción abstracta del Derecho privado y los movimientos favorables a la reforma agraria. Importa no confundirlas, pues se corre el peligro de considerar sólo el aspecto político de la reforma y descuidar la regulación normal del campo que ha de seguirle. Esta es la tarea verdaderamente nueva y actual de la ciencia del Derecho agrario: contribuir a la preparación y consolidación de una regulación jurídica del campo que sea adecuada a la realidad agraria—social y económica—del mundo moderno.

2. *El Derecho agrario y la institución.*

Las normas nuevas sobre Derecho agrario revelan, ciertamente, un espíritu distinto que el de las del antiguo Derecho codificado; por ello, los autores se han afanado por encontrar la esencia de tal novedad. En España hubo un momento en que se creyó poder explicarla por la doctrina de la institución, y se afirmará especialmente que el arrendamiento rústico, con sus prórrogas forzosas, había dejado de ser un contrato para convertirse en una institución (10). La doctrina más reciente parece abandonar decididamente, y con razón, este camino, pues el término «institución» carece de la precisión necesaria para ser utilizado como concepto técnico (11), y, sobre todo, porque no sirve para diferenciar unas ramas jurídicas de otras, ya que a todas se le ha podido o se le puede aplicar (12). En verdad, el auge que en un momento tuviera la doctrina de la institución se debe sólo a la sorpresa de los juristas ante el desplazamiento de las concepciones individualistas y al deseo de encontrarle una explicación o justificación limitativa.

(10) CAMPUZANO: *El arrendamiento de fincas rústicas ¿es contrato o institución?*, R. G. L. J., 167 (1935), págs. 161-183; VÁZQUEZ (A.), GARCÍA HERRERO: *Ensayo de aplicación a la Ley de Arrendamientos Rústicos de la teoría de la institución*, R. crit. D. I., 1936 (febrero), pág. 94; CÁNOVAS COUTIÑO: *El arrendamiento y lo institucional*, R. crit. D. I., 1948 (abril), página 229. Afirmó que el arrendamiento recibía carácter institucional (GIMÉNEZ FERNÁNDEZ) al defender en las Cortes el Proyecto de L. A. R. (12 de diciembre de 1934). Es curioso advertir que el juego de la L. A. R. de 1935 impulsaba la desaparición del arrendamiento.

(11) Respecto al Derecho agrario: JUGLART: *Droit rural. L'exploitation rurale*, 1949, pág. 29. En general: F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I (2.ª ed., 1949), pág. 562.

(12) H. S. MAINE caracterizaba la evolución del Derecho: «El movimiento de las sociedades progresivas ha sido un movimiento del *status* al contrato, *Ancient Law* (ed. Pollock, 1906), pág. 170. Hoy podría decirse que hay un movimiento contrario, que va del contrato a la institución *instatus*.

3. El Derecho agrario y la empresa agrícola.

En la afanosa búsqueda del carácter distintivo del Derecho agrario se ha creído encontrar una solución utilizando el concepto de empresa. Recogido de la doctrina mercantil, no puede sin más ser aceptado para lo agrario, que por su origen y objeto es tan diferente del tráfico comercial.

Sin entrar en la ya antigua polémica sobre la empresa mercantil (13) y limitándose a la agrícola, puede afirmarse que la buena acogida dada a la concepción del Derecho agrario como Derecho de la empresa agrícola (14) se debe sobre todo a la polivalencia del término, que origina una concordancia aparente de tendencias en el fondo muy alejadas entre sí. Por ello, para obtener la debida claridad, lo primero ha de ser distinguir los sentidos en que se emplea el término de empresa (15). Principalmente cabe separar: 1.º La empresa como objeto; la organización o «el negocio» en sus múltiples aspectos, relaciones y posibilidades, comprendiendo hasta el buen nombre y a la clientela; objeto respecto del que puede haber una titularidad unitaria, apta incluso para la transmisión y gravamen (enajenación, usufructo, prenda o hipoteca). 2.º El valor que puede tener para la economía nacional, que directa o indirectamente interesa no sólo al dueño, sino también a la comunidad (a los trabajadores, empleados, clientela, abastecimiento de mercado interno y de exportación) y que justifica la intervención del Estado. 3.º Realidad específica o materia propia de un conjunto de normas jurídicas, que les impone un carácter peculiar y uniforme, permite su exposición sistemática y justifica su separación de las demás ramas jurídicas.

Acierto de la doctrina moderna ha sido volver a interesarse por los objetos complejos; sería empobrecer al Derecho desconocer el especial valor de una industria o negocio, de una agencia, de una clínica o bufete, de una línea de transporte, del trabajo científico organizado, de un hospicio y hasta del vivir honesto y laborioso de alguien, base de su crédito personal. En todos estos supuestos puede hablarse de organización, de plan y hasta de cálculo del resultado económico. ¿Son siempre empresas? Pero aparte de la dificultad de definir el contorno del concepto de empresa (16) y de salvar las observaciones contrarias de ciertos mercantilistas (17), parece innegable que se encontrarán mayores obs-

(13) Que divide a los mercantilistas en Alemania, Italia y España.

(14) Últimamente, BALLARÍN que dice: «El Derecho agrario tiene por objeto regular las empresas agrarias para aumentar su capacidad productiva y su estabilidad social», R. est. agro-soc. I (1952), pág. 125.

(15) En el Derecho español no hay el pie forzado de la recepción de la doctrina por el legislador, a diferencia del Derecho italiano.

(16) «Expresión equívoca y del todo incolora», J. v. GARKE, *Handelrecht*, quinta ed., I, pág. 889.

(17) Últimamente, ASCARRELLI: *Studi di Diritto comparato*, 1952, página 260.

táculos aún para considerar a la empresa agraria como materia única, exclusiva o principal del Derecho agrario. Y ello, porque la organización estable independizada tiene un significado secundario para la agricultura. Por esto, el arrendamiento de una simple finca rústica será calificado de contrato agrario, mientras que si se arrienda una empresa agrícola se pensará que ya se está fuera del ámbito del Derecho agrario. La venta de un predio (de tierra de pan llevar, dehesa, prado, huerta) o la enajenación de los bienes raíces que forman un patrimonio familiar, significa la transmisión de un especial bien inmueble y no el traspaso de una empresa o de un negocio.

Nada se opondrá y hasta mucho aconseja tener en cuenta la existencia de la empresa agrícola, delimitarla conceptualmente con cuidado para su mejor regulación jurídica y para que sea protegida y vigilada por el Estado. Pero la impronta del empresario, justificadora, duradera y aislable del fundo, sobre la organización económica de la empresa, difícilmente se da en el cultivo agrícola; y así las manifestaciones propias de la empresa (obligación de llevar libros por partida doble, concurrencia desleal, buena fama, clientela, propiedad de la empresa distinta del derecho sobre la tierra, tipos de quiebra, etc.) serán normalmente extrañas a la explotación agraria. Por ello, no parece posible considerar a la empresa como materia única, ni siquiera como símbolo del Derecho agrario; su objeto básico y distintivo es la tierra cultivable.

Estas observaciones tienen especial interés cuanto que, al definirse el Derecho agrario como el regulador de las empresas agrarias, se da o se puede suponer admitido un cierto especial carácter o matiz informador respecto al Derecho agrario. Pues no puede desconocerse que la doctrina mercantil se ha servido del nombre-cobertura «empresa» para ensanchar el ámbito de aplicación del Derecho comercial. El Derecho gremial de los mercaderes, de los profesionales de la mediación, tenía ya un significado secundario en la época de la codificación mercantil; hazafia grande de los comercialistas fué la de extender ese Derecho especial y privilegiado, primero haciéndole Derecho del tráfico industrial y luego hasta convertirlo en el principal regulador del Derecho patrimonial (*ius commercium*); es el fenómeno que se ha designado, conforme a su doble vertiente, de comercialización del Derecho civil y de Derecho del capitalismo (18). En verdad, el Derecho mercantil o, mejor dicho, la doctrina mercantil, ha sido utilizada para despersonalizar y reducir la variada realidad a unidades abstractas contables; las diferencias entre los hombres y entre los bienes se desconocen, y el valor en cambio se impone como de-

(18) CONDE: *La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo*, R. D. M. 1947, págs. 167-190; RUBIO: *Sobre el concepto de Derecho mercantil*, R. D. M. 1947, págs. 317-380. Sobre estas teorías, F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 1949, I, págs. 123 y ss.

nominañor común. Con el concepto de empresa, como «persona económica» (Mossa), se potencia al máximo esta dirección; las relaciones jurídicas, al referirse a ella, cambian por esto sólo de naturaleza, se le atribuye el privilegio de originar la limitación de responsabilidad y de dictar disposiciones normativas (cláusulas generales) y, a su servicio, se ponen el formalismo y la abstracción.

Admitir que el Derecho agrario es el Derecho de las empresas agrícolas, sería aceptar, al menos parcialmente, la mercantilización del campo (19); ello significaría, parece, desconocer que la naturaleza de la agricultura requiere una regulación distinta de la comercial y apropiada a su propia naturaleza.

También puede considerarse otro sentido de la empresa, el de organización económica de interés general, y que, por tanto, exige la intervención del Estado (20). En efecto, los privilegios que la doctrina mercantilista pretende obtener para la empresa, requieren el contrapeso de la intervención administrativa, como remedio de su resultante peligrosidad. Esta situación, que se va generalizando para las organizaciones financieras e industriales, no es la del campo; las explotaciones agrícolas no merecen—al menos hoy—caer bajo esa acción represiva del Derecho de la economía; para evitar abusos y excesos bastará con el juego de unas adecuadas disposiciones, las propias del Derecho agrario.

En fin, el concepto de empresa puede utilizarse para señalar el límite de la aplicación de las normas peculiares del Derecho agrario. En la regulación de la agricultura se han de tener en cuenta el criterio social (condición del cultivador) y el económico (máximo de producción y coste mínimo); ante la dificultad real o aparente de compaginarlos, se da a veces la preferencia al criterio económico, manteniendo la exención de ciertas empresas (ejemplares) respecto de la reforma agraria y de la expropiación. El valor de la organización económica se considera tan respetable, que justificará la conservación del *statu quo* (inadecuada situación social). Aquí se manifiesta con claridad la natural relación entre el Derecho agrario y el concepto de empresa. Este se utilizará normalmente para impedir la aplicación de las normas propias o típicas del Derecho agrario, respecto de ciertas situaciones de carácter privilegiado (zonas exentas, amparadas aún en el antiguo Derecho común o comercializado).

A lo dicho ha de añadirse que nada impide utilizar los términos de empresario y de empresa agrícola, como sustitutivos de

(19) En base al Código civil italiano de 1942 se ha pensado que—por tener en común la noción de empresa—Derecho agrario y Derecho comercial constituyen dos ramas del nuevo Derecho de la economía. RUGGERO MAIORI, *Istituzioni*, ed. 1950, I, § 11, pág. 25; MESSINEO, *Manuale*, ed. 1947, I, § 3, II, pág. 34.

(20) De aquí la relación estrecha que se ha señalado entre la teoría de la empresa y la concepción política del corporativismo.

los de labrador y explotación agrícola; lo que serviría, al menos, para dar aire actual y tono moderno a la terminología agraria y que manifestase externamente la renovación de contenido del Derecho agrario; y, ciertamente, muchos agraristas usan dichos términos en sentido bien distinto que los especialistas de Derecho mercantil. Pero, de todos modos, conviene estar advertidos del riesgo de que, con los términos extraños, se importen total o parcialmente ideas ajenas o contrarias a los principios propios del Derecho agrario.

4. Tradición y costumbre.

El Derecho civil actual, tal como se condensa en los Códigos, supone la exclusión, hasta la condena implícita de cualquier especialidad normativa de lo agrario. En cambio, en textos olvidados del antiguo Derecho y en los usos aún mantenidos en algunas comarcas por el conservadurismo campesino, se encuentran reglas que responden mejor a las exigencias del cultivo. Por ello, agudos juristas (Bolla, Maroi) señalan el carácter tradicional y consuetudinario del Derecho agrario. En España, se insiste desde hace mucho tiempo en el valor de las disposiciones escritas y consuetudinarias de los viejos Derechos forales, como más adecuadas que las del Código civil a la realidad agraria española (21).

El recuerdo de antiguos textos y costumbres será fuente de buenas enseñanzas para el agrarista, y en más de un respecto. En primer lugar, muestra que la concepción liberal de la propiedad está condicionada históricamente y que no contraría a la naturaleza de ésta el fijarle límites o función (22). También que la vigilancia e inspección del cultivo (23), la intervención imperativa sobre las relaciones campesinas no es una peculiar «maldad» del Estado moderno; así, en nuestro antiguo Derecho se hallan disposiciones que imponen la obligación de cultivar, prorrogan la duración de los arrendamientos, rebajan las rentas, conceden privilegios a los labradores, impiden que los acreedores rompan la unidad de la explotación y protegen la continuidad de la casa o heredad en beneficio de la familia campesina. Ejemplos que pueden ser garantía de mesura y, sobre todo, escudo frente a la acusación de excesos innovadores.

(21) Dirección defendida con entusiasmo extraordinario y con intuiciones geniales (aunque también con exageración y falta de mesura) por JOAQUÍN COSTA: *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, 1879; *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, 1883; *Colectivismo agrario en España*, 1892; *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*, 1902. Es seguida por la generalidad de los foralistas; de especial interés: MARTÍN-BALLESTERO: *La casa en el Derecho aragonés*, 1944. También, ROCA SARTRE: *Loc.*, cit., de gran influencia en la doctrina actual. Matizadamente, BALLARÍN: *El Código civil y la agricultura*, 1953, págs. 8, sig., 40, 43, 45.

(22) J. 1, 8, 3. Las servidumbres se constituyen «utilitas predii».

(23) En Roma el campesino tenía obligación de labrar su campo bajo nota censorio. AULO GELLIO, *Nocturnum Atticarum*, 4, 12.

El Derecho tradicional, su conocimiento y divulgación, puede servir también de útil apoyo en la tarea urgente de librar a la doctrina de falsos prejuicios. Demuestra que la abstracción no es congénita al Derecho, pues hubo épocas en que se tenían en cuenta las circunstancias y la naturaleza de la materia agrícola para obtener una regulación más justa.

También conviene decir que la ciencia del Derecho agrario no se propone resucitar unas instituciones ya bien muertas ni volver a una imaginada edad de oro. No se piensa en revivir figuras feudales, adscribir hombres a la tierra (24), restablecer el *ius malettractandi*, los mayprazgos y las vinculaciones arbitrarias. Ni ha de caerse en el escollo del amor por lo pintoresco o en el de hacerse ilusiones sobre la inocencia y fidelidad a los viejos y buenos usos del labriego (25). Las nuevas formas de vida han penetrado por doquier y ya no se puede contar siquiera con el apego a lo tradicional.

Ejemplo de buen proceder nos muestra la Ley sobre patrimonios familiares. Inspirada en los Derechos forales, consigue el resultado querido abandonando y contradiciendo la regulación foral; la libertad de testar y las capitulaciones matrimoniales no se estiman suficientes para mantener la unidad de la explotación agrícola y se acude a normas sucesorias imperativas.

Además, el precedente y el uso no son siempre garantías de la adecuación y equidad del proceder. Las nuevas necesidades económicas también se dejan sentir en el campo; la racionalización deseable de los cultivos ha de ir acompañada de una racional regulación jurídica, y así lo ha entendido el legislador al organizar la concentración parcelaria.

5. La Agricultura y la Administración.

Fenómeno general del Derecho moderno es la oscilación de sus normas entre un facilitar medios a la libertad (y consiguiente predominio capitalista) y las medidas intervencionistas con entrega de poderes discrecionales a la Administración. La esfera agraria no es una excepción. La transformación jurídica del campo requiere, en las dos etapas de expropiación y redistribución de tierras, una intensa actuación administrativa; la inestabilidad económica del mercado agrícola, en todo momento de desequilibrio, sea época de escasez o de abundancia, origina medidas de control y de auxilio, en beneficio de consumidores y de productores, con la secuela de normas sobre precios, cultivos y, en general, respecto al tráfico de productos agrícolas. Se ha creado el hábito del intervencionismo; pero, sobre todo, aquellas etapas preliminares de

(24) En toda época se ha añorado este sistema como fácil remedio, incluso en el «ilustrado» s. XVIII. PÉREZ LÓPEZ: *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, 1794, VII, pág. 279.

(25) Lo que se podría llamar «complejo idílico» de ciertos intelectuales urbanos.

la reforma agraria originan, naturalmente, el deseo de mantener incólumes las situaciones creadas y de continuar vigilándolas para que no se desvíen de la perfección soñada.

Este es un gran peligro para el Derecho agrario. Los técnicos estatales y toda la burocracia agronómica tenderá a evitar una regulación normal del campo que permita, dentro de los límites legales, la libre actuación de los campesinos. El paternalismo administrativo procurará mantener indefinidamente su tutela. La propiedad se rebajará a concesión administrativa; el cultivo forzoso y dirigido se considerará servicio público; el cultivador se verá investido de la condición de funcionario más o menos forzado.

Dirección que lleva hasta la creación de un poder legislativo y jurisdiccional anómalo y privilegiado, en manos también de los técnicos, con lo que se completa el ciclo de la discrecionalidad administrativa. Régimen de benévola dictadura que encierra el peligro de todo exceso intervencionista: secar la iniciativa particular, provocar inseguridad jurídica y fomentar injustificados privilegios económicos; que, a su vez, desacreditará las reformas y originará la reacción.

6. *Los distintos grupos de normas del Derecho agrario.*

Preocupación preliminar de los estudios sobre Derecho agrario es fijar sus fronteras. Si se aspira a un conocimiento o exposición sistemática, parece necesario prescindir de la masa informe y en continua mudanza de las reglas en que se manifiesta el intervencionismo económico. Cierto que sólo teniéndolas también en cuenta será posible conocer la realidad agraria en su totalidad; pero esta consideración llevaría a tener que abandonar toda distinción, pues normas de variada clase pueden siempre coincidir sobre la misma situación de hecho. El carácter general de las disposiciones del dirigismo o proteccionismo económico y lo especial de sus criterios y principios impedirán el que se puedan tratar conjuntamente con las normas de Derecho privado, so pena de limitarse la ciencia jurídica a la confección de repertorios legislativos.

Reducido del modo propuesto el campo de estudio, no dejará de ser heterogénea la materia jurídica. El articulado del Código civil aún aplicable a los predios rústicos es inadecuado a las exigencias del momento actual. Así, el Derecho agrario lleva, como presupuesto ineludible, al cambio del Derecho vigente; es su aspecto más visible y escandaloso. Algún autor llegará, por ello, a identificar el Derecho agrario con la reforma agraria (26). Mas la reforma es sólo una etapa preparatoria del nuevo y normal Derecho agrario. En fin, existen otras disposiciones, con las que se ha tratado de paliar lo inadecuado de la regulación subsistente. De aquí, el interés de distinguir los grupos normativos que están vigentes respecto al campo y de señalar sus caracteres.

(26) SÁNCHEZ ROMÁN Y GALLIFA: *Cwfo* 1933-1934 (no impreso).

Esta división puede hacerse separando los siguientes grupos de reglas: 1.ª Las disposiciones del Código civil y de la Ley Hipotecaria en vigor respecto al campo. 2.ª Disposiciones de urgencia, para mantener la paz social amenazada por la inadecuación del Derecho codificado (leyes sobre arrendamientos rústicos, *aparcería* y *rabassa morta*). 3.ª Disposiciones liquidadoras del antiguo régimen (reforma agraria, expropiación, parcelación) y, a la vez, preparatorias de una regulación más justa. 4.ª Disposiciones para establecer un régimen normal y justo del campo (leyes de patrimonios familiares y de concentración parcelaria).

El conjunto complejo de esas diferentes normas forman el contenido del Derecho agrario. Mas cada grupo tiene un significado distinto. Las primeras están inspiradas en principios que hoy repugnan a la conciencia social. Las segundas muestran la impotencia del viejo sistema para resolver los problemas sociales de la tierra y recurren a remedios insatisfactorios y de compromiso. Las del tercer grupo muestran ya *in nuce* las nuevas tendencias jurídicas, tanto en su aspecto negativo como al indicar la situación jurídica considerada deseable. En fin, las últimas constituyen muestra y modelo del Derecho agrario en sentido estricto; esto es, aquel que se considera conforme a las exigencias de la justicia social en estos momentos.

7. Significado del nuevo Derecho agrario.

Hay, pues, disposiciones que han comenzado a establecer una regulación del campo conforme a su propia función; crean unas relaciones jurídicas caracterizadas por sus elementos personal y real (titular designado por la cualidad de cultivador, objeto calificado por ser campo cultivable) y por el sentido funcional que matiza los diversos derechos y deberes (cultivo apropiado).

Si se compara este incipiente o nuevo Derecho agrario con las normas aún vigentes del Derecho codificado, puede parecer un grupo insignificante de disposiciones especiales, limitadas localmente (zona parcelada) y hasta excepcionales. En verdad, sucede lo contrario. La reforma agraria, el procedimiento administrativo de parcelación libera a un trozo de campo (la parcela) de una situación jurídica anticuada y antinatural, que choca y repugna a la sensibilidad jurídica moderna y la coloca bajo la regulación jurídica apropiada, «natural», según la actual conciencia jurídica.

El Derecho agrario revela la dualidad intrínseca del Derecho vigente (27). El Derecho patrimonial contenido en los Códigos va perdiendo su dignidad de *ius commune*; se le comienza a estimar como conservador de reglas anticuadas, soportado como vi-

(27) Dualidad que existe siempre que se oponen dos grupos normativos por estar inspirados por ideas estimadas respectivamente regresivas y progresivas: *ius strictum*, *ius honorarium*; *common law*, *equity*; concepción romanista y canónica; feudal y de *ius commune*. Hoy se enfrentan las que se pueden llamar, de un lado, abstracta y capitalista, y, de otro, realista y social.

gente y condenado a pronta desaparición. Mientras que un nuevo espíritu alienta en las nuevas reglas, portadoras de la *ratio iuris* y que se manifiesta (en todo el Derecho) en dos afirmaciones fundamentales. Una, que los derechos subjetivos y la autonomía de la voluntad no se entregan a la arbitrariedad ni se permite que su ejercicio resulte en daño del bien común (28). La otra, que supone el abandono de las abstracciones generalizadoras (primacía de la seguridad del tráfico) y atiende a la condición de las personas y a la cualidad de los objetos, para darles, respectivamente, la regulación más adecuada (29).

Entendido así, este renovador Derecho agrario no es una «saldida de tono», sino que al dar con el tono apropiado a la regulación agraria descubre lo «desentonado» del Derecho común vigente. Lo que importa, no sólo como orientación de la política legislativa, sino también para la interpretación jurídica. Así, por ejemplo, la referencia a la explotación agraria contenida en el artículo 1.056 del Código civil podrá limitarse debidamente (cultivo directo) y se excluirá la finca arrendada y la entregada en aparcería, y podrá afirmarse que una finca cuyas partes resultasen de tamaño inferior al de la parcela tipo, «desmerece mucho por la división» (arts. 401, 1.062 C. c.) y menos admite «cómoda división» (arts. 821, 822 C. c.).

De este modo, la renovación del Derecho agrario constituye una de las mayores y más elevadas tareas del jurista moderno. Cierto es que la implantación de tal Derecho depende de fuerzas que están fuera de su control; pero puede facilitar su promulgación poniendo al descubierto lo inadecuado de la situación jurídica actual, valorando al máximo de sus posibilidades las normas que ya contienen los nuevos gérmenes, prestando fórmulas que faciliten la adopción de las medidas adecuadas.

Especialmente delicadas son las cuestiones de *lege ferenda*. La legislación agraria ha de herir intereses muy poderosos y alertas. Son necesarias la prudencia para evitar daños a la economía y el cuidado al elegir fórmulas jurídicas, no sea que por descuido técnico se produzcan los resultados que precisamente se trataban de evitar. La tentación demagógica al reparto de tierras sin preocuparse de su futuro buen cultivo parece haber pasado. En su lugar,

(28) Esta es la concepción tradicional del Derecho privado. La glosa comentaba la frase *singularum utilitas* diciendo: «*Scilicet principaliter, secundario autem ad publicam utilitatem, expedit enim reipublice ne quis re sua male utatur, et ad singularum*, D. 1, 1, § 2. En nuestra antigua doctrina es corriente la frase: «*Nec ex voluntate eius permittitur fieri, quod possit reipublicae nocuum inferre*», y respecto a la agricultura se añade: «*Favorem publicum continere culturam*». LARREA: *Novarum Decisionum Sacri Regi Senatus Granatensis*, ed. 1729, I, pág. 32.

(29) Obrero, comerciante, capitán de industria, técnico, funcionario, cultivador etc. Fábrica, empresa, comercio, barco, casa-habitación (hogar), local de negocio, almacén, solar, patente, mina, obra de arte, recuerdo de familia, objeto histórico, etc.

está la tentación de considerar preponderante el resultado económico inmediato y de favorecer la fórmula capitalista de la protección a la empresa, y como contrapeso o consecuencia la de fomentar el intervencionismo administrativo. Otra posibilidad, de cuyos riesgos debe advertir el jurista, es la del establecimiento de una pluralidad de regímenes jurídicos en el campo. Ya hoy se adivina una división de tierras parecida a las nobles y plebeyas del antiguo régimen. Propiedades privilegiadas, grandes fincas industrializadas (latifundios privilegiados) favorecidas con premios y primacía de concesiones y demás ayudas, mercedes y gracias administrativas; empresas en régimen de libertad, reguladas por normas mercantiles; pequeñas fincas, propiedad de campesinos o cultivadores (huerto, patrimonio) sometidos a severa intervención burocrática, incluso en su vida familiar, y entregadas a la discrecionalidad administrativa; fincas de tipo medio, sin privilegios ni especial intervención, abandonadas a la vieja e inadecuada legislación civil.

Todo muestra y demuestra el cálido interés social y científico que tiene el Derecho agrario. Fundamentalmente se busca resolver una grave cuestión de justicia social y de política legislativa (30); mas para conseguirlo es preciso romper la presión asfixiante de la concepción abstracta del Derecho, puesta y dispuesta al servicio de los económicamente privilegiados. Así, mostrará *in concreto* las disponibilidades de una concepción jurídica realista: justa y ajustada a la naturaleza de cada realidad. Ejemplo que puede ser fecundo para todo el Derecho. Como en el mito de Anteo, sucede que, al tocar tierra, el Derecho cobrará una nueva vida.

III. LA RELACIÓN JURÍDICA AGRARIA

El estado formativo en el que aún se encuentra el Derecho agrario, con sus figuras y conceptos sin cuajar todavía, hace muy difícil, y a la vez del máximo interés, el estudio de los elementos y caracteres de la relación jurídica agraria. Hay que captar los conceptos en formación, los que apuntan en las disposiciones de carácter transitorio y preparatorio y los que se van consolidando en las reglas del nuevo Derecho agrario.

1. *Los sujetos de la relación.*

a) *El cultivador.*—El antiguo Derecho distinguía al labrador concediéndole importantes privilegios, y, entre ellos, uno, de máximo valor en su tiempo, el de que esta condición no hacía perder la nobleza (31). La igualdad mecánica, impuesta por los Códigos

(30) En especial por la constante oscilación entre las consideraciones de justicia social y de la producción; una lleva hacia el nuevo Derecho agrario y otra hacia la industrialización del suelo.

(31) VARGAS: *De nobilitate*, disc. 15, 2. Detenida enumeración de privilegios. CASTILLO DE BORADILLA: *Política para corregidores*, III, 3, 61, ed. 1624.

gos, los suprime con las demás distinciones (32); pero, en el moderno renacer de la especialización jurídica de las clases, también empieza a tenerse en cuenta la condición de campesino. Tanto más, cuanto que el movimiento reformador agrario es impulsado y se justifica por la sentida necesidad de que el ideal de la justicia social se refleje en la situación económica de los cultivadores del campo.

En menos de un siglo, se ha producido así un cambio total de dirección. La Ley Hipotecaria se confecciona para garantizar la propiedad, asentar sobre sólidas bases el crédito territorial, dar actividad a la circulación de la riqueza y asegurar debidamente a los que sobre la garantía de la propiedad inmobiliaria prestaran sus capitales (33). Ahora el legislador se propone otros fines: hacer «posible que los modestos braceros agrícolas obtengan en condiciones adecuadas la propiedad de las fincas» y el velar para que la tierra «no se convierta en valor de especulación y cumpla el fin social que le incumbe» (34).

El espíritu de la nueva legislación se muestra ahora en la contraposición de dos tipos de titulares. Los especuladores y rentistas, considerados indeseables y cuya desaparición se procura por medidas directas e indirectas; el cultivador directo, al que se favorece con crecientes ventajas. A su vez, las leyes separan el mero cultivador o explotador directo y el cultivador directo y personal.

Cultivador directo se entiende ser el que explota con capital propio y a propio riesgo una finca, incluso el dueño de ella que la cede en aparcería, cuando «participe cada año en el capital de explotación en una proporción mínima equivalente al 20 por 100 de la renta anual de la finca o aprovechamiento» (art. 43, L. A. R. de 1935) (35). Se favorece esta situación negando la facultad de prórroga al arrendatario, cuando el propietario de la finca se proponga cultivarla directamente (arts. 11 y 27, L. A. R. de 1935) y, sobre todo, eximiendo de la expropiación a los propietarios cul-

II, pág. 44. «Había trabajos, como el campesino, perfectamente compatibles con la hidalguía; más aún, la tradición española veía en labriegos y pastores el origen de la nobleza». GARCÍA VALDECASAS, *El hidalgo y el honor*, 1948, pág. 57. LOPE DE VEGA dice: «Tal vez humillan coronas. Tal vez arados levantan». *Los hidalgos del aldea*, cita de GARCÍA VALDECASAS, id. pág. 20.

(32) Que llevó a cambiar el carácter gremial del Derecho de los comerciantes en la regulación de los actos de comercio.

(33) Frases de la Exposición de Motivos de la L. H. de 1861.

(34) Exposición de Motivos de la Ley de 8 de junio de 1947. En lo que coincide con base 5.ª, 5.º de la L. R. A. Es una manifestación de subordinación (invirtiendo la jerarquía de valores de los Códigos) de las cosas, de la riqueza adquirida, a la persona, a los derechos de la persona a que tiende el Derecho moderno. MORIN: *Evolution contemporaine du droit de propriété, Le Droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, II, pág. 15 y allí citados. También BALLARÍN: *El sentido humano del nuevo Derecho de la Agricultura*, «Arbor», núm. 88, 1953, págs. 481-500.

(35) En las B. 5.ª, ap. 13, par. final de la L. R. A. se entiende existe explotación directa «cuando el propietario lleve el principal cultivo de la finca».

tivadores directos de tierras sitas en zonas regables, respecto de la superficie que conforme al plan general aprobado pudiera serles atribuída (art. 10, Ley 21 de abril de 1949) y, en general, mediante la posibilidad de merecer calificación de explotación agraria ejemplar con los beneficios que ello supone (art. 9.º, 2.º, Ley de 27 de abril de 1946; art. 4.º Ley de 15 de julio de 1952).

Se considera que hay cultivo directo y personal «cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente» por el poseedor de la finca «o por los familiares, en su más amplio sentido, que con él convivan bajo su dependencia económica, no utilizando asalariados más que circunstancialmente por exigencias estacionales del cultivo y sin que en ningún caso el número de obradas de estos asalariados exceda del 25 por 100 del total que sea necesario para el adecuado laboreo de la finca» (art. 4.º, Ley de 23 de julio de 1942). Se les protege respecto a la prórroga de los contratos de arrendamiento (arts. 4.º y 6.º, Ley de 1942), haciendo tal condición requisito para ser beneficiarios de las parcelas creadas por el Instituto Nacional de Colonización (36) y titulares de los patrimonios familiares (art. 5.º, Ley de 15 de julio de 1952).

El relieve que así se da a la condición de cultivador significa un gran avance jurídico, pero que aún resulta insuficiente por no habersele calificado con acierto. La Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, al favorecer al cultivador directo, condena implícitamente al rentista en el campo (37); pero, prácticamente, sólo afecta al que contrata a renta fija (arrendador), mientras que favorece (a costa del arrendatario) al que esté dispuesto a especular, arriesgando esa renta y al menos algún capital de explotación (38); de ese modo se procura la eliminación de los arrendatarios, pero desatendiendo el fin de la conexión directa entre el titular y la tierra, pues el cultivo se puede realizar por medio de administradores o mediante figuras jurídicas indirectas de igual alcance efectivo que la del arrendamiento.

El concepto de cultivador directo es, parece, engañoso y perturbador, debiendo abandonarse en la moderna regulación del Derecho agrario. Esta propuesta no significa propugnar un solo tipo de titular calificado, el cultivador directo y personal en el sentido de trabajador manual o bracero; ello sería excesivo y contrario a las exigencias de la economía. En las tierras en que conviene la explotación extensiva, en los patrimonios de tipo medio y en las llamadas explotaciones agrarias ejemplares, el titu-

(36) Art. 2, D. 5 julio 1944; art. 9, ley 27 abril 1946; art. 7, D. 12 mayo de 1950, y art. 2 k, D. 9 marzo 1928.

(37) El aprecio o la condena social de una manera de obtener renta cambia con el tiempo y la circunstancia, como, por ejemplo, ha ocurrido con usureros, prestamistas y banqueros.

(38) Art. 43 L. A. R. considera cultivador directo al cedente de la tierra en aparcería que participe cada año en el capital de explotación en una proporción mínima equivalente al 20 por 100 de la renta anual de la finca o aprovechamiento.

lar favorecido debería ser quien dirige directa y personalmente el cultivo, los técnicos o profesionales a los que una disposición legal distingue ya por ser «agricultores destacados o poseer un título expedido por una Escuela de Agricultura del Estado» (art. 2.º, 6, D. 5 julio 1944) los labradores, quienes pueden llevar y lleven «personalmente la dirección y administración de una explotación agrícola» (art. 8.º, O. 20 marzo 1943).

b) *La familia campesina*.—La protección de la familia—y en particular de la campesina—está en los programas de la moderna legislación (B. XII F. T., art. 31 F. E.). Mas, a diferencia del Derecho prusiano respecto al fideicomiso familiar, no se reconoce nunca personalidad a la familia, que no tiene siquiera la condición de titular del llamado patrimonio familiar (39). Hay, sí, numerosas disposiciones que tienen en cuenta los vínculos familiares al regular la situación de los bienes agrícolas. Así, para constituir un tipo especial de sucesión (art. 2.º, c), R. D. 9 marzo 1928; artículo 8.º, L. A. R.; art. 6.º, D. 12 mayo 1950; art. 12 sig. Ley 15 julio 1952), para asimilar el cultivo directo o personal al de persona de la familia (R. D. 9 marzo 1928, art. 2, k); art. 11, 27, L. A. R., art. 4 L. 23 julio de 1942), para excluir los contratos entre parientes de la regulación especial de arrendamiento (art. 1 L. A. R.) y hasta para tener en cuenta el número de hijos (D. 23 diciembre 1949, art. 5, c) y el cumplimiento de los deberes familiares (art. 11, L. 15 julio 1952, arts. 27, 28, 29, O. 27 mayo 1953. Sólo de un modo indirecto se facilita la constitución de una persona jurídica de carácter familiar, al admitirse especialmente la formación de un grupo sindical por miembros de una sola familia, el que podrá obtener la personalidad jurídica (arts. 91, 94 y 95, O. 20 marzo 1943).

En verdad, no hay razón para que la familia del campesino tenga consideración de persona jurídica ni para que sea jurídicamente privilegiada; deberán ser considerados de un modo especial sólo los parientes campesinos del cultivador, es decir, los que reúnen la doble condición de parentesco y de la profesión labradora, garantías de arraigo a la tierra y del futuro buen cultivo. Este grupo de parientes cultivadores es el que merece el nombre de familia campesina. A ella se refieren ya algunas disposiciones legales. Está formada por los familiares que conviven bajo la dependencia económica del campesino y que le ayudan materialmente a la realización material de las operaciones agrícolas (art. 4, L. 23 julio 1942); la que vive de la tierra y en ella trabaja (art. 1, D. 12 mayo 1950, art. 3, L. 15 julio 1952). En su beneficio se crean los huertos y patrimonios familiares.

(39) En nuestra doctrina no han tenido eco los intentos de considerar persona moral a la familia (SAVATIER: *De Droit civil au Droit public*, 1945, página 20; antes, DABIN: *Philosophie de l'ordre juridique positif*, 1929, pág. 358).

c) *Las personas jurídicas*.—En la legislación agraria se advierte una actitud, en apariencia contradictoria respecto a las personas jurídicas. Pues por una parte se fomentan las asociaciones campesinas en las más diversas formas: grupos sindicales (Orden 11 julio 1941, art. 2; O. 29 diciembre 1943, arts. 10, 12 y 89; O. 20 marzo 1943, art. 3; L. 27 abril 1946; art. 2, D. 10 enero 1947); hermandades sindicales (L. 6 diciembre 1940, D. 17 julio 1944, O. 23 marzo 1945, O. 18 junio 1945, D. 18 abril 1947, L. 27 abril 1946); cooperativas (art. 3, L. 27 abril 1946) y asociaciones de asistencia y mutua cooperación (art. 22, O. 27 mayo 1953). Por otra, se excluye de la titularidad de los patrimonios familiares (arts. 2, 7 y 12, L. 15 julio 1952) y se niega la consideración de «explotación agraria ejemplar» y de «explotación agraria calificadas» a las que pertenezcan a personas jurídicas (arts. 1 y 6, L. 15 julio 1952), es decir, se declara la incompatibilidad de las personas jurídicas respecto de las figuras típicas y modelos del nuevo Derecho agrario (40).

De hecho no hay contradicción, sino que se trata de distinto modo a dos tipos de personas jurídicas. Se respeta y fomenta a las que sirven a la cooperación y recíproca ayuda de los campesinos y se trata de evitar que las fincas protegidas tengan titulares cuya condición se oculta bajo la máscara de la personalidad jurídica. La protección legislativa se concede a los labradores y cultivadores y las personas jurídicas que se favorecen son las que procuran la solidaridad entre estos labradores y cultivadores directos (art. 12, O. 20 marzo 1943) (41).

2. *Objeto de la relación jurídica agraria.*

En el Derecho agrario, como en todo el Derecho, los derechos subjetivos y las facultades se individualizan y caracterizan conforme a su objeto; de aquí el interés que para la elaboración técnica del Derecho agrario tiene la fijación y clasificación del objeto de la relación jurídica agraria. Posiblemente el obstáculo máximo para su adecuada formulación científica se encuentra todavía en la imprecisión de este objeto.

Ante todo, ha de fijarse el concepto de finca rústica. Por finca se entiende un trozo de superficie delimitado (R. 30 septiembre 1922), con unidad e independencia jurídica (objeto de derechos). Su unidad se basa en la conexión física (continuidad del terreno y de los linderos) y jurídica (pertenencia a un mismo titular o propietario, por la misma titularidad y que por ello puede estar bajo una inscripción), o bien, en lugar de la conexión física

(40) No respecto a la copropiedad de las personas físicas unidas por causa de colonización o por lazos de parentesco (hasta el tercer grado en línea colateral), art. 1, L. 15 julio 1952.

(41) No es una manifestación de la vieja desconfianza a las manos muertas, sino de la moderna tendencia a considerar decisiva la realidad social y económica de cada persona jurídica.

puede bastar la conexión económica (explotación agrícola que forme una unidad orgánica, art. 8, 2.º L. H.; «organización económica que no sea la puramente individual», art. 44, 3.º, R. H.). La calificación de rústica se refiere a la condición de la finca de tener aptitud o estar destinada al cultivo agrícola.

La explotación agraria es uno de los conceptos básicos del Derecho agrario; más no como un objeto jurídico ni como un objeto distinto de la finca, sino como una especial situación del fundo (estar en explotación, ser finca en cultivo), con efectos jurídicos. Uno de los más importantes es su influjo respecto al *instrumentum fundi*. Una serie de cosas muebles (art. 334, números 5, 6 y 7, C. c.) dependen de la suerte del predio en cultivo, en cuanto pertenencias de la explotación agrícola. Pero tampoco el *instrumentum* puede independizarse ni menos sustituir a la finca (ni siquiera en el concepto más amplio de explotación) como objeto del Derecho agrario. Pues al Derecho moderno llega el concepto de *instrumentum fundi* por la conjunción de dos corrientes de ideas, que son las que le informan. Una, la condición privilegiada del labrador, que impide el embargo o ejecución separada del *instrumentum fundi*, del mismo modo que no son embargables los instrumentos necesarios dedicados a un arte u oficio (*instrumentum patris familiae*, art. 1.449, L. E. C.) (42). Otra, el valor de la *destinatio* por el dueño, por analogía al dado a las pertenencias especialmente destinadas a un fin respetable por todos (artillería de la fortaleza, objetos destinados a un lugar sagrado). En todo caso, la *ratio* y el funcionamiento de la inmovilización por destino, y así lo muestran las antiguas fórmulas (*dotēs praediorum, vestitura praedii, mobilibus destinatis, cum pertinentiis*), es la dependencia de ciertos bienes muebles al fin al que está dedicada la finca. Esa finca es lo principal y su suerte arrastra la de los bienes muebles. Por ello, no se trata de la enajenación, embargo, hipoteca, arrendamiento o retracto de un *instrumentum* o de una explotación, ni se piensa siquiera que la enajenación, embargo, etc., de uno u otra comprenda a la finca; al contrario, lo que se trata de regular o se ayuda a interpretar es su la enajenación, embargo, etc., de la finca se extiende a los demás elementos (accesorios) de la explotación (43).

El carácter agrario de la finca se determina por estas dos notas: su situación o emplazamiento en el campo o en la población, y su aprovechamiento o destino, explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio (S. T. S. 8 marzo 1944). De ellas, esta última es ahora, como fuera siempre, la decisiva (44). Se distingue así de la finca urbana (art. 2 L. A. R., art. 3 L. A. U.), de las explotaciones no agrícolas (por ejemplo,

(42) No en beneficio del acreedor; este es el origen del art. 111, L. H.

(43) El art. 334 C. c. se refiere al propietario, no a otros titulares (por ejemplo, al arrendatario).

(44) «Urbanum praedium non locus facit sed materia», D. 50, 16, 198.

minería, hostelería, casas de reposo, sanatorios, hidroeléctrica, termas, balnearios, industria, incluso agrícola) (45) y de las dedicadas a usos de lujo o recreo (coto de caza, clubs de campo, deporte, quintas, etc.). Especial interés práctico tiene la contraposición entre finca rústica y solar; para tal distinción se ha dado, hasta ahora, una injustificada preferencia a lo urbano, considerando como urbanas a las tierras incluidas en planes de ensanche de las ciudades, por su valor en venta superior al duplo, debido a su proximidad a ciertos lugares y por el tipo de contribución pagada (art. 2, L. A. R., L. 15 mayo 1945; art. 3, L. A. U.). Este criterio exclusivamente capitalista parece que habrá de ser superado por la tendencia legislativa favorable a los huertos familiares.

La gran novedad del Derecho agrario está en la calificación discriminadora de las fincas rústicas. Se ha partido, para ello, de lo inadecuado para el debido buen cultivo de ciertas fincas y en especial de la reprobación del minifundio y del latifundio; uno y otro se encuentran en la situación de expropiables.

Para remedio del minifundio se fija la «unidad mínima de cultivo» (art. 3, L. 18 diciembre 1952); las fincas o parcelas inferiores a esta medida quedan sometidas a la expropiación, a efectos de la concentración parcelaria (art. 1, L. 18 diciembre 1952). Para impedir que vuelvan a ser de nuevo minifundios, las fincas concentradas no podrán dividirse (tendrán en este respecto consideración de cosas indivisibles) o parcelarse por debajo del límite de la «unidad mínima de cultivo» (arts. 5 y 9) (46).

El latifundio es también expropiable cuando crea «un problema social de carácter no circunstancial» (art. 1, L. 27 abril 1946) (47). Se exceptúan de la expropiación forzosa a las fincas que por su ejemplar explotación agrícola, forestal o pecuaria puedan ser consideradas como modelo (art. 9, L. 27 abril 1946, D. 10 enero 1947, L. 15 julio 1952). Aunque se aluda a las empresas (en el preámbulo de la Ley), lo que no es caso único (48), se trata de la explotación agraria; el objeto tenido en cuenta es siempre la finca, la que está adornada por la condición de ser explotada de modo jemplar (49). Manifestación de la enemiga a la gran propiedad es también la privación a los propietarios de más de cien hec-

(45) Art. 2 g), L. 27 abril 1946, y art. 3, g), D. 10 enero 1947. Por ejemplo, molino, serrería, lagar, almazara, etc., excepto si forman parte dependiente de una explotación agrícola.

(46) Precedentes (de alcance temporal) en R. D. 9 marzo 1928, art. 4, D. 5 julio 1944.

(47) Otra causa de expropiabilidad es la puesta en riego de fincas de secano (L. 26 diciembre 1939, L. 27 abril 1946, L. 21 abril 1949).

(48) El atractivo de la terminología a la moda hará que se llame empresarios a los labradores o colonos, en sentido de titulares de la explotación de la finca (art. 3, O. 20 marzo 1943).

(49) Quizá haya parecido adecuada la denominación de empresa, por lo que significa de privilegio (no expropiable o favor administrativo) a la organización capitalista del campo.

táreas en secano y diez en regadío, del ejercicio del retracto arrendaticio (art. 16, par. 10, L. 16 julio 1949) (50).

Teniendo en cuenta la condición del titular (51) y la extensión y tipo de cultivo de los predios, la legislación agraria ensaya nuevas clasificaciones de fincas, para someter cada tipo a un régimen jurídico especial. La principal es la que distingue: patrimonio familiar, patrimonio de mayor extensión para cultivo mecanizado (también hay referencia a fincas de tipo medio), huertos familiares y patrimonios comunales (arts. 2 y 3, D. 5 julio 1944; también art. 12, O. 20 marzo 1943; art. 2, L. 27 abril 1946). Especial regulación han merecido los huertos familiares (D. 12 mayo 1950) y los patrimonios familiares (L. 15 julio 1952). En unos y otros, los derechos y facultades sobre la finca están regulados de un modo especial, pero no pueden considerarse como objetos jurídicos distintos. El patrimonio familiar es descrito como «una unidad económica integrada por las tierras a él adscritas, la casa de labor, elementos de trabajo, granjas y en general los bienes y derechos inherentes a la explotación» (art. 2, L. 15 julio 1952); pero lo cierto es que no llega a formar una unidad jurídica separada y que sólo «los bienes inmuebles», es decir, la finca con el *instrumentum fundi* (y éste, sólo como tal) es objeto de la relación agraria y la que queda especialmente vinculada (arts. 6, 9 y 10, L. 15 julio 1952); siendo de mero carácter obligacional (quizá excesivo e innecesario) la carga de sustituir los bienes muebles (art. 20, O. 27 mayo 1953).

3. *Carácter de la relación jurídica agraria.*

El carácter de la relación jurídica agraria deriva del principio o idea central que inspira a todo el Derecho agrario, la del destino de la finca rústica al cultivo agrícola. La explotación agrícola es el porqué y la condición de la consideración jurídica especial que merecen los derechos y facultades sobre los predios; en caso de carencia del cultivo adecuado, falta la razón para su protección jurídica agraria y, en cambio, se justifican las medidas represivas.

De modo especial se sanciona el dejar improductiva la finca y la explotación indebida, respecto del arrendatario rústico (artículos 11, 13, 27 y 28, L. A. R.) del titular del patrimonio familiar (arts. 3, 7 y 11, L. 15 julio 1952; arts. 14 y 25, O. 27 mayo 1953) y del titular del huerto familiar (art 7, D. 12 mayo 1950). De modo general está sancionado el debido laboreo de las tierras por la posibilidad de la expropiación (L. 27 abril 1946) y por las disposiciones sobre la intensificación obligatoria de las siembras (L. 5 noviembre 1940, D. 15 marzo 1946, O. 27 septiembre 1946).

(50) En la L. A. R. de 1935 eran 300 hectáreas en secano o 30 en regadío (art. 16).

(51) También para eximirse de la expropiación (art. 9, L. 27 abril 1946).

Además, habrá que tener en cuenta las numerosas disposiciones ministeriales sobre cupo y siembra forzosa y sobre cultivos prohibidos; pero ellas tienen un carácter anómalo, en cuanto responden a la necesidad de la intervención administrativa en épocas de crisis.

La obligatoriedad del cultivo no quita el carácter de Derecho privado a las titularidades (propiedad, usufructo, colonato, aparcería) sobre las fincas, ni siquiera les da el carácter de derecho-deber propio de los *officia* del Derecho de familia; el cultivador explota la finca en beneficio propio, en su exclusivo interés, quedando sólo expuesto a las sanciones legales (como no merecedor de la protección jurídica) si su conducta resulta perjudicial al bien común (52).

El carácter de la relación jurídica agraria y el significado en ella de sus elementos, revela el carácter del Derecho agrario. Su ámbito está determinado por el objeto de la relación; será la regulación de todo lo concerniente a los predios, en cuanto destinados a la explotación agraria. La importancia dada al cultivador no debe confundir. El Derecho agrario no es un Derecho profesional, no forma parte ni tiene afinidad con el Derecho comercial; no es un Derecho gremial como el de las antiguas ordenanzas de los mercaderes y carece del tono capitalista propio del neomercantilismo (53). Se protege al cultivador y se pretende elevar y defender su condición social, pero no en sentido clasista (bracero, labrador, agricultor titulado) sino en beneficio común, atribuyendo o favoreciendo la atribución de las titularidades agrícolas de una finca al que la trabaja directa y personalmente (Justicia social). Puede, pues, considerarse el Derecho agrario como una rama especializada por su materia (como el Derecho de familia o el Derecho del trabajo) del Derecho civil o Derecho privado general.

IV. *Las normas positivas de Derecho agrario español.*

En este apartado se intentan resumir los caracteres fundamentales de las principales disposiciones de Derecho agrario, tratando de destacar su significado económico social y sin descender a de-

(52) No parece que el titular del patrimonio familiar carezca de la condición de propietario y se convierta en un funcionario o fiduciario (como se sostuvo en la doctrina alemana respecto al «Erbhof»), aunque esté expuesto a una simplificada expropiación administrativa (art. 11).

Esta nueva forma de la propiedad es verdadera propiedad; hasta la conservadora doctrina francesa habla de «una propiedad rejuvenecida, revigorizada por su vinculación al trabajo, con la actividad concreta de los hombres: la utilización deviene la condición, hasta el fundamento del señorío sobre las cosas», THÉRY: *De l'utilisation à la propriété des choses, Etudes offertes à George Ripert*, 1950, II, pág. 20.

(53) Que sólo excepcionalmente aparece, como en la regulación de las Empresas ejemplares.

talles y matices. Para ello se sigue la clasificación antes indicada (II, 6) de grupos de normas.

1. Las disposiciones del Código civil y de la Ley hipotecaria carecen de interés a nuestro objeto, en cuanto coinciden en la general despreocupación por lo agrario, propia del tiempo de la promulgación de estos cuerpos legales (54). Sólo cabe recordar, como notable excepción, algún artículo en el que se advierte la especialidad de la explotación agraria (art. 1.056 C. c., art. 8, 2.º, L. H.; art. 44, 3.º R. H.) y el inconveniente del minifundio (artículo 1.523, C. c.).

2. El arrendamiento de fincas rústicas es, naturalmente, la figura jurídica en la que se reflejan más directamente las distintas concepciones sobre la situación jurídica del campo. En nuestro Derecho, como en el de otros países (55), se enfrentan dos tendencias respecto a la naturaleza de la concesión del disfrute de la tierra por tiempo indefinido o a largo plazo; la tradicional, de origen más o menos germánico, que la considera de carácter real y la asimila a la enfiteusis; y la romanista que la reduce a la *locatio-conductio*. La doctrina vacila (56) y en la legislación se encuentran soluciones encontradas (57). En fin, el liberalismo hace triunfar en la Ley de 8 de junio de 1813 la tesis romanista (58),

(54) Sobre el Código civil, el amplio estudio de BALLARÍN: *El Código civil y la Agricultura*, 1953 (Sep. de R. est. agro-soc., núm. 2).

(55) Así, en el Derecho alemán, GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, 1917, III, § 190, pág. 510 y ss.

(56) La mayor parte de los autores se inclinan por el carácter real del arrendamiento por más de diez años y por la asimilación a la enfiteusis del por tiempo (expreso o tácito) indefinido. P. MOLINA: *De iustitia et iure*, II, disputatio 445, 6, 465, 1, 486, 1, ed. 1733, II, págs. 498, 542, 608; L. MOLINA: *De hispanorum primogeniorum*, 1, 21, 15, ed. 1601, pág. 140; COVARRUBIAS: *Variarum Resolutionum*, 2, 16, 1, ed. 1762, II, pág. 234; ANTONIO GÓMEZ: *Ad Leges Tauri Commentarium*, 40, 84, ed. 1780, pág. 326; CANCER: *Variarum Resolutionum*, 1, 14, 26 y ss. (por costumbre en Cataluña, a los cinco años), edición 1683, I, pág. 271; VALASCO: *Quaestionum iuris emphyteutici*, 1, 29 (especialmente 19), ed. 1559, I, fol. 176 (esp. fol. 180 vto. sig.). FARIA defiende que el pacto contrario impide el paso del dominio útil. *Adiciones a Var. Res. de COVARRUBIAS*: 2, 16), 16, ed. 1712, I, pág. 332. En contra de la eficacia real, LARREA: *Novarum Decisionum Granatensis*, 72, II, ed. 1729, II, págs. 122, 123. A pesar de P. 5, 8, 19, señala lo dudoso de la cuestión GREGORIO LÓPEZ: gl. 10.

(57) La Real Provisión de 20 diciembre 1769, extiende el mandato de no ser despojados de tierras y pastos, «en beneficio de la agricultura», de los labradores de Salamanca a los demás del reino (PÉREZ LÓPEZ, XIX, págs. 12-13). En 26 de mayo de 1770 (cap. 9) se deja en libertad a los dueños para despedir a los renteros con un año de aviso (PÉREZ LÓPEZ: *id.*, pág. 16, Nov. 10, 10, 3). Por R. C. de 6 de diciembre de 1785 (PÉREZ LÓPEZ: IV, pág. 211) y R. C. de 8 de septiembre de 1794 (Nov. 10, 10, 4) se permite que los dueños despojen a los arrendadores a pretexto de cultivar la tierra por sí mismos, sólo cuando concurre la doble condición en el dueño de ser de antes labrador y tener el ganado de labor correspondiente.

(58) El preámbulo dice que se dicta para «proteger el derecho de propiedad», reparando los agravios que ha sufrido y se fomenta la agricultura y la ganadería «por medio de una justa libertad en sus especulaciones».

que será la recogida por el Código civil. La reacción tardará en producirse (59), pues hasta 1929 no recomienzan las prórrogas obligatorias de los arrendamientos rústicos (60). La Ley de 15 de marzo de 1935 intenta dar una solución definitiva al secular problema. La relación arrendaticia es enérgicamente revalorada. En favor del arrendatario se establece la prórroga (obligatoria sólo para el dueño) de modo ilimitado (art. 10) y la sucesión en el arrendamiento (art. 18), a la vez que se da eficacia real al arrendamiento respecto a los adquirentes de la finca (art. 27); la renta puede pactarse libremente, pero es revisable judicialmente (art. 7), se establece una duración mínima para el contrato (art. 9) y se prohíbe el subarriendo (art. 4). Fortalecimiento más aparente que real de la relación arrendaticia, pues se entrega al propietario (arrendador o adquirente) la posibilidad de impedir la prórroga y de recobrar así la finca, si se obliga a cultivarla directamente (arts. 17 y 27); también para favorecer la explotación directa del propietario se concede el retracto al arrendatario (art. 16) si este va a continuar en la explotación directa (art. 17). En fin, se dificulta la eficacia de la nueva regulación imponiendo la forma escrita o la escritura pública según la cuantía de la renta y la inscripción en el Registro (arts. 5, 6 y 56-64).

Suspendida a poco de promulgada (61), es restablecida la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 por Ley de 28 de junio de 1940; pues partiendo, según se dice, de que «la prudencia aconseja diferir» la organización definitiva, se intenta dar seguridad a la relación contractual, aumentando la duración mínima del contrato (art. 2), se extiende al aparcerero la protección arrendaticia (art. 7) y se da a los propietarios medios para rescatar la finca para llevarla en explotación directa (art. 4). La Ley de 23 de julio de 1942 termina con antiguas dificultades, declarando la libertad de forma del contrato (art. 2); trata de satisfacer a los propietarios (perjudicados por la devaluación de la moneda) mediante la fijación (o conversión) de la renta en trigo (art. 3); y aplaza la resolución del problema social de la situación de los cultivadores directos y personales, aumentando el plazo de prórroga en su favor, cuando la renta no exceda de 40 quintales métricos de trigo (art. 4). Al acercarse la fecha del fin de esta prórroga, la Ley de 4 de mayo de 1948 la ha extendido hasta el año 1954.

La legislación de arrendamientos rústicos ha tenido una gran importancia social; ha aumentado considerablemente el número

(59) Quizá porque los labradores más ricos se satisfacen con los despojos de la desarmortización.

(60) Art. 9, R. D. L. 21 noviembre 1929 (renovación del plazo contratado, por una vez); D. 29, abril 1931 (prórroga hasta que se resuelva el nuevo régimen de propiedad).

(61) L. 2 junio 1936 (hasta que se dicte nueva Ley de arrendamiento).

La bibliografía sobre arrendamientos rústicos es amplísima; una referencia muy completa en PÉREZ TEJEDOR, SERRANO MORENO, *Arrendamientos rústicos*, año 1951, págs. 839-852.

de cultivadores directos y ha estabilizado los arrendamientos especialmente protegidos (62); tanto que se piensa en la posibilidad de regularizar definitivamente la situación de éstos (63), reduciendo la propiedad a un derecho de censo o canon sobre la finca.

3. Para satisfacer la necesidad generalmente sentida—por razones de justicia o prudencia (64)—de que el poder directo sobre la tierra corresponda a quienes personalmente la cultiven o exploten, no se han conocido otros medios que los de la expropiación y parcelación. La ley de reforma agraria de 9 septiembre 1932 tuvo tan poca fortuna que la reacción que provocara dificulta su nuevo planteamiento, por temor a excesos demagógicos y daños a la economía.

La nueva legislación afirma «el postulado» «tan consustancial con la trayectoria político-social que viene siguiendo el nuevo Estado, cual es la difusión de los beneficios de la propiedad rústica a cuantos dedican al campo español el esfuerzo propio y el de sus familiares» (65), a la vez que proclama «el respeto a la propiedad» como «norma del nuevo Estado» (66).

En consecuencia, la expropiación sólo se ejercerá con finalidades concretas para mejora de la producción y, sobre todo, para la transformación del secano en regadío (L. 26 diciembre 1939, 21 abril 1949) y para la resolución de un problema social de carácter no circunstancial (L. 27 abril 1946), siempre mediante el abono de la debida indemnización (67). La consiguiente obra de transformación, parcelación y colonización está encomendada al Instituto Nacional de Colonización (D. 21 noviembre 1947). La labor ya realizada es muy importante, pero, quizá por un prurito de detallada perfección, no de la amplitud deseable (68).

4. Las disposiciones con propio sentido de Derecho agrario renovador son de un alcance reducido, tanto las de carácter general, como las reguladoras de las situaciones creadas por la colonización.

(62) Se calculan 2.102.950 propietarios cultivadores directos, 460.400 aparceros, 816.600 arrendatarios protegidos, 359.200 arrendatarios no protegidos. GARCÍA DE OTEYZA: *Los regímenes de explotación del suelo nacional*, R. est. agro-soc. 1952, pág. 59. Muchos arrendatarios han podido hacerse propietarios por el enriquecimiento producido por la revalorización de los productos agrícolas.

(63) Pues, prácticamente, han venido prorrogándose desde 1929.

(64) AYAU: *La revolución verde*, R. est. agro-soc. 1952, pág. 9.

(65) Preamb. D. 14 marzo 1947; también el de la L. 8 junio 1947.

(66) Preamb. D. 23 julio 1942. Compárese los de leyes 27 abril 1946, 18 diciembre 1952 y 15 julio 1952.

(67) La jurisprudencia del T. S. ha protegido continuamente a los propietarios, rechazando las valoraciones de la Administración por insuficientes.

(68) Sobre estas normas, MONTERO: *Modernas orientaciones de la colonización agraria en España*, A. D. C. 1949, págs. 1049-1077; *Un proceso legislativo interesante*, «Estudios», IV, 20 (1950), Instituto Nacional de Colonización. GONZÁLEZ PÉREZ: *La colonización en zonas regables*, R. E. P., 18, número 48 (1949), págs. 154-167. MERCHÁN, LÓPEZ SANTAMARÍA, *Colonización y parcelaciones*, 1950.

Como «normas de carácter provisional» dictadas a «título experimental», se dictan las de la Ley de concentración parcelaria de 18 de diciembre de 1952 para aplicarla a «reducido número de zonas del país», de características distintas, para, sobre los resultados de las muestras, elaborar una ley de carácter general para toda la nación. Se crean las «unidades mínimas de cultivo» (artículo 3), se impone la concentración parcelaria para acabar con las parcelas de extensión inferior y para asignar a cada propietario en coto redondo o en reducido número de parcelas el equivalente de lo que poseía (art. 4), y, una vez realizada la concentración, las fincas de extensión igual o inferior a la fijada para las unidades mínimas de cultivo tendrán la condición de cosas indivisibles y, en fin, se declara inválida toda parcelación que dé origen a parcelas de extensión inferior a dicha unidad (art. 9) (69).

La ley de 15 de julio de 1952 sobre explotaciones agrarias ejemplares mantiene la tendencia legislativa de exceptuar de la expropiación para la resolución de un problema social (70) a las explotaciones que, perteneciendo a una persona física y cultivadas directamente por ella, «constituyen un modelo de organización económica y técnica y proporciona a cuantos contribuyen con su trabajo a la explotación, condiciones estables de vida dentro de las actuales exigencias sociales» (art. 1), favoreciéndose ahora, además, con premios, préstamos, auxilios, preferencias en adjudicaciones y repartos, y derecho a la concesión de becas (art. 4).

Los lotes que el Instituto Nacional de Colonización adjudique con carácter definitivo podrán constituir patrimonios o huertos familiares. El patrimonio familiar, conforme a la ley de 15 de julio de 1952, debe servir de «soporte a una familia campesina». El patrimonio se constituye con el lote adjudicado por el Instituto, por sí solo o en unión de bienes inmuebles y muebles (elementos de trabajo) aportados por el adjudicatario (arts. 1 y 2) y ha de ser suficiente para sustentar y absorber la capacidad de trabajo de una familia campesina (art. 3). Dichos bienes inmuebles forman «una unidad jurídicamente indivisible» (art. 6), inembargable y que no responde de las deudas del titular (art. 10). La transmisión sólo puede hacerse unitariamente; la *inter vivos* precisa para su eficacia de la autorización del Ministerio de Agricultura (art. 7), la *mortis causa* habrá de hacerse conforme a las especiales disposiciones legales (arts. 12-16); sólo podrá pedirse la desintegración o disponerse testamentariamente en favor de más de un sucesor si cada una de las partes resultantes reúne los requi-

(69) GONZÁLEZ PÉREZ: *La concentración parcelaria*, A. D. C. 6, 1.º (1953), páginas 133-172.

(70) La base 6.ª, regla d) de L. reforma agraria de 1932 exceptuaba de la expropiación a las «fincas que por su ejemplar explotación o transformación pueden ser consideradas como tipo de buen cultivo técnico o económico». La ley 27 abril 1946, art. 9, 2.º, las exceptúa, y el D. 10 enero 1947 las regulaba.

sitos propios de un patrimonio (art. 6 y 13). El titular queda obligado a la buena explotación de la finca y al cumplimiento de sus «deberes primordiales de familia», so pena de expropiación (artículo 11) (71).

Se considera huerto familiar a «la pequeña parcela de regadío, próxima a un poblado, en la que una familia campesina pueda obtener de su cultivo, en horas libres de su trabajo, productos hortícolas con los que atender a sus necesidades elementales de consumo» (art. 5.º, D. 12 mayo 1950); se concede con carácter intransferible, pasando, en caso de fallecimiento del titular, a la viuda; en su defecto, a los hijos solteros que sigan viviendo bajo el mismo techo, y en otro caso, al hijo de familia más numerosa (art. 6), quedando obligado el beneficiario a la explotación directa y personal a uso de buen labrador y perdiendo el beneficio si adviene a mejor fortuna (art. 7) (72).

(71) Desarrollado por O. 27 mayo 1953, de acusado carácter intervencionista.

(72) Después de escrita y remitida la comunicación se han publicado dos importantes disposiciones, la O. de 27 de junio de 1953, de carácter reglamentario, sobre la constitución de patrimonios familiares, y la Ley de 3 de diciembre de 1953, sobre declaración de fincas manifiestamente mejorables.

Sucesión en los arrendamientos

Transmisión «mortis causa» de los derechos y obligaciones del arrendatario

JOSE FERRANDIS VILELLA

Doctor en Derecho

Profesor A. de Derecho Civil en la Universidad de Madrid

Como punto de partida, hay que plantear la cuestión de si es el arrendamiento un derecho transmisible o, si por el contrario, es de los que se extinguen por la muerte del titular.

El Derecho romano admitió la sucesión en los derechos del arrendatario. Con todo, en algún texto se acoge esta sucesión con cierta reserva. Así, sentencia Labeón que el heredero del colono posee por el señor, sin ser en realidad colono: «Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo» (D. 19, 2, 60). Pero, frente a esta extraña idea, leemos en las Instituciones (párr. 6, «de locatione»): «Mortuo conductor intra tempora conductione, heres eius eodem iure conductionem succedit.» Y en una constitución de Gordiano, se establece que si el arrendamiento es perpetuo se transmite a los herederos, y si es temporal, también incumbe al heredero la carga del contrato durante el tiempo de la locación (1).

Es decir, que pactado el arrendamiento por un número determinado de años, la muerte del titular no permite al arrendador expulsar a los herederos de aquél, ni es causa suficiente para que dichos herederos pretendan desconocer las obligaciones inherentes al arrendamiento concertado por su causante. Sólo al cumplirse el término de aquel contrato podrán los herederos—como hubiera podido su causante—dar por terminada la relación (2), quedando en pie, por supuesto, la posibilidad de que ésta se prorrogue por el mecanismo de la «relocatio tacita».

(1) «Viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere heredis conductoris existimans, quum sive perpetua conductio est, etiam ad heredes transmitatur, sive temporalis, intra tempora locationis heredi quocumque onus contractus incumbat». (El Emperador Gordiano a Pomponio, C. 4,65,10.)

(2) En este sentido, vid. C. 4,65,11: «Invitos conductores seu heredes eorum post tempora locationis impleta non esse retinendos, saepe rescriptum est». El texto, al reconocer que los arrendatarios y sus herederos no pueden ser retenidos contra su voluntad una vez cumplido el tiempo de la locación, presupone que la muerte del arrendatario no ha extinguido el contrato, sino que ha traspasado a sus herederos los derechos y obligaciones que como arrendatario le correspondían.

El proyecto de Código civil de 1851 disponía en su artículo 1.500: «No se acaba el arrendamiento por muerte de ninguno de los contratantes.» Tal precepto no pasó, sin embargo, al Código civil, pero la generalidad de la doctrina entendió que no era el arrendamiento una relación jurídica de las que se extinguen por la muerte del titular, fundándose para ello en la declaración general contenida en el artículo 1.112, según el cual «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario», y en el precepto del artículo 1.257, expresivo de que «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley».

El mismo criterio había inspirado a la legislación francesa y a la italiana de 1865, si bien en una y otra el legislador había sido más terminante que en la nuestra, estableciendo expresamente la transmisibilidad «mortis causa» de la relación arrendaticia. «El contrato de arrendamiento no se resuelve por la muerte del arrendador ni por la del arrendatario», disponía el artículo 1.596 del Código italiano (3), copia exacta del 1.742 del Code Napoléon. Y los tratadistas de uno y otro país coincidían en considerar estos preceptos como aplicación respectiva de la regla general contenida en los artículos 1.122 del Código francés y 1.127 del italiano (también idénticos entre sí), según los cuales ha de entenderse que cada uno de los contratantes estipula para sí y para sus herederos o causahabientes, a no ser que se exprese lo contrario o resulte así de la naturaleza del contrato.

Ruggiero, al estudiar el arrendamiento, señala que no es esencial al contrato el que el arrendatario use personalmente la cosa. Prueba de la impersonalidad del goce—dice después—es que la muerte de una de las partes no es causa de resolución del contrato; la finalidad del contrato no se pierde, aunque el titular del goce muera (4).

Así, pues, la muerte de las partes transmite sus derechos y obligaciones a los herederos. El contrato pasa activa y pasivamente a los herederos del arrendador o del arrendatario y continúa en ellos por todo el tiempo que todavía deba transcurrir hasta cumplirse el término de su duración.

(3) El nuevo Código italiano no ha reproducido la norma del art. 1.596 del antiguo, según Visco, porque se ha pensado que no era necesario decirlo, dado que tratándose de una relación de naturaleza patrimonial, las obligaciones y los derechos se transmiten a los herederos (Visco, *Le case in locazione nel Diritto vigente*, 4.^a ed., Milano, 1953, pág. 372). (Vid. también M. D'AMELIO-E. FINZI, *Codice Civile. Commentario. Libro delle Obligazioni*, Firenze, 1947; vol. II, parte I, págs. 331-332).

(4) RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. esp., t. II, vol. 1.^o, págs. 366 y 372.

Hay, sin embargo, algunas excepciones a esta regla general. La doctrina cita las siguientes:

a) Que expresamente se haya pactado lo contrario.

b) Que el arrendador no fuese propietario, sino usufructuario, en cuyo caso su muerte extinguiría el arrendamiento. Esta excepción está expresamente reconocida en nuestro Código al establecer en su artículo 480 que todos los contratos que como tal celebre el usufructuario se resolverán al fin del usufructo, si bien el arrendamiento de fincas rústicas se considerará subsistente durante el año agrícola.

c) Pothier señala que se extinguirá el contrato de arrendamiento a la muerte del arrendador si se hizo por todo el tiempo que fuera de su gusto; y lo mismo, al fallecimiento del arrendatario si se hubiera hecho por el tiempo que éste quisiera continuar en el arrendamiento (5). Idea que ya había admitido el Derecho Romano (6).

d) Que hayan influido en la celebración del contrato las circunstancias especiales de las personas. En cuyo caso nos encontramos con un arrendamiento concertado («intuitu personae») (7).

e) Que los sucesores no puedan cumplir las obligaciones propias del contrato tal como fueron pactadas (8).

Suele decirse que el Derecho alemán ha adoptado un criterio completamente opuesto sobre esta materia. Pero esto sólo en parte es cierto. Para el arrendamiento de uso («Miete»), en caso de fallecimiento del arrendatario el B. G. B. concede, tanto a los herederos de éste como al arrendador, la facultad de denunciar el contrato (parágr. 569). Lo que equivale ciertamente a negar la sucesión en el contrato, pues para que ésta se produzca hará falta que ambas partes (arrendador y herederos del arrendatario) estén de acuerdo en que así sea; de lo contrario cualquiera de ellas podrá excluirla sin más que ejercitar la facultad de denuncia que legalmente se le reconoce. Por el contrario, para el arrendamiento de uso y disfrute («Pacht») dispone el Código alemán que, en caso de fallecimiento del arrendatario, pueden denunciar el contrato sus herederos, pero no el arrendador (parágr. 596) (9). Con lo que queda al arbitrio de dichos herederos el que tenga o no lugar la sucesión en el arrendamiento, o, lo que viene a ser lo mismo, se produce una sucesión a la que el llamado puede renunciar.

(5) POTHIER, *Traité du contrat de louage (Oeuvres, t. IV)*, 2.^a ed., Paris, 1861, pág. 112. Y añade: «Pero en uno y otro caso yo creo que el arrendatario o sus herederos deben acabar el año comenzado.»

(6) «Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is qui eam locasset dissetve, vellet, morte eius qui locavit, tollitur». (D. 19,2,4).

(7) FUBINI, *Il contratto di locazione di cose*, 2.^a ed., Milano, 1910, vol. II, págs. 727-728; ABELLO, *Trattato della locazione*, 2.^a ed., Napoli-Torino, 1915-19, vol. I, pág. 764 ss.

(8) FUBINI, ob. y loc. citis.

(9) Vid. ENNECERUS, *Tratado... (Derecho de Obligaciones, vol. 2.º, páginas 148 ss., 210 ss.)*

Volviendo a las legislaciones del grupo latino, en las que hemos visto reconocido el principio de la sucesión en el arrendamiento, interesa poner de manifiesto un curioso detalle. Hoy entendemos que las normas que reconocen a los herederos del arrendatario el derecho a seguir ocupando la vivienda, o a continuar explotando las tierras que aquél hubiera recibido en arriendo, se han dictado precisamente con el designio de proteger y favorecer a esos mismos herederos. Sin embargo, la doctrina anterior a las legislaciones especiales partía muchas veces del punto de vista contrario al enjuiciar estos supuestos de sucesión. Así, Baudry-Lacantinerie, a propósito del artículo 1.742 del Código francés, observa que la regla contenida en él (subsistencia del arrendamiento a la muerte de las partes) se justifica más fácilmente cuando se trata de la muerte del arrendador que en el caso de fallecimiento del arrendatario. Es raro, a juicio de este autor, que los herederos del arrendatario tengan la competencia necesaria para conducir acertadamente la cosa arrendada, que ejerzan la misma profesión que su causante arrendatario de un negocio, o que deseen habitar la vivienda alquilada. Por otra parte, el arrendatario, al concluir el arriendo sólo ha tenido en cuenta sus propias necesidades y su comodidad personal y no ha querido gravar a sus propios herederos con la carga del arrendamiento (10). Sin embargo, el arrendador ha querido recabar de su propiedad un rédito duradero y no debe quedar expuesto a los inconvenientes de la extinción súbita e imprevista del arrendamiento. Sin duda, por esta razón—concluía el citado autor—, el artículo 1.742 ha querido aplicar la disposición del 1.122, según la cual las obligaciones y los derechos de las partes se transmiten a sus herederos (11).

También Ruggiero señala que el rigor del principio establecido en el artículo 1.596 del Código italiano puede determinar graves consecuencias; «tanto en el arrendamiento de la casa habitación como en el de los campos, puede la muerte del arrendatario cabeza de familia hacer excesivamente onerosa para los huérfanos la prosecución del arrendamiento, y si bien en la práctica tales arriendos se resuelven por voluntad del arrendador, precisan las oportunas providencias legislativas que se inspiren en la equitativa conciliación de los opuestos intereses de ambas partes» (12).

Entre nosotros, Castán hace notar que el sistema resulta injusto en muchas ocasiones, y de ahí que las legislaciones más modernas, como el Código alemán y el suizo, hayan atenuado sus rigores, permitiendo a los herederos del inquilino denunciar el con-

(10) Esta expresión («la carga del arrendamiento») resulta hoy chocante referida a los herederos del arrendatario. También GORDIANO, en el texto que transcribimos en la nota 1, habla del «onus contractus».

(11) BAUDRY-LACANTINERIE. *Del contrato di locazione* (trad. ital. con notas de BARASSI), vol. I, n. 1.262.

(12) RUGGIERO, ob. y vol. cit., pág. 372.

trato en ciertas ocasiones (13). (Sin embargo, al referirse inmediatamente después a la legislación de Arrendamientos Rústicos, señala que ha tenido que modificarse el sistema de prórroga legal a voluntad del arrendatario «para no otorgar a los herederos un beneficio que, en muchos casos, sería excesivo».) Todavía en las últimas ediciones del Tratado de Planiol se dice que en el arrendamiento de locales destinados a vivienda debería reconocerse una facultad de resolución a los herederos del arrendatario, facultad que la Ley no reconoce, pero que la práctica ha introducido en un gran número de arrendamientos (14). Y los comentaristas del nuevo Código Civil italiano señalan que al obligar a los herederos del inquilino a continuar haciendo frente al arrendamiento urbano, puede suceder que con ello se les impongan obligaciones desproporcionadas a sus posibilidades, y de ahí la facultad que se les reconoce para denunciar el contrato en ciertos supuestos (15).

Es indudable que, en la actualidad, el tono social de las legislaciones especiales de arrendamientos se ha concretado en una mayor protección a los arrendatarios. Las normas que regulan la sucesión en los arrendamientos se interpretan como un beneficio concedido al arrendatario, porque, ciertamente, en la mayoría o en la casi totalidad de los casos los herederos de éste desean continuar ocupando la vivienda o local, o cultivando las tierras arrendadas, y no sólo lo desean, sino que lo necesitan por suponerles lo contrario gravísimo perjuicio. Sin embargo, pese a estas tendencias y pese a tales puntos de vista, creemos que no hay que olvidar que lo que, en definitiva, se plantea aquí es el problema de la sucesión en un contrato, que, por lo tanto, interesa y afecta a ambas partes. La sucesión en los derechos y en las obligaciones del arrendatario puede representar también un interés del arrendador y podemos imaginar casos en los que sea éste quien haga valer las normas en cuestión frente a los herederos de aquél.

Pasemos ahora a estudiar la regulación que de la sucesión en los derechos y obligaciones del arrendatario se contiene en nuestra legislación especial vigente.

Dicha legislación especial diversifica los supuestos de arrendamiento de inmuebles, de modo que se forman con ellos cuatro categorías, cada una con sus propias normas. Dentro de los arrendamientos rústicos se distinguen los que pudiéramos llamar «normales» (regidos por la Ley de 15 de marzo de 1935) de los «especialmente protegidos» (amparados por la Ley de 23 de julio de 1942). Dentro de los arrendamientos de fincas urbanas, la Ley de 31 de diciembre de 1946 distingue entre el arrendamiento de vi-

(13) CASTÁN: *Derecho Civil español...*, 7.^a ed. Madrid, 1953, t. IV, páginas 267-268.

(14) PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit Civil*, 3.^a ed., Paris, 1949, vol. II pág. 815.

(15) Así se expresan D'AMELIO Y FINZI a propósito del artículo 1.614 del Código italiano de 1942 (ob. cit., pág. 318).

viendas o inquilinato y el de locales de negocio. Pues bien, por lo que se refiere a la sucesión en el arrendamiento se han dictado para cada uno de estos supuestos reglas, no ya distintas, sino, al menos aparentemente, dispares y contradictorias.

Arrendamientos rústicos «normales».—«Por fallecimiento del arrendatario se extingue el arrendamiento, salvo el caso en que los herederos sean el cónyuge, parientes en cualquier grado de la línea directa o hasta el segundo grado de la colateral, los cuales podrán optar por la rescisión del contrato o su continuación con todos los derechos y obligaciones que, emanados del arrendamiento, correspondían a su causante» (art. 18 de la Ley de 1935).

Arrendamientos rústicos «especialmente protegidos». — «Los derechos conferidos en esta Ley a los arrendatarios cultivadores directos y personales de fincas sujetas a arrendamiento con renta regulada por una cantidad de trigo que no exceda de 40 quintales métricos, no se extinguirán por el fallecimiento de aquéllos y se entenderán transmitidos, en tal caso, al familiar cooperador del causante en el cultivo de la finca que éste hubiese designado en su testamento. Si no se hubiese hecho esa designación, los familiares cooperadores, en el plazo de dos meses, a contar desde el fallecimiento del arrendatario, elegirán por mayoría entre ellos al que haya de figurar como titular del arriendo. Cuando dichos arrendatarios no procediesen en el plazo fijado a hacer esa elección, deberá el arrendador designar entre todos los familiares cooperadores al sucesor del arrendatario en los derechos derivados del contrato de arriendo» (art. 4, párrafo tercero, de la Ley de 1942).

Arrendamientos urbanos.—a) Viviendas.—«Si durante la vigencia de un contrato de inquilinato falleciere el inquilino, su cónyuge, si convivía con él, y sus parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que habitaren en la vivienda con un año de anterioridad al óbito, podrán continuar ocupándola sin necesidad de celebrar nuevo contrato, quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido» (art. 71 de la Ley de 1946).

Arrendamientos urbanos.—b) Locales de negocio.—«Por el mero hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio, ocurrido bajo la vigencia del contrato, podrá advenir arrendatario el heredero; y a falta de éste o de su deseo de continuar el arrendamiento, el socio, aun en el supuesto de una sociedad civil» (art. 73 de la misma Ley).

Aunque se trata de normas bien conocidas, hemos preferido reproducirlas, pese a su extensión, para mejor poner de manifiesto la diversidad de criterio que las anima. Como puede verse, los términos son distintos en cada caso: «Por fallecimiento del

arrendatario *se extingue* el arrendamiento...» (Ley de 1935). «Los derechos conferidos en esta Ley a los arrendatarios... *no se extinguirán* por el fallecimiento de aquéllos...» (Ley de 1942). «... *podrán continuar ocupándola...*» (Ley de 1946, art. 71). «... *podrá advenir arrendatario el heredero...*» (Idem, art. 73).

Y todavía habrá que añadir a estos cuatro supuestos una última categoría: la de los arrendamientos de cosas regidos por el Código civil, tales como los arrendamientos de muebles y aun los de inmuebles expresamente excluidos del régimen de la legislación especial (viviendas «de temporada», industrias o negocios arrendados juntamente con un local). Para estos supuestos será de aplicación el régimen que implícitamente establecía el Código y que antes de producirse la legislación especial se aplicaba a todos los arrendamientos; es decir, no se extinguirá la relación arrendaticia a la muerte del titular arrendatario, por aplicación de los artículos 1.112 y 1.257 ya citados, con las excepciones que al principio hemos señalado.

¿No hay posibilidad de reducir a unidad la diversidad que se manifiesta en las normas que hemos transcrito? Creemos que sí. Pese a que algunas de ellas sean de expresión incierta y aun negativa, no vacilamos en formular desde este momento un principio **unitario**: *la muerte del arrendatario no extingue el contrato de arrendamiento*.

Esta afirmación requiere algunas aclaraciones, teniendo en cuenta las citadas normas que sobre el particular se contienen en la legislación especial. Parece conveniente considerar separadamente cada uno de los supuestos aludidos, y así lo haremos, aunque limitándonos, de momento, a estudiar la sucesión en los arrendamientos urbanos. Por de pronto hemos de advertir que la regla general de la transmisión «mortis causa» de los derechos del arrendatario queda *modificada* (pero no *derogada*) por el tono social de las legislaciones especiales.

Arrendamientos urbanos.—a) *Viviendas.*—Al principio de este trabajo hemos hecho una breve referencia al Derecho Comparado (Francia, Italia, Alemania) al señalar como regla general la transmisibilidad del arrendamiento. Referencia limitada a las normas contenidas en las Codificaciones, que ahora hemos de completar, porque también en aquellos países, como en el nuestro, ha resultado insuficiente la regulación contenida en los Códigos y ha sido preciso dictar normas especiales a tono con la gravedad de los problemas que surgen en nuestros días en torno a la relación arrendaticia.

En Alemania (16), el párrafo 569 del B. G. B. (vid. supra)

(16) Me ha sido de gran utilidad la ayuda de mi amigo y compañero Carlos Melón Infante, que tiene sobre el Derecho alemán tan profundos conocimientos como puntual información.

sigue siendo la norma fundamental. Pero se han dictado reglas complementarias que introducen importantes limitaciones en el derecho del arrendador a denunciar el contrato en caso de muerte del arrendatario, inspiradas en el deseo de proteger a los miembros de la familia de éste. La Ley de Protección al Arrendatario (de uso), en su redacción de 15 de diciembre de 1942, dispone que si muere el arrendatario, sus parientes (17) se subrogarán en sus derechos y obligaciones siempre que en el momento de la muerte formasen parte de su hogar doméstico. En tal caso no se admite una denuncia del arrendador, conforme al párrafo 569 del Código civil. Y no se toman en consideración las determinaciones en contra que pudieran haberse pactado en el contrato (párr. 19, apartados I y II, de la Ley citada).

En Francia, la Ley de 1 de septiembre de 1948 (18) en caso de muerte del inquilino (19) concede a los miembros de su familia o a las personas a su cargo el derecho a continuar el arrendamiento de la vivienda, siempre que hubieran vivido habitualmente con él durante más de seis meses (art. 5, párrafo primero). A este derecho no se puede renunciar sino después de expirar el arrendamiento (art. 16).

En Italia, la Ley de 23 de mayo de 1950 establece que en caso de muerte del arrendatario de inmueble destinado a habitación la prórroga opera solamente en favor del cónyuge, de los herederos, de los parientes y de los afines del difunto que con él hubieran convivido habitualmente (art. 1, párrafo cuarto) (20).

Volviendo al Derecho español, los términos en que se expresa el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, antes transcrito (21), han dado lugar a diversas explicaciones doctrinales

(17) Hay que destacar la amplitud con que la Ley otorga el beneficio de la sucesión. En general se reconoce este derecho a los «*Familienangehörigen*», término equivalente a «parientes» en el más amplio sentido, por lo que parece que corresponderá tanto a los consanguíneos («*Verwandte*») como a los afines («*Verschwägte*»).

(18) «Ley para la modificación y codificación de la legislación relativa a las relaciones de arrendadores y arrendatarios u ocupantes de locales de habitación o de uso profesional», etc.

(19) Y lo mismo en el caso de abandono de domicilio por parte del titular arrendatario.

(20) Todavía era más amplia la fórmula en el Proyecto de esta Ley, pues se pretendía hacer entrar también a la «cameriera» o la «governante» que hubieran vivido en la casa del difunto. Tal como ha quedado redactado el artículo citado, éstas tendrán derecho a continuar en la vivienda sólo en el caso de haber sido instituidas herederas (vid. Visco, ob. cit., pág. 309).

(21) El artículo 71 tiene sus precedentes inmediatos en los anteriores Decretos sobre alquileres que son antecedentes de la misma L. A. U. Todavía pueden citarse, no obstante, precedentes más remotos. Un auto acordado de 31 de julio de 1792 (Carlos IV), disponía: «Muerto el inquilino, pueda continuar en la misma habitación su viuda; y si no la tuviese o no quisiese, uno de sus hijos en quien se conviniere los demás; y no conformándose, el mayor en edad.» (Novísima Recopilación, Lib. X, tit. 10, ley 8).

para justificar la forma en que regula la continuación del contrato por determinados parientes del arrendatario.

Nada se resuelve diciendo, como lo hace Cerrillo, que la facultad sucesoria reconocida en los artículos 71 y siguientes de la L. A. U. constituye un derecho «sui generis» (22). Expediente cómodo, que si se generalizase nos dejaría privados de sistema, condenando al jurista a estudiar una larga serie de derechos «sui generis».

El mismo autor señala que, contra la opinión general, que configura esta institución como un típico derecho sucesorio, algunas sentencias lo configuran más que como verdadera sucesión arrendaticia, como un caso de subrogación o sustitución en el arrendamiento (23). Creemos que en tales sentencias no hay sino un juego de palabras sin más trascendencia. Porque no hay que perder de vista que esa «subrogación» o «sustitución» se produce precisamente por la muerte de una persona. ¿En qué se diferencia, pues, de la sucesión «mortis causa»? ¿Habrá que pensar que también cuando el heredero del vendedor asume los derechos y obligaciones de su causante no hay sucesión sino una simple «subrogación» en el contrato de compraventa? (24).

Nart nos ofrece otra explicación muy sugestiva, pero, a nuestro juicio, inaceptable. Según este autor, la sucesión en el inquilinato se basa en que el legislador ve en la convivencia de los parientes con el inquilino una «comunidad familiar de disfrute». La Ley admite que por la convivencia familiar con el arrendatario se ha creado una «comunidad en el derecho». Y la desaparición de un comunero produce el «acrecimiento» del derecho del sobreviviente (25).

Inadmisible. Ésa pretendida «comunidad en el derecho» no tiene manifestación alguna ni en vida del inquilino ni después de su muerte. En vida del inquilino sólo su voluntad juega para concertar el arrendamiento, para permanecer en él, para ejercer sus

(22) «En realidad se trata, en definitiva, de tipo de sucesión excepcional y *sui generis* entendida en el sentido amplio de cambio meramente subjetivo en una relación de derecho con régimen privativo y de contenido análogo a la vinculación.» (F. CERRILLO: *La sucesión en el arrendamiento urbano* en «Foro Gallego», 74, 1951, págs. 113 y ss.)

(23) Estudia especialmente la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de abril de 1950. (Lcc. cit. págs. 117-118).

También BELLÓN habla de «subrogación» al estudiar el artículo 71. (*Régimen legal de los Arrendamientos Urbanos*, 2.ª ed. Madrid, 1949, págs. 210-212.)

(24) En obra muy reciente se vuelve a hablar de derecho *sui generis*, que no constituye sucesión porque «la persona favorecida por el artículo 71 no puede disponer del derecho que se le concede ni *inter vivos* ni *mortis causa*» (FUENTES-LOJO, FUENTES, CÓRDOBA: *Suma de Arrendamientos Urbanos*, Madrid-Barcelona, 1953, pág. 166 y ss.). Según este criterio, tampoco serían «sucesores» el heredero fiduciario en los casos de sustitución fideicomisaria, ni los que reciban una cuota o bienes concretos en usufructo, ni los favorecidos con un legado que les atribuya un derecho real de uso o de habitación, y tantos otros.

(25) NART: *Ex-arrendamientos*, en «Anuario de Derecho Civil», 1951, páginas 891 y ss. (Vid. págs. 936-938).

derechos y para cumplir sus obligaciones. La comunidad se dará exclusivamente a los efectos del Derecho de Familia y dentro de ella existirán las relaciones personales y patrimoniales propias del estatuto familiar. Pero a tal forma de comunidad no se le pueden aplicar las normas de la comunidad de bienes, que es, en definitiva, una especie del género «cotitularidad». No podemos imaginar que, en relación con el arrendamiento de la vivienda, hayan de tomarse decisiones por unanimidad o por mayoría entre las personas, ligadas por vínculos parentales, que habitan en ella. No hay cotitularidad porque no hay más titular que el arrendatario y éste puede, si lo desea, abandonar la vivienda dando por terminada la relación arrendaticia, sin que ninguno de sus familiares tenga intervención en actos que, como éste, dependen de la libre voluntad del inquilino.

Tampoco a su muerte puede producir efectos esa «comunidad familiar de disfrute» de que se nos habla. Podrá haber una comunidad hereditaria entre sus herederos si están llamados conjuntamente a la sucesión. Pero no es de eso de lo que aquí se trata, sino de la comunidad en el disfrute (26) de la vivienda entre los parientes del inquilino fallecido. Ni la desaparición de éste —que no es, como se pretende, un comunero— produce el «acrecimiento» en favor de los sobrevivientes. Si hubiera comunidad, el acrecimiento se produciría en favor de todos los copartícipes. Y, sin embargo, puede no ocurrir así y la Ley ha salido al paso de las posibles desavenencias entre los parientes del inquilino fallecido estableciendo en el artículo 72 un orden de prelación (cónyuge, hijos, padres, nietos, etc.) (27).

También el comentarista García Royo nos habla de comunidad. Dice así: «Aplicando análogicamente el artículo 392 del Código civil, cabe afirmar que al fallecer el titular inquilino surge una comunidad jurídica en la expectativa o derecho expectante para suceder en el contrato, integrada por cuantas personas se crean con aptitud al efecto, según las normas del artículo 71; por cuya razón, usando también análogicamente el artículo 398 del mismo Cuerpo legal y el 4.º de la Ley de Arrendamientos rústicos de 1942, dichos beneficiarios pueden decidir por mayoría simple quién haya de suceder definitivamente en el inquilinato.» (28).

Esta construcción es sumamente artificial. Ya es bien poca cosa

(26) La misma palabra «disfrute» es impropia. En el arrendamiento urbano no hay disfrute porque no se tiene derecho a frutos, sino solamente al uso de la vivienda.

(27) Este artículo 72 es revolucionario desde el punto de vista del Derecho Sucesorio. Trastorna el orden de la sucesión intestada llamando al cónyuge antes que a los hijos y a los padres antes que a los nietos. Y, si bien el artículo 71 limita el círculo de sucesores *ab intestato* (sólo hasta el tercer grado) amplia, por otra parte, la esfera de éstos con el llamamiento a los parientes por afinidad.

(28) GARCÍA ROYO: *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1948, vol. II, primera parte, pág. 53.

esa «comunidad jurídica en la expectativa». Pero, además, no hay razón para ese acuerdo por mayoría que elija al sucesor en el inquilinato, por cuanto la Ley ha establecido un orden de prelación. Supongamos que en esa votación el grupo más numeroso de parientes elige a persona distinta del cónyuge; como la Ley, al establecer el orden de prelación, llama al cónyuge en primer lugar, éste podrá hacer valer su derecho y dejar sin efecto el flamante acuerdo mayoritario (29). Y una vez convertido en titular del arrendamiento nada le impedirá despedir a los demás parientes (incluso a los hijos mayores de edad) si la convivencia con ellos no le resulta grata. ¿En qué queda entonces la pretendida comunidad?

El mismo García Royo, después de explicar el mecanismo de la sucesión en los términos transcritos, señala que tanto el arrendador como cualquiera de los parientes beneficiarios que se considere postergado podrá impugnar la designación hecha por acuerdo de la mayoría. Esto es cierto, pero lo que en realidad ocurre es que ese acuerdo no tiene el menor interés ni sirve para nada; lo que importa es que los llamados preferentemente quieran continuar, y si así lo quieren, tanto da que los demás les presten su voto de asentimiento como que se lo nieguen al unísono. En cualquier caso sucederá el beneficiario favorecido por la prelación legal.

Pese a este mosaico de opiniones y teorías, lo cierto es que la doctrina no acaba de desprenderse de la palabra *sucesión* al estudiar el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Y, en verdad, de sucesión se trata, aunque sometida a un régimen especial distinto del sistema sucesorio consagrado en el Código civil. Con ello nos encontramos en presencia de dos ordenamientos sucesorios *distintos, pero no contradictorios*. La sucesión en el arrendamiento de viviendas podrá apartarse de las reglas que gobiernan la *herencia*, pero no por ello dejará de constituir un supuesto de *sucesión*. Importa mucho no confundir herencia y sucesión, y separando estos conceptos se evitará el peligro de negar a una transmisión el carácter «sucesorio» por el sólo hecho de que no funcione dentro del mecanismo «hereditario».

Estas ideas requieren alguna aclaración. Decimos que la sucesión establecida en el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se aparta del sistema que organiza la sucesión hereditaria en el Código civil. Dos circunstancias determinan en el precepto citado el llamamiento al sucesor en el arrendamiento: de una parte, el parentesco con el inquilino fallecido; de otra, la convivencia con él. De ahí que el arrendamiento y la herencia puedan seguir distinto camino, porque si ésta se ha deferido por testamento a perso-

(29) La aplicación «analógica» del artículo 398 no tiene razón de ser aquí. Este artículo se refiere a los acuerdos relativos a la «administración y mejor disfrute de la cosa común». En el supuesto de referencia no se trataría de un simple acto de administración, sino que estaría en juego el «ser o no ser» de la pretendida comunidad puesto que del acuerdo dependería nada menos que la determinación del titular del contrato de arrendamiento.

nas en las que no concurren los dos requisitos previstos—por ejemplo, a extraños, o a parientes que no vivieran en compañía del testador—éstos serán herederos, pero no sucederán en el arrendamiento. Y si la herencia, a falta de testamento, se defiere según las reglas de la sucesión intestada, tampoco los herederos legítimos sucederán en el arrendamiento si no unen a su condición de parientes del inquilino fallecido la circunstancia de la convivencia con él por el tiempo que en el artículo 71 se señala.

Es indudable, pues, que si bien pueden coincidir en la misma persona la condición de heredero y el derecho a suceder en el contrato de arrendamiento, se trata, sin embargo, de dos sucesiones distintas. Ello ha hecho decir a Rodríguez Valcarce que «nos hallamos ante una sucesión *mortis causa* singular, de tipo germánico, basada en la teoría de los patrimonios separados con masas diferenciadas, rompiéndose el sistema romano, regla general en nuestro ordenamiento, al prescindir de la contemplación unitaria de la herencia con su fraccionamiento en cuotas ideales» (30).

Esta explicación nos parece la más acertada. Con todo, creemos oportuno hacer dos observaciones. Por una parte, no resulta incontestable el parentesco germánico de la institución, ni juega aquí la teoría de los patrimonios separados, pues lo que se separa de la herencia no es otro patrimonio sino una concreta relación contractual transmisible, de la misma forma que ocurre en cualquier supuesto de sucesión a título singular. Y, por otra parte, aunque se prescinda de la contemplación unitaria de la herencia y se produzca una desviación de la regla general, no habrá aquí sino una sucesión particular «*ex lege*» (31) ni será, por lo demás, éste el único caso en que por imperativo de la Ley se produce la sucesión en una determinada relación jurídica separada de la masa patrimonial que constituye la herencia (32).

Admitido que se trata de un supuesto de sucesión, no debe pensarse, sin embargo, que funcione como regla excepcional derogando el principio general que habría de ser la extinción del arrendamiento. Algunos autores así lo entienden, considerando que si bien el designio de la Ley es el de dar por terminada la relación al fallecimiento del inquilino, no obstante, por razones de protección a la familia, se concede al cónyuge y a determinados parien-

(30) F. R. VALCARCE: *Sucesión arrendaticia urbana*, en «Revista de Derecho Procesal», III, 4, 1947, pág. 634.

(31) El mismo VALCARCE señala que el art. 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos representa una sucesión traslativa a título *mortis causa*, singular y legal para la que se requiere además de la relación parental ctra basada en la convivencia (ibid.).

(32) La doctrina ha hablado a veces de «legados legales», pero contra esta figura se han dirigido merecidas críticas. Creemos, sin embargo, que nada hay que objetar contra el concepto de «sucesión particular *ex lege*». En el Código Civil pueden encontrarse algunos casos de esta forma de sucesión (arts. 812, 1.374, 1.470, 1.379 y 1.427; también puede tener esta consideración la cuota usufructuaria del cónyuge viudo).

tes el derecho a continuar ocupando la vivienda, o lo que es lo mismo, a suceder en el contrato de arrendamiento.

A nuestro juicio, no es acertada esta interpretación. Y, aunque se llege—aparentemente—al mismo resultado, importa señalar que la fundamentación es totalmente opuesta. Porque, en principio, el arrendamiento no se extingue al morir el titular arrendatario (hemos tomado precisamente como punto de partida esta afirmación). Ahora bien, de ser así, sin más consideraciones, sería el heredero quien debería suceder en el arrendamiento. Y en este punto es donde interviene el matiz social y el criterio de protección al arrendatario y a su familia, propios de la legislación especial de arrendamientos. Porque si el heredero no convivía con el inquilino difunto, ha de presumirse que tenía su propia habitación y que para él no existe el problema de la vivienda, que es precisamente el que trata de resolver—o de paliar—la Ley. Existirá, sin embargo, este problema para los parientes que convivían con el inquilino fallecido si es al heredero a quien se reconoce el beneficio de la sucesión. De ahí el sentido del artículo 71, que sin negar la idea de la sucesión señala a quién corresponde el beneficio. No al heredero, si no reúne las circunstancias prescritas de grado de parentesco y tiempo de convivencia, porque podría presumirse que su pretensión de continuar ocupando la vivienda obedeciera a simple capricho cuando no a posibles ansias de especulación, sino a los parientes en quienes concurren tales circunstancias, cuyo interés en conservar la vivienda es el que resulta para el legislador verdaderamente digno de protección. La razón del precepto es, como puede apreciarse, más ocasional que jurídica y, por lo mismo, no puede ser suficiente para variar la esencia de la relación arrendaticia (33).

Interesa todavía salir al paso de otra idea, nacida también de la poco afortunada redacción que se ha dado al artículo 71 de la Ley de Arrendamientos urbanos. Algunos autores han sostenido que al fallecimiento del titular arrendatario el cónyuge o el pariente que suceda en el arrendamiento no llega a adquirir la cualidad de inquilino, sino que es un mero «continuador» (34). García Royo se fija en la distinta terminología empleada en los artículos 71 y

(33) Lo mismo podríamos decir de muchos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos y aún de la Ley misma en su conjunto. Esta Ley trata de resolver un problema que no es, en rigor, jurídico, sino económico. Si una combinación favorable de circunstancias (baratura de la construcción, aumento de la rentabilidad, etc.) determinara un aumento de la edificación, la Ley de Arrendamientos Urbanos habría perdido su *ratio legis*. Por ello, no debe tomarse esta legislación—ocasional—como base para imaginar cambios en la *naturaleza* de la relación. Nos resistimos a admitir que la naturaleza jurídica del arrendamiento haya de estar en función de los precios del acero y del cemento.

(34) «...el pariente sustituto no pasa nunca a primer término en el inquilinato que continúa: sigue siendo *el familiar del inquilino fallecido*... Así lo comprende la Ley de Arrendamientos Urbanos que sólo llama inquilino al contratante, mientras que a su sustituto le llama *continuador* (art. 71 y disposición transitoria 9.ª) o *beneficiario* (art. 72)». (NART, loc. cit., págs. 937-938.)

73 (regulador éste último de la sucesión «mortis causa» en el arrendamiento del local de negocio) y entiende que el beneficio otorgado por los artículos 71 y 72 solamente autoriza a continuar ocupando la vivienda sin necesidad de celebrar nuevo contrato por subsistir el del titular fallecido; de manera es que estos parientes no advienen a ser inquilinos, sino simples continuadores del contrato, que sólo ostentan un derecho personal y temporal de tipo arrendaticio. A mayor abundamiento se fija este autor en la disposición transitoria novena de la misma Ley de Arrendamientos Urbanos, en la que el legislador elude denominar al sucesor «mortis causa» inquilino o titular del inquilinato, pues le designa como «familiar del inquilino fallecido que hubiere continuado el contrato» (35).

¿Cómo admitir esta extraña idea? Ciertamente que en el artículo 71 se dice simplemente que el cónyuge y los parientes «podrán continuar ocupándola» (la vivienda). Pero no hay que perder de vista que el mismo artículo añade a continuación: «sin necesidad de celebrar nuevo contrato, quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido». Pues bien, si admitiéramos que el sucesor no es inquilino, habríamos de entender que existe una relación de arrendamiento en la que hay arrendador, pero en la que no hay arrendatario. ¿Qué nueva explicación habrá que urdir para justificar tan anómala figura?

García Royo entiende que quedando subsistente el contrato otorgado a favor del titular fallecido, lo que ocurre es que «pervive su personalidad a todos los efectos derivados de su conducta anterior al fallecimiento». Pero, afortunadamente, ya hace tiempo que ha quedado desterrada del Derecho de Sucesiones esa absurda ficción de la pervivencia de la personalidad del difunto, idea que los textos romanos emplearon sin más alcance que el de una imagen gráfica y que resulta demasiado fantasmagórica para hacerla valer con pretensiones de justificación jurídica.

Creemos, pues, que no hay modo de negar al «continuador» su condición de inquilino (36). Y no significa argumento en contrario —como se ha pretendido— el que esta sucesión en el inquilinato sólo pueda producirse una vez, es decir, cuando fallezca el titular del contrato (37). Precisamente en esto ha querido ver García

(35) GARCÍA ROYO: Ob. cit., págs. 32-33, 46, 49, 62, etc.

(36) Expresamente lo ha reconocido así el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de septiembre de 1950. Según esta sentencia uno de los casos previstos en el art. 72 es «el de que los beneficiarios quisieran ocupar conjuntamente la vivienda, en el que todos han de entenderse subrogados en la cualidad de inquilinos, y así ha de entenderse cuando de hecho sigan ocupándola...», etc.

(37) La disposición transitoria 9.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos permitía de modo circunstancial la ampliación del beneficio sucesorio, estableciendo que «hasta que el Gobierno, por entender mejorado el problema de la vivienda, disponga lo contrario, el beneficio establecido en los artículos 71 y 72 será también aplicable a los parientes dentro del tercer grado, por consanguinidad, del familiar del inquilino fallecido que hubiere continuado el contrato». De este modo se reconocía, aunque transitoriamente, la posibilidad de

Royo una de las diferencias principales entre el régimen sucesorio que la Ley de Arrendamientos Urbanos establece para el inquilinato y para el arrendamiento de locales de negocio; el sucesor en el arrendamiento de local de negocio es verdadero arrendatario, según el artículo 73, y, por lo tanto, a su muerte volverá a actuar la norma sucesoria que dicho artículo establece (38); por el contrario, el sucesor en el arrendamiento de vivienda es mero «continuator», no llega a adquirir la cualidad de inquilino, por lo que su muerte no puede dar lugar a que se produzca la sucesión en los mismos términos en que se produjera a su favor al fallecimiento del primer titular (salvo la ampliación circunstancial establecida por la disposición transitoria novena, hoy derogada como ya hemos indicado) (39).

Pero esto no significa sino el respeto a otra de las notas esenciales del arrendamiento: la de su temporalidad. Lo contrario equivaldría a encadenar la vivienda dentro de una vinculación perpetua tan reprobada por la naturaleza de la relación arrendaticia como condenada por las normas del Derecho sucesorio.

Hay que conciliar la transmisibilidad de la relación arrendaticia con el requisito de la temporalidad. Por tanto, la duración máxima del contrato habrá de ser toda la vida del inquilino y toda la del que le suceda en el arrendamiento.

Que la Ley de Arrendamientos Urbanos haya incurrido en imprecisiones terminológicas es cosa que quizá pueda disculparse en razón de la urgencia con que fué elaborada y de la minuciosidad reglamentista con que se quiso hacer frente al acuciente problema que la motivó. Pero que de ello surja la necesidad de retorcer y deformar principios e instituciones para darle sentido y justificación a la Ley, es inadmisibles. Ni la doctrina ni la jurisprudencia deben caer en ese vicio, porque hacerlo así equivaldría a pervertir la sagrada misión que al jurista, como intérprete del Derecho, le corresponde.

b) *Locales de negocio*.—La sucesión en el arrendamiento de locales de negocio viene establecida en la Ley de Arrendamientos Urbanos con criterio distinto al que ha inspirado la regulación de la sucesión en el contrato de inquilinato. Para esta última, como hemos visto, el llamamiento al sucesor en el arrendamiento de vivienda se hace en función de las circunstancias de parentesco y

una nueva transmisión *mortis causa* en favor de los parientes del «continuator». Pero esta ampliación ha quedado sin efecto a partir del Decreto de 6 de marzo de 1953, cuyo artículo 5.º dispone: «El beneficio establecido en los artículos 71 y 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no será aplicable, en lo sucesivo a los parientes, dentro del tercer grado por consanguinidad, del familiar del inquilino fallecido que hubiere continuado el contrato, sin perjuicio del derecho adquirido por el actual ocupante, al amparo de la disposición transitoria novena».

(38) Más adelante hemos de ver si efectivamente puede admitirse esta interpretación del artículo 73.

(39) Vid. GARCÍA ROYO, ob. cit., págs. 32 y 62.

convivencia con el titular fallecido. En cambio, la sucesión en el arrendamiento de local de negocio, tal como la establece el artículo 73 de la Ley, sin atender a dichas circunstancias, presenta también un matiz especial a causa del doble llamamiento que en él se hace al heredero y al socio.

Creemos que en este doble llamamiento está la clave del sentido de este precepto. Y parece conveniente, para entender el mecanismo de esta sucesión, razonar separadamente el contenido y alcance del artículo 73, según los dos criterios con los que, a nuestro juicio, puede interpretarse esta norma.

Primer criterio.—La sucesión en el arrendamiento de local de negocio se defiende al «heredero» (véase art. 73) y, por tanto, está en principio regida por las normas generales en materia de sucesión «mortis causa» (40).

Desarrollando esta idea, hay que entender que aquí no se separan herencia y sucesión en el arrendamiento, porque es precisamente el heredero quien tiene derecho a continuar en el arriendo. En tal supuesto, la sucesión en el contrato de arrendamiento no puede configurarse como sucesión singular, puesto que se refiere a uno de tantos derechos que dentro del conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituye la herencia (art. 659 del Código civil) se transmiten al heredero, sucesor a título universal.

Por esta razón, tendrán aplicación a este supuesto las normas que en el Código civil regulan la sucesión hereditaria y así, por aplicación del artículo 990 de dicho Cuerpo legal, según el cual la aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, habrá que concluir que no cabe que el heredero acepte la herencia y renuncie al derecho a suceder en el arrendamiento de local de negocio, o viceversa. Otra cosa sucedería en el arrendamiento de vivienda, porque conforme a las normas ya examinadas, dicha sucesión, por ser a título singular, es semejante al legado y el legatario si es al mismo tiempo heredero puede renunciar la herencia y aceptar el legado o renunciar éste y aceptar aquélla (artículo 890 C. c.), regla que será aplicable cuando concurren en una misma persona la cualidad de heredero y la de beneficiario del derecho establecido en el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pero en el caso de sucesión en el arrendamiento de local de negocio, se reconoce el derecho al «heredero» y, propiamente, heredero es el llamado que acepta la herencia; si la repudia no será heredero y no podrá, por tanto, suceder en el arrendamiento del local; si la acepta será heredero, y como la aceptación no puede ser parcial, sucederá también en la relación arrendaticia.

(40) VÁZQUEZ: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, pág. 100 y ss. En parecidos términos se expresa BELLÓN quien, a propósito del artículo 73 dice: «Aquí va el local calificado de herencia... lo cual es bien explicable, porque integra el negocio, y éste es un bien o cosa análoga a las demás que la muerte no extingue, y sigue el derecho sucesorio» (ob. cit., pág. 215).

Ahora bien, la mayor dificultad con que tropezamos al seguir este razonamiento surge al tener que explicar la sucesión del socio. Pues si no cabe que el heredero acepte la herencia y renuncie a la sucesión en el arrendamiento, ¿cómo explicar que el artículo 73 llame en segundo lugar al socio para el caso de que el heredero *no desee continuar* el arrendamiento? Vázquez, saliendo al paso de esta dificultad, entiende que cuando el heredero, sin repudiar totalmente la herencia, renuncia a la sucesión en el arrendamiento, lo que hace es *ceder o traspasar* al socio los derechos arrendaticios adquiridos en virtud de la sucesión, si bien esta cesión o traspaso estará excluída de las normas generales contenidas en la sección 2.ª del capítulo IV de la Ley (41).

En consecuencia, habrá que concluir que pese a que el artículo 73 llama al heredero y al socio a la continuación en el arrendamiento, cada uno de ellos advendrá arrendatario por distinto título. El primero, en virtud de verdadero y propio título sucesorio. El socio, en virtud de la cesión o traspaso que en su favor realiza el heredero. En rigor, pues, sólo el heredero puede *suceder* en el arrendamiento de local de negocio.

Segundo criterio.—Ciertamente, y a diferencia de lo que ocurre en materia de arrendamiento de viviendas, la sucesión en el arrendamiento de locales de negocio se defiende al «heredero», pero la regulación del supuesto ha sido hecha de tal manera que no puede resolverse por simple aplicación de las normas generales en materia de sucesión «mortis causa». Los comentaristas de la Ley de Arrendamientos Urbanos, después de estudiar las especialidades propias de la sucesión en el inquilinato, consideran el artículo 73 como una «vuelta a la normalidad» del mecanismo sucesorio. Creemos, no obstante, que tras la aparente traza inofensiva de este artículo, también la Ley de Arrendamientos Urbanos ha sido revolucionaria.

Porque si observamos la letra del artículo 73, lo que en él se dice es que «*podrá* advenir arrendatario el heredero». Es decir, que por la sola aceptación de la herencia no habrá de considerarse operada la sucesión en el arrendamiento, sino que aceptada la herencia y adquirida con ello plenamente la cualidad de heredero podrá éste optar entre la continuación en el arriendo del local de negocio o la extinción del contrato. Dicho en otros términos, y para mejor destacar la contraposición entre este criterio y el que hemos desarrollado antes, no es que dentro de los bienes, derechos y obligaciones que integran la herencia, reciba el heredero los derechos y obligaciones inherentes a la relación arrendaticia; lo que recibe es el derecho a elegir entre suceder en el arrendamiento o desentenderse de él.

Fácilmente se comprende que si admitimos este punto de par-

(41) Vázquez, *ibid.*

tida, las consecuencias han de ser distintas a las que deducíamos al razonar el primer criterio. Ya no podremos decir, como entonces, que no cabe que el heredero acepte la herencia y renuncie al derecho a suceder en el local, pues hemos partido precisamente de la posibilidad de tal supuesto. Lo que, sin embargo, no podrá admitirse es que repudiando la herencia pretenda suceder en el arrendamiento, porque el artículo 73 llama a esta sucesión al heredero y heredero, como ya señalábamos, es sólo el llamado que acepta la herencia.

Esta segunda interpretación, que es la que estimamos más adecuada, puede parecer poco fundada si se piensa que su única base es el sentido gramatical que imprime al precepto la palabra «podrá» («...podrá advenir arrendatario el heredero...»). Pero, sin embargo, se apreciará su mayor consistencia al aplicarla a la sucesión del socio. En efecto, según el criterio que venimos desarrollando, partiendo de la base de que lo que se reconoce al heredero es la facultad de optar entre suceder en el arrendamiento o renunciar a él, ya no puede extrañarnos que el artículo 73 diga que «a falta de su deseo de continuar el arrendamiento» pueda advenir arrendatario el socio. La idea de Vázquez, al explicar la sucesión del socio como una cesión o traspaso operada en su favor por el heredero, es sugestiva, pero a nuestro juicio, inexacta. En primer lugar porque introduce un supuesto de traspaso para el que, como él mismo advierte, no rigen las normas que en la Ley de Arrendamientos Urbanos regulan el traspaso de locales de negocio. Además, porque de esta forma hay que buscar distinto fundamento para la sucesión del heredero y para la del socio, pues como señalábamos, sólo la sucesión del primero sería sucesión «mortis causa». Y, por otra parte, ni siquiera la sucesión del socio tendría siempre el mismo fundamento, pues el pretendido traspaso podría invocarse como explicación cuando el heredero no deseara continuar el arrendamiento, pero en modo alguno en el caso—también previsto en el artículo 73—de que el llamamiento al socio se hiciera «a falta de heredero» (42).

Así pues, lo que hay en el artículo 73 es un llamamiento alternativo o, mejor dicho, un llamamiento subsidiario al socio para el

(42) Caso este último que algunos comentaristas califican de absurdo e imposible. El heredero—se dice—no puede faltar; siempre existirá heredero porque si no hay testamento, o si el instituido heredero no quiere o no puede aceptar, se llamará a los parientes que acreditan derecho a la sucesión intestada y en defecto de éstos, o en caso de renuncia de todos ellos, heredará el Estado. (Vid. en este sentido, BELLÓN, ob. cit., pág. 215; CERRILLO, ob. y loc. cit., pág. 135; CONDOMINES: *Arrendamiento de inmuebles urbanos*, Madrid s. d., pág. 132; FERNÁNDEZ VIVANCOS: *La sucesión mortis causa en materia de arrendamientos*, en «Revista General de Derecho», 86, 1951, pág. 584; GARCÍA ROYO, ob. cit., pág. 66; VÁZQUEZ cree que la expresión «a falta de heredero» significa «a falta de heredero testamentario», ob. cit., pág. 101.)

Creemos, no obstante, que es posible que falte el heredero; basta pensar en el supuesto de distribución de toda una herencia en legados, previsto en el artículo 891 del Código civil.

caso de que el llamamiento hecho al heredero no llegue a tener efectividad. De esta forma, tanto el heredero como el socio cuando continúan la relación arrendaticia lo hacen en virtud de verdadero y propio derecho de sucesión («mortis causa»). Y ésta es la gran innovación introducida por este precepto: el haber ampliado el círculo de las personas con derecho a suceder, dando entrada al socio, con lo que sin derogar ninguna de las reglas que en el Código civil organizan la sucesión «mortis causa» queda reconocida una nueva forma de sucesión que en modo alguno podría haberse admitido por la sola aplicación de dichas reglas.

Quizá el defecto principal que pueda señalarse en este artículo 73 sea el no haber destacado que lo importante es que quien suceda en el arrendamiento—heredero o socio—continúe la actividad a que estaba destinado el local. Este requisito fué, en cambio, tenido en cuenta en el Decreto de 29 de diciembre de 1931, cuyo artículo 3.º establecía el beneficio de la sucesión en el arrendamiento de local de negocio (entonces se llamaba «establecimiento mercantil») en favor del «socio o herederos que continuasen el negocio». Y recientemente ha sido atendido también en la Ley italiana sobre Arrendamientos Urbanos de 23 de mayo de 1950, cuyo artículo 1.º, párrafo 4.º, dice textualmente: «Si se tratase de inmueble destinado a uso distinto de la habitación, la prórroga opera a favor de aquellos que, por sucesión o por precedente relación (43) resultante de acto de fecha cierta anterior a la apertura de la sucesión, *continúen la actividad del difunto*» (44).

Volviendo al artículo 73, creemos que precisamente el no poder desarrollar esta actividad será lo que en gran parte de los casos dé lugar a la renuncia del heredero y al consiguiente llamamiento al socio (45). Por de pronto, cuando suceda el Estado nos encontra-

(43) Contra la opinión de algunos comentaristas, Visco señala que la frase «precedente relación» (*precedente rapporto*) se refiere no a una cesión del negocio que confiera el derecho a continuarlo después de la muerte del arrendatario, sino precisamente a la relación de naturaleza asociativa (ob. cit., páginas 314-315). Les llamados son, pues, como en nuestro Derecho, el heredero—o, mejor dicho, el sucesor—y el socio.

(44) En Alemania, la Ley de Protección al Arrendatario (redacción de 15 de diciembre de 1942) dispone, para las relaciones de arrendamiento de uso que se refieran a locales de negocio, que el arrendador no puede denunciar el contrato a la muerte del arrendatario, si el heredero de éste prosigue el negocio (párr. 19, apartado III). También en Francia, el artículo 5 de la Ley de 1 de septiembre de 1948, después de señalar las personas que tienen derecho a continuar el arrendamiento de la vivienda, establece que tal derecho no se aplicará cuando se trate de locales destinados a uso exclusivamente profesional, a menos que alguna de las personas señaladas en el párrafo anterior *continúe ejerciendo en ellos la profesión a la cual estaban afectados dichos locales* (art. 5, párrafo segundo).

(45) FERREIRO cita el ejemplo de los herederos del farmacéutico fallecido que no podrán sustituir a su causante en el arrendamiento de local de negocio si no están en posesión del correspondiente título facultativo. Justifica este autor la omisión del art. 73 señalando que forzosamente han quedado excluidos de la Ley algunos supuestos excesivamente casuísticos. Y, a mayor abunda-

remos con esta situación. Por ello, hubiera sido quizá más propio hacer el llamamiento al socio, no sólo para el caso de que faltara el heredero o de que no deseara continuar el arrendamiento, sino también para cuando, aun deseándolo, no pudiera el heredero suceder en el arrendamiento por la imposibilidad de dedicarse al mismo negocio atendido por su causante en el local arrendado.

La importancia que concedemos al requisito de continuación de la actividad del causante—de hecho juega como requisito, aunque no lo haya establecido de modo expreso la Ley—nos da la clave para ampliar el ámbito de la norma sucesoria establecida en el artículo 73, entendiendo que pueden suceder en el arrendamiento de local de negocio no sólo el heredero, sino también el legatario. En rigor, si partiéramos de una interpretación estricta del artículo 73, habríamos de excluir al legatario, puesto que el llamamiento se hace expresamente al heredero. Pero pensemos que el causante ha podido disponer del negocio a título singular; en tal supuesto, el legatario favorecido por esta disposición continuará desarrollando la actividad de su causante, y cuesta admitir que pueda sucederle en el negocio y no tenga derecho alguno a continuar en el local. En principio, pues, los legatarios no acreditan derecho a suceder en el arrendamiento de local de negocio, pero de esta regla hay que exceptuar a aquellos favorecidos por un legado cuyo objeto sea precisamente el negocio en cuestión. La continuación de la actividad del causante prevalece entonces sobre la cualidad de sucesor a título singular y permite aplicarle la norma dada en principio para el sucesor a título universal (46).

Nos interesa también salir al paso de otra interpretación equivoca que se ha querido dar a la norma contenida en el artículo 73. García Royo entiende que cuando en dicho precepto se reconoce la sucesión en favor del «heredero» quiere referirse el legislador tanto al heredero testamentario como al legítimo, pero advierte que «no han de considerarse herederos legítimos todos los admitidos en derecho común, sino exclusivamente los indicados por los precedentes artículos 71 y 72, toda vez que en ellos acredita el legislador (al igual que lo hace en otros preceptos) su propósito de estimar inexistente el vínculo familiar en cuanto sobrepase de determinado grado, y esta reiteración de principio obliga a aplicarlo en aque-

miento—añade—«si la familia no puede ejercer la industria del inquilino causante, tampoco puede serle reconocido el derecho que se confiere en este artículo». (FERREIRO: *El arrendamiento de la propiedad urbana*, 2.ª ed., pág. 149).

(46) Entre los autores que han tratado esta cuestión es, a nuestro juicio, FERNÁNDEZ VIVANCOS quien con más acierto y claridad se expresa: «Si el titular designó en su testamento—dice—su sucesor en el negocio, lo será asimismo del arriendo en que aquél esté establecido, y si no hizo tal designación será sucesor en el arrendamiento aquel a quien en la partición se le adjudique el negocio establecido en el local arrendado; es decir, que el negocio lleva consigo el arrendamiento del local y en este sentido ha de interpretarse la palabra «heredero» igual a «legatario». Lo que no es posible es que el causante nombre un heredero para el negocio y otro como titular del arrendamiento del local». (Ob. y loc. cit., pág. 382.)

los casos que, como el presente, carece de normación legal en cuanto al grado de parentesco computable, pues así se deduce del artículo 13 y de las Sentencias acogedoras de la interpretación analógica» (47).

Pero ¿cómo extender por analogía a los locales de negocio lo que se dispone para las viviendas, en materia como la sucesión en el arrendamiento, que de modo tan diverso ha sido regulada para cada una de las dos formas de locación? En los artículos 71 y 72 se prescinde de la designación hecha por el causante en testamento; se requieren conjuntamente las circunstancias de parentesco y convivencia; se reconoce derecho a la sucesión a los parientes por afinidad; e incluso (én el artículo 72) se altera el orden de suceder en la sucesión intestada, dando preferencia al cónyuge sobre los hijos y a los padres sobre los nietos y estableciendo reglas especialísimas para resolver los casos de igualdad. Nada de esto se dispone respecto a la sucesión en el arrendamiento de local de negocio en el artículo 73. ¿Habrá que aplicar también por analogía todas estas particularidades? ¿Por qué la analogía ha de utilizarse solamente por lo que se refiere a la limitación del parentesco hasta el tercer grado? ¿Qué ocurrirá con el cónyuge que, según el Código, sucede en defecto de los sobrinos, que son parientes de tercer grado? Creemos que sólo con estos interrogantes queda demostrada la inexactitud de la interpretación que se pretende. El artículo 73 llama en primer lugar al heredero; si hay testamento, cabe la posibilidad—admitida por García Royo—de que tal heredero sea un extraño a la familia del testador; y en defecto de testamento o en cualquier otro supuesto de los que dan lugar a la apertura de la sucesión intestada, no parece que haya razón para negar al pariente llamado a suceder por la Ley lo que se reconoce al extraño llamado por testamento, ni fundamento para mutilar de esta forma los efectos de la delación legítima.

Por último, hemos de referirnos nuevamente a la cuestión de la duración del arrendamiento. Al tratar del arrendamiento de viviendas señalábamos que la circunstancia de que sólo se admitiera la posibilidad de una transmisión «mortis causa» (es decir, que sólo a la muerte del primitivo titular del contrato entraría en juego la norma sucesoria del artículo 71, sin que hubiera lugar a nueva sucesión al fallecimiento del continuador) no valía como argumento para negar al continuador su cualidad de inquilino. Ahora hemos de afirmar que tampoco el que en el artículo 73 se reconozca expresamente al continuador la cualidad de arrendatario del local de negocio es razón suficiente para entender que esta sucesión pueda funcionar indefinidamente, repitiéndose el mecanismo cada vez que se produzca el fallecimiento de los sucesivos continuadores.

Las razones que habríamos de exponer en apoyo de esta afir-

(47) GARCÍA ROYO: ob. cit., pág. 67. También CERRILLO, en ob. y loc. citadas, pág. 135.

mación están claramente formuladas en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1950, por lo que nos limitaremos a reproducir la doctrina extraída de sus «considerandos».

Dice el Tribunal Supremo en esta sentencia que «el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos solamente beneficia, con el derecho que otorga al heredero, tanto testamentario como abintestato, del primitivo arrendatario..., pues no es posible considerar a dicho precepto como creador de una especie de vinculación o sucesión indefinida que otorgue tal derecho a los herederos del heredero del primitivo contratante». Se señala, además, que ni siquiera por lo que se refiere al arrendamiento de viviendas, en el que el principio de la prórroga obligatoria obedece todavía a exigencias más imperiosas que las nacidas de la protección del patrimonio comercial como más entroncadas con el derecho a la vida, se admite la prórroga indefinida, «por lo que resultaría contradictorio que lo que sólo a título excepcional y en virtud de disposición expresa de la Ley se concede al continuador del inquilinato tratándose de arrendamiento de viviendas (hoy ni siquiera a título excepcional, pues aquí se alude a la disposición transitoria novena, ya derogada) se otorgara de un modo normal y genérico al continuador del arrendamiento de local de negocio» (48).

Repetimos, pues, a propósito de la duración del contrato de arrendamiento de locales de negocio, lo que dijimos al tratar del arrendamiento de viviendas: la duración máxima del contrato no podrá exceder de toda la vida del arrendatario más toda la del que le suceda en el arrendamiento (49).

(48) En el mismo sentido se manifiesta la Audiencia Territorial de Madrid en sentencia de 21 de febrero de 1952.

(49) Deliberadamente, porque desbordaría la materia que nos hemos propuesto estudiar en este trabajo, dejamos de tratar otras muchas cuestiones relacionadas con la sucesión en los arrendamientos urbanos. Cuestiones tales como las que surgen al interpretar el requisito de la convivencia establecido en el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; problemas que plantea el artículo 72 al establecer el orden de preferencia, especialmente por lo que se refiere a la concurrencia de parientes consanguíneos con afines; reglas especiales para resolver los casos de igualdad; cuestión sobre si debe considerarse incluído el parentesco de adopción; por lo que se refiere al artículo 73, la sucesión del socio se complica cuando existan, no uno solo, sino varios socios; la referencia a la sociedad civil parece innecesaria, pues no podrá producirse el supuesto de muerte del arrendatario cuando se trate de una sociedad mercantil; y tantas otras cuestiones.

Ante la codificación civil francesa

JOSE M.^a PASCUAL SERRES
Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO DE LA REFORMA

Francia tiene su vigente Código civil promulgado bajo Napoleón I en 1804. Aunque desde entonces el poder legislativo se ha manifestado, se va manifestando, con insistencia progresiva y sin desmayo, de tal manera que hasta 1903 se dictaron nada menos que 121 leyes referidas a extremos del mismo, y desde entonces otras 441 hasta mayo de 1951 (1), y va siguiendo; a pesar de esa legiferación y de alteraciones fundamentales en muchos puntos, el Código y las ideas que lleva implícitas son anticuadas y retrasadas. Los remiendos no impiden dejar ver la verdad, que no en vano un Código es un sistema en el que cada pieza obedece a las demás.

A) Necesidad de su reforma.

1. Aquella estadística no es únicamente una expresión numérica. Es el barómetro de una necesidad. El vestido es notoriamente estrecho al cuerpo. Es más bien una camisa de fuerza, porque al code casi del setecientos se le reconocen unos fallos:

a) *Técnicos*.—Unos han sido corregidos por la jurisprudencia francesa—mandato tácito, daño moral, responsabilidad de las

(1) El jurista español quizá se asombre de esos datos. No obstante, pueden significar un factor positivo: tenacidad para no quedar a la zaga «persiguiendo la realización del Derecho», tal cual lo estima el legislador galo. Distribuidas esas 562 Leyes—muchas de ellas afectantes a varios artículos—en ciertos periodos característicos, tenemos el siguiente aproximado detalle: de 1804 a 1870, guerra franco-prusiana, 59 leyes; de 1871 a 1914, primera guerra europea, 108; de 1914 a 1939, segunda guerra europea, 170; de 1940 a 1944, con 94; de 1945 a 1951, 131. (Véase nuestra *Crónica de Legislación Francesa* en «Cuadernos de Derecho francés», Barcelona 1953, pág. 100, nota 17). Esta clasificación no es arbitraria: para Alemania, el MARQUÉS DE VALDEIGLESIAS halla etapas cronológicas idénticas, la primera de ellas comenzando en la Revolución francesa y hasta 1870, en el movimiento político (*La revolución conservadora en Alemania*, en «Revista de Estudios Políticos», 1953, núm. 67, pág. 87). De tal legiferación ver sus causas en RIPER: *Le bilan d'un demi siècle de vie juridique*, en «Dalloz» crón., 1950, pág. 1, y PASCUAL SERRES, loc. cit., págs. 103 y 104, e *infra* nota 65.

cosas inanimadas, obligación natural, etc.—, pero otros se mantienen a pesar del tiempo, porque la casación de ese país, que fué el modelo de la nuestra, tiene un rol flanqueado por obstáculos de diverso orden, muchos de ellos legales.

Aunque algunos de tales defectos se le han observado de antiguo, no todas esas críticas son justas, al faltarles el sentido de la proporción-tiempo, dado que un siglo y medio atrás muchas instituciones se veían con otros ojos. Empero, es indudable que no va al día (2).

b) *Económicos*.—Con ese factor entramos en la inquietud del siglo, pues que todo parece revolverlo en ciertos ambientes (3).

El esposo y padre va perdiendo la potestad marital y la paternidad, porque se conjuga, dicen, entre otros motivos, con su falta de exclusividad en la aportación dineraria.

La acción se desdobra en interés, y éste llega a interpretar los contratos—la crudeza de muchas calamidades sucedidas en Centroeuropa ha superado la posición de Hech, porque hoy el interés dominante es el económico—y cuartea las instituciones (4).

Reaparece la significación de Malthus (5), es decir, se plantean acuciantemente las tres condiciones por las que se absorbería económicamente todo aumento de población: libertad de emigración, libertad de comercio y ayuda a la industrialización de los países débiles (6).

La economía dirigida penetra en el hogar del derecho privado, y ya no es sólo la familia (7), son sus miembros, es la misma colectividad la inmediatamente afectada. Para complicar la cuestión se genera una doctrina del bienestar superadora de aquella clásica que la identificaba con la riqueza y con la cantidad, porque a nuevas necesidades y satisfacciones, nuevo concepto de la

(2) Ver ANCEL: *La revisión del Código civil francés*, en «Revista de Derecho Privado», 1951, pág. 299.

(3) Recordamos al efecto la conferencia de BABEL, rector de la Universidad de Ginebra, en Barcelona (20-10-1953), con su tesis: «Las masas están desbordadas por inquietudes; una es la económica». También *infra*, nota 27.

(4) Un ejemplo en DUALDE: *La jurisprudencia de intereses*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1945, núm. I, pág. 11, sobre el alcance actual de los derechos clásicos del usufructuario. Podríamos añadir a la lista los del arrendador, del cabeza de familia, del propietario, de la responsabilidad, etc. (Ver SAVATIER: *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*. París 1952, 2.ª ed. núm. 5; (hay una edición de 1948).

(5) Véase VALARCHE: «Revue d'économie politique», 1947, pág. 439.

(6) Vid. CLARK: *Crecesmento de la población y niveles de vida*, en «Revista Internacional del Trabajo», agosto de 1953, concretamente en sus acertadas Conclusiones de págs. 134-135.

(7) «Una tal evolución en la estructura de la familia debe repercutir en el derecho.» «Las relaciones familiares son uno de los puntos principales en el que deben coincidir el derecho y las costumbres.» (HOUBIN: *Une enquête sur l'application du droit dans la pratique*, en «Revue Trimestrielle de droit civil», 1950, pág. 18).

Economía aplicada (8), trasvasándose así la tesis del bienestar del individuo a la comunidad, y declarando, *verbi gracia*, que las variaciones del económico son paralelas a las del bienestar general (9), o que el colectivo consiste en la suma algebraica de satisfacciones individuales (10), aunque tanto esfuerzo científico no consigue levantar estadios definitivos, hasta el punto de que la doctrina francesa no se ha decidido si por los que consideran a la propiedad privada como fundamento del orden social o por aquellos otros para los que la intervención del Estado crea «verdaderos derechos» (11).

Asimismo el desarrollo de los medios de transporte, el maquinismo y su hijuela proletaria, el capitalismo (12), las concentraciones mercantiles, la realización rapidísima de enormes fortunas, la devaluación monetaria y sus escalas móviles—en tanto éstas sean contrarias al mismo orden público, como asegura Vasseur (13)—, los contratos colectivos de trabajo, y tantos otros elementos en juego, afloran defectos y cualidades que reclaman cauces civiles, en los que la persona, el ente moral, la clase, el gremio o la asociación quieren intervenir, en tanto se ven o pueden verse afectadas (14), en cuanto que el *ius privatum* se ha ido debilitando extraordinariamente por influencia del *ius publicum*, al decir de Hedemann (15).

c) *Sociales*.—Hemos hablado de unos aspectos económicos, pero es que «quien dice vida económica dice vida social», advierte el propio Pío XII (16), y cuya ordenación parece que no puede de-

(8) Puede verse a ROUSSEAU, en su *Rapport au Congrès des Economistes de langue française* (18 mai 1953), aparecido en "Revue d'économie"... cit., 1953, págs. 331-349.

(9) Vid. PIGOU: *Economie of Welfare*, Londres 1920, 1.ª ed.

(10) En BERGSON: *A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics*, en «The Quarterly Journal of Economics», 1938, págs. 310-334.

(11) Vid. MARCHAL: *Des grandes tendances de la pensée économique en France depuis 1945*, París 1953.

(12) Es fundamental RIPERT: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*; París 1951, 2.ª ed., con su tesis de que el capitalismo, el sistema económico en que el capital domina, va a modificar el Derecho, por el mismo motivo de que lo ha creado con el de la empresa. (Ver GRIFFITH, en *Fomento Social*, 1953, págs. 455 y ss.)

(13) *Les droits de clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, en "Revue trimestrielle"... cit. 1952, pág. 467 y su nota 27, por lo que considera preferible la referencia al índice de la producción nacional. El trato que sus efectos reciben de la jurisprudencia suya puede verse en nuestra *Crónica*... cit., pág. 107, nota 52.

(14) Vid. GRUNBAUM-BALLIN: *La participation des organisations professionnelles à l'oeuvre du pouvoir législatif*, en «Revue politique et parlementaire», París, número de 10 enero 1920; VALDOUR: *Organisation corporative de la société et de la profession*, París 1935; CAHEN-SALVADOR: *La représentation des intérêts et les services publics*, tesis, París 1935, etc.

(15) *Cincuenta años de vigencia del Código civil alemán*, en «Revista de Derecho Privado», 1950, pág. 294.

(16) Y añade: «La finalidad a la cual tiende por su misma naturaleza y a la que los individuos están igualmente obligados a servir en las diversas for-

jarse abandonada a ningún automatismo, tantas son las fuerzas que se le oponen, sino que le es precisa una ayuda, una ordenación a través de un nuevo *corpus* civil, que englobado, quizá, en un sistema único privado, las obligaciones mercantiles o, como otros dicen, comercializando el derecho civil (17), pueda el conjunto servir mejor a esta ansia contemporánea de rejuvenecimiento social-económico, o sindical (18), o socializador (19): en cuyo cuerpo social, o a la inversa, se acusará inmediatamente cualquier alteración progresiva que se practicase en el ordenamiento jurídico, que no en vano el derecho es una categoría sociológica.

2. No hay duda que por mucho que se haya retocado las interpolaciones hechas hasta ahora en el *code* napoleónico no han podido, no ya remozarle en esencia, sino ni dar a la propiedad (20), a la familia, a la sucesión en ciertas circunstancias y al mismo contrato también en algunas, una vitalización que estuviera acorde con un nuevo concepto de muchas cosas y de una forma de vida que, con nuestra anuencia o sin ella (21), está modifi-

mas de su actividad, no es otra que poner al alcance de todos los miembros de la sociedad, de una manera estable, aquellas condiciones materiales de vida que son necesarias para el incremento de su vida cultural y espiritual. Así, pues, no se puede conseguir ningún resultado sin un orden exterior, sin formas sociales que tiendan a la consecución duradera de este fin.» (Su discurso a los miembros del Congreso de Política de Intercambios Comerciales Internacionales, de 7 marzo 1948, en «Anuario Petrus», Barcelona 1949, pág. 18.)

(17) Ver PLANIOL: *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1943, 12.^a edición, t. I, num. 34; RIPERT: *La commercialisation du droit civil*, Paris 1934; LAURENT: *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, tesis, Paris 1903, etc.

(18) Para FERNÁNDEZ CUESTA: (*El hecho sindical en las transformaciones actuales del Derecho*, discurso de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en 7 de enero 1951, s. r. en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1951, pág. 169), hasta el Renacimiento domina la idea del Derecho alrededor de la célula familiar; desde las Declaraciones americana y francesa de Derechos quiebra por la idea del individuo; «años más tarde—añade—las transformaciones industriales, con sus repercusiones económicas, vendrían a completar una nueva estructura social, punto de partida para las últimas transformaciones del Derecho: concretamente el hecho sindical».

(19) Ver *infra* a HEDEMANN, nota 23, sobre cuya cuestión, que, dice, ocupa el primer plano de la cristiandad y de las demás religiones, piensan los políticos, filósofos, juristas y técnicos (pág. 786). Para VALVERDE, mucho antes de ahora (*Los Códigos civiles modernos y el Derecho nuevo*, Valladolid 1923), «el socialismo contemporáneo es el acontecimiento más grande de los tiempos modernos que transformará las normas y las reglas que han regulado hasta aquí la general convivencia»; «es el factor más importante de las transformaciones del Derecho civil» (págs. 5 y 50).

(20) Es muy sugeridora la posición de JANSSE: *La propriété. Le régime des biens dans les civilisations occidentales*, Paris 1953, págs. 124, 193, 227 y 229.

(21) Hoy día se habla mucho de «función social» de la propiedad (CAMPS ARBOIX: *La propiedad de la tierra y su función social*, Barcelona 1953, nos expone la situación actual de la cuestión), pero recordemos que en la Rusia soviética se quiso marginar al capitalismo reemplazando los «derechos» por esas «funciones sociales», conforme nos atestigua GOLAB, antiguo profesor de Cracovia según puede verse en *La familia y la propiedad* «Notre Avenir»,

cando el panorama social, de la persona, de esa familia, del grupo humano y aun del Estado. Las conquistas de unos nuevos bienes y de unos nuevos servicios o modalidades de ellos parecen, para muchos, reclamar nuevos moldes. El *quid* está en saber conciliarles, de suerte que se atiendan «derechos incontestables y necesidades reales» sin mengua de una superior justicia (22). Conciliación que, en último término, debe producirse entre el individualismo y el socialismo, económico y social, arrancando de aquél como punto de partida para la reconstrucción futura de las instituciones jurídicas y políticas de Francia (23); y lucha, aquélla, que al parecer del propio secretario de la Comisión de Reforma que nos ocupa, está lejos de haber terminado, de manera que mientras las ideas políticas permanecen vagas e inestables, sus decisiones jurídicas han de restar inciertas (24).

Con lo que llevamos insinuado para el vecino país se hace por lo demás evidente la afirmación de nuestro profesor D'Ors: «La construcción del derecho civil, excesivamente estabilizada, se ha roto por aquellos frentes que, por sufrir un roce más directo con la marcha de los acontecimientos históricos, ofrecían menor resistencia.» (25). Tan patente esa verdad, que son muchos los países que tienen más o menos a la vista modificaciones de sus códigos civiles.

Varsovia 1934. Contra ciertas exageraciones al respecto se viene reaccionando (Ver DURÁN Y VENTOSA, por vía de ejemplo, *La real o supuesta evolución del derecho de la propiedad urbana*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1953, págs. 447-451), pero está sobre la marcha, como última manifestación positiva de esas «funciones sociales», su reconocimiento en la Ley Constitucional de la República Oriental Alemana.

(22) La misma idea de justicia parece estar cambiando de signo alarmadamente. PERELMAN: *De la justice*, Bruselas 1945, pág. 27, nos clasifica sus varias posibilidades: 1) A cada uno lo suyo; 2) A cada cual según su mérito; 3) O según su obra; 4) O conforme a sus necesidades; 5) O en relación a su rango, y 6) O a lo que la Ley le atribuya. Ver también BOBBIO: *Sulla nozione di giustizia*, en «Archivio Giuridico», 1952, pág. 16 y ss. Hoy la justicia no es la igualatoria, puede inclinarse en favor de un «débil», pero esto sería un valor de equidad. (Ver en CASTÁN: *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*, Madrid 1950, págs. 24 y ss.

(23) Para WALLINE: *L'Individualisme et le Droit*, París 1949. Según HEDEMANN, ese dual planteamiento lo mismo se produce en la India como en Francia, en Estados Unidos y en China, en la República soviética, en Egipto, en Alemania y en España; «la más saliente característica de la época actual es el contraste entre individualismo y socialismo. Este tiene la primacía, mientras que el primero se mantiene a la defensiva.» (*La evolución del Derecho económico*, en «Revista de Derecho Privado», 1951, pág. 786).

(24) Ver HOUIN: *Les travaux de la Commission de Réforme du Code civil*, en «Revue Trimestrielle...», cit., 1951, pág. 35, e *infra* texto de nota 40.

(25) Vid. *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca 1943, pág. 17. D'Ors llega al pesimismo cuando sostiene que del Derecho civil no quedará nada. Esa posición de los romanistas—podríamos citar a IGLSIAS: *Instituciones de Derecho Romano*, Barcelona 1950, vol. I, pág. VII, pero más prudente—es, por otro lado, muy explicable.

3. La doctrina francesa ya hace tiempo que se pronunciaba sobre la inadecuación del *code* a los hechos (26). Sin embargo, antes de la guerra de 1939-1945 la unanimidad no era perfecta en el alcance a dar a la reforma, aunque era más general que unos decenios antes, porque han sido los cambios de estructura operados por ese cataclismo, con sus inventos y progresos científicos, además (27), los que ponen hoy de manifiesto la vetustez institucional de aquél, de tal suerte, que en Francia la reforma a fondo se ha hecho insoslayable, ya que a aquellos factores técnicos, económicos y sociales y otros filosóficos (28), se han unido preocupaciones políticas, que para conservar, o mejor dicho recuperar, la perdida dirección jurídica codificadora que mantuvo durante todo el siglo XIX deben cristalizar en un nuevo prototipo.

Veamos ligeramente la evolución doctrinal.

a) Para Duguit, el código de Napoleón establece un sistema de orden metafísico e individualista, que luego desaparece y da paso a otro sistema jurídico de orden realista y socialista. Pero aquellas nociones ya no pueden ser sostenidas en la sociedad actual, continua, dominada por el realismo y el positivismo, porque al presionar los hechos, reemplazan al antiguo sistema por uno que descansa en la noción de la función social, en el que ni el hombre

(26) Como obra que entonces hizo mella, ver MORIN: *La révolte des faits contre le Code civil*, Paris 1920; DUGUIT: *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, s. 1914, trad. esp., página 24. Para CHARMONT: (*Les transformations du Droit civil*, Paris 1912, página XV), «sin consultarnos, los hechos responden por nosotros, de suerte que no podemos resolver según nuestras preferencias». También en BONNET: *Le droit en retard sur les faits*, Paris 1930, y en SAVATIER: *Le droit et l'accélération de l'histoire*, «Dalloz», crón., 1951, pág. 31. Para GALLARDO y RUEDA: (*El pasado inmediato del Derecho civil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, pág. 664), parece haber sido contrariamente una idea abstracta la que en el caso del nacionalsocialismo alemán se anticipó al desenvolvimiento de su derecho positivo.

(27) Apenas si muchos se dan cuenta de hallarnos en lo que BABEL llama la Edad Atómica—*supra* nota 3—, necesitada de su peculiar Derecho. Véase sino STOREY, *Law in the atomic age*, en «American Bar Association Journal», número de febrero 1953; JOERGENSEN, «Efectos de una nueva guerra sobre la mentalidad y el estado de espíritu de las poblaciones civiles y de los propios combatientes», en *Unión Interparlamentaria*, Barcelona 1934, págs. 241-261; HOUIN, *Le progrès de la science et le droit de la preuve*, en «Revue Internationale de droit Comparé», 1953, pág. 73; SAVATIER, *Les Métamorphoses... cit.*, págs. 179-190.

(28) Ver LA GRASSERIE, *Les principes sociologiques du Droit civil*, Paris, 1906; GENY, *Les bases fondamentales du Droit civil en face des théories de L. Duguit*, Paris 1932. Para el pensamiento jurídico español hasta el año 1936 y desde el 1937, ver la admirable síntesis de CASTÁN, *El Derecho y sus rasgos, a través del pensamiento español, clásico y moderno, popular y erudito*, Madrid 1949, particularmente págs. 70 y ss., con sus rasgos constantes: sentido objetivo y ético del Derecho; sentido político; humanismo o personalismo cristiano; universalismo; vitalismo antiformalista, y sentido armónico. También GÓMEZ, *El racionalismo jurídico y los Códigos europeos*, en «Revista de Estudios Políticos», 1951, núm. 57, págs. 15 y ss.; núm. 60 págs. 33 y ss., y 1952, núm. 63, págs. 37 y ss.

ni la colectividad tienen derechos: aunque si todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, y ese es el fundamento de la regla de derecho, que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados (29).

Charmont ya hace cuarenta años reconocía la existencia de unos cambios fundamentales que debían tenerse en cuenta y que él centraba en tres instituciones: la familia era más movible, más inestable, menos rigurosamente constituida (30); la propiedad, contradictoriamente, era más individual y más exclusiva, pero las restricciones se multiplicaban, y en derecho de obligaciones advertía la introducción de una nueva idea, la del riesgo profesional (31).

Era Cosentini quien por la misma época, amparándose en el estudio filosófico-jurídico y sociológico, y constatando las transformaciones de las instituciones jurídicas principales, que responden mejor, según su criterio, a las exigencias del Estado moderno, advertía unas condiciones nuevas en la vida social y nuevas *ideales* ético-sociales de ellas derivadas (32).

b) Ese reconocimiento general de que algo cambiaba definitivamente iba zanjando las discusiones que sobre la conveniencia o no de modificar el *code* se habían planteado sólo unos años antes, con ocasión de su centenario: discusiones a cargo, sobre todo, de Larnaude, partidario de su revisión (33), y Planiol, juzgando no ser necesaria, porque, en realidad, ésta se hacía todos los días, progresivamente, sin las conmociones que trastornen, durante el largo tiempo de la adaptación, las relaciones jurídicas (34).

c) Atribuimos al ejemplo alemán (35) la consideración, en apoyo de la reforma, de un factor hasta entonces inédito: el político

(29) Ob. cit., págs. 20 y ss.

(30) Sería curioso establecer hasta qué punto los cambios legislativos transforman a la familia, cuando la legiferación quiere justificarse estimando que cada Ley constituye de por sí un progreso—al decir de PLANIOL, *Traité...*, cit., t. I, núm. 103—. Ver CAPITANT, *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans*, en «Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919)», Paris 1922, t. I, págs. 36 y ss., y entre nosotros, CASTÁN, *La crisis del matrimonio*, Madrid 1914, y modernamente, FERNÁNDEZ CLÉRIGO, *El derecho de familia en la legislación comparada*, México, 1947, y las matizaciones que sobre la institución explica ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rústico y lo urbano en el Derecho sucesorio*, Madrid 1945, insistidas por PINTÓ RUIZ en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1953 páginas 660 y ss.

(31) Ob. cit., págs. XIII y ss.

(32) Ver *La réforme de la législation civile*, Paris 1913, págs. 37 y 38.

(33) *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, Paris 1904.

(34) *Inutilité d'une révision générale du code civil*, en «*Livre du Centenaire du code civil*», Paris 1904, vol. I, págs. 901 y 955, publicado por *Société d'Etudes législatives*. (Esa obra es la clásica, y en ella no faltan puestos de mira para todos los gustos.)

(35) Como veremos *infra*, ni siquiera en cuanto a la codificación gala pueden menospreciarse ese y otros ejemplos (Ver *supra* notas 1, *in fine*, 28 y 21.) Ver WURTENBERGER, *El pueblo, el Derecho y la ley, según Johann Gottfried*, en «*Información Jurídica*», 1945, págs. 93 y ss.

—antes de su última guerra—, que en el caso de Francia es de sentido democrático. Ripert escribe en 1936: «Este derecho nuevo por el que se lucha incesantemente es el del número, el de los más numerosos, que son necesariamente los vencedores. El derecho que imponen es el de la democracia triunfante. Yo me propongo señalar la influencia del factor político en la evolución de nuestro derecho civil, sobre todo en el transcurso de los últimos cincuenta años. Siento turbar el reposo de aquellos civilistas que, como muchos franceses, creen concienzudamente que no hacen política. Quisiera probar que ellos no pueden dejar de hacerla.» (36)

Esa idea de lucha o conquista del nuevo derecho, por la política, es general en la Europa de preguerra, bastando para nosotros recoger como muestras las citas de Van Kan al reproducir el clásico texto de Diderot: *Si vous voulez toute autorité sur vos souverains, alors faites un Code* (37), y de Radsbruch, cuando da su importancia al gobierno de la sociedad futura (38), y más recientemente expuesta en los trabajos de Pérez Serrano (39).

Planiol, en su edición de guerra, ya trasladaba así su primitiva oposición: «Una revisión general del *code* civil chocaría con dos graves dificultades, una de procedimiento y otra de fondo: debería ser de cargo de una comisión de juristas, y así se podría mejorar la redacción actual de ciertos artículos; pero un código nuevo sólo es verdaderamente útil si sabe fijar para algún tiempo el derecho de un país que acaba de atravesar una crisis y prevé un largo período de calma. Esto supuesto, hoy estamos en plena crisis moral, política y económica y no existe acuerdo de espíritus en ningún extremo. No se codifica un derecho en plena evolución. Es preciso saber esperar.» (40)

d) Cuando con el fin del bélico conflicto pasado se preveía la consolidación de la «igualdad social», sustituyendo al liberalismo económico (41), para los autores franceses, éstos, particularmente a través de la *Association Henry Capitant*—en cuanto éste tanto la había patrocinado—se evocaron en apoyo del cambio, aun considerando que era bastante difícil y aun peligroso tocar (42). Pero la realidad, aquellos hechos que se revelaban, se impuso al fin con el Decreto de 1945: «Estamos en presencia de una transformación

(36) Ver *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, París 1936, págs. 2 y 3.

(37) Vid. *Les efforts de la codification en France*, París 1929.

(38) *Du droit individuel [au] droit social*, en «Archives de philosophie du droit», París 1931, pág. 387.

(39) *Reglas fundamentales del futuro Código alemán*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1943, t. I, págs. 99-128, y *Constitucionalismo y codificación*, en «Revista Gen. de Legislación y Jurisprudencia», 1953, t. 193, págs 92 y ss. También López, *Los trabajos preparatorios del Código del Pueblo alemán*, en «Revista de Estudios Políticos», 1941, págs. 269 y ss.

(40) Ver *Traité...* cit., vol. I, núm. 107.

(41) PLANIOL, *ob. cit.*, vol. I, núm. 100 y ss.

(42) Ver ANCEL, *loc. cit.*, pág. 300, refiriéndose al anterior común sentir.

profunda de nuestro derecho, casi del comienzo de una nueva era jurídica; la libertad humana, atributo del hombre, no puede dejar de tener límites en función de los deberes del hombre hacia la humanidad y particularmente hacia la nación de que forma parte. Desde entonces estamos en el umbral del derecho público, ya que a éste lo constituye las relaciones del hombre con la sociedad nacional de la que él forma parte.» (43)

Y el mismo Savatier, como vemos, uno de los campeones de la renovación (44), remachaba con unos párrafos, si exagerados, de contenido irrecusable: «¿Puede quedar inmóvil el derecho patrimonial de un país en el que por la fuerza de su avasalladora naturaleza el centro de gravedad de los bienes se desplaza más y más de la propiedad inmobiliaria hacia la de la empresa? ¿Cómo permanecería estable el derecho sobre la responsabilidad en una época en que la causa y el número de accidentes se transforman y, a la vez, los medios técnicos y jurídicos de reparación de daños se han perfeccionado notablemente? ¿El derecho de contratos será insensible a la economía dirigida y a la instauración de planes de producción y distribución, que hacen necesarias la amplitud de las fuerzas económicas de hoy dirigidas por el hombre? ¿Podemos imaginarnos que el derecho rural de la época de la hoz debe ser el de la era de la segadora-trilladora? ¿O que el derecho obrero de los tiempos del martillo artesano puede prolongarse a los de hoy? ¿O que el derecho comercial no se haya transformado por el automóvil, el teléfono y el avión?» (45).

e) Iba a operarse sobre un *corpus* que, aunque viejo de más de un siglo, «es modelo de orden legislativo, claro, preciso y sencillo, de redacción elegante y vigorosa; si viejo, ha sabido adaptarse a las nuevas condiciones de vida por haberse consagrado grandes principios, y reposa sobre una construcción jurídica ordenada, armoniosa y lógica» (46). Todos coinciden en tratarse de un ordenamiento «práctico», que no tiene, ni pretende, alcances definidores, lo que precisamente le ha valido su enorme influencia en la codificación de casi todos los pueblos (47). Practi-

(43) Vid. SAVATIER, *Du droit civil au droit public.* Paris, 1950, 2.^a ed., páginas 1 y 7.

(44) En esa su especialidad ultrarreformativa es quizá único. El profundo efecto de sus obras y de las del Decano RIPERT, en el extranjero, puede verse en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1952, págs. 192 y ss., durante su discusión en el Instituto Bibliográfico del mismo.

(45) Vid. *Les Métamorphoses...* cit., núm. 5, y añade: «El derecho internacional de las relaciones entre Estados Unidos y la Unión Soviética—esta inficionada del virus marxista, aquella con la desintegración del átomo—, podrá parecerse a la ciencia del derecho de gentes enseñada académicamente por Renault hace cincuenta años?»

(46) ANCEL, loc. cit., pág. 298. También JOSSEMAN, *Derecho civil*, ed. española, Buenos Aires 1950, t. I, núms. 38 y ss.; BRUDANT, *Cours de droit civil français*, Paris 1934, 2.^a ed., t. I, núms. 118 y ss., etc.

(47) Ver DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Valladolid 1942, t. I, pá-

cismo ése, en el servicio de necesidades de tal clase, por el que Matteucci estimaría poder llegarse a la misma unificación del derecho (48).

B) *Formalización de la reforma.*

1. Como «la intervención de un poder político activo arrastra la rápida modificación del derecho» (49), para los doctores franceses, era necesaria una decisión de ese orden para que se saliese de la inercia. El *choc* producido por la guerra de que acababa de salir fué fulminante en sus efectos (50), y sin aguardar a pacificación de espíritus, a pesar de estar en las puertas de una evolución que entonces se abrían, Francia adoptó valientemente la resolución de la reforma, no a medias, sino en todo su alcance.

Para conseguirlo se puso inmediatamente en trabajo (51), a cuyo fin, mediante el Decreto de 7 de junio de 1945, refrendado por el general De Gaulle en el Gobierno Provisional de la República, el día 25 del propio mes y año se constituyó en plenario la Comisión de Reforma con doce miembros (52), a saber, tres profesores de las Facultades de Derecho, entre ellos su presidente; tres miembros del Consejo de Estado, tres magistrados y tres abogados, con un secretario general, que debía pertenecer al profesorado de Derecho de las Universidades de provincias, asistido de varios adjuntos.

gina 146; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, ed. esp., Madrid 1929, vol. I, pág. 108; JOSSERAND, ob. cit., t. I, núms. 49 y ss.; CARTIER, *Livre-souvenir des Journées du droit civil français*, Montreal 1936, págs. 673 y ss., etcétera.

(48) Ver en su «Examen de las actividades del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado», comunicación al IV Congreso de la *International Bar Association*, en Madrid, julio 1952.

(49) Vid. PLANIOL, *Traité...* cit., t. I, núm. 89.

(50) La ocasión de guerras es aprovechada para renovación de doctrinas y de normas. Ver. CAPITANT, loc. cit., págs. 61 y ss.; FERRARA, *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili*, en «Rivista di diritto commerciale», 1915, I, 25 y ss.; PLANIOL, *Traité...* cit., t. I, pág. 43; WAHL, *Le droit civil et commercial de la guerre*, Paris 1918, t. I, págs. V y ss. Asimismo, los trabajos para el alemán BGB, que rige desde 1.º de enero de 1900, por deseo personal del Kaiser, comenzaron en 1873, después de la guerra franco-prusiana (Ver HEDEMANN, «Cincuenta años...» cit., pág. 294.)

(51) Ver ANCEL, loc. cit., pág. 298. En DE CASTRO, ob. cit., t. I, pág. 144, puede verse una referencia a los intentos promovidos para codificar en el vecino país antes de 1804; para después, ver PASCAUD, *Le Code civil et les réformes qu'il comporte*, Paris 1906; LARNAUDE, *Livre du Centenaire...* págs. 901 y ss. cit.

(52) Fueron aquéllos los siguientes, algunos después dimitidos o difuntos; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Decano de la Facultad de Derecho de París; NIBOYET y MAZEAUD, también profesores de ella; DELEPINE, OUDINOT y LATOURNERIE, Consejeros de Estado; LYON-CAEN y RATEAU, del Tribunal de Casación, y ANCEL, de la *Cour* de París; DE LABBÉ y CHARPENTIER, Abogados de la capital, y JOUSSELIN, Notario de ella. HOUIN, Profesor en Rennes, tenía el Secretariado.

Más que en el número de sus componentes, que para el éxito de esta nueva experiencia no convenía excederse, el tiempo ha dicho que la continuidad y el éxito en los trabajos de estos años (53) se debe, no en pequeña contribución, a factores personales, cuales la vitalidad y entusiasmo de su Presidente Julliot de la Morandière y de algunos de sus colegas, y a un elemento, el sentido del deber, cara al mundo, jurídico y político, y de inmediato al papel que la Comisión se impone de representar la tradición francesa (54), y que el Ministro de Justicia expresaba en la primera reunión oficial: *Le Garde des Sceaux attire l'attention sur le soin avec lequel la réforme du Code civil doit être opérée. Il ne s'agit pas de réformer le C. c. pour le bouleverser, mais au contraire, pour le conserver. C'est le Code civil qui a fait au 19^{ème} siècle la grandeur juridique de la France; il importe de le restaurer et de consolider notre primauté juridique* (55).

2. Porque hasta aquel instante, hasta hoy, mejor dicho, «del otro lado» (56), el campo de la codificación civil quedaba

(53) Todos han sido recogidos oficialmente en cinco volúmenes—sobre los que en parte hemos trabajado nosotros—, editados por Librería de Recueil Sirey, de París, aun en curso de publicación hasta el final de aquéllos, bajo el título de *Travaux de la Commission de la Réforme du Code civil*, con el intento de ser discutidos públicamente:

Vol. I, años 1945-1946 (Méthode de rédaction. Livre préliminaire. Tutelle. Curatelle. Administration légale. Adoption. Absence. Filiation adultérine et incestueuse. Publi cité des droits immobiliers. Responsabilité du locataire en cas d'incendie), ed. 1947.

Vol. II, años 1946-1947 (Actes juridiques et contrats. Responsabilité du locataire en cas d'incendie. Actes de naissance des enfants abandonnés et des enfants adoptés. Mariage. Distinction des biens. Possession), ed. 1948.

Vol. III, años 1947-1948 (Actes juridiques. Assurances obligatoires des automobiles. Privilège du bailleur. Divorce et séparation de corps. Recherche de paternité. Représentation successorale. Vente des immeubles et des fonds de commerce dépendant de la communauté), ed. 1949.

Vol. IV, años 1948-1949 (Plan du code. Théorie de la loi. Régimes matrimoniaux. Confiscation générale des biens. Actes juridiques et obligations. Droit international privé), ed. 1950.

Vol. V, años 1949-1950 (Devoirs et Droits respectifs des époux. Régime matrimonial de droit commun: communautés d'acquêts. Dispositions générales relatives aux régimes matrimoniaux. Droit international privé), ed. 1951.

[Ver *infra* nota 95.]

(54) Ver *supra* el texto de la nota 46. Para PLANIOL, ob. cit., t. I, núm. 84 y ss., el *code* es «espíritu de moderación y de *sagesse*, ley de transacción, ni reaccionaria ni revolucionaria», y para la opinión común, ese término medio representa esa tradición jurídica.

(55) Vid *Travaux de la Commission...* cit., vol. I, pág. 22.

(56) Este sentido de «dos campos» en el terreno jurídico, con repercusión en otros, fué puesto de relieve, con insistencia, por COSTE-FLORET, como portavoz de la Subcomisión de Métodos Legislativos, que proporcionó interesantes estudios comparados: «La influencia del C. c. alemán no puede rebajarse; favorecida por la hegemonía de los Hchenzollern al fin del XIX y por la propagación de su idioma en los Estados centroeuropeos, se extiende en Europa; gana también a los Estados de la América Latina por el doble canal del dinamismo político de Alemania y de su propaganda intelectual ejercida, en España y Estados de civilización española, a través del movimiento krausista.»

polarizado en el *BGB* alemán, pesado y teorizante, ampuloso y macizo, pero que como obra moderna y de características propias ha tenido gran influjo en otros códigos caídos bajo su órbita al separarse del francés y buscar en aquél una originalidad (57) que la antigüedad de éste no podía darles (58): es así que como contraste podía decir y reclamar De Labbé en una de las sesiones: «No se trata de hacer una disertación jurídica, sino un Código, o sea un guía que proporcione soluciones prácticas» (59), considerando, con razón, que con otro prototipo de *code* pueden ganarse internacionalmente zonas de seguridad y palmarés y prestigios, jurídicos y aun políticos, como se habían conquistado con el vigente: *Il lui semble, par ailleurs, que si l'on songe au rayonnement intellectuel dont son futur code civil pourrait faire bénéficier la France à l'étranger, il faudrait que cette oeuvre fût savante tout en restant concrète* (60).

3. Pero estas soluciones «prácticas» quieren darse ahora a principios bien distintos de los de 1804, que si éste reconoció unos derechos del individuo, dicen los juristas vecinos, actualmente deben admitirse los de la comunidad (61), o, si se prefiere, los de la persona dentro de la sociedad: «Existe en el derecho moderno un mal general, que nace de un conflicto entre dos corrientes del pensamiento. Nuestro derecho de sucesiones y el régimen matrimonial significan una ordenación jurídica referida a la propiedad. Está mal adoptado a los nuevos bienes nacidos del trabajo, al derecho de autor, al fondo de inversiones y a las explotaciones agrícolas. Pero una segunda razón explica la conmoción tan profunda del régimen civil por la Seguridad Social, y es que las instituciones tradicionales están en lo sucesivo más en contacto con una nueva rama del derecho, que no deriva ya del derecho pri-

(En *Travaux de la Commission...* cit., vol. I, pág. 53.) Asimismo, BEUDANT, ob. cit., t. I, núm. 126, etc.

(57) V. gr., en BALLIVIAN, *Breves consideraciones sobre la reforma del Código civil en Bolivia*, en «Revista de Derecho», La Paz 1951, págs. 7 y ss., sosteniendo que al modificar el actual, que, dice, es una traducción del napoleónico, se tienda a otro de estructura parecida al alemán.

(58) También COSTE-FLORET, loc. cit., págs. 35 y 53, añade ser el *BGB* el antecedente de esta reacción de las legislaciones extranjeras contra la influencia del suyo, en tanto que antes la de éste era total; JOSSERAND, ob. cit., t. I, núm. 45, etc.

(59) Ver en *Travaux de la Commission...* cit., vol. I, pág. 24. No sólo contra una Ley de Introducción, sino que contra un Título Preliminar ha tenido oponentes el actual Anteproyecto objeto de este trabajo; por ej., de parte de MÂRC ANCEL, dentro de la Comisión.

(60) DE NIBOYET, en el plenario de 19 de diciembre de 1945, según *Travaux de la Commission...* cit., vol. I, pág. 167. CASTEJÓN sostiene (*La unificación del Derecho; situación actual y medios propuestos para su desenvolvimiento*, en «Información Jurídica», 1953, pág. 650) que la napoleónica ha sido, de las tres unificaciones legislativas que admite, la más duradera. Véase en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, pág. 750, el significado que puede tener esa expansión jurídica más allá de las fronteras.

(61) Ver MALLET, *Travaux de la Commission...* cit., vol. I, pág. 82.

vado, sino del derecho público: el derecho de Seguridad Social, en efecto, no es otra cosa que el derecho de un nuevo servicio público» (62).

El perfil de la discusión estaba manifiesto en los términos planteados por Josserand y Ripert. Aquél: «Evidentemente le interesa más defender al fuerte que al débil.» Este: «Mis ideas han chocado con su alma generosa, pero él no ha pensado al plantearse el problema, en esta primera cuestión previa: ¿Quién es el fuerte y quién el débil? Porque si el fuerte es el más inteligente, el más hábil, el más económico, y el débil es el más obtuso, el más torpe y el más desordenado, el orden social exige que sea preferido el fuerte, ya que la justicia no consiste en dar la razón a quien está desarmado por su inexperiencia o su imbecilidad, sino en dar a cada uno lo suyo.»

Sin embargo, nuestra Comisión está siguiendo, por el momento, la meritoria línea del equilibrio entre aquellas dos corrientes; del término medio, huyendo de extremismos: «Ha extremado su prudencia, estimando que el papel de codificador es más bien el de constatar el estado actual del derecho y de los hechos sociales, que el de prever un dudoso porvenir. La Comisión no ha creído ligarse a ningún principio dogmático, limitándose a investigar, a propósito de cada institución y en función de las concepciones dominantes, el medio más adecuado de conciliar la protección de los derechos individuales—que es el fin esencial del derecho privado—con las necesidades de la vida familiar, profesional y social. La C. ha seguido tendencias, pero pesando con muchos escrúpulos las consecuencias previsibles de sus decisiones» (63). Luego el legislador dirá la última palabra, cuando las «masas» intervengan.

C) Plan.

1. La concreción del plan a formular fué el primer obstáculo serio con que se tropezó. Más bien dicho, la dificultad era anterior a la propia existencia del organismo, porque era inherente al propio intento de hacer un código o reformarlo, labor «peligrosa».

Naturalmente que un plan no significa armadura para aherrar a un articulado. Pero puede ser efecto de una «planificación», que a su vez puede orientarse hacia todas las direcciones, buenas y no tanto: puede llegar a ser un «vestido» que influya en el contenido. Otros dirán que ese contenido incidirá en el continente. Y todos tendrán razón, particularmente si llegamos a las menores subdivisiones—capítulos, secciones, títulos, apartados, pá-

(62) Vid. DURAND, Profesor en París, *La política de Seguridad Social y la evolución de la sociedad contemporánea*, en «Revista Iberoamericana de Seguridad Social», 1953, págs. 434 y ss.

(63) Ver HOUIN, *Les Travaux...* cit., pág. 35. También ANCEL, loc. cit., página 302.

rrafos—e intentamos epigrafiarlas, porque previamente habremos establecido por aproximación interesantes datos: proporción que entre sí guarden las instituciones, su desarrollo y dependencia; y quizá alusiones o presupuestos doctrinales, económicos, filosóficos, hasta políticos, de suerte que determinase inclinaciones individualistas o socialistas...

2. Ante esas posibilidades peligrosas, el sentido científico y patrio de sus miembros se comprende estuviese sujeto a un «santo» y prudente temor, si consideramos las circunstancias de todo orden que en aquellos días de junio de 1945 y próximos les rodeaba, que estaban quizá en ellos mismos, subjetivamente y doctrinalmente, en aquella etapa que se iniciaba a los pocos días de finida su guerra, cataclismo que había superado todo lo previsible y todo precedente. La desorientación era o parecía ser absoluta: futuro político, dirección filosófica, contenido social, valoración económica, etc. (64).

Esa fluidez y tal inseguridad, al parecer todavía no absolutamente eliminadas, no podían por menos que influenciar el derecho y la legislación (65), ya que, como afirma Vasalli, «las leyes marchan a menudo por caminos que no son los del Derecho, porque son instrumentos de intrusión o invasión del Estado en la zona de autonomía jurídica, reflejo de intereses de partido o de orientación gubernamental» (66).

3. Es así que no se estaba de acuerdo en que fuese la «persona» el centro del Derecho, cuando los teóricos del socialismo creen lo es la comunidad; de si procedería una introducción dogmática declarativa y abstrusa como producto del pensamiento puro, al estilo germánico, sentando doctrinas, definiendo conceptos y clasificando metódicamente; en el alcance de la emancipación de la mujer casada; en las relaciones del individuo y Estado; en la autonomía de la voluntad; incluso en si era preferible codificar únicamente los principios generales del Derecho común, dejando a leyes reglamentarias su desarrollo, etc, etc. Aún podríamos añadir numero-

(64) Para 1950 aún estimaba GALLARDO y RUEDA la carencia de orientaciones definidas por parte del derecho civil francés actual. (Ver *El pasado inmediato...* cit., pág. 666.)

(65) Un especialista en el estudio de esos fenómenos de asincronización, según vimos *supra*, nota 26, MORIN, ha puesto de relieve la nueva faceta de un título expresivo, *La révolte du droit contre le code*, París 1945, para una revisión necesaria, a su juicio, de conceptos jurídicos, tales como contrato, propiedad y responsabilidad. El andamiaje externo y en un círculo más amplio es lo que la doctrina francesa denomina «legiferación», fenómeno mundial del encabalgamiento de leyes, que se traduce en continuas superposiciones de una sobre su muy inmediata anterior en el tiempo, a su vez reemplazada por otra próxima sucesiva, y así hasta una meta inalcanzable: y ello no ya sólo en el derecho administrativo y en el financiero, sino en el mismo meollo del derecho civil, en Familia (Ver *supra*, nota 1, y RIPERT, *Le déclin du droit*, París 1949.)

(66) *La mission du juriste dans l'élaboration des lois*, en comunicación suya al Congreso Internacional de Derecho Privado de Roma, 1950, en *Actes del mismo*. Roma 1951, págs. 41 y ss.

sos interrogantes, por ejemplo el de la posibilidad de aprovechar el momento para unificar el derecho privado, más concretamente, el civil y el mercantil (67).

4. Muchísimos eran, pues, los factores a tener en cuenta para no forzar una «planificación». El profesor Niboyet opinaba sobre la conveniencia de acordar primeramente el plan, sobre el que, después, se trabajaría con seguridad. Sin embargo, llegó a aceptarse la tesis de Julliot, de suerte que, sin perjuicio de las discusiones que sobre el fondo iban desarrollándose y aprobando, la del plan, dando tiempo al tiempo, no cuajó hasta las sesiones plenarios de 1949, quedando, en su estructura primaria, definitivamente en esta forma: *Título preliminar* (todavía sin denominación); Libro I, *De las personas físicas y de la familia*; Libro II, *De las sucesiones y de las liberalidades*; Libro III, *De los bienes, de los derechos reales y de los intelectuales*; Libro IV, *De los actos y de los hechos jurídicos*; Libro V, *De las obligaciones*; Libro VI, *De ciertos contratos*, y Libro VII, *De las personas morales* (68).

Como a primera vista parece, efectivamente no es nada revolucionario. Ese equilibrio pudo haber cedido al espejuelo de conquistas más espectaculares, pero menos sólidas y ortodoxas, debiéndonos todos felicitar (69).

D) *Método.*

1. La rapidez, la realización de su obra en el más breve plazo posible está dominando a la Comisión. Tiene experiencia de intentos fallidos, y sabe que su mejor auxiliar es la acelerada administración del tiempo. Francia se ha propuesto tener su Código, y gracias a la prudente, coordinadora y enérgica dirección que sabe imprimirle su Presidente, el Decano de la Facultad de Derecho de París (70), en estos últimos ocho años ha realizado avan-

(67) En el terreno positivo, los Códigos de Turquía, Suiza, China, Italia, etcétera, podrían considerarse como argumentos a favor. Ver BONET Y RAMÓN: *Proceso formativo del Derecho mercantil*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1953, págs. 195-200, con abundantísima bibliografía; aunque la posibilidad del texto no se vió con buenos ojos, «se recibió con bastante frialdad», dice PLANTOL, en el mundo de los negocios, cuando la revisión general del *code* intentada en 1904. (Ver *Traté...* cit., vol. I, núm. 107).

(68) Ver su exposición, *infra*, pág. 22 y ss.

(69) Queramos o no, el futuro *code*, unas veces por razones geográficas, de doctrina y de asimilación natural y lógica; otras veces, por distintas causas, a las que ningún país, recíprocamente, puede sustraerse, quedando así al margen de interrelacionarse en el mundo de las ideas jurídicas, influenciará al venidero Código civil español, como sería a la inversa si la prioridad fuese otra. No será preciso que lleguemos a copiar otra tercera parte de su articulado. Nada más lejos, en muchos sentidos, la concepción alemana de la española, y, sin embargo, su BGB, aliado a ciertas traducciones admirables, ha privado en los mismos programas de oposiciones a través de una dogmática. Como en otras épocas, las talleres de Maguncia, Lyon y París editaban obras de nuestros juriscónsultos, allá rectores.

(70) Ver JULLIOT DE LA MORANDIERE: *La réforme du code civil*, en «Dalloz» *crón.*, 1948, págs. 117 y ss.

ces considerables, que se pueden cifrar en más de un tercio del anteproyecto total, el más difícil y de probada lentitud.

Con esa preocupación—que en alguna ocasión le ha hecho volver de su primitivo acuerdo (71)—, el trabajo se distribuye en Subcomisiones (de Métodos Legislativos, Parte General, Personas y Familia, Actos Jurídicos, De los Bienes y de la Propiedad y Obligaciones (72) y se organiza en ponencias, que se discuten, primero en sesiones de aquéllas y más tarde en plenarias. Repetimos: lo sorprendente es la regularidad perfecta de esos trabajos y su fertilidad, a veces por encima de ambientes enrarecidos, cuando son tantos y de tanta monta los problemas a resolver para «hacer» un nuevo *code* en lugar de «rehacer» o «revisar» el actual, porque aunque la Comisión se apellide de «reforma», en realidad estamos ante un *corpus* distinto (73), aunque se mantenga fiel «al mismo método de los redactores del 1804, al concebirlo como un instrumento de carácter judicial destinado a zanjar los litigios entre los particulares» (74), o, todo lo más, «a la doctrina jurídica nacional, de la que pone, a la vez, los principios teóricos y las aplicaciones prácticas» (75).

2. Los trabajos obedecen a la siguiente organización y realizaciones, habida cuenta de que a partir del Decreto de 7 de junio de 1945, toda la actividad legislativa privatista está sujeta a la consideración previa de las dos Comisiones de Reforma, la del Código que nos ocupa y la del mercantil (76). De esta manera:

a) La que opera sobre el civil es requerida por el Ministerio de Justicia—a indicación del Gobierno o del Parlamento—para el informe de proyectos de leyes que puedan guardar relación con el futuro *code*. En ese sentido ha dictaminado ya, entre otros, sobre: a') constitución de un fondo de garantía y seguro obligatorio de daños causados a terceros por automóviles; b') investiga-

(71) *V. gr.*, los arts. 35 a 37—*Del objeto del acto jurídico*—. *infra* pág. 39, adoptados en la sesión plenaria de 12 de mayo de 1949, reemplazaron a estos otros aprobados en la de 16 de junio del año anterior: «Art. 35: El acto jurídico no puede tener un objeto prohibido por una disposición legal imperativa o que sea contrario al orden público y particularmente a las buenas costumbres. Art. 36: Cuando los efectos pretendidos por el autor o autores del acto ya están realizados o sean de imposible realización, el acto ya no tiene objeto. Análogamente, si los efectos jurídicos que se buscan son indeterminados o indeterminables. Art. 37: Los efectos jurídicos pretendidos pueden válidamente relacionarse con un derecho futuro o con una futura contingencia.» (Ver en *Travaux de la Commission...* cit., vol. III, págs. 267 y 343).

(72) La primera, que ya no existe, tuvo significativa importancia al comienzo. Las restantes están bajo las presidencias del mismo JULIOT, LYON-CAEN y NIROYET.

(73) HOUIN confiesa que si bien el Decreto de 1945 se dictó «para preparar una revisión general», la Comisión entendió el encargo no de una simple revisión, sino de una verdadera reforma del Código. (*Les travaux...*, cit., pág. 34).

(74) Ver ANCEL, *loc. cit.*, pág. 302.

(75) COSTE-FLORET, *loc. cit.*

(76) La de éste está a cargo de una constituida por Decreto de 24 de octubre de 1947, y de sus trabajos hay publicados tres volúmenes.

ción de la paternidad, *c'*) concediendo derecho de representación a los hijos naturales reconocidos, en la sucesión de sus abuelos fallecidos abintestato; *d'*) intervención de la mujer casada en las ventas de inmueble o de *fonds de commerce* (77) existentes en la comunidad, y *e'*) consecuencias civiles sobre la confiscación general de bienes, etc.

b) La misma está relacionada con la Comisión de Unificación Legislativa para sistematizar y uniformar en lo posible el *code* con el ordenamiento civil de Alsacia y Lorena (78), habiéndose distinguido por el tacto y ecuanimidad en donde podrían existir muchas fricciones (79). Así se ha hecho, singularmente: *a'*) con «la tutela, la curatela y la administración legal», provisionalmente hasta que la unificación pueda ser un hecho con el venidero Código, «considerando que el nuevo retorno a Francia de los departamentos del Rin y del Mosela deben ser la ocasión de realizar la unificación total y definitiva de su legislación particular con la del resto de Francia, pero que esta unificación no debe necesariamente hacerse por la extensión pura y simple de la legislación general a los territorios recobrados, porque en ciertos casos puede ser deseable reformar teniendo presente el derecho local y, a la vez, dotar al conjunto de Francia de instituciones mejores y uniformes» (80), y *b'*) con el derecho hipotecario (81).

c) Su Secretariado está en relación estrecha con el de la Comisión para el mercantil, o *de commerce et du droit des sociétés*, a cuyo efecto se van repartiendo los trabajos por materias, en

(77) Ver nuestros comentarios a las Leyes de 5 de febrero y 12 de marzo de 1953, en *Crónica...* cit., págs. 103 y 108 y ss.

(78) Pueden verse, entre muchas, explicado por NURK: *Systematische Darstellung des Elsass-Lothringischen Bürgerlichen Rechts*, Metz 1901; LOTZER: *Le nouveau droit civil et commercial en Alsace et en Lorraine*, Colmar 1924, etc.

(79) Cierta sentido de particularismo existe indudablemente en esas regiones, particularmente en Alsacia, *carrefour* continental, hacia la que orientan la futura capitalidad de Europa. Últimamente podría citarse la literatura derivada del episodio Oradour, revivido en 1952-1953. (Ver Ley de 30 de enero de 1953 y comentarios nuestros en *Crónica...* cit., pág. 101 y s.). Jurídicamente se había reconocido por Francia en su Ley de 17 de octubre de 1919.

(80) Vid. *Travaux de la Commission...* cit., vol. I, pág. 399, y se refiere al proyecto de ley sobre esas instituciones, con organizaciones «profundamente» distintas, según nuestra Comisión; en Derecho francés es *familiär*, bajo un Consejo (arts. 389-475), del que copió el Código civil español; en el otro es *estatista* la protección del menor, estando a cargo de un funcionario, del juez de tutelas. Ambos sistemas tienen sus ventajas y a una transacción tiende el proyecto. (Ver en *Travaux de la Commission...* cit., vol. I, págs. 223, 224, y en págs. 424 y siguientes, la propuesta aprobada de adoptar al de Francia el «Derecho local» de esas regiones sobre prohibición del reconocimiento voluntario del hijo natural.)

(81) Se considera al alsaciano-lorenés, germánico y fundado en la publicidad, como más idóneo aún entre la doctrina francesa. (Ver DUCOIN: *Essai critique sur le régime hypothécaire français et les Livres Fonciers Alsaciens-Lorrains*, tesis, Lille 1935; TILSCHLICH: *Le Régime des Hypothèques légales et judiciaires en Alsace et en Lorraine dans ses rapports avec le droit français et le droit allemand*, tesis, París 1935, etc.

aquellas que pueden interferirse o son de discriminación oscura o que reclaman una petición de principio, por ejemplo, sobre comerciantes, empresas y profesiones comerciales: estado y capacidad de los primeros, patrimonios comercial y familiar, reglamentación de la profesión—a pesar del renacimiento del derecho profesional, que en Francia va *in crescendo*—, empresa y su patrimonio, en el derecho de los contratos y obligaciones, reglas generales, contratos particulares, etc. (82). A ese propósito, cada Comisión tiene a la otra al corriente de sus trabajos y le participa sus deseos sobre otros extremos, pensando más adelante tener incluso sesiones conjuntas, y estando de momento convenido que la actual distribución de materias no prejuzga su atribución definitiva.

d) Admite también informes, o se solicitan—o a veces los propios interesados son oídos personalmente—de aquellos que se consideran como especialistas, *verbi gratia*: al profesor Kayser, para la reforma del régimen dotal '83); Roubier, sobre conflictos de leyes en el tiempo; Besson, acerca del seguro obligatorio para automóviles, etc.

E) *Directrices.*

1. Imposible concretar en líneas generales la tipología del anteproyecto tal como va saliendo hasta ahora. Menos aún lo que en su día pueda salir de la Cámara, porque:

a) Si ahora ya actúan sobre la Comisión ambientes de cierta inseguridad, social, económica, política y aun filosófica, según dijimos, con mayor razón, a pesar del actual aparente despego popular de esos trabajos, científicos hasta el momento, presionarán entonces sobre la representación democrática, a cuyos pies y decisión quedará. En Francia ya encontraríamos antecedentes que valoran extraordinariamente ese elemento (84), aunque estimamos que saldrá a flote, no tanto por la cualificadísima intelectualidad de los actuales ponentes, prudentemente equilibrada en escuelas y direcciones, como por la ferviente y unánime aspiración francesa de recuperar y mantener la antorcha jurídica y cultural

(82) Ver en *Travaux de la Commission...* cit., vol. IV, págs. 98-114.

(83) Ib. *Travaux de la Commission...* cit., vol. V, págs. 479 y ss.

(84) Desde que en 1790 se decreta por la Asamblea Constituyente la necesidad de un «Código general de leyes simples y claras», hasta la promulgación del de 1804, sufrieron la desaprobación legislativa los tres proyectos de Cambacères, el de Jacqueminot y el de Thermidor del año VIII. (Véase en ESMEIN: *Histoire du droit français de 1789 a 1814*. París 1908).

européa (85), incluso reconocida y en cierta manera deseada por alguna doctrina alemana (86).

b) Colocados en el terreno especulativo, todavía no es unánime el *quid* de o separar en dos códigos, civil y mercantil, el derecho privado, o reunirlos en uno solo, hasta el extremo de que en principio es esto último lo acordado por ambas Comisiones. (Claro que como muchas instituciones son mixtas, para el último supuesto son imaginados sendos Tribunales, de cada especialidad, que aplicarían las reglas civiles y las comerciales del Código único.) (87), y

c) Otro *quid* aún va más allá. En la sesión de 25 de octubre de 1949 se preguntaba si el contrato de trabajo debía o no insertarse en ese Código de derecho privado, respondiendo negativamente Niboyet, sólo, al parecer, por razones de mayor viabilidad para el resto, porque *si nous voulions toucher au Code du travail il y aurait des oppositions* (88).

2. Nosotros creemos adivinar en la Comisión evidente tenacidad para llegar al meollo de muchos problemas—unas veces atacándolos de frente, otras dejando que maduren—, que, a su juicio, están cerrando el paso a la evolución franca del Derecho, que trata de moverse según la expansión de la natural realidad. Véanse, *verbi gracia*, algunos de los muchos signos que esmaltan lo hasta ahora aprobado:

a) El reforzamiento de la Ley, omnipotente, a través de Legislador exclusivo, único Poder, todopoderoso también, ordenando una jerarquía de fuentes clara y categórica frente a la jurisprudencia y al ejecutivo, y reafirmando la clásica definición inglesa de «la regla de la Ley» (89), atemperada, sin embargo, a correcciones *a posteriori* que van teniendo en cuenta sobre la mar-

(85) *Il devenait donc indispensable à l'heure où la victoire des Nations Unies assurait le triomphe d'un idéal auquel la France n'avait jamais cessé d'être attachée, de refaire une synthèse législative qui permette l'indispensable rajournement des institutions juridiques françaises et rende au code civil son rayonnement et son prestige.* (De JULLIOT DE LA MORANDIERE a la Comisión, en *Travaux de la Commission...* cit., vol. I, pág. 8). Análogamente, *supra*, lo hemos visto en distintos textos.

(86) Vid. en RAUSCHNING, en su ed. francesa de *La Paix est-elle possible?*, París 1953.

(87) Se ha convenido por ahora que toda la materia de sociedades, seguro, principios generales sobre la venta y transporte marítimo y terrestre, la trate la Comisión para el mercantil. La otra conocería particularmente de los arrendamientos, incluso del de la hacienda comercial. (Ver la unanimidad en *Travaux de la Commission...* cit., vol. IV, págs. 109-110).

(88) Vid. *Travaux de la Commission...* cit., vol. IV, pág. 111.

(89) Para A. V. DICEY: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres 1893, 4.ª ed., pág. 173, «esa definición clásica significa esencialmente la supremacía absoluta o la aceptación general de las leyes establecidas que se oponen a todo poder arbitrario, a toda prerrogativa, incluso a la ampliación de poder que pudiera acordarse el Gobierno.»

cha las preocupaciones y las necesidades de cada una de las categorías personales (90).

b) La colocación de una cuña entre el derecho civil y la legislación civil, resolviendo la discusión amparándose en la economía y en última instancia en el tabú de la norma codificada, léase legislada, para la que, al decir de Ripert, los pueblos más democráticos sienten, en proporción directa, mayor deificación (91), con lo que se obtiene esa aparente contradictoria relatividad, tan francesa, de la primacía de la Ley, pero en tanto no se modifique por otra quizá al instante, «porque lo que nos haya parecido bueno en un momento, seguramente ha dejado de serlo.» (92)

c) El reconocimiento de los derechos al nombre, a la imagen y de la personalidad, pero en tanto que «egoístas»—como en el supuesto de la integridad física—, intervenidos por la Ley en evitación de abusos (93).

d) El «conservadurismo» galo respecto al régimen económico del matrimonio, a través del mismo actual del de comunidad de bienes, que se conserva como tipo legal, cuando tan fácil hubiera sido deslizarse hacia extremismos que están allí y fuera de allí a la orden del día. Ese equilibrio es sostenido en la propia estructura de la institución matrimonial (94).

e) En fin, la valentía para enfocar cuestiones que modernamente exigen solución, como la del ejercicio anormal de los derechos; la correspondencia epistolar como recuerdos de familia; la separación de cuerpos, convertida a los tres años en divorcio vincular; pruebas y desconocimientos de la filiación, en relación con la inseminación dirigida; investigación de la maternidad; matización de las cláusulas-tipo que modifican la comunidad legal de bienes durante el matrimonio; teoría del acto jurídico y su inexistencia, nulidad y anulabilidad; el complicado del de la coincidencia en épocas distintas de las condiciones de creación de derechos (95), etc., etc.

(90) Sobre HAYEK: *Camino de servidumbre*, Madrid 1946, ed. esp., páginas 59 y ss., y sobre todo, págs. 75 y ss., se estudian perfectamente esas distinciones.

(91) *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1948, 2.ª edición, pág. 46, haciendo ver que LAURENT en Bélgica y HUC en Francia, defensores de la más estricta devoción a los textos codificados, resultan ser, por sus opiniones políticas, los más cercanos a la democracia. Véanse también JOSSEMAND: *La force et le droit*, Paris 1917; VAN KAN, ob. cit., *supra* nota 37.

(92) Vid. VOUIN: *De l'esprit des lois civiles*, «Dalloz» crón., 1948, pág. 149.

(93) En la clasificación de JOSSEMAND—*à esprit égoïste: à esprit altruïste: y non coustés*—, nos parece mejor, como a tales derechos y no prerrogativas, incluirlos entre los primeros. (Vid. *De l'esprit des droits et de leur relation*, Paris 1927, págs. 387-396).

(94) Vid. ANCEL: *La evolución de las condiciones del marido y la mujer en el matrimonio*, en «Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración», Montevideo 1952, t. 50, pág. 145 y ss.

(95) Ver *infra* art. 27 y su nota en pág. 26. Su discusión había sido trabajosa. LATOURNERIE: «Este idioma es en gran parte inédito hasta hoy en la técnica legislativa.» ROUBIER, que había sido suponente, hubo de reconocerlo.

Todo esto en cuanto a lo aprobado en plenario hasta los últimos tiempos (96), porque respecto a otras muchas—representación sucesoria, posesión, investigación de la paternidad, confiscación general de bienes, seguro obligatorio de automóviles, etc.—ya han sido tratadas en Subcomisión.

3. Podemos resumir diciendo, a nuestro criterio, que el anteproyecto sale moderno, pero bajo una prudente línea media, sin exageraciones; no tiene la construcción dogmática del alemán, pero tampoco tiene la peligrosidad de sus definiciones, porque también ahora quiere la Comisión, como en 1804, hacer «una obra de prácticos del derecho para uso de prácticos del futuro», aunque, en verdad, luego nos va resultando ligeramente distinta; no tiene miedo a la realidad, pero discrimina y decanta (97); reafirmará «lo social» y «lo económico», pero no parece evolucionar a situaciones que ni siquiera en la actual emergencia se producen (98), aunque reconocerá principios cual el de la responsabilidad del Estado, ya admitido en su legislación, etc. Será, pues, el primer código latino, no «sabio», pero sí normativo.

pero admitía no encontrar otra más acertada fórmula de redacción: «Que se trate, por ejemplo, de prescripción adquisitiva o extintiva, la situación es la misma. Es, pues, preciso llegar a un vocabulario apropiado. El de ahora es algo abstracto, desde luego. Con todo, creo que la idea que expresa nunca ha sido discutida, porque hasta la *Cour de Cassation* admite el inmediato efecto de las leyes cuando se trata de situaciones que están en curso de efecto, y con mayor motivo cuando se trata de las que no están aún formadas, sino en vías de serlo. Estimo, pues, que no hay dificultad en cuanto al fondo de este artículo. Si la hay respecto a la forma, esto es, otra historia.» «Es evidente—continuaba—que las leyes que rigen la creación o la extinción de las situaciones jurídicas no pueden aplicarse a las situaciones en curso de efecto, ya que hemos aprobado, en el artículo 23 precedente, que una ley nueva no puede modificar las condiciones de creación o de extinción de una situación jurídica previamente creada o extinguida. Ahora las dos proposiciones se vuelven a unir.» Para NIBOYET, la fórmula era *terriblement abstraite*, pero LATOURNERIE la sostuvo, alegando que aportaba al Derecho francés una mejora muy importante, y que las dificultades no debían eludirlas, sino resolverlas. (Ver en *Travaux de la Commission...* cit., vol. IV, págs. 307-310).

(96) [Redactado el presente trabajo en octubre de 1953, de cara a su posible confrontación por el lector sobre los volúmenes de *Travaux...* hasta entonces aparecidos, al publicarse estos días el volumen VI anticipamos que su contenido refrenda nuestras anteriores apreciaciones y que más adelante, Dios mediante, volveremos sobre él.]

(97) RIPPERT: *Le bilan...* cit., págs. 1 y ss., ya explica la antinomia, aparente, entre el comportamiento oral o escrito y el trabajo definitivo y responsable del jurista.

(98) Poniendo en guardia, muy oportunamente, contra los peligros que están amenazando la raíz misma del derecho privado, apoyándose en un Derecho natural cristiano, ver a QUINTANO RIPOLLÉS: *Los valores individuales en el Derecho público y privado*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1953, págs. 497-4-3.

II. CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

Es de desear que Francia pueda llevar a buen término su obra codificadora. Aquel día, no cabe la menor duda, que además de servir de revulsivo para apremiar otras paralelas en distintos países, que hasta hoy se miraban en el modernismo y en la técnica del otro prototipo, el germánico, volverá a ser visto con atención por la futura doctrina, si sabe conservar la armonía y bondades de su antecesor y hoy vigente.

Estimando ser preferible que el propio lector observe personalmente el articulado, a continuación lo reproducimos en aquello que pueda ser más interesante para el privatista (99), limitándonos a los extremos de máximo contraste con el Código civil español. Ese parangón matiza y valora extraordinariamente el enorme esfuerzo, digno de todo encomio, y que trataremos de poner de relieve, que se está llevando a cabo en el país vecino. Creemos realizar labor útil a la futura codificación española darlo a conocer. Ni la ciencia jurídica ni las costumbres admiten compartimientos estancos hasta la exageración (100).

Es natural que comencemos por el plan (descendiendo, para mejor situarnos, a epigrafiar los mismos capítulos).

He aquí, parcialmente, lo acordado (101).

Título preliminar [faltando a precisar su denominación].—Capítulo I. De la promulgación de las leyes, de la publicación de ellas y de los reglamentos y de la abrogación de las primeras.—Cap. II. De la publicación y de la notificación de actos administrativos individuales.—Cap. III. De la publicación de los tratados diplomáticos.—Cap. IV. De la apreciación de la legalidad y de la interpretación de los actos legislativos, diplomáticos y administrativos.—Cap. V. Del conflicto de leyes en el tiempo.—Cap. VI. Disposiciones generales: buena fe, fraude a la ley, orden público, apariencia (102)—Cap. VII. Del ejercicio anormal de los derechos.

Libro I. De las personas físicas y de la familia.—Tít. I: *Del estado de las personas físicas*.—Cap. I. De los derechos de la personalidad.—Cap. II. De los actos del estado civil.—Cap. III. Del

(99) Dejamos aparte, por tanto, lo acordado, siendo ponente NIBOYER, sobre la sistemática del Derecho internacional privado, y otras materias, ya que estudios como el presente forzosamente deben ser limitados y meramente positivos.

(100) Que sepamos, nuestras Revistas técnicas han tratado muy escasamente estos trabajos galos: el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1951, págs. 609 y 610, con una nota informativa de GALLARDO RUEDA; y la «Revista de Derecho Privado», en el breve trabajo de MARC ANCEL ya aludido.

(101) En lo posible hemos optado por la traducción literal. Con ella, desde luego en ocasiones, los conceptos se repiten. La técnica francesa es así y tiene sus ventajas.

(102) Aquí la Comisión «reserva hasta el fin de los trabajos» el completar el epígrafe.

nombre.—Cap. IV... Tít. II: *Del matrimonio y del divorcio*... Título III: *De los regímenes matrimoniales*. Tít. IV: *De la filiación*.—Cap. I. De la filiación legítima.—Cap. II. De la filiación natural y de la legitimación... Tít. V: *De la obligación alimenticia*... Título VI: *De la capacidad*...

Libro II. De las sucesiones y de las liberalidades.—Tít. I: *De las sucesiones ab intestato*.—Tít. II: *De las donaciones entre vivos y de los testamentos*...

Libro III. De los bienes, de los derechos reales y de los intelectuales.—Tít. I: *De la distinción de los bienes (y del patrimonio)*.—Tít. II: *De la propiedad*: Propiedad mobiliaria e inmobiliaria; modos de adquisición y transmisión; usucapción; subrogación real; posesión y acciones posesorias; copropiedad; bienes de familia; cláusulas de inalienabilidad; reivindicación...—Tít. IV: *De las garantías reales*: privilegios; hipotecas; prendas; «warrants».—Tít. V: *De la publicidad de los derechos reales*. Tít. VI: *De la prueba de los derechos reales*.—Tít. VII: *De los derechos intelectuales*: Propiedad literaria y artística, derechos de clientela civil, propiedad industrial y comercial (103). [Reenvío a los contratos especiales para las licencias de explotación y contratos de edición.]

Libro IV. De los actos y de los hechos jurídicos.—Tít. I: *De la formación de los actos jurídicos* (condiciones de validez, representación, nulidades).—Tít. II: *De las modalidades de los actos jurídicos* (término, condición).—Tít. III: *De la prueba de los actos y de los hechos jurídicos* (carga de la prueba, procedimientos probatorios).—Tít. IV: *De la interpretación de los actos jurídicos*.

Libro V. De las obligaciones.—Tít. I: *De las fuentes y de la formación de las obligaciones*.—Cap. I. De la formación de los contratos.—Cap. II. De su interpretación.—Cap. III. De las fuentes no voluntarias de obligaciones: La ley (texto general); gestión de negocio; enriquecimiento sin causa. [Reenvío para los delitos y cuasi delitos a la inejecución de las obligaciones y para el pago de lo indebido a sus ejecución.] Tít. II: *De la ejecución de las obligaciones*.—Cap. I. De la fuerza del vínculo obligatorio: El principio; las excepciones; *résiliation* unilateral; revocación; *résiliation* judicial; *résiliation* forzosa; obligación natural.—Cap. II. Del efecto relativo del vínculo obligatorio: El principio; las excepciones: contracarta; estipulación por otro; contratos estatutarios; ídem colectivos; actos de mayoría.—Cap. III. Del *solvens* y del *accipiens* (o de las personas que participan en el cumplimiento), incluido: el pago con subrogación y la pluralidad de sujetos.—Capítulo IV. Del objeto del pago.—Cap. V. Del pago de lo indebido...—Cap. VII. De la prueba del cumplimiento de las obligaciones: Carga de la prueba del pago; procedimientos para la proban-

(103) Nuestra Comisión se pondrá en contacto con la de reforma del mercantil.

za.—Cap. VIII. De los medios de protección de los acreedores: Acción subrogatoria; acción pauliana; caución; derecho de retención; obligación *ad exhibendum*. Tít. III: *De la falta de cumplimiento de las obligaciones*.—Cap. I. De la responsabilidad civil (104).—Cap. II De la resolución de los contratos sinalagmáticos y de los riesgos.—Cap. III. De la excepción de cumplimiento *trait pour trait*, o de la excepción *non adimpleti contractus*. Título IV: *De la extinción de las obligaciones*. Tít. V: *De su transmisión*: Cesión de crédito; delegación; títulos a la orden; cesión de deuda.

Libro VI. De ciertos contratos.—Cap. I. De la venta.—Capítulo II. Permuta.—Cap. III. Arrendamiento de cosas (105).—Cap. IV. Préstamo.—Cap. V. Del depósito y del secuestro.—Capítulo VI. Contratos aleatorios (106).—Cap. VII. Del mandato.—Cap. VIII. De la transacción.—Cap. IX. De los contratos de edición y de las licencias de explotación (107).

Libro VII. De las personas morales (creación, nombre, domicilio social, capacidad, especialidad, organización, disolución y liquidación. Asociaciones y fundaciones).

TITULO PRELIMINAR

CAPÍTULO I

De la promulgación de las leyes, de la publicación de las leyes y de los actos reglamentarios, de la abrogación de aquéllas

Art. 2.º Las leyes no son obligatorias sino por el cumplimiento de las formalidades previstas en los artículos siguientes.

Art. 5.º Caso de urgencia declarada por el Jefe del poder ejecutivo y sin perjuicio de su publicación en el *Journal Officiel*, la ley o el decreto reglamentario (108) serán obligatorios en el departamento del Sena y en cada distrito de los restantes, desde su fijación en el tablón de edictos de la Prefectura y Subprefectura.—Salvo imposibilidad por fuerza mayor, el texto de la ley o del decreto debe ser puesto previamente en conocimiento público por emisión radiodifundida.

(104) Aquí la Comisión colocará frente a frente la responsabilidad penal y la contractual. Incluirá, además, la mora, convenciones de responsabilidad y cláusulas penales.

(105) Únicamente se incluirán las reglas generales y asimismo la apariencia.

(106) El Seguro de Vida pasará al Código de Comercio; y la estipulación por otro se incluye en el Libro V, de Obligaciones.

(107) Los contratos de Sociedad, Transporte, Seguros, etc., se remiten por el momento al Código de Comercio. El de arrendamiento de servicios, al Código de Trabajo.

(108) Término genérico del derecho constitucional francés, comprensivo de las decisiones escritas del Jefe del Estado, también llamadas Regamentos presidenciales, en cuanto supongan reglas de derecho generales, abstractas e impersonales.

Art. 8.º Las leyes y decretos reglamentarios, excluidos los que tienen solo ámbitos territorial, son obligatorios para los franceses domiciliados en el extranjero...

Art. 9.º Quedan desprovistas de efecto las disposiciones de una ley cuyo texto publicado no sea acorde con el promulgado; y las de un acto reglamentario cuyo texto publicado no esté acorde con el adoptado.

Art. 10. Las rectificaciones a una ley publicadas en el *J. O.*, no tienen efecto obligatorio si no son objeto de una promulgación especial, a no ser que trate de reparar un error puramente material, de llenar una omisión evidente o de poner el texto publicado de conformidad con el promulgado.—Las rectificaciones a un acto reglamentario publicado en el *J. O.* no causarán efecto si no tienen simplemente por objeto reparar un error puramente material o de llenar una omisión evidente.

Art. 11. Cuando una disposición legislativa o reglamentaria no se ha publicado en el mismo día en todo el territorio francés, los actos jurídicos a que se contraiga, las situaciones jurídicas existentes y los hechos realizados en una circunscripción, están sujetos a las leyes y reglamentos en vigor en éstas.—Sin embargo, la transmisión de una sucesión mobiliaria o inmobiliaria está regida en su conjunto por las que estén vigentes en el lugar de la apertura de la sucesión; el estado y la capacidad de las personas están sujetas a las que rijan en el lugar del domicilio de los interesados.

Art. 12. La ley no puede ser abrogada ni modificada, en todo o en parte, sino por otra ley hecha reserva de las disposiciones constitucionales sobre los tratados diplomáticos.

CAPÍTULO II

De la publicación y de la notificación de los actos administrativos individuales

CAPÍTULO III

De la publicación de los tratados diplomáticos

CAPÍTULO IV

De la apreciación de la legalidad y de la interpretación de los actos legislativos diplomáticos y administrativos

CAPÍTULO V

Del conflicto de leyes en el tiempo

Art. 23. La ley no tiene efecto retroactivo. Ella sólo dispone para el futuro. La ley nueva no modifica las condiciones de establecimiento de una situación jurídica anteriormente creada, ni las de extinción de otra situación jurídica anteriormente extinguida. Tam-

poco modifica los efectos producidos por una situación jurídica al tiempo en que la ley precedente estaba en vigor.

Art. 24. Una ley no puede tener efecto retroactivo sin una declaración expresa del legislador.—Sin embargo, las leyes de interpretación tienen, por sí mismas, efecto retroactivo. No puede ser reconocido a una ley el carácter interpretativo si no se deduce evidentemente de sus disposiciones que el legislador ha querido atribuirle este carácter.—Salvo disposición contraria, la retroactividad de las leyes interpretativas no pueden afectar a las decisiones que tengan fuerza de cosa juzgada ni a las transacciones.

Art. 25. Cuando la decisión judicial es constitutiva y no declarativa de derecho, está sujeta a la ley en vigor en el día en que ella se dicte.

Art. 26. La prueba judicial está sujeta a la ley que rija en el día en que la decisión definitiva se dicte.—No obstante, las pruebas preconstituídas y las presunciones legales se rigen por la ley que gobiernan los hechos o los actos aprobados.—El procedimiento de administración de la prueba se rige por la ley vigente en el día en que dicha prueba es producida.

Art. 27. Cuando las condiciones de creación o de extinción de una situación jurídica coincidan en épocas distintas, la ley nueva no se aplica más que a las condiciones que todavía no estén definitivamente reunidas. Ella puede exigir nuevas condiciones para la formación o la extinción de esta situación (109).

Art. 28. Las leyes que alargan los plazos se aplican inmediatamente a los que están en curso. Lo mismo sucede con las que los acortan, pero en estos casos los nuevos plazos no corren sino a partir de la nueva ley; sin embargo, los plazos previstos por las leyes anteriores se sostienen si ellos deben extinguirse antes de los nuevos términos.

Art. 29. Salvo expresa o tácita derogación del legislador, las leyes nuevas que determinan los efectos de las situaciones jurídicas no contractuales se aplican inmediatamente a las situaciones ya establecidas antes de su entrada en vigor.

Art. 30. Las leyes anteriores continúan a regir los efectos de los contratos en curso, salvo derogación expresa o tácita del legislador.—La aplicación de la ley nueva a los contratos en curso no pueden modificar los efectos producidos por el contrato bajo el imperio de la ley precedente, salvo cláusula expresa de retroactividad, según el art. 24, par. I.

CAPÍTULO VII

Del ejercicio anormal de los derechos

Art. 31. Todo acto o hecho que exceda manifiestamente por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en

(109) Ver *supra* nota 95.

las que él ha intervenido, del ejercicio normal de un derecho, no está protegido por la ley y empeña eventualmente la responsabilidad de su autor.—Esta disposición no es aplicable a aquellos derechos que en razón a su naturaleza o por disposición de la ley, pueden ejercitarse en forma discrecional.

L I B R O I

CAPÍTULO I

De los derechos de la personalidad

Artículo 1.º La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento hasta la muerte.—El simplemente concebido es reputado como nacido, siempre que su interés lo exija y nazca vivo y viable.

Art. 2.º El niño se presume concebido entre los 180 y 300 días precedentes al de su nacimiento.

Art. 4.º El acto por el cual una persona dispone de todo o de parte de su cuerpo está prohibido cuando él deba ejecutarse antes de su fallecimiento, si tiene por efecto un atentado grave y definitivo a la integridad del cuerpo humano, salvo que el acto sea justificado por la ciencia médica.

Art. 6.º Cualquiera puede rehusar someterse a un examen o a un tratamiento médico o quirúrgico, salvo que lo ordenen la ley o los reglamentos. Pero si de ellos no se derivase ningún riesgo anormal, el que rehuse pierde el derecho de prevalerse de la enfermedad que hubiera podido ser curada, suprimida o aliviada.

Art. 7.º Cuando una persona rehuse someterse a una pericia médica ordenada por el Juez, en trámite procesal y a petición de parte, con métodos científicos y sin peligro serio para el cuerpo humano, puede el Juez tener como probados los hechos que la pericia tenía por fin constatar.

Art. 8.º Toda concesión o manifestación de voluntad obtenidas por procedimientos que atenten a la personalidad, son nulos.

Art. 12. Toda persona con capacidad para testar puede, en documento bajo forma testamentaria, disponer las condiciones de sus funerales.

Art. 16. En caso de publicación, exposición o utilización de la imagen de una persona, puede ésta, a no ser que lo hubiese consentido previamente, reclamar que cese, y perjuicios de la reparación por daños materiales o morales.—Igual derecho pertenece al cónyuge y a los padres en línea directa o primer grado de una persona difunta, cuya imagen se hubiese publicado, exhibido o utilizado después de su fallecimiento en circunstancias que pudiesen afectar a su honor o a su consideración.

Art. 17. El destinatario de una carta confidencial no puede divulgar su contenido sin el permiso de su autor. Pero puede aportarla a un procedimiento judicial en caso de interés grave.—En el supuesto de fallecimiento del destinatario, y en defecto de acuerdo amistoso, su autor o herederos con derecho a los recuerdos de familia pueden reclamar del tribunal la restitución, destrucción o depósito en poder de una persona cualificada o de tomar cualquier otra medida idónea.

Art. 18. Los derechos de la personalidad están fuera del comercio. Toda limitación voluntaria puesta al ejercicio de esos derechos es nula si es contraria al orden público.

Art. 19. Todo atentado ilícito a la personalidad da al que lo sufre el derecho de pedir que termine, sin perjuicio de la responsabilidad resultante para su autor.

CAPÍTULO IV

Del domicilio

Art. 5.º El de la mujer casada es, por igual título, que el de su marido, el del lugar donde tenga su residencia principal o, en su defecto, en donde ejerza su principal actividad profesional (110).

TÍTULO II

DEL DIVORCIO Y DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS

CAPÍTULO I

Del divorcio

Artículo 1.º El divorcio puede decretarse a petición de uno de los esposos: *a*), por adulterio del otro; *b*), por condena del otro a una pena aflictiva o infamante por delito común; *c*), por severas y graves o habituales ejercidas por el otro, y *d*), por cualquiera otra grave violación por el otro de los deberes resultantes del matrimonio.—No puede decretarse en tanto no se establezca que esos hechos hacen imposible la vida en común.

Art. 5.º El fallo que decreta el divorcio disuelve el matrimonio desde el día en que sea firme.

Art. 9.º El esposo considerado culpable pierde todas las *ventajas* (111) que el otro le hubiese hecho, aun estipuladas como recíprocas y cuya reciprocidad no hubiere tenido lugar.

• (110) Ver *Travaux de la Commission...* cit., vcl. VI, pág. 120.

(111) En cualquier régimen económico matrimonial significan las liberalidades hechas por un esposo al otro, en capítulos o durante el matrimonio (ver art. 299 Código civil francés). En régimen de comunidad, es el provecho en favor de un cónyuge, resultante de una cláusula de los capítulos que deroga a su favor el principio de división de la comunidad por mitad. (Ver *CAPITANT: Vocabulaire juridique*, Paris 1936, pág. 75).

CAPÍTULO II

De la separación de cuerpos

Art. 13. La separación de cuerpos puede ser decretada por las mismas causas que el divorcio.

Art. 16. Entre esposos, la separación de cuerpos hace cesar la vida en común y pone fin a las prerrogativas anejas a la cualidad de jefe de familia, así como a las facultades que el artículo 220 del Código civil reconoce en la mujer (112), pero deja subsistentes los deberes de fidelidad, socorro y asistencia.—En la sentencia o en otra posterior puede, por razones graves, prohibirse a uno de ellos lleve el nombre de su cónyuge o autorizarle a no llevarlo. Caso de separación, la mujer cesa de tener como domicilio legal el de su marido.

Art. 17. La separación de cuerpos lleva siempre consigo la de bienes.

Art. 20. La reanudación voluntaria de la vida común hace cesar los efectos de la resolución sobre separación de cuerpos. Sin embargo, ésta y las sanciones del artículo 9.º quedan subsistentes.

Art. 21. Transcurridos tres años de la separación de cuerpos, la sentencia se convierte *de jure* en otra de divorcio, a petición de cualquiera de ellos. Sin embargo, conservan sus efectos los extremos que sobre pensiones alimenticias declaraba la primera sentencia (113).

TÍTULO III

DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º La ley no fija el régimen matrimonial económico de los esposos, sino en defecto de capítulos, en cuyo supuesto se entienden sujetos al régimen de comunidad del capítulo II.

Art. 2.º Los esposos pueden hacer sus capitulaciones con el contenido que crean conveniente. Pueden, al efecto, disponer de una manera general que desean casarse bajo uno de los regímenes previstos en este Código.

(112) «La mujer casada tiene, en todos los regímenes, la facultad de representar a su marido para las necesidades del hogar y de destinar a ese objeto los fondos que le deja en mano...» (Pár. 1, art. 220).

(113) Aparte de esos artículos para el Código civil, la Comisión tiene aprobados otros para incluir en la Ley o Código de Procedimiento civil.

Art. 3.º Sin embargo, no pueden derogar las reglas relativas a la potestad paterna, a la administración legal o a la tutela, ni las que fijan los derechos y deberes respectivos entre esposos o las condiciones de ejercicio de una profesión.—Tampoco pueden salvo las excepciones previstas en este Código, derogar el orden legal sucesorio.

Art. 5.º El pródigo y el *faible d'esprit* (114) no pueden otorgar capítulos matrimoniales sin la asistencia de su *conseil* (115).

Art. 6.º Las capitulaciones matrimoniales deben constar en escritura pública ante Notario.

Art. 7.º Salvo lo que se indica en otros lugares de este Código, los capítulos deben otorgarse antes de la celebración del matrimonio.

Art. 8.º Inmediatamente de la firma de los capítulos, el Notario librará y entregará a las partes certificación con sus nombres, circunstancias, atribuciones y créditos entre los futuros esposos y la fecha del contrato, cuyo certificado deben presentar al Registro Civil antes de la celebración del matrimonio.—Si el acta del Registro Civil expresa no haber precedido capítulos, se reputa, frente a terceros, haberlo contraído bajo el régimen de derecho común, salvo que lo hubiesen notificado auténticamente al tercero.

Art. 10. Contraído el matrimonio no podrá modificarse el régimen de bienes acordados ni sujetarse a otro distinto, salvo que la aplicación de los pactos convenidos o que las reglas del régimen legal se revelen contrarias al interés de la familia.—El acta de modificación ante Notario, con intervención de las mismas personas que en los capítulos, está sujeta a la aprobación del Tribunal de primera instancia del domicilio de los esposos, con efectos desde dicho día, pero contra terceros únicamente desde su mención por nota al margen del acta de matrimonio, salvo haberlo notificado fehacientemente a los terceros.

Art. 11. Celebrado el matrimonio, cada cónyuge puede solicitar judicialmente la separación de bienes cuando la aplicación de los pactos convenidos o las reglas del nuevo régimen se revelen contrarias al interés de la familia.—Sus efectos comenzarán desde el día de interposición de la demanda.

Art. 12. Esa separación de bienes será nula si dentro de treinta días no han comenzado las operaciones de división y liquida-

(114) Se llama así a quien tiene debilitadas las facultades intelectuales o insuficientemente desarrolladas, sin que empero haya perdido la razón (Art. 499 del Código Civil). Ver *Vocabulaire...* cit., pág. 248.

(115) Es la persona nombrada por el Tribunal para asistir, durante el tiempo de su incapacidad, a los pródigos y a los *faibles d'esprit* en el cumplimiento de ciertos actos jurídicos o en el ejercicio de acciones judiciales (Arts. 499-513 del C. c.). *Vocabulaire...* cit., pág. 146.

ción entre los cónyuges y no han finalizado en el término de seis meses, que puede ser prorrogado por el Tribunal.

Art. 15. Cada cónyuge puede conceder al otro mandato para que le represente en el ejercicio de las facultades que le atribuye el régimen matrimonial.

Art. 17. En defecto de poder o habilitación, los actos ejecutados por un esposo en representación del otro, no tienen efecto frente a éste.

CAPÍTULO II

Del régimen de comunidad

SECCIÓN I.—*Del activo y pasivo de la comunidad.*

PÁRRAFO 1.º.—*Del activo*

Art. 18. El activo de la comunidad se compone: *a*), de todos los bienes adquiridos a título oneroso durante la permanencia de ese régimen; *b*), de los frutos de los bienes propios de los esposos, de los que en el mismo período se beneficiaría un usufructuario, y *c*), del producto del trabajo de ambos.

Art. 19. Todo bien se reputa adquirido por la comunidad si no se prueba que uno de los cónyuges tenía su propiedad o posesión anteriormente al matrimonio, o que le ha devenido por sucesión, donación o legado.—Respecto al mobiliario, debe hacerse la prueba, como frente a terceros, con el título o documento idóneo para justificar su consistencia y valor. No obstante, la esposa o sus herederos podrán valerse, para ello, de testigos o del dicho común de dominio público.

Art. 29. Los derechos de propiedad industrial, literaria o artística nacidos durante el matrimonio, devienen a la comunidad bajo reserva, en cuanto a los dos primeros, del derecho moral del autor.

Art. 36. Los lotes, reservas distribuidas, primas de reembolso y derechos de suscripción referentes a los valores mobiliarios propios de un cónyuge, le quedan también propios, incluso los nuevos valores adjudicados sin inversión de fondos y los adquiridos por derechos de suscripción inherentes a títulos propios, salvo, en su caso, la *récompense* (116) a que haya lugar.

PARRAFO 2.º.—*Del pasivo.*

Art. 38. Las deudas de que responden los bienes de la comunidad son: —*a*) todas las del marido anteriores o posteriores a la constitución de la comunidad, de la índole que sean, excepto las

(116) Indemnización pecuniaria debida por la comunidad a uno de los cónyuges o inversamente. (Ver *Vocabulaire...*, cit., pág. 408).

que resulten de actos para las que era necesario el consentimiento de la esposa si no lo posee; —*b*) las contraídas por la esposa como representante del marido o como gerente de los asuntos de éste o de la comunidad; —*c*) las de la esposa anteriores a la comunidad; —*d*) las posteriores de la esposa que no tengan su origen en un acto jurídico; —*e*) las de la mujer, posteriores a la comunidad, nacidas; —*f*) las asumidas por la mujer con el consentimiento o aquiescencia de su marido o con la autorización judicial; —*g*) las cargas que graven las sucesiones o las liberalidades a la mujer; —*h*) las deudas de ésta posteriores a la comunidad causadas en el ejercicio de su profesión, aunque la ejerza con la oposición del marido y con permiso judicial, e —*i*) los intereses y *arrérages* (117) de todas las deudas o rentas, ya de la comunidad, ya de cada uno de los esposos.

Art. 43. Son de cuenta de la comunidad el pago de las deudas relativas a las cargas del matrimonio, a la educación y sostenimiento de los hijos comunes o de uno de ellos, a las obligaciones alimenticias a que esté sujeto uno de ambos y, en general, el de las del artículo 38 anterior.

SECCIÓN II.—*De la gestión de los bienes de la comunidad y de los bienes propios de la mujer.*

Art. 45. El marido tiene la administración de los bienes de la comunidad, de los que puede disponer.—No obstante, necesita el consentimiento o aquiescencia de la esposa para: —*a*) disponer de ellos entre vivos a título gratuito, incluso para establecer (118) a un hijo común; —*b*) disponer a título oneroso de inmuebles, *fonds de commerce* (119), y muebles afectos a la vida corriente de la casa o al ejercicio de la profesión común de los esposos, ni constituir derechos reales sobre ellos; —*c*) percibir los capitales provenientes de la enajenación de los bienes del párrafo precedente; —*d*) disponer a título oneroso de derechos de propiedad industrial, literaria o artística, o percibir los capitales que provengan de estas enajenaciones, y conceder la explotación de tales derechos; —*e*) dar en arriendo los bienes del apartado *b*), renovar y prorrogar o *résilier* (120) los arrendamientos sobre los mismos o ceder por

(117) Representa el producto periódico de una renta vitalicia o perpetua. (Ver *Vocabulaire...*, cit., pág. 57).

(118) *L'établissement*, refiriéndose a los gastos extraordinarios hechos por los padres en favor de un hijo que se casa o que se instala en una profesión. (Ver *Vocabulaire...*, cit. pág. 235).

(119) Conjunto de derechos y de bienes muebles del comerciante que le permiten la realización de sus operaciones mercantiles, y que, considerados en conjunto, forman una universalidad jurídica a la que se aplican reglas particulares. (Ver *Vocabulaire...* cit., pág. 256, y nuestros comentarios en *Crónica...* cit., págs. 103 y ss.

(120) Aunque en Derecho francés admite varias acepciones: de resolución y disolución de un contrato sucesivo por la sola voluntad de una parte, o simple disolución por la voluntad acorde de los contratantes, aquí parece referirse a la última. (Véase *Vocabulaire...* cit., pág. 429).

anticipado los alquileres, y —*f*) *résilier* (121) los arrendamientos consentidos por la comunidad sobre bienes de ella.

Art. 47. El marido tiene la administración de los bienes propios de la mujer y el ejercicio de las acciones a ellos referentes.— Pero sin el consentimiento o aquiescencia de aquélla, no puede; —*a*) dar en arriendo los inmuebles, *fonds de commerce* y muebles afectos a la vida normal de la casa o al ejercicio de la profesión de la esposa, ni renovar, prorrogar o *résilier* los arriendos sobre tales bienes, ni ceder por anticipado los alquileres; —*b*) tomar en arriendo a nombre de su esposa bienes de igual naturaleza que los expresados en el número anterior, ni renovar, prorrogar o *résilier* los arriendos sobre tales bienes; *c*) conceder la explotación de los derechos de propiedad industrial, literaria o artística, y —*d*) cobrar los capitales que pertenezcan a bienes propios de la esposa.—De los valores mobiliarios propios de ésta tiene el marido las mismas atribuciones que tendría un usufructuario. Si por causa de venta sin el permiso de su mujer no puede presentarlos a la disolución de la comunidad, ni justifica su inversión, viene obligado el pago el día que se disuelva.—Es asimismo responsable el marido de toda *faute* (122) cometida en la administración de los bienes propios de aquélla.

Art. 48. La mujer puede disponer de la nuda propiedad de sus bienes propios, pero necesita de la autorización o consentimiento del marido para disponer de la plena propiedad.

Art. 50. No podrá surtir efecto contra el otro cónyuge cualquier acto que realizare uno de ellos excediéndose de las atribuciones concedidas en los artículos 45 a 47 anteriores.

SECCIÓN III.—*De la disolución de la comunidad.*

PÁRRAFO 1.º—*De las causas de su disolución.*

Art. 51. La comunidad se disuelve: *a*) por el fallecimiento de uno de los esposos; *b*) por el divorcio; *c*) por la separación de cuerpos; *d*) por la separación de bienes; *e*) por ausencia o desaparición; y *f*) por cambio del régimen matrimonial.

Art. 52. La comunidad disuelta por el fallecimiento no puede continuar, a pesar de cualquier convención en contrario, entre el sobreviviente y los herederos del premuerto.

(121) Ahora parece referirse a la primera acepción de la nota 120 precedente.

(122) Acción u omisión que expresa una falta, intencional o no, respecto a una obligación contractual, prescripción legal o deber que incumbe a una persona de comportarse con diligencia y lealtad en las relaciones con sus semejantes. La *faute* supone discernimiento, es decir, la aptitud de la persona para comprender el alcance de sus actos. (Ver *Vocabulaire...* cit., pág. 250).

PÁRRAFO 2.º.—*De la opción de la mujer después de su disolución.*

PÁRRAFO 3.º.—*De la liquidación y partición de la comunidad en caso de aceptación de la mujer.*

PÁRRAFO 4.º.—*De los derechos y obligaciones de los esposos en el caso de renuncia de la mujer a la comunidad.*

PÁRRAFO 5.º.—*Disposiciones comunes a los párrafos precedentes.*

CAPÍTULO III

De las modificaciones convencionales al régimen de comunidad.

Art. 88. Pueden los esposos pactar cualquier modificación al régimen legal de comunidad, y particularmente convenir: *a)* que la comunidad comprenda los muebles y los *acquêts* (123); *b)* que haya entre ellos comunidad universal de bienes; *c)* modificaciones en la gestión de los bienes comunes y en los propios de ambos; *d)* que uno de ellos tenga el derecho de recuperar su aportación *franc et quitte* (124); *e)* que uno de ellos tenga derecho a un *préciput* (125); y *f)* que sea derogada la regla de la participación por igual de la comunidad. Sobre los extremos que no hayan sido objeto del convenio de las partes se aplicarán las reglas del régimen legal.

SECCIÓN I.—*De la comunidad de bienes y «acquêts».*

SECCIÓN II.—*De la comunidad universal.*

SECCIÓN III.—*De la derogación a las reglas legales relativas a la gestión de los bienes de la comunidad y de los propios de los esposos.*

(123) Según sea el régimen o no exista, tiene la palabra diferente acepción. Aquí más bien se refiere a los bienes adquiridos, a título oneroso o a título gratuito, por un cónyuge en el transcurso de la comunidad. Se opone a bien «propio». Véanse en efecto los artículos 1402, 1401, núm. 3 del C. c., y *Vocabulaire...* cit., pág. 20.

(124) Cláusula que permite—hasta ahora sólo a la esposa, según el artículo 1514—renunciar a la comunidad, recuperando en todo o en parte lo que se haya aportado con motivo del matrimonio o después. (Ver *Vocabulaire...* cit., página 54).

(125) Es la preferencia que tiene, generalmente el cónyuge sobreviviente, de retirar de la masa común y antes de toda partición, en el supuesto de disolverse la comunidad, determinados bienes o una cantidad en dinero. (Véanse art. 1515 C. c. y *Vocabulaire...* cit., pág. 382).

SECCIÓN IV.—*Del derecho «franc et quitte».*

SECCIÓN V.—*Del «préciput».*

SECCIÓN VI.—*De las derogaciones de la partición por igual.*

CAPÍTULO IV

Del régimen sin comunidad.

CAPÍTULO V

Del régimen de separación de bienes.

CAPÍTULO VI

Del régimen de participación en los «acquêts» (126).

TITULO IV

De la filiación.

CAPÍTULO I

De la filiación legítima.

SECCIÓN I.—*De la legitimidad.*

Art. 1.º El niño concebido o nacido durante el matrimonio es legítimo y tiene por padre al marido de su madre, aunque el apellido de éste no conste en el acta de nacimiento, cualquiera que sea la manera como se haya establecido la filiación materna.

Art. 3.º No es legítimo el nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio o después de la declaración de ausencia del esposo de la madre.

SECCIÓN II.—*De las pruebas de la filiación legítima.*

Art. 6.º La posesión de estado de hijo legítimo resulta de una conjunción suficiente de hechos que indica la relación de filiación y de parentesco entre una persona y la familia a la que se alega pertenecer.—De estos hechos, los principales son: que la persona haya llevado siempre el apellido del padre del que pretende haber nacido; que padre y madre le hayan tratado siempre como a su hijo legítimo y en tal cualidad hayan proveído a su educación, a

(126) Todo el título sobre «regímenes matrimoniales» comprende 128 artículos, más otros seis de «Disposiciones relativas a las cláusulas de inalienabilidad», a incluir en el capítulo «Constitución de dote», pág. 573. *Travaux...* cit., vol. 1950-1951.

su sostenimiento y a establecerle, y que haya sido tenido constantemente como tal por la familia y por la sociedad.

Art. 10. La acción de reclamación de estado sólo puede intentarse por el hijo, por sus padre y madre o por sus herederos. El primero, durante su vida, los segundos sólo durante la minoría de edad, y los herederos únicamente cuando el hijo no haya reclamado y hubiese fallecido menor o dentro de los cinco años desde su mayoría de edad.

SECCIÓN III.—*Del «desaveu» (127) y otras oposiciones a la filiación legítima.*

Art. 11. El esposo puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio si prueba que durante el tiempo de la concepción él estaba, ya por causa de alejamiento, sea por motivo medicalmente establecido de manera cierta, en la imposibilidad física de procrear. Pero no es admisible este desconocimiento si se estableciese, por cualquier medio de prueba, que el hijo ha sido concebido por inseminación artificial, bien por maniobra del marido, bien de las de un tercero con consentimiento escrito del esposo.

Art. 12. El marido no puede fundar únicamente su acción de desconocimiento en el adulterio de su mujer, si no es bajo las condiciones previstas a continuación.

Art. 13. Si la mujer ha disimulado su embarazo o el nacimiento a su marido, puede éste rechazar la paternidad estableciendo los hechos suficientes a justificar que no es el padre.

CAPÍTULO II

SECCIÓN I.—*De la filiación natural, adulterina e incestuosa.*

Art. 35. La acción de investigación de maternidad debe dirigirse contra la madre o sus herederos.

Art. 36. Dicha acción se tramita en *chambre de conseil* (128), pero el fallo se dicta en audiencia pública.

Art. 37. Puede judicialmente declararse la paternidad fuera del matrimonio cuando esté probado por todos los medios, bien que el supuesto padre haya tenido contacto carnal con la madre durante el período legal de la concepción, sea que él haya reconocido expresa o tácitamente ser el padre, sobre todo cuando ha proveído o participado a su sostenimiento y a su educación en calidad de padre.

(127) Acto por el cual el marido deniega—rechaza—la paternidad del hijo nacido de su esposa. (Ver art. 312 y ss. C. c. y *Vocabulaire...* cit., pág. 192). Es una expresión francesa.

(128) Por extensión, el Tribunal que resuelve en audiencia privada en materias de jurisdicción graciosa y en ciertos casos contenciosos, particularmente siempre en derecho de familia. (Vid. *Vocabulaire...* cit., pág. 107).

SECCIÓN II.—*De la filiación adulterina e incestuosa.*

Art. 46. El hijo adulterino sólo puede reclamar alimentos a aquel de sus padre o madre que estuviere casado en la época de su concepción y en tanto dure dicho matrimonio. Tampoco puede hacerlo después de su disolución mientras existan hijos legítimos. Si aquellos hijos son adoptados por los dos esposos, quedan asimilados, a dicho efecto, a los descendientes legítimos.

LIBRO III

TÍTULO II

*Disposiciones relativas a las cláusulas de inalienabilidad.*I. *Textos generales.*

Art. 1.º El donante o el testador pueden estipular que, por un tiempo limitado, los inmuebles y los valores mobiliarios que se determinen, objeto de una donación o de un legado, sean inalienables o que puedan venderse con la obligación del reemplazo (129) del precio obtenido, si tal cláusula se justifica por un legítimo interés.

Art. 8.º Los bienes inalienables no pueden ser objeto de ninguna constitución de derechos reales. Los alienables con la carga del reemplazo del precio sólo pueden serlo en las condiciones previstas para su enajenación; pero, salvo cláusula en contrario, no son hipotecables ni prendarios.

LIBRO IV

CAPÍTULO I

De la formación de los actos jurídicos.

Artículo 1.º El acto jurídico es la manifestación de una o de varias voluntades, que tiene por objeto crear, modificar o ampliar un derecho.

Art. 3.º No hay acto jurídico sin voluntad. Es necesaria la voluntad de cuantos participan en la formación del acto, salvo que la ley no disponga lo contrario.

(129) Por *remploi*, compra de un bien con el efectivo que provenga de la venta de otro bien o del cobro de una indemnización representativa del valor de otro bien, por ejemplo, de una de seguros. (Ver *Vocabulaire...* cit., pág. 419.) El *emploi* y el *remploi* tienen particular importancia bajo los regímenes matrimoniales, al permitir dar estabilidad y permanencia a distintas masas de esos bienes, de incapaces o de mujeres casadas frecuentemente. (Véase nuestra *Crónica...* cit., pág. 116 y su nota 86, comentando la Ley francesa de 25 de febrero de 1953.)

Art. 6.º La simulación no afecta, por sí misma, a la validez del acto realmente querido.

Art. 8.º Para que el error vicie la voluntad es necesario: que haya sido determinante; sobre una consideración esencial en vista de la cual se intervino, y que no sea inexcusable.

Art. 9.º El artículo anterior es de aplicación tanto al error de hecho como al de derecho.

Art. 10. El error material cometido en la manifestación de la voluntad o en su transmisión, no puede dar lugar a rectificar sino en la medida en que el acto no haya sido aún ejecutado o en el supuesto de que tal cumplimiento pueda interrumpirse sin perjuicio apreciable para quienes estén directamente interesados en el acto.—No obstante, la rectificación de los errores materiales debe efectuarse cuando sean evidentes del contexto o de las circunstancias.

Art. 11. Cuando el error resulte por culpa de su autor, toda persona perjudicada por el vicio del acto jurídico puede solicitar reparación de este perjuicio. Esta reparación puede consistir en el mantenimiento del acto.

Art. 12. El error sobre el valor no tiene influencia sobre el acto jurídico, a no ser que la ley disponga lo contrario.

Art. 13. El dolo vicia la voluntad cuando ésta ha sido determinada por una maniobra practicada para sorprenderla.

Art. 14. La violencia vicia la voluntad cuando ésta ha sido determinada, ya sea por un daño o por un perjuicio considerable producidos al autor del acto o a otro, si bien sea por el temor de un tal daño o perjuicio.

Art. 15. El ejercicio normal de un derecho o la amenaza de su ejercicio no vician la voluntad.—Tampoco el simple error reverencial.

Art. 16. Vicia la violencia quienquiera que sea el autor de ella o del dolo.

Art. 17. El autor del dolo o de la violencia puede ser condenado a reparar el perjuicio ocasionado por su culpa, ya sea que la nulidad del acto no signifique reparación suficiente ya sea que la víctima del dolo o de la violencia no reclame la nulidad, ya sea que ese dolo o violencia no constituyan un vicio de la voluntad.

Art. 18. Si una persona ha sido determinada por el estado de necesidad o por la explotación de sus dificultades o de su in-experiencia a realizar un acto jurídico que suponga para ella un perjuicio manifiestamente anormal en el momento del acto, puede solicitar su rescisión por lesión.

SECCIÓN I.—*Requisitos para su validez.*PÁRRAFO 1.º—*De la voluntad.*

Art. 3.º No hay acto jurídico sin voluntad.—Es necesaria en todos quienes concurren en la formación del acto, salvo estipulación contraria de la ley.

Art. 4.º La manifestación de voluntad debe emanar de una persona *saine d'esprit*.

PÁRRAFO 2.º—*De la capacidad.*PÁRRAFO 3.º—*De la representación.*

Art. 22. No es necesario que el representante tenga la capacidad necesaria para realizar el acto para el que tiene poder; basta que, conforme a la ley, la tenga para representar al otro.

Art. 27. Salvo disposición contraria de la ley, el poder general de representación sólo confiere al representante el derecho de realizar actos de administración. También, salvo disposición en contra, el poder especial para realizar un negocio jurídico de determinada naturaleza es bastante, sin que sea necesario que se especifique el acto a ejecutar.

PÁRRAFO 4.º—*Del objeto (130).*

Art. 35. El acto jurídico no puede tener un objeto prohibido por una disposición legal imperativa y contraria al orden público y particular.

Art. 36. Cuando los efectos buscados por el autor o autores del acto ya están realizados o son de imposible realización, el acto ya no tiene objeto.—La imposibilidad sólo relativa no pone obstáculos a la validez del acto.

Art. 36 bis. El acto es también sin objeto cuando los efectos jurídicos pretendidos son indeterminados o indeterminables.—Cuando ha sido prometida una prestación, debe ésta ser determinada o determinable, por lo menos en cuanto a su especie y a su cuota.

Art. 37. Los efectos jurídicos pretendidos pueden válidamente referirse a un derecho futuro o a una situación futura.—Pueden también referirse a la cosa o al hecho de otro, salvo que la cosa o el hecho ya hayan sido prometidos.

Art. 37 bis. En los contratos, el objeto es fijado por la voluntad concordante de las partes. A falta de tal acuerdo, el contrato es nulo por falta de objeto (131).

(131) Ver en *Travaux de la Commission...* cit., vol. IV, pág. 707.

(130) Vid. *supra*, nota 71.

PÁRRAFO 5.º—*De la causa.*

Art. 38. El acto jurídico sin causa no puede producir ningún efecto.—El acto no es menos válido aunque la causa no se mencione.—La prueba de la falta o de la falsedad de la causa pesa sobre el que la alega.

Art. 39. El error sobre la causa implica la nulidad del acto.

PÁRRAFO 6.º—*De los motivos.*

Art. 40. El error sobre los motivos no produce efectos sobre la validez del acto.

Art. 41. No es válido el acto cuando la voluntad de su autor o de uno de sus autores ha sido determinada por un motivo contrario a una disposición legal de carácter imperativo o al orden público.—El carácter impulsor o determinante del motivo debe resultar de la naturaleza y del contenido del acto o de las circunstancias en las que éste ha sido formado. En los actos plurilaterales a título oneroso, ese carácter no puede ser reconocido en tanto que las partes lo conocían o normalmente debían conocerlo.

PÁRRAFO 7.º—*De los requisitos de forma.*

Art. 42. Mientras la ley no disponga otra cosa, el acto jurídico no está sujeto a ninguna forma.

Art. 43. Cuando la ley prevé la forma de un documento privado sin hacer de ella una condición de validez, el documento no se exige más que a título de prueba.

Art. 44. Análogamente, cuando un acto prevé el documento auténtico o el privado, salvo la intención contraria de los autores del acto.

Art. 45. La inobservancia de las formas exigidas por la ley no entraña la nulidad del acto, en defecto de disposición que lo indique, salvo tratarse de formas sustanciales.

Art. 46. Cuando las formalidades exigidas de un documento para que haga prueba no han sido cumplidas, el acto no es menos válido, a no ser que la ley disponga lo contrario.

SECCIÓN II.—*De las nulidades.*

Art. 47. La nulidad de un acto jurídico puede ser declarada sin que una disposición la haya expresamente establecido.

Art. 49. La nulidad es absoluta cuando sanciona un requisito de validez exigido en interés general.

Art. 50. Es relativa la nulidad resultante de la falta o de un vicio de la voluntad o del error sobre la causa o sobre el objeto, de la lesión o de una incapacidad que deba protegerse y, en gene-

ral, de la violación de un requisito establecido en interés particular.

Art. 51. En defecto de reglamentación legal particular, la nulidad absoluta y la relativa están sujetas a los artículos que siguen.

Art. 52. La nulidad absoluta puede invocarse por cualquier interesado. Además, si es nulidad de orden público, puede serlo por el Ministerio público o acogida de oficio.

Art. 53. La nulidad relativa sólo puede reclamarse por la persona en cuyo interés la ha establecido la ley.

Art. 54. El acto tachado de nulidad absoluta no puede ser objeto de confirmación. El de nulidad relativa puede serlo, por quien podía solicitar su anulación después de cesar el vicio y con conocimiento de su existencia.

Art. 56. El título confirmativo que no menciona la sustancia del acto anulable, la realidad del vicio que le afecta y la intención de hacerlo válido, no hace prueba de la confirmación.

Art. 59. Salvo el caso del artículo 54, todo interesado puede, mencionando la causa exacta de nulidad, intimar a quien puede pedir la nulidad o la confirmación del acto, para que opte en un plazo no inferior a tres meses sin que este plazo sea una prolongación del de prescripción del artículo 60. A falta de opción en dicho término, se entenderá confirmado.

Art. 60. La acción de nulidad absoluta prescribe a los treinta años. La de la relativa a los dos años, y en el caso de ser por incapacidad a los cinco años.

Art. 63. La excepción de nulidad es imprescriptible.

Art. 64. Cuando un acto sólo está viciado en algunas de sus cláusulas, las restantes continúan válidas, a no ser que hubiese sido acordado que todo el acto no se habría estipulado sin ellas.

Art. 66. El acto nulo es como si nunca hubiese existido.—En la medida en que hubiese sido cumplido deben las cosas ser devueltas a su primitiva situación.

Art. 68. En caso de lesión, puede evitarse la nulidad haciendo desaparecer aquélla mediante una prestación suplementaria en provecho de la parte lesionada.

Art. 69. Los actos de administración hechos en virtud de un acto nulo son válidos.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Conferencia de don Alfonso de Cossío en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El pasado día 22 de marzo y dentro del «Curso de Arrendamientos urbanos», organizado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, el Catedrático de la Universidad de Sevilla don Alfonso de Cossío Corral pronunció una interesante conferencia sobre el tema «Ley de Arrendamientos urbanos y jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos».

El acto fué presidido por el excelentísimo señor don José Castán, Presidente del Tribunal Supremo. De la presentación del conferenciante se encargó el Director del Instituto, ilustrísimo señor don Isidro de Arcenegui.

El Profesor Cossío comenzó advirtiendo lo vidrioso del tema, en el que es difícil alcanzar objetividad, porque la nota característica de la relación arrendaticia, en la actualidad, es el convertir en enemigos a ambas partes contratantes. Con todo, hay que buscar un entoque netamente jurídico y eludir el problema sociológico que, aunque existe, no atañe al Derecho Civil.

¿Por qué la Ley de Arrendamientos Urbanos no consigue la adhesión de caseros ni inquilinos? Los principios o finalidades fundamentales de esta legislación especial son, en síntesis, los siguientes: 1.º Prórroga del contrato y tasa de las causas de resolución. 2.º Regulación legislativa de la renta. 3.º Tendencia a favorecer la adquisición de la vivienda por el inquilino (retracto). 4.º Protección de la propiedad comercial (traspaso). Estas finalidades son en sí buenas, pero ¿son igualmente buenos los medios técnicos utilizados para llevarlas a efecto? Indudablemente, la Ley está en crisis y sus principios pugnan, no ya con los intereses, sino incluso con los criterios de unos y otros, arrendatarios o propietarios.

Por otra parte, las dificultades que plantea la aplicación de la Ley han dado lugar a que sobre ella se acumule un aluvión de jurisprudencia (no sólo del Tribunal Supremo, sino también la llamada «pequeña jurisprudencia») que, a la vez, plantea también un grave problema, dada la disparidad de criterios en que se apoya.

A juicio del conferenciante, la crítica de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha de hacerse a base del estudio de aspectos y problemas concretos, porque en esta materia los principios están todavía en evolución sin haber llegado a alcanzar una madurez definitiva. Dentro de esta línea, examina la injusticia que supone en la mayoría de los casos la condena en costas, la exclusión del no uso de la cosa arrendada como causa de resolución y las dificultades que

originan los complicados cálculos matemáticos que exige un recibo de inquilinato. Por otra parte, conceptos como los de subarriendo, cesión y convivencia no se emplean en su verdadero sentido y son fuente, por ello, de no pocas dudas y oscuridades; leyendo el artículo que trata de la convivencia se llega a no saber lo que es el subarriendo parcial ni la cesión parcial.

Hay que evitar, además, que una ley pueda causar quebranto en la moral, que exige el respeto a la palabra dada. Esto es lo que hace el art. 133, dirigido a una finalidad que podría conseguirse sin necesidad de convertir a los arrendatarios en agentes investigadores del Fisco.

La legislación de inquilinato nació después de la primera guerra mundial como Derecho excepcional (transitorio), pero ha llegado a constituir un Derecho especial, dotado de un procedimiento también especial. Pero el contrato de arrendamiento sigue estando regulado en el Código Civil y sin acudir a éste no puede resolverse un caso de arrendamiento urbano, porque ese Derecho especial no es autónomo.

Hay que romper el divorcio entre el Código Civil y la legislación especial y conseguir una regulación total del contrato de arrendamiento. El mayor éxito a que puede aspirar todo Derecho especial consiste en llegar a integrar sus principios dentro del sistema del Derecho Común.

J. FERRANDIS VILELLA

II Congreso nacional de Derecho Procesal. Extracto de las conclusiones

COMISION DE PROCESAL CIVIL

Primera.—Deben regularse los actos dispositivos que ponen fin al proceso, tales como el acto de conciliación, transacción judicial, renuncia de la acción, allanamiento y caducidad.

Segunda.—Han de racionalizarse los criterios de competencia.

Tercera.—Debe colmarse la laguna de nuestro ordenamiento procesal en cuanto a la pluralidad de partes.

Cuarta.—Se estima conveniente reforzar la autoridad del juez en el proceso en cuanto beneficia la administración de justicia.

Quinta.—El tratamiento procesal declarativo español debe centrarse totalmente en torno a un tipo de juicio ordinario, escrito, concebido con elasticidad, tomando como base los principios del actual de menor cuantía. Los tipos procesales plenarios procesales actuales deben reconducirse a este tipo general. Los juicios sumarios actuales deben continuar como tales sumarios, pero su procedimiento se basará en las normas del juicio ordinario. Los juicios sumarios actuales que no se consideren susceptibles de reconducción procedimental al tipo plenario, conservarán sus procedimientos propios. La reducción y simplificación debe alcanzar al sistema de recursos.

El futuro Código procesal deberá comprender todos los tipos de procesos declarativos.

Sexta.—En cuanto al proceso preventivo cautelar hay que realzar la importancia que actualmente tienen las medidas cautelares y preventivas mediante una

regulación ordenada en la Ley de los diversos tipos, con amplio arbitrio judicial, y una tendencia a la mayor eficacia.

Séptima.—En cuanto a quiebras y concursos debe unificarse la legislación vigente en un solo cuerpo legal, sin distinguir entre comerciantes o no, considerando el proceso como eminentemente judicial e imprimiéndole un sentido de orden público y de defensa social.

Octava.—Nuestras leyes deben establecer con criterio funcional y de unidad sistemática los preceptos generales y especiales de cada medio de impugnación.

Novena.—Debe emprenderse la reforma del presente recurso de casación civil, introduciendo en el mismo modificaciones encaminadas a una mayor celeridad de la tramitación, economía procesal y supresión del formalismo.

Décima.—Debe atenderse con especial cuidado a la eficacia de la ejecución, evitando que en la insolvencia del deudor de mala fe se frustre los fines del proceso, con desprestigio de los órganos jurisdiccionales.

Undécima.—La jurisdicción voluntaria se integrará por aquellos negocios en que sea necesaria la intervención del Juez para la declaración de derechos o situaciones jurídicas o la protección de derechos de los particulares, sin que existan partes contrapuestas o sin que se formulen pretensiones por unas personas frente a otras. Se regulará en un apéndice o sección especial de los propios Códigos procesales o en una Ley especial.

Duodécima.—En cuanto al beneficio legal de pobreza debe ser sustituido el criterio casuístico de nuestra Ley por una fórmula amplia. En cuanto al sistema de costas han de incluirse en el concepto de costas todos los gastos que cada parte tuviere que hacer necesariamente y los honorarios de los abogados y procuradores en aquellos casos en que sus servicios pudieran ser legalmente utilizados, manteniendo como principio general en ambas instancias el de la imposición de costas al vencido, facultando al Juez para resolver de otra forma con razonamiento suficiente de su decisión.

COMISION DE PROCESAL PENAL

Los procesos penales ordinarios serán de tres tipos: Uno proceso por faltas; dos, proceso abreviado por delitos de menor gravedad; tres, proceso ordinario por delitos graves. Se establecerá un tercer tipo de proceso penal intermedio entre el actual juicio de faltas y el proceso ordinario por delitos, con el fin de lograr un instrumento idóneo que, sin disminución de las garantías del sujeto pasivo del proceso, resulte adecuado para la represión de los delitos menos graves, sin las declaraciones y demoras que el proceso ordinario por delitos lleve consigo.

La competencia para este sistema se determinará en relación de la naturaleza del delito y la importancia y trascendencia de la pena. Esta competencia se atribuirá a Jueces penales con plena facultad para fallar.

La instrucción consistirá en una previa información, verificándose el conocimiento en un juicio de acusación fiscal, público y contradictorio, sobre las bases actualmente preponderantes en la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Será órgano ordinario de instrucción el Juez del partido, correspondiéndole privativamente las determinaciones de esencia jurisdiccional, como el procesa-

mento y los que afecten a la libertad personal de los encausados y aseguramiento de responsabilidades pecuniarias, sin perjuicio de las facultades eventuales que se reconozcan al Ministerio público sobre arresto inicial del sospechoso, dentro de los límites temporales que la ley fije en la materia, más réplica que los acordados a la autoridad de policía.

... ..
Será reforzada la concurrencia del Ministerio fiscal a la actividad instructora y al efecto, estará facultado para practicar por sí las diligencias previas o complementarias que estime conveniente, las cuales, una vez incorporadas al sumario, revestirán pleno valor procesal.

... ..
La actividad facultativa y técnica dentro de la investigación sumarial será incrementada y modernizada; la cooperación médico-forense se ejercerá a través de una red escalonada de equipos relativamente centralizados y dotados de suficiente movilidad.

COMISION DE ORGANIZACION DE TRIBUNALES

Primera.—Se consagra como principio la unidad jurisdiccional, con excepciones limitadas a las jurisdicciones eclesiástica, castrense y Tribunales de Menores.

Segunda.—La Administración de Justicia es única, como función dentro del Estado y se ha de encomendar a personal técnico.

Tercera.—Debe robustecerse la independencia de la función judicial.

Cuarta.—Es necesario que en el Estado y en la sociedad aliente la idea de la preeminencia de la Magistratura, cuyas vocaciones deben fomentarse con la promesa y la realidad de una garantía económica.

Quinta.—El sistema de incompatibilidad debe de ser genérico y no casuístico.

Sexta.—El Ministerio Público en lo jurídico debe ser el único asesor del Poder público.

Séptima.—La jurisdicción disciplinaria profesional de los funcionarios de Administración de Justicia corresponde exclusivamente a los propios órganos de justicia.

Octava.—Debe ser practicada una nueva demarcación territorial de acuerdo con las actuales necesidades de la geopolítica.

Novena.—Se propugna la creación de un Cuerpo especializado de policía judicial.

Décima.—Las funciones del Secretario de Justicia deben ampliarse, especialmente en lo que se refiere al impulso procesal de oficio y en los casos de desarrollo normal del proceso, en aras de una mayor facilidad al juzgador para resolver las cuestiones jurisdiccionales en sentido propio.

Undécima.—Se considera indispensable una formación postuniversitaria para el ejercicio de la Abogacía.

Duodécima.—La procuraduría, como representación técnica de las partes, ha de tener, en general, una intervención obligatoria en el proceso.

COMISION DE CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Primera.—La fiscalización de la legalidad de la actividad de la Administración pública, corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso con carácter general y ordinario.

Segunda.—La acción contencioso-administrativa podrá interponerse por quien alegue un derecho de carácter administrativo lesionado o un interés legítimo y directo en el asunto a que el acto administrativo impugnado se refiera.

Tercera.—La acción contencioso-administrativa podrá fundarse en lesión de derecho subjetivo o en infracción de norma legal relativa a la competencia, a la forma o al procedimiento, o al contenido del acto.

Cuarta.—La facultad de conocer y decidir de los procesos contencioso-administrativos corresponderá exclusivamente a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Quinta.—La jurisdicción contencioso-administrativa se ejercerá por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el Tribunal Central y las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales.

Sexta.—La jurisdicción contencioso-administrativa se ejercerá bajo el régimen de instancia única.

Séptima.—Fue retirada en el Pleno de Comisiones.

Octava.—Se reconoce el derecho a comparecer como parte en litis consorcio con la Administración a cuantos ostenten un derecho individualmente reconocido por alguna resolución de la Administración que sea impugnada en proceso contencioso-administrativo.

Novena.—La Administración puede impugnar en vía contencioso-administrativa sus propias resoluciones, previa declaración de lesividad.

Décima.—La imperativa ejecutoriedad de los acuerdos de la Administración podrá suspenderse durante la tramitación del pleito y antes del señalamiento o citación para vista o sentencia.

Undécima.—El procedimiento contencioso-administrativo se inspirará en los principios de escritura y activación.

Duodécima.—Las resoluciones dictadas serán llevadas a puro y debido efecto por la autoridad administrativa.

COMISION DE PROCESAL LABORAL

Primera.—En el proceso laboral rigen los principios de rapidez, economía y oralidad, pero las alegaciones de las partes han de ser fijadas por escrito.

Segunda.—La conciliación ha de ser previa al proceso y ante órgano distinto del juzgador. Debe admitirse el arbitraje y la amigable composición.

Tercera.—Las Magistraturas de Trabajo estructurarán su competencia propia atendiendo a criterios subjetivos, objetivos y territoriales en su aspecto nacional e internacional.

Cuarta.—La posición del Juez en el proceso social debe reforzarse en los actos de iniciación en la fase probatoria y en los actos de impugnación.

Quinta.—Se aboga por una mayor intervención del ministerio fiscal en el proceso laboral.

Sexta.—Los expedientes no serán de propuesta de despido, sino de despido directo con recurso ante la Magistratura.

Séptima.—Han de articularse actos preparatorios y medidas precautorias en el proceso social.

Octava.—La ejecución de las resoluciones y lo convenido en conciliación es facultad de la jurisdicción laboral.

Novena.—Las sentencias contendrán la declaración de hechos probados y serán motivadas en derecho y equidad.

Décima.—Debe mantenerse el recurso de apelación ante el Tribunal Central hasta 50.000 pesetas, y el de casación ante el Tribunal Supremo desde esa cantidad. Los honorarios de Letrados en los recursos deben ser libres con impugnación, conforme al sistema de la L. E. C.

Undécima.—Se atenderá en lo posible a la unificación de los procesos especiales, siguiéndose este criterio en las distintas normas de las reglamentaciones de trabajo.

Duodécima.—Ha de dotarse de la máxima eficacia a la ejecución.

R.

Conferencia de don Francisco Martos Avila en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos sobre «Reflexiones ante una posible reforma de la Ley de Arrendamientos»

El día 7 de abril, a las siete y media de la tarde, en el salón de actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, bajo la presidencia de su Director, señor Arcenegui, pronunció una interesante conferencia sobre «Reflexiones ante una posible reforma de la Ley de Arrendamientos» el Magistrado excendente y Presidente de la Cámara Oficial de Inquilinos, don Francisco Martos Avila.

El conferenciante comenzó agradeciendo la amable acogida que el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos le ofrecía. He hizo una advertencia previa: que a pesar de representar la Cámara de Inquilinos su criterio, no iba a ser defensor de los mismos, pues, como jurista, su posición sería independiente y pretendía, ante todo, concluir un estudio sereno. Se refiere a la pugna de propietarios e inquilinos y la consiguiente creación de dos castas que luchan por hacer valer sus pretensiones. Pero el problema—dice—tiene un ámbito universal, puesto que no sólo es español, sino europeo y mundial.

Manifiesta que como cortapisas a la resolución del problema de la vivienda se suelen señalar dos causas fundamentalmente: el encarecimiento de los materiales de construcción y las propias normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El conferenciante propone que mientras continúe la actual carencia de pisos deben mantenerse los dos principios fundamentales de la vigente legislación de Arrendamientos, a saber: la prórroga forzosa para el arrendatario y la renta legal inalterable, salvo los locales de negocio que pudieran calificarse de lujo.

A continuación, el conferenciante habló de la necesidad de imponer una serie de tantos por ciento de elevación de la renta en concepto de obras y

mejoras realizadas por el propietario en el inmueble a través de las diversas relaciones de locación (viviendas, locales de negocio, subarriendo, convivencia y hospedaje). El señor Martos pasa a hacer un análisis revisionista del articulado de la L. A. U. Se fija especialmente en aquellos puntos que la experiencia aconseja una mayor claridad y firmeza de determinación, tales como los que ofrecen los arts. 4.º y 6.º, a propósito de incluir los bares, cafés, salas de fiestas, etc., dentro del «arrendamiento de industria», haciendo especial referencia a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1954.

Sugiere que desaparezca la tasa legal del art. 16, a propósito del subarriendo parcial, y que se dé un incremento de participación al arrendador. En base al art. 34 dice que conviene aclarar y entenderse entre los «parientes» a los que lo sean por afinidad e, igualmente, hasta el segundo grado. En los artículos 145, apartado b); 123 y 126 propuso ciertas reformas. En cuanto al art. 131, cree que debería suprimirse la facultad de resolución del contrato por aumento o elevación de renta, por dos razones: 1.ª, porque es legítima la propia renta; 2.ª, porque el criterio del legislador es que las causas de desahucio son de carácter restrictivo. Propone una nueva redacción.

En la causa 2.ª del art. 140 opina que deberá ser demandado también el subarrendatario. Y dentro del apartado c) del art. 151, en cuanto a los servicios de calefacción, opina que deberá ser redactado de una forma más completa, tomando en cuenta la renta, la superficie radiante, etc. En cuanto al art. 157, hace ver como no se refiere a las viviendas protegidas; son veintinueve las instituciones que por diversos conceptos cuentan con un procedimiento autónomo y gubernativo. Es de observar—añade el conferenciante—que esta jurisdicción especialísima dispersa la legislación, ya especial de arrendamientos urbanos. Ello implica una confusión y desorientación para los inquilinos, encontrándose así, desprotegidos. En opinión del señor Martos, sería conveniente fortalecer la posición de los arrendatarios e integrar toda esta legislación dentro del art. 157, aunque es partidario de una reforma parcial y cautelosa.

Después de este recorrido crítico a través del articulado de la L. A. U. propone varias sugerencias, especialmente en cuanto al fondo del contrato y, también, atendiendo a la organización de los Tribunales. Respecto a lo primero, se muestra partidario de la fijación de la renta en dinero; pero cree conveniente que esta renta venga deducida con arreglo a las variaciones del valor del trigo, como en arrendamientos rústicos, al objeto de conseguir una estabilización de las contraprestaciones para ambas partes. En cuanto al segundo punto de vista, se inclina por la creación de un recurso nuevo para las Audiencias que permita un criterio unánime y fijo. Cree preferible, a pesar de sus inconvenientes, el criterio dispar de cada Audiencia al criterio anárquico de más de quinientos Juzgados de toda España. Dice que no quiere silenciar una fórmula más científica y propone la creación, en la instancia superior, de un Tribunal, al igual que el Central de Trabajo, que unifique el criterio y falle con mayor rapidez en materia de arrendamientos.

El señor Martos concluyó su interesante y sugerente conferencia aludiendo a una urgente solución y consigna: «construcción, construcción y construcción». Al igual que en otros países europeos—de los cuales dió cifras y datos—, es necesaria una política de edificación rápida y eficaz. Propuso un procedimiento, ciertamente encomioso: que el Estado, al igual que las sociedades

inmobiliarias particulares, adquiriese terrenos y parcelas en las inmediaciones de las grandes urbes y que edificase, concediese créditos o bien enajenase a bajos precios dichos terrenos urbanizados. Con la construcción de estas ciudades satélites—concluyó el conferenciante—se embellecería, sanearía y resolvería el problema tan vital y acuciante de la vivienda.

JOSE BONET CORREA

«Los extranjeros ante el arrendamiento urbano»

Conferencia de don Jesús Millaruelo en el I. N. E. J.

En el ciclo de conferencias que sobre el Derecho de Arrendamientos el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos celebra, el día 20 de abril de 1954, a las siete y media de la tarde y bajo la presidencia de su Director, el ilustísimo señor Arcenegui, dió una interesantísima y magnífica disertación el doctor don Jesús Millaruelo, Secretario de Embajada y Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Madrid, acerca de «Los extranjeros ante el arrendamiento urbano».

El conferenciante comenzó diciendo que la intervención de la contratación de arrendamientos por normas de Derecho necesario es consecuencia de una necesidad social. Si bien hay que admitirla—añadió—, no obstante causa daños colectivos, tales como el desplazamiento de clases sociales, desatención en la conservación de los inmuebles, paralización de la construcción, concentración de la riqueza urbana en pocas manos y división de los españoles en dos grupos, según la fecha inicial del contrato. Afirmó que todo esto debe tenerse en cuenta para la consideración internacional del problema, pues el principio de solidaridad del grupo social, que impone el sacrificio de los unos por los otros y de unas generaciones a otras, no infirma, por el momento, la vida social internacional.

De aquí—dijo el Profesor Millaruelo—la necesidad de adoptar una actitud crítica, tanto frente al precepto del art. 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como respecto de la jurisprudencia que lo interpretó. En cuanto a esta última—que sólo alcanza al párrafo 2.º del artículo, dada la redacción terminante del primero—, la interpretación jurisprudencial, al seguir la doctrina de algunos civilistas, deroga el párrafo 2.º del art. 12. Por dos causas: 1.ª Porque entiende que la finalidad de los Tratados es establecer criterios discriminatorios en contra de los extranjeros, cuando en realidad la única finalidad que los Tratados pueden pretender es la de establecer la equiparación, derogando al efecto el Derecho internacional común que parte del principio de la negación de la equiparación al objeto de mantener, en todo caso, los «derechos civiles esenciales» exentos de las medidas interiores, con la contrapartida de la concesión de la competencia exclusiva de los Estados para las demás relaciones jurídicas, entre las cuales se encuentran las arrendaticias. Por ello, al no encontrar la jurisprudencia en los Tratados lo que busca, concluye por prescindir de ellos en sus fallos. Así, la única norma de remisión establecida por el párrafo 2.º del art. 12 queda anulada y el proyecto prácticamente suprimido. 2.ª Porque al establecer que en caso de ausencia de Tratado—que son

todos los casos, en consecuencia de lo indicado se aplicará el criterio de equiparación del art. 27 del Código civil, viene a resultar que en todo caso se aplica el criterio de equiparación: cuando haya Tratado, como consecuencia del mismo—pues es el único efecto que el Tratado puede pretender—, y cuando no haya Tratado, por no haberlo.

Una tal interpretación—expuso el Profesor Millaruelo—contraria el propósito legal que es el de proteger a nuestros nacionales en el extranjero, al llevar la cuestión al terreno del *do ut des* internacional. La ausencia de institucionalización de la vida jurídica internacional—añadió—sólo permite un medio de tutelar el Derecho: el trato recíproco. La dejación de este único recurso supone un doble perjuicio: desamparo de los españoles en el extranjero y abandono de la acción del Estado en la aplicación e interpretación de los Tratados.

El conferenciante propuso que para evitar la derogación jurisprudencial del párrafo 2.º del art. 12, que contraría la norma de interpretación, según la cual hay que entender las leyes en el sentido de que produzcan efecto, la jurisprudencia debe buscar otra solución *rei gerendae aptior*. Ello es posible: a) Por la aplicación del régimen de arrendamientos del Código civil, tanto por el juego del art. 13 de la L. A. U.—por analogía interna con los casos de arrendamiento de industria y de temporada—como por la aplicación del art. 16 del Código civil, que debe entenderse que remite al régimen material, y no a una norma general de referencia, como es la del art. 27, devolviendo a la L. A. U., por un sistema triangular de reenvío a través de los arts. 16 y 17 del Código civil, una situación arrendaticia rechazada por la L. A. U., contra el principio de que el ámbito de las leyes especiales no debe ampliarse; b) Por adopción del criterio de reciprocidad, posible tanto al partir de la misma redacción—aun defectuosa—del art. 12 de la L. A. U. al corresponder al Tribunal Supremo una labor correctora al servicio de la *ratio legis*, como por la aplicación de los principios generales del Derecho que informan toda la legislación especial de carácter tutelar económico-social, categoría cuya existencia sustantiva reconoce el Tribunal Supremo y a la que liga efectos jurídicos. Concluyó que al desechar el régimen material del Código civil por razones de *ius aequum*, queda la reciprocidad, debiendo esforzarse los Tribunales por aplicar la equiparación sobre la base de los Tratados existentes—que ofrecen para ello, prácticamente en todos los casos—, a fin de dar el primer paso hacia una interpretación recíproca de los otros países interesados. Hizo, además, una enumeración de los Tratados que daban pie para aplicar el criterio de la equiparación.

El Profesor Millaruelo paso a la crítica del art. 12 de la L. A. U. Consideró conveniente su sustitución por otra fórmula que se base en el criterio de reciprocidad. La ilusión halagadora de nuestro amor propio nacional,—dijo—, de que la indiscriminada aplicación del criterio absoluto de equiparación de los extranjeros a los nacionales nos distingue como mejores, debe desecharse, pues el resultado global de tal actitud puede ser contrario a la equidad, al hacer posible la aplicación a nuestros nacionales en el Extranjero de criterios discriminatorios desfavorables sin riesgo para los Estados que sigan tal conducta.

Ahora bien—concluyó el conferenciante—, como la reciprocidad aplicada estrictamente tiene efectos paralizadores, por esperar cada Estado a que el otro

dé el primer paso conviene que la fórmula legal futura sea concebida en el sentido de iniciar la concesión de la equiparación, aplicándola tanto a los países que a su vez la conceden, como a los que se rigen por un criterio formal de reciprocidad. De este modo el criterio formal externo de estos últimos países es llenado de contenido material por nuestra concesión de equiparación y la reciprocidad adquiere carácter constructivo en lugar de tener efectos paralizantes. Únicamente se aplicaría la discriminación a los países que a su vez la impusieran unilateralmente, sin consideración del criterio de trato recíproco.

JOSE BONET CORREA

«Ante la posible reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos»

Conferencia de don Roberto Reyes en el I. N. E. J

En el Salón de Actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, el día 28 de abril y bajo la presidencia de los excelentísimos señores don Raimundo Fernández Cuesta, don José Castán Tobeñas y don Isidro Arcenegui, pronunció una interesante conferencia don Roberto Reyes Morales, Delegado Nacional de Justicia y Derecho, sobre el tema «Ante la posible reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos».

El conferenciante resumió la cuestión actual de los arrendamientos urbanos al decir que «en hacer casas y no leyes está la solución del problema». Sin embargo—añadió—, todas las consideraciones no excluyen la conveniencia de rectificar la Ley vigente, en lo que la experiencia ha demostrado que debe corregirse, y las leyes de esta posible reforma pueden ser las siguientes: respetar la actual estructura de la L. A. U., y no retroceder en sus avances sociales o técnico-jurídicos. Debe mantenerse como tipo o módulo de clasificación, la división del arrendamiento en dos clases: de viviendas y de locales de negocio. A su juicio, también debe mantenerse el sentido excepcional del arrendamiento de local de negocio y, por tanto, si el contrato comprendido en la Ley no es de local de negocio, debe considerarse como vivienda. La calificación de arrendamiento de local de negocio y derecho de traspaso cree no deben ser condicionados por cualidades subjetivas, sino objetivas.

A su juicio, en la futura reforma de la L. A. U., la irrenunciabilidad de los derechos del arrendatario debe mantenerse. Igualmente, en lo que se refiere al derecho de prórroga reconocido potestativamente al arrendatario, manifiesta que debe reconocerse irrenunciable en todos los casos y especialmente en los locales de negocio. En cuanto al problema que plantea el art. 12, respecto de los arrendadores y arrendatarios extranjeros y el sistema a seguir, cree debe dejarse su resolución al criterio del Gobierno por ser materia eminentemente política.

En lo que se refiere a los subarrendos, pese a mi personal repugnancia por ellos—afirmó REYES MORALES—, creo que, mientras duren las actuales circunstancias, hay que aceptarlos y regularlos. De no hacerlo así se dejaría entregado el subarrendatario al abuso del subarrendador. Pero todas sus formas deben dar lugar a un aumento de renta en beneficio del arrendador, equivalente por lo menos a otro tanto del alquiler. Para vigilar los abusos de los subarrendadores

sería necesario contar con un organismo vivo, que pudiera ser, reformando su estructura actual, la Fiscalía de la Vivienda.

Otras materias sujetas a reforma serían la prohibición de la cesión de viviendas de una manera tajante; que en el plazo del derecho de traspaso se exija un tiempo mínimo de dos años para poder traspasar el local de negocio y que se prohiban las situaciones que vayan dirigidas a burlar los derechos de tanteo, retracto o participación en el precio del traspaso del arrendador. En cuanto a la prórroga del arriendo concluyó que debe mantenerse, pero en los casos de muerte del titular debe limitarse a sus familiares más próximos.

Indico la conveniencia de que el Tribunal Supremo reconviniese a los Tribunales interiores para unificar criterios de interpretación de la L. A. U. con sus particulares decisiones. Se refirió a la conveniencia de establecer, en cuanto a la renta, aumentos bienales o trienales. Las derramas por obras de conservación y mejoras, así como de reparaciones cree que deben mantenerse. Ve una solución cómoda por parte de la Ley, al emplear al propietario como si fuera un recaudador gratuito para satisfacer a través de él las contribuciones y cargas; sería ya conveniente—dijo irónicamente—que se le retribuyese.

Las causas de resolución del arrendamiento las cree reguladas con claridad tal como aparecen en la Ley vigente, aunque es partidario de una interpretación que no sea restrictiva. El caso de la no habitabilidad debe revisarse, así como el arrendamiento de los obreros en paro forzoso regulado por el Decreto del año 1940. En punto a la jurisdicción se refirió especialmente al automatismo de la imposición de costas y la conveniencia de su unificación.

Reyes Morales concluyó su brillante y elocuente conferencia manifestando que se había propuesto una crítica seria, obediente a una preocupación sana, que pretendía salvar los inconvenientes que la práctica y las circunstancias habían aconsejado.

JOSE BONET CORREA

Conferencia de don Pablo Villanueva Santamaria en el I. N. E. J.

Dentro del ciclo organizado por el Instituto sobre materia de Arrendamientos Urbanos, correspondió el turno, el día 30 de abril, al ilustre magistrado don Pablo Villanueva, el cual disertó sobre el tema «Las viviendas y la Jurisprudencia Criminal».

El conferenciante, siguiendo la sistemática del Código Penal, y con un criterio más bien de exégesis jurisprudencial, ofreció a la consideración del auditorio abundantes sentencias del T. S. que, directa o indirectamente, se relacionan con cuestiones de la vivienda.

Aun saliéndose del estrecho marco del arrendamiento, el señor Villanueva puso con frecuencia, en materia arrendaticia, el dedo en la llaga. Propugnó un aumento de la renta de trabajo, manifestando que en las actuales circunstancias no puede haber una buena Ley de Arrendamientos.

CARLOS MELON

«Derecho comparado de arrendamientos urbanos»

En el Salón de Actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, con la asistencia de su Director e ilustres personalidades, el día 12 de mayo pronunció su anunciada conferencia sobre cuestiones arrendaticias en el Derecho nacional y comparado, el Letrado del Ministerio de Justicia, don Arturo Gallardo Rueda.

Comenzó su sugestiva conferencia recordando los datos reveladores del Anuario Estadístico en torno a la precaria situación del problema de la vivienda. Durante el último trienio—dijo—la cifra aproximada de locales habitables puestos en servicio (nuevos y reformados), no pasa de una media aproximada de veinte mil en toda España. En el mismo período, la cifra también aproximada de matrimonios contraídos cada año se acerca a los doscientos mil. Ante ello, cree que la solución no puede ser más que la edificación de nuevas viviendas. El legislador trató de encauzar tal remedio a través de los incentivos para la iniciativa privada; sin embargo, el mercado de capitales sigue alejado de esta clase de inversiones.

A la vista de las normas reguladoras de la materia—añadió—puede llegarse a la conclusión de que son dos las razones: inmediata una, y mediata la otra. No se edifica porque no basta a los futuros propietarios de inmuebles el principio de libertad de rentas; precisan para decidirse la desaparición prácticamente total de las demás limitaciones dominicales impuestas en la legislación de arrendamientos urbanos. Otro factor no despreciable es la inseguridad de la legislación arrendaticia urbana, siempre a la zaga de las realidades sociales del momento.

El ilustre conferenciante llega a la conclusión de que poco o nada hay que esperar por el momento de la iniciativa privada en punto a edificación con rentas proporcionadas a la escala vigente de sueldos y salarios medios. En defecto, pues, de la iniciativa privada ha de actuar la pública. Entre las tendencias principales y soluciones adoptadas por los diversos países para resolver el problema—manifestó—, se pueden agrupar en las dos direcciones de publicación o privatización del fomento de la construcción.

Según la primera el Estado interviene fijando los objetivos de revalorización física y económica del patrimonio inmobiliario urbano del país, a través, generalmente, de planificaciones, exenciones tributarias y préstamos para la edificación. En Portugal, además, las Instituciones de Previsión Social están obligadas a financiar con sus importantes reservas económicas la construcción de viviendas para clase media y obrera. Otros países, específicamente planificadores, autorizan a los organismos estatales y locales a la creación de impuestos y a la emisión de Deuda Pública para aquellos fines; tal es el caso de Checoslovaquia y la U. R. S. S.

Sin eliminar en absoluto la intervención del Estado, Gallardo Rueda hizo ver cómo algunas naciones tratan de organizar la iniciativa privada. Las «Building Societies» inglesas, verdaderas cajas inmobiliarias mutualistas que funcionan con sus propios recursos solamente y otras con apertaciones públicas anticipan a sus asociados hasta el 90 por 100 del importe total de la construcción proyectada. En Suecia, las llamadas «Uniones de Inquilinos» son Sociedades de Ahorro y Edificación nutridas de imposiciones privadas. En Francia, la Ley de 1 de septiembre de 1948 intentó una primera etapa de solución del problema no sólo con

las nuevas construcciones a cargo del Fondo Nacional de Mejoras de la Vivienda, sino con el fomento de las edificaciones cooperativas del tipo sueco. Inglaterra cuenta con Comités Regionales que bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas formula los planes públicos y privados de la construcción.

El Instituto Nacional de Alojamiento y Habitación centraliza en Bélgica los esfuerzos particulares y Entidades, tales como la Caja Nacional del Ahorro, la Asociación para mejora de alojamiento de Obreros y la Sociedad Nacional de Viviendas de Precio Medio, consiguiendo éxitos sorprendentes. Italia acusa una cierta anarquía en la construcción privada, compensada con los esfuerzos oficiales encauzados a través de organismos, como el Instituto de la Casa Popular y el Instituto de Casas de los Empleados del Estado. Alemania, falta de un plan financiero de conjunto, tiene entregada momentáneamente su reconstrucción urbanística a los particulares. En Noruega se formuló un plan quinquenal financiado casi en su totalidad oficialmente, a través del Banco Hipotecario. Las Sociedades cooperativas de construcción y los Municipios pueden obtener préstamos hasta el 95 por 100 del valor comercial del inmueble. Suiza ayuda oficialmente en menor medida a los particulares, puesto que la subvención no excede del 10 por 100 en las viviendas y del 15 en las edificadas por Municipios y Asociaciones Mutualistas.

En Norteamérica, debido al desplazamiento de población a zonas industriales, el problema de la vivienda es grave. A fomentar la edificación acude el Estado Federal con préstamos a las Municipalidades, que pueden llegar hasta el 90 por 100 del valor del inmueble, exenciones tributarias y, sobre todo, a través de los beneficios que otorgan las disposiciones orgánicas de la «National Housing Agency», dedicada a facilitar créditos a largo plazo e interés módico. En Canadá, la Comisión de Alojamiento y Urbanismo, en unión de la Sociedad Central de Hipotecas, fomentan la vivienda individual. Los préstamos estatales pueden llegar hasta el 75 por 100 y el 80 del valor total del inmueble construido.

Por lo que se refiere a España, Gallardo Rueda propuso que la iniciativa pública, la del Estado y Corporaciones y personas paraestatales y locales podría actuar así: 1.º Integración de un Plan Nacional de Construcción de Viviendas de todas las actividades oficiales hoy dispersas; 2.º Constitución de un patrimonio especialmente destinado a tal fin con los siguientes recursos: a) Terrenos municipales urbanizados y aptos para la edificación inmediata; b) Recargo razonable de las rentas antiguas en un porcentaje que iría a engrosar el Fondo Nacional creado; c) Recargo paralelo de determinadas contribuciones e impuestos suntuarios; d) Inversión obligatoria en cierta medida de fondos de previsión social en la edificación; e) Emisión de Deuda Pública suficiente y específicamente destinada al fin previsto.

Las dificultades de realización de este plan, dada la inmadurez de la conciencia social actual respecto a sus soluciones—manifestó el conferenciante—, lleva a ensayar, por el momento, una nueva ordenación del régimen arrendamiento urbano. Aleccionadoras son a este propósito las orientaciones seguidas en los países extranjeros, a las cuales Gallardo Rueda dedicó gran atención, especialmente las últimas reformas francesas, así como las de la Ley italiana de 1950 y la belga de 1953.

La documentada y brillante conferencia de Gallardo Rueda fué epilogada por

cuatro conclusiones fundamentales: 1.ª Que la formación de las relaciones arrendaticias urbanas, inicialmente integrada por meras «ordenanzas de necesidad» viene a constituirse en un Derecho especial dentro del Ordenamiento general de todos los países; 2.ª Que dicho Derecho especial pertenece a la que dialécticamente se denomina «dirección social del Derecho civil», o más bien, que nos hallamos ante uno de los primeros estadios de un Derecho civil actualizado; 3.ª La prórroga forzosa y la tasa de la renta parecen ser los medios primarios preferidos por todos los legisladores para el logro de los fines propuestos. La evitación de las ocupaciones antisociales de locales habitables viene a completarlos; 4.ª La conveniencia y oportunidad de la reforma de la ordenación vigente entre nosotros estará de acuerdo con las experiencias de estos últimos años manteniéndose fiel a los fines propuestos con arreglo a los sentimientos, necesidades y anhelos de la comunidad. El ilustre conferenciante fué muy aplaudido y felicitado por su interesantísima disertación.

JOSE BONET CORREA

B) EXTRANJERAS

El IV Congreso Internacional de Derecho Comparado

La «Académie Internationale de Droit Compare», que tiene como principal objeto estatutario «trabajar en el estudio del Derecho Comparado sobre una base histórica y la mejora de la legislación de los diversos países—particularmente en materia de Derecho privado—mediante el acercamiento sistemático y la conciliación de las Leyes», tras convocar una reunión de expertos, publicó el programa sobre el cual habrían de versar las ponencias que al mismo se presenten.

El interés del mismo nos obliga, aunque alguna de sus materias se escapan de las habituales en este Anuario, a dar cuenta íntegra del mismo.

El programa fijado fué el siguiente:

SECCIÓN PRIMERA (GENERAL)

A. *Derechos de la Antigüedad.*

1. Los tratados internacionales de la Antigüedad.
2. El desarrollo del sistema contractual en Roma.
3. Contactos y conflictos de Derechos en la Antigüedad.
4. El derecho agrario en el Bajo Imperio y en el Imperio Oriental.
5. La penetración del Derecho Romano en el Derecho de la Alta Edad Media.
6. Los procesos del desarrollo del Derecho por la utilización del Derecho Romano y del Derecho regional del siglo XVI al XVIII.

B. *Historia del Derecho.*

1. La contribución de los autores y de la práctica consuetudinaria en el Derecho Internacional privado de la Edad Media.

2. La protección de los incapaces en la Edad Media (con exclusión de la mujer casada).
3. La naturaleza y las aplicaciones del homenaje.

C. *Derecho Canónico.*

1. El orden jurídico canónico ante el Estado.
2. Contribución de los canonistas a las más antiguas doctrinas del Derecho Internacional Privado.
3. La indisolubilidad del matrimonio en el Derecho de las Iglesias Cristianas, tales como: la Iglesia Romana, la Iglesia Anglicana, la Iglesia Protestante (Luterana y Calvinista), la Iglesia Griega Ortodoxa desde 1914.
4. La autoridad y la jurisdicción de los Synodos, de los Patriarcados y de las Iglesias autocéfalas de la Iglesia Griega Ortodoxa.
5. La relación jurídica de los esposos en el matrimonio y la familia en Derecho canónico y Derecho civil (subordinación, igualdad jurídica).

D. *Etnología jurídica.*

1. Definición, historia y metodología. Definición—historia—, relación con el Derecho, la sociología, las otras ramas de la etnología.
2. Derecho, religión y moral. El criterio de distinción entre el imperativo jurídico y el imperativo religioso. El contenido mágico y religioso de los antiguos Códigos y de los derechos consuetudinarios.
3. Los proverbios, refranes y brocados como elementos de expresión del Derecho.

E. *Derecho oriental.*

1. La influencia de la «Common Law» y de «L'Equity Jurisprudence» sobre el Derecho hindú en el curso de los 150 últimos años.
2. La relación entre las leyes de Hammurabi y la legislación Mosaica.
3. Organización judicial y competencia del juez en Derecho musulmán.
4. El Derecho musulmán y el nuevo Código civil egipcio.
5. La representación en los actos jurídicos en Derecho musulmán.
6. La teoría de los riesgos en las diferentes escuelas del Derecho musulmán.

F. *Filosofía del Derecho.*

1. La incidencia de la noción de Seguridad Social sobre el conjunto de los Derechos contemporáneos.
2. La función de la voluntad en el Derecho.

G. *Estudio y enseñanza del Derecho. Derecho comparado y unificación.*

1. Métodos actuales de la enseñanza del Derecho.
2. La idea de una ciencia de Derecho universal comparado.
3. Los medios que permiten hacer del Derecho comparado un elemento útil de la educación jurídica.
4. La unificación del Derecho: situación actual y medios propuestos para su desenvolvimiento.
5. Las influencias extranjeras en las leyes de los diferentes países.

SECCIÓN II

A. *Derecho Civil.*

1. La prenda contractual sin desplazamiento en las legislaciones modernas.
2. Las cláusulas relativas a la moneda de pago y las cláusulas de escala móvil en los contratos.
3. La prueba de la paternidad y los progresos de la ciencia: examen de la sangre, etc.
4. Responsabilidad del contratante hacia el tercero causante de la violación del contrato.
5. Transferencia del riesgo y de la propiedad en la venta de las cosas genéricas.

B. *Derecho Internacional Privado.*

1. La concurrencia desleal.
2. Las ententes industriales internacionales (cartel, etc.) en Derecho privado.
3. El reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras que conciernen a la tutela de los niños y a la obligación alimenticia.
4. La aplicación de los principios del D. I. P. a los conflictos de leyes que se originan en el interior de una comunidad política (Reino Unido, Unión Francesa, Estados Unidos, etc., etc.).

C. *Procedimiento civil.*

1. El papel respectivo del juez y de las partes en la alegación de los hechos y la importancia del proceso verbal de la audiencia judicial.
2. Las garantías de la independencia de los jueces.
3. Los límites de la acción con fin puramente declarativo.

D. *Derecho Rural*

1. La explotación agrícola tratada como una universalidad jurídica (medidas contra el fraccionamiento autonomía).
2. El derecho de adquisición preferente (preemption).—
3. Las Cooperativas rurales.

SECCIÓN III

A. *Derecho Comercial*

1. La responsabilidad civil de los órganos de administración en las Sociedades por acciones.
2. Las fusiones y las divisiones de las Sociedades por acciones.
3. Repercusiones de las reglas de control de los cambios sobre la validez y la ejecución de las obligaciones comerciales.
4. Los privilegios del Tesoro y de las Administraciones públicas en materia de quiebra.
5. Los carteles internacionales en las legislaciones nacionales.

B. *Derechos Intelectuales*

1. La determinación del autor en la obra cinematográfica.
2. Las tentativas de extensión del derecho de autor «Derechos próximos» (Derechos de ejecutantes, de intérpretes y de la industria de difusión).
3. La protección de las novedades vegetales.

C. *Legislación Industrial*

1. Los Comités de Empresas y la protección de las minorías.
2. La huelga y el contrato de trabajo.
3. Problemas jurídicos provocados por las convenciones colectivas de trabajo; conclusión, garantía de ejecución, anulación, extensión.
4. Las tendencias actuales en la reparación de los accidentes de trabajo.

D. *Derecho Aéreo*

1. La gravedad de la falta del transportista aéreo en sus efectos sobre la responsabilidad del mismo y en sus relaciones con el Seguro de los riesgos aéreos en Derecho nacional e internacional.

SECCIÓN IV

A. *Derecho Público*

1. El papel de la constitución en la vida política y social contemporánea.
2. De la separación de las jurisdicciones administrativas y de las jurisdicciones contenciosas.
3. El régimen jurídico de los servicios públicos, industriales y comerciales.
4. Federalismo y descentralización.
5. Los problemas de la función pública (servicio civil) en el Estado moderno.
6. Los procedimientos de nacionalización y de gestión de las Empresas nacionalizadas.
7. Los «actos de gobierno».
8. Del estatuto jurídico de los partidos políticos.
9. La protección del Estado contra los actos de subversión.
10. El poder reglamentario de las Organizaciones profesionales.

B. *Derecho Penal*

1. La analogía en Derecho penal.
2. El error de derecho.
3. La toma de sangre como medio de información en materia penal.
4. La omisión de llevar socorros.
5. Los efectos extraterritoriales de los juicios de represión.
6. Los efectos del proceso penal sobre el proceso pendiente ante Tribunal civil.
7. Los delitos del Derecho de gentes.
8. El ejercicio ilegal de la medicina.

C. *Derecho Internacional Público*

1. Los límites a la soberanía del Estado en materia de inmigración y de naturalización.
2. La protección internacional de los Derechos del hombre en los Tribunales nacionales.
3. Los intereses económicos extranjeros ante la jurisdicción nacional.
4. Regímenes políticos y comunidad internacional.
5. Las consecuencias de los acuerdos de organización europea sobre la constitución, la legislación y la administración nacional.

6. La Reglamentación de los carteles y monopolios.

Para su organización, se constituyó oportunamente en España el Comité Nacional Español para el IV Congreso de Derecho Comparado, integrado por los siguientes señores:

COMITÉ NACIONAL ESPAÑOL PARA EL IV CONGRESO DE
DERECHO COMPARADO

Presidente: Excmo. Sr. don José Castán.

Vicepresidentes: Excmos. señores don Federico de Castro y don Luis Legaz Lacambra.

Miembros: Don Juan Beneyto, don Francisco Bonet Ramón, don Federico Castejón, don Francisco Javier Conde, don Alfonso Cossío Corral, don Eugenio Cuello Calón, don Alvaro d'Ors, don Víctor Fairén, don Miguel Fenech Navarro, don Francisco Fernández Villavicencio, don Amadeo de Fuenmayor, don Alcenso García Gallo, don Carlos García Oviedo, don Joaquín Garrigues, don Manuel Gordillo, don Jaime Guasp, don Juan Hernández Canut (Secretario del Comité Nacional), don Antonio de Luna, don José Maldonado, don Pascual Marin, don Luis Martín Ballesteros, don Lorenzo Miguelez, don Eloy Montero, don Nicolás Pérez Serrano, don José María Pi Suñer, don Ramón Prieto Bances, don Leonardo Prieto Castro, don Antonio Quintano, don Juan del Rosal, don Ignacio Serrano, don Valentín Silva Melero, don Felipe de Sola Cañizares, don José María Trías de Bes y don José de Yanguas Messía.

La aportación española al Congreso ha sido destacadísima de tal forma que se ha conseguido que sean nombrados ponentes generales de algunos de los temas a considerar en el Congreso, entre otros, los siguientes juristas españoles, que se citan por el mismo orden de las Secciones respecto a las cuales deberán redactar su ponencia general: Don Luis Legaz Lacambra, don Federico Castejón, don Luis Martín Ballesteros, don Valentín Silva Melero, don Francisco Bonet Ramón, don José María Pi y Suñer y don Antonio Quintano Ripollés. Igualmente ha sido reservada a un jurista español una de las Secretarías Generales del Congreso.

El Congreso tendrá lugar en París del 1 al 7 de agosto y consideramos que, dado el interés de los temas que en él habrán de debatirse, las conclusiones que se adopten tendrán trascendental interés.

R.

La crisis del Derecho mercantil contemporáneo

El 8 del pasado mes de abril, el profesor Garrigues, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Madrid, ha pronunciado una conferencia en el Instituto Jurídico Español de Roma, con el título «La crisis del Derecho mercantil contemporáneo». La conferencia fué pronunciada en italiano.

En su presentación, el profesor Gibert, Vicedirector del Instituto, se refirió a la tradición mercantilista española, tanto en el campo legislativo como en el doctrinal, y señaló que el profesor Garrigues ha sabido continuar esta tradición.

El profesor Garrigues, después de unas palabras de saludo a sus colegas los mercantilistas italianos, entró en el tema de su conferencia. En la presente nota tratamos de exponer lo más fielmente posible las líneas esenciales de la exposición del ilustre mercantilista.

El propósito del conferenciante fué mostrar la crisis que atraviesa el Derecho mercantil, entendido como rama del Derecho privado que regula un sector determinado de la actividad económica.

«Se trata de una crisis de concepto y una crisis de autonomía, provocada, como ya ocurrió en el siglo XIX, por nuevos postulados políticos. En el siglo XIX fueron los postulados de la libertad industrial; hoy son aquellos que tienden cabalmente a negar esta libertad.» La crisis del Derecho mercantil tiene su origen en la época de la codificación. El Código napoleónico de 1807, rompiendo con la clara línea de la tradición histórica, provocó un estado de inseguridad e incertidumbre en la doctrina del que ésta se afana todavía por salir.

El profesor Garrigues analizó después las diversas posiciones doctrinales que se han sostenido para encontrar un fundamento al concepto de Derecho mercantil, y resaltó la concepción de Wieland de un Derecho mercantil fundado en la idea de empresa, que ha obtenido el asentimiento de la mayoría de los autores. Se detuvo a continuación en un análisis de la identificación del Derecho mercantil con el capitalismo; teoría ésta que, «enunciada hace algunos años en forma aguda y brillante por Tulio Ascarelli, ha tenido en España y en Francia sostenedores muy ardientes, los cuales, olvidándose a veces de su promotor, llevan la doctrina a extremos que quizá aquél no se atrevería a sostener...». Indudablemente, el capitalismo ha hecho sentir su influencia sobre el Derecho mercantil más que en cualquier otra rama del Derecho, pero esto no quiere decir que el Derecho mercantil sea un simple producto del capitalismo, puesto que tal tesis supone que antes del capitalismo no ha existido Derecho mercantil y debe concluir lógicamente que la desaparición del capitalismo implicaría también la del Derecho mercantil. El capitalismo ha influido profundamente en las legislaciones mercantiles, pero «no ha creado las instituciones de Derecho mercantil, sino que las ha deformado cambiando su sentido y llevándolas al límite de sus posibilidades al ponerlas al servicio de una nueva mística: la concepción fáustica del dinero como instrumento de dominio, de poder y de fuerza. Decir que el Derecho mercantil es fruto del capitalismo, además de ser una grave inexactitud histórica, representa un error de método no menos grave. Es tanto como definir una rama del Derecho por su espíritu, su color o su tendencia, es decir, por sus notas externas, que no pueden contener la verdadera naturaleza de lo que se trata de definir».

La doctrina de la Empresa mercantil ha descubierto la esencia del Derecho mercantil, pero al mismo tiempo ha sido ella quien ha provocado su crisis actual. La empresa, al penetrar por primera vez en un Código, el Código civil italiano de 1942, lleva consigo la desaparición del Código de comercio. Pero esto, aunque la doctrina no sea unánime sobre el particular, no significa para el Derecho mercantil la pérdida de su autonomía. «Para salvar esta autonomía ha sido necesario aislar en el interior del Código civil las normas que regulan la empresa mercantil, reservando al Derecho civil la regulación de las otras empresas no mercantiles y las normas sobre la empresa en ge-

neral.» El hecho de la escasez de las normas que tratan de la empresa mercantil en el Código italiano, escasez que contrasta con la abundancia de las que se refieren a la sociedad, así como el hecho de que el contrato de trabajo quede fuera de las disposiciones sobre la empresa mercantil actual, determina que este derecho—como ya había afirmado hace años el profesor Garrigues—se reduzca a un derecho del empresario capitalista y de la actividad externa de la empresa, dejando fuera el trabajo de los técnicos, de los obreros y de los gestores de la empresa. El Derecho mercantil contemporáneo considera la empresa tal como había sido configurada por el capitalismo, es decir, con una contraposición entre trabajo y capital en que este último debe prevalecer.

Esta noción del Derecho mercantil está ya cerca de la desaparición. Se quiera o no, el Derecho de la economía está penetrando en nuestro campo y va influyendo sobre las normas puramente mercantiles, y destruyéndolas cuando se oponen a su avance. El Derecho mercantil de cuño liberal es insuficiente para regular las grandes sociedades, como muestra el caso de las grandes sociedades nacionalizadas.

Con el Derecho de la economía, la idea de la solidaridad económica sustituye al individualismo económico que forma el módulo de las instituciones del Derecho mercantil. El capital deja de ser el dueño de la empresa y el soberano de la producción. A la empresa mercantil hace referencia tanto el Derecho de la economía como el Derecho mercantil. Pero el Derecho de la economía, a diferencia del Derecho mercantil clásico, penetra en el interior de la empresa en relación con sus aspectos económicos, políticos y sociales. Esta coincidencia sobre la misma organización económica—la empresa—provoca inevitablemente una colisión de normas, y en ésta prevalecen las normas del Derecho público, que se inspiran en el bien común, sobre las normas del Derecho privado de signo individualista.

De las varias manifestaciones de este movimiento, después de haber hecho su enumeración, el profesor Garrigues se detuvo en el análisis de la modificación que produce en la estructura tradicional de la empresa la participación de los trabajadores en los beneficios y en su gestión, realizando un amplio estudio de su significado y un examen de Derecho comparado.

«El Derecho mercantil tradicional ahora se encuentra desde hace tiempo en estado de descomposición, ya que si de una parte el Derecho especial de las obligaciones mercantiles va convirtiéndose en Derecho general de las obligaciones, y si de otra el Derecho privado de las empresas mercantiles viene absorbido por el Derecho de la economía, se puede preguntar cuál será el futuro del Derecho mercantil absorbido por el Derecho civil. A este fenómeno de expansión del espíritu mercantil a toda la clase burguesa, y de las normas mercantiles a todo el ámbito de la contratación, se ha dado el nombre de «comercialización del Derecho civil», expresión que está lejos de ser exacta, porque si la actividad que primero ejercitaban los comerciantes se realiza hoy también por los que no son tales, y para todos rige un único derecho de las obligaciones, no es fácil decir, hablando con propiedad, si esto es «comercialización» del Derecho civil o «civilización» del Derecho mercantil.»

«Si las que subsisten son normas mercantiles que pasan al Derecho común—continuó diciendo el profesor Garrigues—, lo que debe sobrevivir, prescin-

diendo de los nombres, será un Derecho mercantil. Pero este Derecho parece que debe ser absorbido a su vez por el Derecho de la economía, que va penetrando cada vez más en los sectores tradicionales del Derecho mercantil, deformando sus normas y suprimiéndolas cuando conviene a los intereses de la comunidad nacional. Frente a la presión actual del Derecho de la economía, pierde todo interés la vieja cuestión de su separación o independencia respecto al Derecho civil. Mientras—como buenos hermanos—mercantilistas y civilistas se entretienen en estas discusiones familiares, el Derecho privado del tráfico, se llame civil o mercantil—porque esto es lo que importa menos—, cada vez más viene sustituido por un Derecho diverso de carácter público y social.»

El profesor Garrigues terminó su conferencia afirmando que «espera que la doctrina mercantilista demuestre que todavía posee el espíritu ágil y flexible de que tantas veces ha dado prueba, para adaptar a los nuevos postulados sus normas tradicionales».

F. SÁNCHEZ CALERO

II. NOTAS CRITICAS

Una Crónica Dalloz del prof. René Savatier: «Du particularisme du droit agraire et de la nécessité de son enseignement».

El profesor René Savatier, con motivo de haber asistido al primer Congreso Internacional de Derecho Agrario de Florencia, ha escrito para Dalloz una crónica que tiene todas las características de su brillante estilo de jurista; en primer lugar, un manejo perfecto del idioma, al servicio de esa claridad francesa que no es, según la frase de Unamuno, como la claridad de la sopa, debida a la falta de sustancia, sino el producto de una destilación de ideas que sólo el magisterio y el estudio de muchos años pueden producir. Es realmente una claridad iluminada en todo momento por el «sprit». ¿Acaso no es fruto de una sensibilidad exquisita esta teoría de Savatier, expuesta en su crónica, de que la especialidad del Derecho agrario frente a los demás Derechos patrimoniales estriba en que los agricultores manejan la vida vegetal y animal mientras que los demás profesionales, los industriales, los comerciantes, se las entienden con la inerte materia?

Es justamente esta especialidad (*particularisme*) del Derecho agrario lo que afirma, como en una profesión de fe, el ilustre Maestro de Poitiers, uno de los hombres que con más agudeza y más pasión han estudiado el trance evolutivo del Derecho Civil moderno, un jurista que, junto con Ripert, está hoy en la cumbre más alta de la Universidad francesa.

No autonomía, sino especialidad, particularismo. He aquí el diagnóstico de todos los grandes maestros del Derecho civil obligados, por fin, a enfrentarse con el fenómeno irreductible del Derecho agrario. (Así, Federico de Castro en su Ponencia al Congreso).

Todos aquellos que aún dudan sobre la importancia y sobre la realidad sistemática del Derecho agrario deben leer estas cuatro páginas de Savatier. En ellas está bien argumentado por qué el Derecho agrario no podía surgir en los días de la Codificación y cómo, en cambio, las metamorfosis económicas y sociales de nuestro tiempo, la «*revolte des faits contre le Code*», imponen hoy su consideración especializada al mismo nivel, por ejemplo, que se hace con el Derecho Mercantil.

La crónica contiene, como consecuencia de tales ideas, una dura crítica del Decreto de 27 de marzo de 1954 que ha reformado profundamente los planes de estudios en las Facultades de Derecho francesas. Tal crítica se basa en el hecho de que mientras se han ampliado los estudios de Derecho mercantil, que ahora ocuparán tres semestres en lugar de dos, no se ha previsto ni siquiera un semestre para el Derecho agrario. «Y sin embargo, el Derecho agrario, a

la vez privado, público y económico, tiene un lugar *necesario* en las enseñanzas generales de Derecho. Y no puede pensarse que este lugar pueda ocuparlo la enseñanza de una «Economía y legislación agraria». Es verdaderamente un *derecho especializado* y un *derecho esencial* lo que ha llegado a ser hoy el Derecho agrario.»

Dejo así, sin comentarios, estas palabras de Savatier cuya vibración debe ser captada en España, lo mismo que en Francia, por todos aquellos que tienen la enorme responsabilidad de organizar los estudios de nuestras Facultades.

Aquel artículo que en las páginas de la revista de Educación Nacional, escribió sobre estos problemas mi gran amigo Eduardo García Enterría, artículo incomprendido por algunos, no era más que la llamada de una voz joven y entusiasta a un mayor realismo. Era la petición angustiosa, por mí bien compartida, de que en las Facultades de Derecho se estudien las cuestiones que en nuestro tiempo apasionan, aquellas que sirven para las tareas de «ingeniería social», aquellas que hacen abrir los ojos y los corazones de los estudiantes, compensándoles de tanto aburrimiento conceptual y de tanto juego de ingenio. ¿Y acaso puede haber alguien que dude todavía de que el Derecho agrario es una de las ramas más bellas y apasionantes del Derecho moderno? Será preciso que sean los grandes civilistas, con las pupilas cansadas de estudiar a los clásicos, los que haciendo gala como el profesor Savatier, de un espíritu joven, afirmen la importancia y el valor del Derecho agrario. Será preciso que así sea para que este se abra camino en las aulas universitarias, haciéndoles llegar aire fresco y vida nueva (entre nosotros De Castro ha reconocido ya implícitamente la necesidad de un mayor estudio especializado de estas cuestiones. En su Ponencia citada).

ALBERTO BALLARIN

III. INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE MARIA AMUSATEGUI,
RAFAEL IZQUIERDO, JOSE LUIS LLO-
RENTE Y JOSE J. PEREZ BULTO.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. CODIFICACIÓN: *Se reorganiza la Comisión General de Codificación (Decreto 23 octubre 1953; B. O. del 9 noviembre).*

2. LA IGLESIA CATÓLICA Y LOS ENTES ECLESIASTICOS: *Se prorroga el plazo para la interposición de las demandas que se mencionan en las Leyes de 11 de julio (1) de 1941 y 1 de enero de 1942 hasta 31 de diciembre del corriente año (Orden de Justicia 20 enero 1954; B. O. del 27).*

II. Derechos reales.

1. LIMITACIONES DEL DOMINIO: LIMITACIONES EN INTERÉS DE LA AGRICULTURA: *Se impone a los propietarios de predios rústicos dedicados a aprovechamiento de pastos por ganado lanar la obligación de construir albergues adecuados para el ganado, desarrollando el art. 13 de la Ley de Epizootias, y se califica a tales albergues de mejoras útiles y obligatorias. (Decreto de Agricultura 8 enero 1954; B. O. del 27).*

A. EXPOSICIÓN: El artículo 13 de la Ley de Epizootias de 20 de diciembre de 1952 estableció que el Ministerio de Agricultura podría imponer a los propietarios de fincas ganaderas la construcción de albergue adecuados para preservar al ganado de las inclemencias atmosféricas; el artículo 1.º del Decreto de 8 de enero de 1954 limita esta obligación a aquellas fincas en las que, descontada la parte destinada a siembra, su extensión sea superior a doscientas hectáreas, considerando «como una sola finca el conjunto de todas las que formen parte integrante de una misma explotación agrícola o ganadera».

El artículo 2.º del Decreto califica a dichas construcciones de mejoras útiles y obligatorias, por lo que, si las fincas están arrendadas, «podrá el arrendador hacer uso del derecho que, en orden a la elevación de la renta, le confieren las vigentes normas legales sobre arrendamientos rústicos».

(1) La Orden insiste en la errata de decir junio.

B. OBSERVACIONES: 1. La Ley de 15 de marzo de 1935 clasificó las mejoras realizadas en las fincas objeto del arriendo en obligatorias y voluntarias, y éstas, a su vez, en útiles y de adorno o comodidad (art. 20). Los albergues del presente Decreto son mejoras obligatorias al ser impuestas por la ley, y si producen aumento en los rendimientos de la finca, dan derecho a la elevación de la renta proporcionalmente a dicho aumento (artículo 21). Las mejoras útiles son las que no están impuestas por la ley, la Administración o los Tribunales y producen aumento en la producción de la finca o en su valor; si se realizan a expensas del arrendador, también tiene derecho a una elevación proporcional de la renta; pero si es superior al 10 por 100, el arrendatario tiene derecho a rescindir el contrato, y lo mismo si la mejora consiste en transformación total o parcial de los cultivos (art. 22, párr. 2.º)

2. El Decreto asigna a los albergues el carácter de mejoras obligatorias y a la vez útiles, lo cual no cabe conforme a la Ley de Arrendamientos Rústicos, en que las segundas pertenecen al grupo de las voluntarias. Roca Juan, en N. E. J., t. II, artículo «Arrendamiento de fincas rústicas», critica la clasificación de la Ley por «atender únicamente a la causa de su realización, sin tener en cuenta que también las mejoras útiles pueden ser impuestas por la Autoridad, en cuyo caso dejarían de ser voluntarias», es decir, admite la categoría de mejoras útiles y obligatorias.

Dado el distinto régimen legal de las mejoras obligatorias y las útiles, pueden plantearse conflictos, y parece que cuando se trate de los albergues habrá que dar preferencia al carácter de obligatorios.

2. LIMITACIONES DE DOMINIO EN INTERÉS DE LA AGRICULTURA Y DE LA RIQUEZA FORESTAL: *Para la realización del fin social de la propiedad, se dictan normas promoviendo el cultivo y explotación adecuados de las fincas declaradas mejorables; se incluye la posibilidad de modificar y extinguir arrendamientos por la Administración para el cumplimiento de aquel fin, y se establece un nuevo expediente de expropiación forzosa por causa de interés social, prohibiéndose al adjudicatario de la finca expropiada enajenar ésta, en determinadas condiciones, sancionándole, en caso contrario, con la expropiación (Ley 3 diciembre 1953; B. O. del 4 (2)).*

A. EXPOSICIÓN: Por la presente Ley se faculta al Ministerio de Agricultura para someter a un plan de explotación o mejora, económicamente rentable, aquellas fincas rústicas sobre las que previamente hubiere recaído la declaración de «finca mejorable», y se podrán considerar como tales las fincas constituidas en su totalidad o en una parte importante por terrenos incultos que sean susceptibles de cultivo agrícola realizado por alternativas de plantas herbáceas o por plantación de árboles frutales o susceptibles de incremento en su aprovechamiento forestal o dedicación a pastos permanentes (arts. 1.º y 2.º).

La declaración de «finca mejorable» se hará, en cada caso y para cada finca, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros a propuesta del de Agricultura. En dicho Decreto se especificará la situación en que habrán de permanecer, y, en su caso, modificarse o extinguirse los derechos de arrendamiento, servidumbre y demás de carácter posesorio que afecten

(2) Véase sobre esta Ley el trabajo de ALEJO LEAL: *La Ley sobre fincas manifestamente mejorables*, en "A. D. C.", VII, págs. 175 y sigs.

a la explotación de la finca. La ejecución de estos acuerdos se atribuye a la competencia de la Administración.

En el mismo Decreto se señalarán las líneas generales del plan de explotación o mejora que deba realizarse, así como la ayuda estatal que se conceda con arreglo a las disposiciones vigentes.

La declaración de «finca mejorable» se considerará atribuida a la facultad discrecional de la Administración y llevará implícita la del interés social a los efectos expropiatorios. (art. 3.º).

Declarada mejorable una finca, el propietario, si le interesa, deberá manifestar ante el Ministerio de Agricultura su deseo de llevar a la práctica las intensificaciones o transformaciones propuestas, en el plazo de tres meses, y vendrá obligado a presentar, dentro de los seis meses siguientes, el oportuno proyecto de transformación, que habrá de aprobar el Ministerio (art. 4.º). Una vez realizado esto, el propietario podrá recabar la prestación de los anticipos y subvenciones oportunas; pero si no ejecutase la labor fijada para la primera anualidad, será sancionado con multa (artículo 5.º).

Si el propietario no hubiese cumplido con los requisitos señalados en los artículos anteriores, podrá aún solicitar la reserva de la parte de la finca que normalmente mantuviese en explotación. Si tampoco hiciera uso de este derecho, la finca o parte de la misma se incluirá, en fin, en el Catálogo de «fincas expropiables» que al efecto lleve el Ministerio de Agricultura (arts. 6.º y 7.º).

Las fincas incluidas en el Catálogo podrán ser expropiadas por el Ministerio de Agricultura en el plazo de cinco años (art. 8.º). En la tramitación de este tipo de expropiación se seguirá, en general, lo dispuesto por la Ley de 27 de abril de 1946, pudiendo acordarse la expropiación de oficio o a solicitud de un tercero que se comprometa a realizar el plan de explotación.

Ultimada la expropiación, el inmueble será dado de baja en el Catálogo y sacado a pública subasta, adjudicándose al mejor postor, pero teniendo preferencia, en caso de empate, la persona que hubiese instado la expropiación.

El adjudicatario vendrá obligado a presentar el proyecto de mejora dentro del término de tres meses, pudiendo, en caso contrario, el Ministerio de Agricultura adquirirla y subastarla de nuevo. Si no hubiera licitador que cubra la postura mínima, el Ministerio podrá, en el plazo de dos meses, acordar la cesión del inmueble subastado al Instituto Nacional de Colonización, al Patrimonio Forestal del Estado o a ambos organismos, para su explotación. En caso de no recaer este acuerdo, podrá el expropiado recuperar su finca, devolviendo el precio recibido, y si no hiciese uso de este último derecho que se le concede, la Administración podrá subastar la finca otra vez.

También queda facultado el Ministerio de Agricultura para readquirir las fincas adjudicadas, volviéndolas a expropiar por el precio de la adjudicación cuando el adquirente transmitiese el inmueble por actos *inter*

vivos» antes de haber realizado el 50 por ciento de la transformación prevista en el proyecto de mejora (art. 9.º).

Las «fincas mejorables», una vez realizado totalmente el plan de transformación, podrán acogerse a los beneficios de la Ley de 15 de julio de 1952 sobre explotaciones agrarias calificadas (art. 12).

B. OBSERVACIONES: Se halla la disposición expuesta en la línea de los preceptos dictados en interés de la economía social, fin que ya se trazó el nuevo Estado en el preámbulo del Fuero del Trabajo (3) y desarrolló como norma fundamental en el Fuero de los Españoles al decir en su artículo 30 que «todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y al bien común», añadiendo que «la riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruída indebidamente ni aplicada a fines ilícitos».

En este sentido fueron apareciendo, antes y después de la promulgación del Fuero de los Españoles, numerosas disposiciones (4), en algunas de las cuales se contenían fragmentariamente aspectos que se desarrollan orgánicamente en la actual Ley. Resulta ésta, en líneas generales, de la conexión de preceptos comprendidos, por un lado, en la Ley de 5 de noviembre de 1940 (sobre cultivo obligatorio), el Decreto de 27 de septiembre de 1939 (sobre intensificación de labores agrícolas) y la Ley de 27 de abril de 1946 (sobre protección estatal a las obras o mejoras en la colonización y repoblación interior), y, por otra parte, de otra Ley de 27 de abril de 1946 sobre expropiación forzosa de fincas rústicas por interés social.

No se pretende, sin embargo, desarrollar un ambicioso plan de transformación que afecte a todo el ámbito nacional (según reza el preámbulo de la presente Ley y también en la de la expropiación de 1946), sino señalar y promover el cultivo de aquellos terrenos que se hallen ostensiblemente abandonados. Para ello, se utiliza, en primer lugar, el sistema de estímulo e incitación a los propietarios (formulando proyectos, facilitando anticipos y subvenciones), y después, el remedio heroico de la expropiación para el caso de falta de colaboración de aquéllos.

Todo lo dicho explica, pues, el móvil de interés social que preside esta Ley. Pero junto a esto hay que contemplar la situación y relación en que queda la propiedad privada con respecto a aquella finalidad social (5). De los varios aspectos que esta relación supone, interesa aquí referirnos—si bien sea sucintamente—al sistema de garantías y defensas de los particulares con arreglo a la presente Ley. Consideraremos, pues, las que afectan a los propietarios de las fincas mejorables, de un lado, y las que se refieren a los titulares de derechos posesorios sobre la misma, de otro, a través de los tres momentos que la Ley incluye para la realización de su fin de mejora y explotación de las fincas incultas: 1) El de declaración de finca mejorable; 2) El de expropiación, y 3) El de adjudicación de la finca expropiada a tercero (6).

Respecto al primer momento, de «declaración de finca manifiestamente mejorable», las garantías de los sujetos afectados están constituidas por la obligación que establece el artículo 3.º, párrafo primero, de oír «a los inte-

(3) «El Estado... nacional... y sindicalista... acude al plano de lo social con la voluntad de poner la riqueza al servicio del pueblo español, subordinando la economía a su política.»

(4) Entre otras, por citar sólo las más importantes, las Leyes de 5 y 25 de noviembre de 1940, 27 de abril de 1946, 21 de abril de 1949 y 15 de julio de 1952, la de Bases de 26 de diciembre de 1939 y los Decretos de 27 de septiembre de 1939 y 10 de enero de 1947...

(5) V. LEAL, loc. cit. págs. 186-194.

(6) V. ALEJO LEAL: *La Ley sobre fincas manifiestamente mejorables*, en «A. D. C.», VII, I, pág. 178.

resados y a quienes acrediten interés legítimo) (por tanto, también a arrendatarios y otros titulares de bienes posesorios) en la tramitación del expediente oportuno y por la sola posibilidad de interponer recurso de súplica ante el Consejo de Ministros contra el Decreto de declaración. Dado el carácter discrecional de las facultades de la Administración para hacer esta declaración, queda excluida la vía contencioso-administrativa, cuya admisión produciría—dice Leal (7)—situaciones de larga interinidad, contrarias a la rapidez e inmediatividad que debe presidir esta declaración.

Mayor interés ofrece el juego de garantías de que puede disponer el propietario al llegar al segundo momento o proceso administrativo: la expropiación forzosa. Tradicionalmente se contiene en nuestras principales leyes la expresión de tales garantías (así el art. 349 C. c., art. 32 del Fuero de los Españoles y, más concretamente, las leyes de expropiación suelen incluir la posibilidad de doble recurso—así la de 10 de enero de 1879—, alzada y contencioso-administrativo, y lo mismo las leyes de expropiación en los ramos de Guerra y Marina, e incluso la Ley de 7 de octubre de 1939, para caso de urgencia, se remitía, en la tramitación de los periodos tercero y cuarto de la expropiación y una vez efectuada la ocupación, a la de 1879).

Pero los más inmediatos precedentes de la Ley que consideramos están en la Ley de 27 de abril de 1946 y el Decreto de 20 de mayo de 1949; la primera concedía, contra las resoluciones del Instituto Nacional de Colonización referentes al justiprecio, pago y toma de posesión, la posibilidad de recurso de revisión ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo; el segundo introdujo el recurso de alzada contra las resoluciones de aquel Instituto.

La Ley de 1953 no indica expresamente cuál será el sistema de recursos que pueda utilizar el propietario en el caso de expropiación, si bien en su artículo 9.º dice que una vez acordada, «la ulterior tramitación del expediente expropiatorio, a efectos de justiprecio, pago y toma de posesión se ajustará a lo que dispone la Ley de 27 de abril de 1946...», por lo cual parece que podrá interponerse aquel recurso de revisión ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo (8).

El tercer momento para la realización de los fines que la Ley se propone es el de la adjudicación de la finca expropiada. En este punto es de señalar el precepto del artículo 9.º, «in fine», que consagra una verdadera prohibición de enajenar al adjudicatario que no hubiera realizado en la finca «el 50 por 100 de la transformación prevista en el proyecto de mejora», bajo sanción, caso de hacerlo, de ser expropiado a su vez, en virtud del derecho que el Ministerio de Agricultura se reserva para readquirir la finca en este supuesto.

Respecto a los arrendamientos y demás derechos posesorios constituidos sobre la finca expropiada, ya vimos el margen de defensa que cabía a sus titulares al verificarse la declaración de finca mejorable. Pero, en general, parece que la Ley debía incluir un sistema de garantías de dichos titulares análogo al de los propietarios. Lo contrario puede hacer posible la concesión de privilegios por la Administración; bastará que ésta haga la declaración del interés social respecto a una finca para lanzar a arrendatarios y otros poseedores de la misma.

(7) *Loc. cit.*, pág. 194.

(8) La crítica a este sistema y a la no inclusión del recurso contencioso-administrativo respecto de la ley de 1946 se hizo por MONTERO Y GARCÍA DE VALDIVIA: *La expropiación forzosa por causa de utilidad pública*, en "A. D. C.", 1952, IV, págs. 1329 y ss.

3. PROPIEDADES ESPECIALES: «PATRIMONIOS FAMILIARES» CREADOS POR EL INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACION. *Por Orden conjunta de Justicia y Agricultura se dictan normas para el desarrollo y aplicación de la Ley de 15 julio 1952 (art. 17) («B. O.» 16 julio), creadora de estos patrimonios. Se acentúa el matiz administrativo de las relaciones jurídicas a que se refiere (los titulares de los lotes son «meros concesionarios», núm. 9.º), y se regula el recurso de revisión ante la Sala 5.ª del T. S., contra las resoluciones en virtud de las que procede el lanzamiento de colonos del I. N. C. (Orden 27 junio 1953; B. O. 13 agosto) (v. «A. D. C.», VI, II, pág. 490).*

A. EXPOSICIÓN: a) Requisitos formales: El patrimonio familiar se «constituirá» por documento público «inscrito» en el Registro de la Propiedad. El documento administrativo auténtico expedido por el Director General del I. N. C. o la escritura pública, caso de aportar bienes inmuebles el adjudicatario, producirá la inscripción «constitutiva». Se exige un plano del lote y la expresión de que quedan sujetos todos los bienes a la Ley de 15 de julio de 1952 y a esta Orden, además de los prescritos en la Ley Hipotecaria, para practicar dicha inscripción. Igualmente se harán constar los elementos de trabajo y demás bienes inmuebles que pasan a formar parte integrante del lote (núm. 1.º). Como se ve, se acentúa el aspecto formal de estos patrimonios (art. 4.º, ley 15 julio 1952).

La inscripción es obligatoria. El I. N. C. podrá pedirla en cualquier caso, pues se entiende incluido en el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria (número 6.º).

Los trámites son los siguientes: Transcurridos seis meses, si se trata de transmisión «inter vivos», o un año, si «mortis causa», sin que el interesado haya presentado el título en el Registro de la Propiedad, se le requerirá por el I. N. C. para que lo haga y subsane las faltas apreciables en un plazo discrecional que no excederá de seis meses.

Si no se cumple, el I. N. C. dictará resolución «ejecutando» («sic») la inscripción a costa del interesado o decidiendo la expropiación del lote. Además podrá imponer como sanción el 50 por 100 de los gastos (núm. 7.º).

b) Otras cuestiones: Las relativas al derecho de suceder (arts. 12 y ss. de la Ley) serán consideradas civiles y privadas (núm. 3.º). Cuando se susciten cuestiones sobre el derecho a suceder, el I. N. C. designará una persona (la que a su juicio fuese llamada a suceder) que explote provisionalmente el lote. El acuerdo en que se le nombre será firme (núm. 4.º). La constitución de hipoteca legal a que se refiere el párrafo cuarto, artículo 16 de la Ley, se ajustará a la Ley Hipotecaria (núm. 8.º).

c) Acción directa del I. N. C.: Las resoluciones que causen estado en la vía gubernativa, en las que se disponga el desalojo del concesionario, de los adjudicatarios provisionales o de los ocupantes sin título, se ejecutará inmediatamente. Esta ejecución se delega en la Autoridad judicial, observándose lo dispuesto en los artículos 1.596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil (núm. 9.º).

Si la causa de expropiación reviste caracteres de delito, se pasará el tanto de culpa a los Tribunales, suspendiéndose el expediente hasta que recaiga sentencia firme. Pero en casos de urgencia podrá continuarse la

tramitación, siempre que se acuerde en resolución motivada, «ejecutándose» el fallo dictado por el Ministerio (núm. 10.º).

d) Recurso de revisión: Desarrolla el párrafo tercero, artículo 11, de la Ley de 15 de julio de 1952. Se preparará por escrito, que habrá de presentarse en el plazo de diez días siguientes a la notificación del acuerdo. Presentado en tiempo hábil en la Oficina Central o en las Delegaciones correspondientes del I. N. C. y preparado el recurso, se emplazará al interesado para que en el plazo de quince días comparezca ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo. El recurso llevará firma de letrado y se interpondrá en el plazo de otros quince días (núm. 11.º).

Si se admite el recurso por el Tribunal Supremo, se podrá acordar sustituir la reposición del recurrente por la adjudicación de otro lote y, caso de no ser posible, por el pago de la indemnización correspondiente (número 10.º).

B. OBSERVACIONES: En virtud de esta Orden (especialmente contenida en el núm. 9.º), quedan los particulares «directamente» sometidos a las resoluciones del I. N. C. Se observa que esta situación rompe con la tendencia marcadísima del legislador en el sentido de mantener a los poseedores, aun precarios, en el disfrute de la cosa hasta que por la vía judicial y mediante un proceso (aunque sea sumario) en el que las partes tengan medios de ataque y de defensa, se procede a constituir una nueva situación jurídica o a consolidar la discutida.

Pero no sólo es esto, sino que, además, la Administración (el I. N. C.) lleva la posibilidad de ejercicio de acción directa a extremos exorbitantes.

Siempre se ha reconocido a la Administración la facultad de actuar directamente en aquellos casos en que el interés común lo exige (implícitamente respetado en el art. 1.560 L. E. C.), pero es evidente la necesidad de poner límites a este poder.

La Ley de Régimen Local (16 diciembre 1950), más progresiva que las disposiciones relativas a la Administración Central, dispone que «las Entidades locales podrán resolver por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallasen indebidamente en posesión de los particulares, durante plazo que no excede de un año».

Este tradicional plazo de un año se recoge en disposiciones de rango inferior (R. O. 10 mayo 1884 y RR. DD. 18 abril 1892, 18 julio 1898 y 25 mayo 1901), respecto a la Administración Central.

Fuera de este tiempo se entiende que los particulares se encuentran en una situación de firmeza digna de respetarse y se somete la Administración al Poder judicial para que ejercite las acciones adecuadas. (Véase también R. O. 9 febrero 1876; T. S. 28 enero 1908; D. C. 22 diciembre 1889 y 27 marzo 1897).

Por esto parece que la única interpretación conforme a Derecho del número 9.º es entender que se respetan los períodos tradicionales y que únicamente procede la acción directa para proceder contra aquellos ocupantes sin título cuya posesión no haya durado más de un año continuado.

III. Derecho de obligaciones.

1. MORATORIA RESPECTO A LOS CRÉDITOS DE TODA CLASE: Se concede una moratoria fiscal y civil e indemnizaciones a los damnificados por los recientes temporales en las provincias de Guipúzcoa, Santander y Vizcaya (Decreto-Ley 23 octubre 1953; B. O. 7 noviembre).

En los artículos básicos de este Decreto-Ley (arts. 4.º, 5.º, 6.º y 7.º) se reproducen, casi en idénticos términos, las disposiciones dictadas para remediar, en lo posible, la catástrofe de las Islas Canarias, de la que se dió noticia detallada en este mismo ANUARIO (9).

2. **MORATORIA RESPECTO A LOS CRÉDITOS DE TODA CLASE:** *Por Orden conjunta de Industria y Agricultura se fijan los términos municipales y áreas geográficas a que alcanza la moratoria establecida por el Decreto-Ley 23 octubre 1953 (Orden 21 noviembre 1953; B. O. del 22).*

3. **ARBITRAJE: CLÁUSULA COMPROMISORIA:** *Se regulan los arbitrajes de Derecho Privado: Cláusula compromisoria (arts. 6 a 11); compromiso (artículos 12 a 19); dación y recepción de arbitrios (arts. 20 a 25); procedimiento arbitral (arts. 26 a 31) (Ley 22 diciembre 1953; B. O. del 24 (10)).*

1. Arbitraje.

A. RÉGIMEN LEGAL:

a) *Concepto y naturaleza.*—«Institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión» (art. 2.º).

No se considera arbitraje: 1. La intervención del tercero «para completar o integrar una relación jurídica, aún no definida totalmente» (art. 2.º); 2. Cuando no se ajuste a las prescripciones de la Ley, pero si las partes aceptan expresa o tácitamente la decisión del tercero, después de emitida, «el acuerdo será válido y obligatorio si en él concurren los requisitos generales para la eficacia de un convenio (art. 3.º).

b) *Clases.*—No existe más que un tipo de arbitraje, ya deban fallar los árbitros con arreglo a derecho, ya con sujeción a su saber y entender. Las partes pueden optar entre ambas soluciones, con presunción favorable al arbitraje de derecho (art. 4.º).

c) *Forma.*—Por contrato y en escritura pública. Puede instituirse por disposición testamentaria para solucionar la diferencia que puedan surgir entre los herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia (art. 5.º).

d) *Eficacia de la Ley:*

a') *Objetiva.*—Sólo regula los arbitrajes de Derecho privado subsistiendo las disposiciones que rigen los arbitrajes de Derecho público (art. 1.º); derogando las que regulan los arbitrajes privados, sustituyendo «íntegramente su texto por las prescripciones de la nueva ley» (dis. derogatoria).

b') *Temporal.*—Le sigue el criterio de la retroactividad en cuanto a las cláusulas compromisorias estipuladas en la fecha de su promulgación

(9) V. "A. D. C", VI, I, págs. 193 y ss.

(10) La noticia y observaciones de esta ley se deben a José J. Pérez Buñó.

(disp. tr. 1ª) y el de la irretroactividad respecto de los arbitrajes o amigables composiciones ya otorgada y de los recursos contra los fallos (disp. 2ª).

B. OBSERVACIONES: a) La definición no es exacta al admitir la formalización judicial del compromiso, en la que falta el acuerdo de voluntades; tampoco lo hay—ni compromiso propio—cuando el arbitraje se instituye en disposición testamentaria. Queda en pie la cuestión de si el arbitraje es un proceso idéntico, en cuanto a su naturaleza, al que se desarrolla ante los órganos jurisdiccionales del Estado (argt.º epigrafe. Tit. V, L. II L. E. C.) o de si es un procedimiento parajudicial, sustitutivo del proceso (argt.º artículo 2.º L. O. P. J.).

b) La unificación, que pretende, de arbitraje y amigable composición es puramente nominal, toda vez que subsisten diferencias fundamentales entre los arbitrajes denominados «de derecho» y «de equidad». Más consecuente hubiera sido la presunción en favor de este último si la «ratio legis» era «dar entrada en el cuadro de las figuras jurídicas reconocidas, a esta obra pacificadora de terceros que gozando de la confianza de los contendientes pueden recibir de éstos la autoridad necesaria para imponerles una decisión satisfactoria» (preámbulo).

c) El «arbitraje» instituido por testamento ni encaja en el concepto de la institución, ni el procedimiento arbitral parece adecuado para resolver cuestiones sucesorias, ni compatible con lo ordenado en otras leyes (v. L. E. C. art. 1.049).

d) El sistema de ley especial y amplísima fórmula derogatoria plantea el grave problema de la aplicabilidad al procedimiento arbitral de las disposiciones del L. I. de la L. E. C. (v. en especial arts. 1, 2, 10 y 63. núm. 10, y Tts. VI y VIII).

II. Contrato preliminar de compromiso.

A. RÉGIMEN:

a) **Concepto.**—Aquel por el que las partes preparan el arbitraje «comprometiéndose previamente, bien en un pacto principal, bien en una estipulación accesoria, a instituirlo en su día» (art. 6.º).

b) **Requisitos.**—Los generales de la contratación (art. 7.º); sin que sea precisa la designación de árbitros ni la determinación del tema que será objeto de su decisión. Si se hace indicación sobre estos puntos habrá de acomodarse a las normas del compromiso. Pero es necesaria una fijación, por lo menos de principio, de la relación jurídica singular a que ha de referirse el arbitraje, no siendo válida la renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de una persona (art. 8.º).

c) Contenido:

a") **Obligaciones:** A realizar cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto y, en particular, a la designación de los árbitros y a la determinación del tema controvertido (art. 9.º).

b") **Cumplimiento anormal:** Si una de las partes no cumple voluntariamente la otra puede promover el «procedimiento para la formalización judicial del compromiso» (arts. 9 y 10).

a") **Competencia:** Juez de Primera Instancia del lugar donde el compromiso hubiere de ser contraído y en su defecto el del domicilio de alguno de los que se nieguen a cumplirlo.

b") **Postulación:** Es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador.

c") *Procedimiento*:

1. *Escrito*: Indicando árbitro o árbitros que proponga y los demás elementos que son contenido de la escritura de compromiso. Se acompañará justificación notarial de la negativa del contrario.

2. *Emplazamiento* (quince días): Para personarse y oponerse.

3. *Auto*: Si declara haber lugar a la formalización judicial contendrá las declaraciones necesarias; entre ellas, el nombramiento de los árbitros y la fijación de las cuestiones a resolver.

d") *Efectos*:

1. *Cosa juzgada*.—No la produce si la resolución es denegatoria, pudiendo reproducirse la petición en juicio ordinario.

2. *Recursos*.—Si el auto es desestimatorio «sólo podrá atacarse la validez del contrato preliminar mediante los recursos establecidos para la impugnación del laudo». Contra el estimatorio no se da ningún recurso.

3. *Costas*: Al vencido.

B. OBSERVACIONES: a) Peligrosa la amplitud con que se admite el contrato preliminar. Permitirá a la parte más fuerte (grandes empresas), excluir el conocimiento de los órganos jurisdiccionales, y, lo que es más grave, imponer como árbitro a sus propios asesores o dependientes (v párrafo 2.º, art. 23). Le deja abierta la posibilidad de que los que intervienen o median en la celebración de los contratos (y no siempre profesionales) se hagan designar como árbitros.

b) La remisión en materia de capacidad, objeto y forma, a las normas generales de los contratos tiene como consecuencia que el contrato preliminar pueda celebrarse verbalmente.

c) La naturaleza híbrida del proceso de formalización judicial del compromiso (de ejecución con fase cognitoria), hace dudosa la necesidad del acto conciliatorio (L. E. C. 460) que, además, parece sustituido en la Ley por el requerimiento notarial. No es precisa forma alguna para el escrito inicial, por lo que y dada la simplicidad del procedimiento y ausencia de recursos resulta anómala la intervención preceptiva de Abogado y Procurador. En la hipótesis de rebeldía del demandado creo aplicables las disposiciones de la L. E. C. La inexistencia de período probatorio originará dificultades cuando el contrato se haya celebrado verbalmente o aún siendo escrito si una de las partes no reconoce la firma. Resulta extraordinariamente complicado el sistema de recursos. Si el auto formaliza el compromiso (no es necesaria escritura pública para su eficacia, a pesar de lo dispuesto en el art. 16), «sólo podrá atacarse la validez del contrato preliminar» mediante los recursos establecidos para la impugnación del laudo, pero la hipótesis no encaja en ninguno de los dos casos del 1.692 ni del 1.693 de la L. E. C. y con reservas en las dos últimas hipótesis del 1.691. La posibilidad de reproducir la cuestión—caso de desestimarse la petición—lleva a la consecuencia de que no habiéndose querido admitir el recurso de apelación de que la parte tenga que seguir los trámites del proceso más largo y costoso (mayor cuantía) para obtener una declaración judicial que permita entrar en el arbitraje. ¡Poderosa arma en manos de litigante de mala fe!

El Juez es libre en la designación de los árbitros—las partes se limitan a proponerlos—. ¿Qué ocurrirá cuando los designados no acepten? Parece que el compromiso (o más bien el sustituto judicial del compromiso) queda ineficaz, si bien cabe pensar en reiterar los procesos hasta que alguno acepte.

Cabe solicitar el beneficio de pobreza en este proceso por aplicación no excluida de la L. E. C.

III. Contrato de compromiso.

A. RÉGIMEN:

a) *Concepto*: Aquel por el cual «dos o más personas estipulan que una cierta controversia específicamente determinada existente entre ellas sea resuelta por tercero o terceros, a los que voluntariamente designen y a cuya decisión expresamente se someten» (art. 12).

b) *Requisitos*:

a') *Personales*:

a") *Capacidad*: Se requiere la necesaria para enajenar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes a que afecte el compromiso.

b") *Vicios*: Invalida el consentimiento la ignorancia o error acerca de algún documento fundamental para el derecho de la parte, a no ser que por el compromiso alguna de ellas se haya apartado de un pleito comenzado. Los documentos no tenidos en cuenta al tiempo del otorgamiento y que aparezca o se recobren después, no se anulan, salvo que ello se deba a mala fe de alguno de los contratantes (art. 13).

b') *Objetivos*:

1. *Controversia*: Si no existe «por no haber nacido o por haber quedado extinguida por sentencia judicial u otro acto jurídico, el compromiso será nulo» (art. 15). No se considera extinguida cuando quepa contra la sentencia algún recurso, salvo el de revisión.

2. *Objeto disponible*: Pueden ser objeto del compromiso «todas aquellas materias de Derecho privado sobre las que las partes puedan disponer válidamente», y si una materia disponible aparece «indisolublemente unida a otra que no lo sea» (art. 14), no puede comprometerse sobre ninguna de las dos.

c') *Formales*:

1. *Escritura pública* (art. 16): Pero no es esencial. Si el contrato se hubiera extendido en documento privado, no es nulo (v. L. E. C., art. 792). Las partes pueden compelerse a la formalización judicial del artículo 10.

2. *Requisitos de la escritura*:

a) *Esenciales*:

1. *Sujeto*: Nombre, profesión y domicilio de los otorgantes y de los árbitros.

2. *Objeto*: Controversia que se somete al fallo arbitral con expresión de sus circunstancias.

3. *Fórmula*: 1) Plazo o término en que los árbitros hayan de pronunciar el laudo; 2) Lugar en que ha de desarrollarse el arbitraje.

b) *Accidentales*: Las partes pueden establecer:

1. Que los árbitros fallen, no con sujeción a derecho, sino con arreglo a su saber y entender.

2. Cláusula penal en caso de incumplimiento del convenio, en sustitución o con independencia del derecho a pedir su ejecución.

3. Que los árbitros puedan condonar cuentas.

c) *Contenido:*a') *Obligaciones de las partes: Están obligadas:*

1. A estar y pasar por lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación (art. 18).

2. A retribuir a los árbitros en los casos establecidos por el Código civil para el contrato de mandato (art. 25).

b') *Obligaciones de los árbitros: Si hubiesen aceptado, a cumplir con su encargo bajo la responsabilidad de daños y perjuicios (art. 25).*

d) *Efectos: Impide a los jueces y Tribunales conocer de la controversia, siempre que la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, que tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de esta clase (art. 19).*

B. *OBSERVACIONES:*

a) *Recuérdese que en la nueva regulación caben arbitrajes que no tienen su origen en el contrato (arts. 5 y 10).*

b) *Se acoge al criterio jurisprudencial en cuanto a la capacidad para comprometer (v. C. c. 1.820). Aplicables los artículos 1.810 a 1.812 C. c.*

La limitación de las causas de nulidad del compromiso (art. 13, a diferencia del 1.817 C. c.) no debe considerarse como derogatoria del 1.265 del Código civil.

Se unifica el contenido de la escritura (v. L. E. C., 793 y 828) y ésta deja de ser elemento esencial del contrato (L. E. C., 792), si bien no será aplicable el 1.279 C. c., sino el artículo 10 de la nueva Ley. Los términos imperativos del artículo 17 «habrá de contener» (v. también art. 3.º) llevan a considerar, no obstante, la falta de declaración expresa (793 L. E. C.) como ineficaz la escritura que no contenga la menciones legales.

La estipulación de multas deja de ser requisito esencial de la escritura.

c) *Se deriva la obligación de retribuir a los árbitros del contrato de mandato (v. S. 10 noviembre 1915). Consecuentemente, se presumirá la gratuidad según el artículo 1.711 C. c., siendo dudosa la aplicabilidad del párrafo segundo tratándose de arbitraje de derecho.*

d) *Parece admitirse la naturaleza meramente privada del laudo al no derivar su eficacia de la cosa juzgada (C. c. 1.816), sino de la obligación —contractual— de respetarlo. La excepción del artículo 19 debe considerarse como nueva y análoga a la quinta del 533 de la L. E. C.*

IV. *Procedimiento arbitral.*A. *RÉGIMEN:*a) *Árbitros:*a') *Capacidad (art. 20):*

1. *Arbitraje de derecho: Letrados que ejerzan la profesión.*

2. *Arbitraje de equidad: Personas naturales que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir.*

b') *Nombramiento (art. 22): Las partes, de común acuerdo, no pudiendo deferirse a una de las partes o a un tercero la facultad de hacer el nombramiento. Son inidóneos aquéllos en quienes concurra alguna de las causas que dan lugar a la abstención o recusación de jueces (art. 23 y L. E. C. 189); salvo dispensa expresa de las partes.*

c') *Número: Uno, tres o cinco.*

d') *Caracteres del cargo:*

1. *Voluntario:* El notario autorizante de la escritura de compromiso u otro la presentará a los árbitros para su aceptación, y tanto ésta como la negativa se hará constar por diligencia. Una vez aceptado es obligatorio, pudiendo las partes compelerles a su desempeño, bajo la pena de responder de los daños y perjuicios (arts. 24 y 25).

2. *Retribuido:* Tienen derecho a exigir retribución de las partes en los casos establecidos por el C. c. para el contrato de mandato.

b) *Procedimiento:*

a') *Naturaleza:* Es de orden público. Se ajustará a lo establecido en la Ley y no puede ser modificada por convenio entre las partes (art. 26).

b') *Arbitraje «de derecho»* (art. 27):

1. *Fase de alegaciones:*

a") *Formulación de pretensiones:* Los árbitros señalan a las partes un plazo que no puede exceder de la cuarta parte del fijado en la escritura, para que formulen por escrito sus pretensiones, presenten los documentos en que las apoyen y propongan por escrito sus pruebas, debiendo acompañar al escrito tantas copias cuantas sean las partes interesadas.

b") *Impugnación de pretensiones:* De los escritos se da traslado a las otras partes para que contesten, presenten documentos y propongan pruebas, señalando nuevo plazo, que no puede exceder de otra cuarta parte del total fijado en la escritura.

2. *Fase probatoria:*

a") *Recibimiento a prueba:* Es facultativo, si los árbitros estiman que es preciso para demostrar hechos de directa y conocida influencia en la resolución del conflicto.

b") *Plazo:* Como máximo, otra cuarta parte del fijado en la escritura.

c") *Práctica de pruebas:* Pueden practicarse «cualquier clase de pruebas», incluso por iniciativa de los árbitros, sujetándose en cuanto a su celebración a las normas generales de la L. E. C. Para las que los árbitros no puedan practicar por sí mismos, requerirán el auxilio del juez de primera Instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje, que adoptará las medidas que estime oportunas.

3. *Fase decisoria:*

a") *Vista:* Practicadas las pruebas, se oirá a las partes o sus letrados.

b") *Fallo:*

1. *Votación:* Se requiere mayoría. Si no resultara, queda sin efecto el compromiso.

2. *Forma:* Ante notario, con arreglo a derecho, dentro del tiempo que quede por correr del señalado.

c") *Arbitraje de equidad:* No tiene que ajustarse a formas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo. Pero debe darse a las partes oportunidad de ser oídas y presentar pruebas. Los árbitros dictarán su laudo según su saber y entender, por escrito, ante notario y por mayoría de votos (art. 29).

c) *Efectos:*1. *Recursos:*

a) Arbitraje de derecho: Contra el fallo sólo procede el recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma (art. 28).

b) Arbitraje de equidad: Sólo cabe el recurso de nulidad por los motivos y procedimientos establecidos en los artículos 1.691-3.º y 1.774 a 1.780 de la L. E. C (art. 30).

2. *Ejecución:*

a) Laudo firme: a') Competencia: Juez de Primera Instancia del lugar donde se ha seguido el arbitraje; b') Procedimiento: El de ejecución de sentencias (919 y ss.).

b) Laudo recurrido: Puede ejecutarse provisionalmente si se presta fianza para responder de las costas y perjuicios que se pudieran ocasionar.

B. OBSERVACIONES: a) No se exige edad para ser árbitro de derecho (v. L. E. C., 790). No parece plausible excluir a los letrados no ejercientes, con lo cual se equipara el arbitraje a una actividad propia de la abogacía en sentido estricto, haciendo requisito de capacidad una mera exigencia de índole fiscal.

En el de equidad contra el criterio anterior (L. E. C., 827), se permite que sean árbitros las mujeres.

En cuanto a la dación de árbitros, se respeta, en lo sustancial, el régimen anterior, pero no se regulan las hipótesis de: 1) Negativa o idoneidad de los árbitros (L. E. C.). Habrá que entender que queda ineficaz el compromiso; 2) Procedimiento para exigirles la indemnización de daños y perjuicios (se reproduce la fórmula del 783 de la L. E. C. de 1855, a diferencia del 797 de la vigente). Así, será necesario un mayor cuantía (!), solicitando se compela a los árbitros al cumplimiento y que de lo contrario se les condene a la indemnización. Basta esto último (declarativo que corresponda), transcurrido que sea el plazo fijado en la escritura para dictar el laudo; 3) Recusación de árbitros (L. E. C., arts. 798, 799, 831 y 832). Del artículo 23 parece deducirse que no cabe recusación. El compromiso en que se nombre un árbitro recusable—salvo dispensa expresa—será nulo. Puede, no obstante, ser eficaz el laudo en la hipótesis del artículo 2.º-2.º; 4) Reemplazo de árbitros en caso de fallecimiento (L. E. C., 801). Será necesario nuevo contrato, quedando sin efecto la parte de procedimiento que se hubiera seguido, así como el primitivo compromiso (art. 3.º-1.º y art. 21). No hay obstáculo para la designación de sustituto en el contrato de compromiso.

b) 1) *Postulación* (L. E. C., 4-4.º y 10º. El artículo 27-5.º nada resuelve al emplear la disyuntiva. A pesar de la disposición derogatoria, no creó alcance al L. I de la Ley, siendo necesaria la intervención de letrado; 2) *Intervención del secretario* (L. E. C., art. 804). Su exclusión en el arbitraje de derecho no se compagina con el artículo 249 de la L. E. C.—si se admite que la nueva Ley no deroga el L. I de la L. E. C.—ni con el artículo 27, 4.º y 6.º, y 28, en relación con el 1.693-4.º. El problema está en si la Ley ha derogado—con todas sus consecuencias—el L. I de la L. E. C., en cuanto aplicable al arbitraje. Si nos pronunciamos por la afirmativa, quedan sin solución innumerables problemas—en este punto: actos de comunicación, documentación y conservación de autos, entre otros—; si por la negativa no es lógico que interviniendo un fedatario en el procedimiento el laudo haya de dictarse ante otro. El mismo problema de vigencia de la L. E. C. se plantea cuando una de las partes no comparezca (L. E. C., 805-1 y II). Constituyen novedades la plena libertad de los árbitros para

recibir a prueba (L. E. C., 808 y 809) y para practicar pruebas (L. E. C. limitaba a las diligencias del 340), la proposición de pruebas en la fase expositiva (L. E. C., 810); la obligatoriedad de la audiencia a las partes (L. E. C., 813, sólo si los árbitros la creen necesaria o la solicitan las partes); supresión de la intervención del juez, caso de discordia entre los árbitros (L. E. C., 817), y es dudoso si el laudo ha de dictarse en forma de sentencia (v. L. E. C., 816); disp. 6.ª del art. 27, «con arreglo a derecho», y anteriores observaciones sobre aplicación, L. I L. E. C.).

c) Se suprime el recurso de apelación (erróneamente, pues si los árbitros han de fallar con arreglo a derecho, parece aconsejable la segunda instancia, entre otras razones, porque no todos los errores «in iudicando» o «in procedendo», tienen acceso a la casación, y porque, admitiéndose este recurso, hubiera sido más lógico mantener el de apelación), y es muy dudosa la posibilidad de interponer el de reposición (L. E. C., 821). Parece admisible, dados los términos del 1.691 de la L. E. C., en relación con el 28 de la Ley; pero tal tramitación no puede ser en ningún caso la del 821—derogado indudablemente—, sino la del 876 y siguientes. Especiales dificultades plantea el recurso de queja, así como el de casación—permitido expresamente—, que derivan de la supresión del de apelación, que constituía el lógico engarce entre la sentencia arbitral y la casación.

Nada se regula sobre el beneficio de pobreza (me remito a lo indicado sobre la vigencia del L. I L. E. C.), y sólo cabe condenar en costas cuando las partes hayan autorizado a los árbitros para imponerlas.

4. SEGUROS AGRÍCOLAS, FORESTALES Y PECUARIOS: *Se dictan nuevas normas sobre protección a los seguros agrícolas, forestales y pecuarios (Ley 3 diciembre 1953; B. O. del 4).*

El Derecho vigente en esta materia, hasta la fecha, lo constituía el Decreto de 10 de febrero de 1940, que encomendó el desempeño de la función protectora de los seguros mencionados al Servicio Nacional de Seguros del Campo, asignándole no sólo facultades de asesoramiento, estadística, información, etc., sino también la de concertar reaseguros, colaboraciones y coordinaciones con otras entidades e incluyendo la posibilidad de verificarse el seguro directo por el Estado.

Pero el resultado práctico no ha respondido a las esperanzas concebidas en el sistema, por lo cual se modifica ahora éste en el sentido de atribuir la ejecución y puesta en práctica de este seguro a la iniciativa privada con la garantía del Consorcio de Compensación de Riesgos sobre las Cosas. La protección de dicho seguro queda—igualmente—encomendada a las Sociedades mercantiles y Mutualidades (art. 1.º), conservando el Servicio Nacional de Seguros del Campo sólo las funciones de estadística, estudio y ensayo, asesoramiento, propaganda, supervisión de valoraciones de los siniestros y otras semejantes (art. 2.º).

DERECHO MERCANTIL

1. **SOCIEDADES ANÓNIMAS: ADAPTACIÓN DE SUS ESTATUTOS A LO DISPUESTO EN LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1951:** *Se amplía el plazo señalado para el cumplimiento de lo establecido en la disposición transitoria 21 de la Ley sobre Régimen jurídico de las Sociedades Anónimas (Decreto-Ley 18 diciembre 1953; B. O. del 28).*

La disposición transitoria 21 de la Ley de 1951 fijó el plazo de dos años para que las Sociedades anónimas adaptasen sus estatutos a lo dispuesto en ella; el Decreto de 29 de febrero de 1952 amplió dicho plazo hasta el 31 de diciembre de 1953, y, finalmente, el presente Decreto-Ley lo prorroga de nuevo hasta el 31 de julio de 1954. Para cumplir el precepto de la disposición transitoria 21, las Sociedades anónimas constituidas con anterioridad a la vigente Ley de Régimen Jurídico deberán presentar en el Registro Mercantil, antes del mencionado plazo, la escritura de constitución, estatutos y la de adaptación en su caso (art. 1.º).

Los registradores mercantiles remitirán al delegado de Hacienda correspondiente, antes de la repetida fecha de 31 de julio de 1954, relación detallada de las Sociedades anónimas que no hubieran cumplido con aquella obligación, con objeto de que pueda hacerse efectivo lo prevenido en el párrafo tercero de la disposición transitoria 21 (art. 2.º).

2. **SECUROS AGRÍCOLAS, FORESTALES Y PECUARIOS: Ley 3 diciembre 1953 (v. D. C., III, 4).**

3. **DERECHO MARÍTIMO: ABORDAJE: Convenio internacional de 10 de mayo de 1952 que unifica ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje (Instrumentos de ratificación de 11 septiembre 1953: B. O. del 3 de enero de 1954).**

A. **EXPOSICIÓN:** Son firmantes del convenio los siguientes países: República Federal de Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Cuba, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Indonesia, Italia, Japón, Líbano, Mónaco, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Perú, Portugal, Reino Unido, Santa Sede, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

El art. 1.º determina ante qué Tribunales podrá ejercitarse la acción por abordaje ocurrido entre buques de navegación marítima o entre estos y embarcaciones de navegación interior: a) Tribunal de la residencia habitual del demandado o el del lugar de uno de sus establecimientos de explotación; b) Tribunal del lugar en que se haya practicado un embargo del buque demandado o de otro del mismo demandado o el del lugar en que el embargo hubiere podido ser practicado y en que el demandado haya prestado caución u otra garantía; c) Tribunal del lugar del abordaje, si ha ocurrido en radas, puertos o aguas interiores. Estos Tribunales son com-

petentes y corresponde decidir al demandante ante cuál entabla la acción, pero una vez ejercitada ante uno no puede hacerlo ante otro si no renuncia a la ya entablada.

No obstante lo establecido en el art. 1.º, pueden las partes, según el artículo 2.º, elegir de común acuerdo una jurisdicción determinada o someterse a arbitraje.

El art. 3.º regula los supuestos de reconvención (Tribunal competente el que lo es para la acción principal), pluralidad de demandante y abordaje en que se hallen implicados varios buques.

El presente convenio se extiende a las acciones de reconocimiento de los daños que ya por ejecución u omisión de una maniobra, ya por inobservancia de los Reglamentos, un buque cause a otro o a las cosas o las personas que se encuentren a bordo, aunque no haya habido abordaje (artículo 4.º).

Se exceptúan del presente convenio:

1.º Abordajes que afecten a navíos de guerra o a buques pertenecientes al Estado o adscritos al servicio del Estado (art. 5.º).

2.º Acciones nacidas del contrato de transporte o cualquier otro (artículo 6.º).

3.º Casos previstos en el Convenio revisado sobre la navegación del Rin de 1868 (art. 7.º).

El art. 8.º establece que el presente convenio se aplicará cuando todos los buques a que la acción se refiera pertenezcan a los Estados de las Altas Partes Contratantes, entendiéndose sin embargo:

1.º Respecto a los interesados pertenecientes a un Estado no contratante, la aplicación del convenio podrá ser subordinada a la condición de reciprocidad.

2.º Cuando los interesados pertenezcan al mismo Estado que el Tribunal que conozca del asunto, será aplicable la Ley nacional y no el convenio.

Los arts. 9.º al 16 afectan a la ratificación, entrada en rigor, denuncia, etcétera del convenio.

4. DERECHO MARÍTIMO: ABORDAJE: *Convenio internacional de 10 de mayo de 1952 que unifica ciertas reglas relativas a la competencia penal en materia de abordaje* (Instrumentos de ratificación de 11 septiembre 1953; B. O. del 4 de enero de 1954).

A. EXPOSICIÓN: Son firmantes del presente convenio los mismos países que el del relativo a la competencia civil.

En el art. 1.º se declaran competentes las autoridades judiciales o administrativas del pabellón del buque en el momento del abordaje u otro accidente de navegación, para incoar el procedimiento siempre que se comprometa la responsabilidad penal o disciplinaria del Capitán o de cualquier otra persona al servicio del buque, y conforme al art. 2.º en dicho supuesto, ni aún como medida de instrucción se podrá decretar ningún embargo o retención del buque, por otras autoridades que no sean aquellos.

No obstante en caso de embargo u otro accidente de navegación puede cada Estado reconocer a sus autoridades el derecho de adoptar medidas

relativas a certificados de competencia y licencias por él otorgadas, o de perseguir judicialmente a sus nacionales por razón de infracciones cometidas mientras estaban a bordo de un buque que enarbolaba pabellón de otro Estado (art. 3.º).

A diferencia del convenio sobre competencia civil, éste no se aplica a los abordajes ocurridos en radas, puertos o aguas interiores y en todo caso las Altas Partes contratantes pueden reservarse el derecho a perseguir las infracciones cometidas dentro de sus propias aguas territoriales.

DERECHO PROCESAL

1. PERSONAL DE LOS TRIBUNALES: SECRETARIOS: *Se organiza el Secretariado de Justicia. (Ley de 22 de diciembre de 1953; B. O. del 24.)*

Las principales modificaciones de esta Ley respecto a la anterior, de 8 de junio de 1947, se refieren a la separación en dos Cuerpos distintos de los Secretarios de Tribunales y Secretarios de Juzgados de 1.ª Instancia, que antes estaban fusionados, al doble sistema de retribución: Un sistema tipo mixto, de sueldo fijo y participación en aranceles, y otro transitorio de Arancel puro, concediéndose opción a los funcionarios ingresados antes de la promulgación de la otra Ley.

2. ABORDAJE: COMPETENCIA CIVIL Y PENAL: Convenios internacionales de 10 mayo 1952, ratificados 11 septiembre 1953 (v. D. m., 3 y 4).

3. ARBITRAJE: CLÁUSULA COMPROMISORIA: Ley 22 diciembre 1953 (v. D. c., III, 3).

OTRAS DISPOSICIONES

1. CONTRABANDO Y DEFRAUDACIÓN: *Se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación (Decreto 11 septiembre 1953; B. O. 7 noviembre; v. «A. D. C.», VI, I, pág. 206).*

2. TRIBUNAL DE CUENTAS: LEY ORGÁNICA: *Se regula la organización, funcionamiento y procedimientos del Tribunal de Cuentas (Ley 3 diciembre 1953; B. O. del 4).*

El Tribunal de Cuentas fué reorganizado por Decreto-Ley de 19 de junio de 1924 como Tribunal Supremo de la Hacienda Pública y la Ley Orgánica de 29 de junio de 1934 lo consideró con la categoría de los supremos y le encomendó la fiscalización de la gestión económica. Posteriormente quedó en suspenso hasta su restablecimiento por Decreto-Ley de 25 de octubre de 1946 que mantuvo la vigencia de la Ley de 1934, en cuanto no se opusiera a la organización actual del Estado y las leyes vigentes. Apare-

cieron después varias disposiciones complementarias (Decreto-Ley 24 enero 1947, Decreto 14 febrero 1947, Decreto-Ley 17 julio 1948, etc.) hasta la promulgación del presente texto orgánico.

Se caracteriza en éste al Tribunal de Cuentas como «Organismo del Estado a quien corresponde la fiscalización económica de los hechos realizados en la ejecución de la Ley de Presupuestos y demás de carácter fiscal». se refiere su doble función fiscal y jurisdiccional, se define su independencia de las Cortes y la Administración y deslinda su competencia frente a la de los Tribunales de Justicia (arts. 1.º a 7.º).

Se expresan, asimismo, cuáles son los órganos del Tribunal (el Pleno, las Salas, las Secciones, la Fiscalía y la Secretaría General), sus funciones respectivas y el ejercicio de las funciones del Tribunal (títulos 2.º y 3.º, respectivamente).

El nombramiento de Presidente, Ministros y Fiscal del Tribunal corresponde ahora al Jefe del Estado, a diferencia de la Ley de 1934 que lo atribuía a las Cortes. La designación del Secretario General y los demás funcionarios se hará por el Ministro de Hacienda (art. 1.º). Se regulan, en fin, las condiciones para nombramientos, incompatibilidades, jubilaciones y ceses (arts. 28 a 34).

3. VIVIENDAS BONIFICABLES: *Se restablece la vigencia del Decreto-Ley de 19 de noviembre de 1948 que concedía beneficios a quienes construyeran inmuebles destinados a viviendas, en determinadas condiciones (Decreto-Ley 27 diciembre 1953; B. O. del 12 de diciembre).*

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BELTRAN DE HEREDIA, J.: «La comunidad de bienes en Derecho español», Madrid, 1954, Editorial Revista de Derecho Privado; 389 págs.

Con las tintas aún frescas, llega a nuestras manos este importante libro del profesor Beltrán de Heredia, editado pulcramente por la «Revista de Derecho Privado», del que nos proponemos dar cuenta aquí a los lectores del ANUARIO.

De doce macizos capítulos consta la obra. En el primero de ellos se contempla la comunidad en su sentido amplio y genérico, equivalente a cotitularidad, examinándose dentro de esta dirección sus rasgos principales, hasta llegar al concepto específico y técnico de comunidad, de la que se distinguen dos clases: la comunidad en mano común y la comunidad por cuotas. Pero, antes de adentrarse en el estudio detenido de las distintas especies de la comunidad propiamente dicha («comunidad jurídica o de derecho», en contraposición a la «comunidad de fin», en la terminología de Würdinger), el autor examina con todo cuidado, en el capítulo II, el palpitante problema de la distinción entre comunidad y sociedad, llegando a la conclusión de que no sólo son conceptos distintos, sino que, técnicamente, son incompatibles entre sí.

El capítulo III está dedicado a la comunidad en mano común. Tras de examinarla en su doble perspectiva espacio-temporal (Historia y Derecho Comparado), el profesor Beltrán de Heredia se plantea el problema de su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, con relación a los supuestos de comunidad conyugal de bienes, comunidad hereditaria, aprovechamientos comunales de pastos y leñas y sociedad civil sin personalidad, estimando que, si bien ofrecen una regulación similar, parecida a la de la comunidad germánica, con la que, en efecto, tienen en algunos casos ciertas analogías, en modo alguno pueden suponer su reconocimiento y admisión expresa en nuestro sistema legislativo.

Como se ve, el autor no está totalmente de acuerdo con alguna parte de nuestra doctrina, que resuelve el problema de la supervivencia de esta forma de comunidad en sentido favorable, por lo que se refiere a los tres supuestos que admite la legislación alemana, además de los llamados aprovechamientos comunales.

Pero tal vez subsista aún en nuestro Derecho un supuesto de propiedad en mano común («zur gesamten Hand») en los llamados montes del común de vecinos, tan frecuentes en la región gallega, modalidad en la que el sujeto propietario está integrado por todos o gran parte de los habitantes de un pueblo. La Audiencia Territorial de La Coruña ha proclamado en innumerables sentencias (10 de julio de 1944, 22 de febrero

y 3 de julio de 1945, 6 de julio de 1946, etc.) que se trata de una comunidad de tipo germánico (aunque no siempre tiene este carácter) (1) de montes privados y que no tienen nada que ver con los comunales a que hace referencia la legislación municipal, pues, como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1926, no obsta a la naturaleza privada el hecho de hallarse unidas inseparablemente la condición de copropietario del monte y la de vecino, porque esta circunstancia «no responde a relación de carácter público, administrativo y municipal, sino de orden puramente civil y privado, derivando tan sólo del nexo jurídico consiguiente al hecho de la convivencia colectiva en el disfrute indiviso del monte en cuestión».

En el capítulo IV, el profesor Beltrán Heredia trata de la comunidad latina o por cuotas partes, que es de la que de un modo específico se ocupa nuestro Código civil, admitiendo varios supuestos y permitiendo su aplicación a numerosos casos de comunidad de derechos reales, pero sin dar una regulación concreta más que de la comunidad del derecho de propiedad (copropiedad), que aparece como el caso-tipo de comunidad por cuotas y al que el autor identifica con el nombre de «comunidad de bienes» en el régimen positivo español.

A ella le dedica el autor la máxima atención, no sólo en el aspecto teórico, destacando las páginas dedicadas al vidrioso problema de su naturaleza jurídica (capítulo V), tan poco cuidado en nuestra Patria, sino también en su régimen legal, que examina Beltrán de Heredia con minuciosidad, llegando a la conclusión de que el sistema de comunidad del Código civil español resuelve en favor del individuo la disyuntiva comunitaria, cifrada en el dilema «individuo-grupo social».

La estructura jurídica de la comunidad, la posesión, el uso y disfrute, la conservación, la disposición, la administración y el mejor disfrute de las cosas comunes y la extinción de la comunidad son los sucesivos capítulos que jalonan la obra, dotándola de carácter orgánico.

Nos complace registrar la profusa utilización a lo largo de todo el libro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso de la más reciente, que—como el propio autor reconoce en la Introducción—le fué de gran utilidad para su trabajo.

Se trata, en suma, del primer estudio completo hecho en España acerca de la organización pluralista de la propiedad, por el que el autor sólo plácemes merece, no vacilando nosotros en recomendar su lectura a cuantos de una u otra forma se preocupan de la elaboración y realización del Derecho.

J. B. JORDANO

*Profesor escargado de Derecho Civil
en la Universidad de Santiago.*

(1) Vid. BLANCO-RAJOY y REINO CAAMAÑO, *Diversas formas de condominio en la región gallega*, en "Foro Gallego", mayo-junio 1948, pág. 193; GUAITA, *Régimen jurídico-administrativo de los montes*, Santiago de Compostela, 1951, págs. 204 y ss.

BORDA, G. A.: «Derecho civil. Parte general». Editorial Perrot, Buenos Aires, 1953. Tomo I, 520 págs.; tomo II, 378 págs.

El autor, ya conocido entre nosotros por otras publicaciones, ha preparado esta «Parte general del Derecho civil», que nos parece útil y elogiabile, y creemos habrá de prestar muy buenos servicios en la enseñanza de dicha disciplina en la nación hermana, finalidad a la que está esencialmente destinada.

La obra presenta una prudencia y una orientación encomiables: ius naturalismo, visión clara y realista de los problemas políticos y jurídicos, solución adecuada de cuestiones como la unidad del Derecho, valor de la persona, etc.

No siempre, sin embargo, son aceptables sus puntos de vista; así, por ejemplo, en lo que se refiere al concepto del Derecho, que es para el autor el «conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter obligatorio y conforme a la justicia» (t. I, pág. 12), definición extraña para un autor que acepta expresamente el Derecho natural (t. I, págs. 19 y ss.), y que define el Derecho positivo como «el conjunto de leyes vigentes en un país» (t. I, pág. 24).

La falta de precisión de estos conceptos tiene consecuencias importantes, como es, por ejemplo, estimar que la existencia o ausencia de coacción es nota diferencial entre el Derecho y la Moral (t. I, págs. 14-15), sin deslindar los supuestos de que se trate de normas de Derecho natural o de normas pertenecientes a un Derecho positivo, etc.

El sistema y la técnica jurídica no siempre son cuidados debidamente; así, en lo que a sistemática se refiere, extraña que se traten en un mismo capítulo todos los problemas que plantea la determinación del concepto de Derecho y el derecho subjetivo; en cuanto a la técnica, citemos asimismo, con carácter de ejemplo, que el autor se aferra a viejas ideas ya superadas, como es creer que el deber jurídico es siempre la consecuencia de la existencia de un derecho subjetivo.

La elección de la bibliografía es acertada en lo que se refiere a los tratados generales que utiliza y en lo relativo a la bibliografía argentina, muy completa, contrariamente a lo que ocurre con la extranjera.

Fácil sería añadir ejemplos en los que, a nuestro juicio, el autor no sigue el mejor camino; pero asimismo multiplicar los casos en que su opinión es acertada, que en definitiva superan con creces toda censura, y que justifican ampliamente las alabanzas que a su obra hemos dedicado.

Jerónimo LOPEZ

FAIREN GUILLEN, Víctor: «La alera foral». Institución «Fernando el Católico». Zaragoza, 1951; 246 págs.

Una excelente presentación editorial avalora esta obra, que significa una fundamental y decisiva aportación al tema de la alera foral, al mismo tiempo que constituye un ejemplo de lo que debe hacerse en el tras-

cidental empeño—apuntado en el primer Congreso Nacional de Derecho Civil—de elaborar un Código para todos los españoles, en que se contengan las instituciones forales merecedoras de supervivencia.

En el libro cuarto se realiza la construcción jurídica de la institución estudiada, articulándose los resultados de la precedente investigación. Se desecha la idea de la comunidad de pastos y se configura la alera como una servidumbre discontinua, aparente o no aparente, según los casos, y positiva, en cuya regulación se entrecruzan normas civiles y administrativas que hacen muy difícil en ocasiones el deslinde de lo público y lo privado. Se trata, en suma, de cierta especialidad de pastos, extendida en Aragón y otras regiones forales (aparte sus ramificaciones en territorio francés), «caracterizada por el aprovechamiento por parte de los ganados de un pueblo de los existentes en una parte del término de otro pueblo colindante, por donde ambos confrontan, y hasta sus eras: debiéndose ejercer tal derecho—que unas veces es recíproco y otras no—con sujeción a determinadas limitaciones... contenidas sintéticamente en el apotegma «de sol a sol y de era a era».

En los tres libros anteriores el autor ha puesto las premisas de las precedentes conclusiones, siendo de notar que no ha aspirado, en este punto, a seguir paso a paso la evolución histórica de la alera—empresa harto difícil, si no es imposible, y de escasos resultados prácticos, si se tiene en cuenta la situación de las fuentes del derecho aragonés y las peculiaridades del modo de originarse la alera—, antes bien ha sido su propósito sorprender a la institución en dos interesantes momentos: el de la promulgación del Código civil, y el de su vida presente. Para lograr más eficazmente esto último, el autor se ha servido de una encuesta realizada por él bajo los auspicios del Consejo de Estudios del Derecho Aragonés, compuesta de 119 preguntas de todo cuanto se creyó interesante preguntar sobre esta institución, y dirigida a las personas letradas residentes en los pueblos y a los funcionarios de la Administración Local. Los estimables resultados obtenidos por este procedimiento permitieron al autor reconstruir la institución en el momento actual de su vida.

Gabriel GARCIA CANTERO

GIAMPICCOLO, Giorgio: «Il contenuto atipico del testamento». Milán, Giuffrè, 1954; 388 págs.

Un vasto problema que la norma del artículo 587 del vigente Código civil italiano sugiere y no resuelve es el de aquello que, atendida la definición legal del testamento, puede llamarse «contenido atípico del testamento».

Y esto es lo que Giampiccolo se propuso como objeto de su macizo y minucioso estudio. El autor advierte en las observaciones preliminares que no es posible tomar partido en la materia si primero no se determina el ámbito de la categoría y, gradualmente, la naturaleza de cada uno de los actos que en la misma entran, los efectos que el sistema positivo le atribuye y el especial significado que a la elección de la forma testamentaria

debe «a parte subiecti» reconocerse. Investigación ciertamente compleja y de ambicioso empeño, pero de la cual no podía prescindir si quería llegar a una solución efectiva del problema.

Después de trazar los límites conceptuales de la categoría de las declaraciones atípicas testamentarias (no hallar encuadramiento en las figuras típicas de la institución de heredero o del legado y tratarse de actos unilaterales de posible efecto «post mortem»), examina algunas disposiciones que no entran en la indagación por ser típicamente testamentarias.

El ámbito concreto de la categoría está constituido—según el autor—en primer lugar por las declaraciones atípicas (patrimoniales y no patrimoniales) previstas expresamente por la ley (artículos 14, 254, 285, 338, 341-1.º, 348-1.º, 355, 424-3.º, 466-1.º, 680, 681, 1.412, 1.920-2.º, 1.921-1.º, 2.735 del C. c. y 59-1.º, b), del R. D. de 21-XII-1942). Pero el autor estima que no subsiste ningún límite en contra de la eficacia de las disposiciones atípicas no previstas expresamente por el ordenamiento jurídico positivo.

Llegados a este punto, a uno se le ocurre pensar que tal vez esas disposiciones previstas «ex lege» no sean «atípicas», sino «típicas», y que por ello el primer límite conceptual de la categoría de las declaraciones atípicas testamentarias sean más bien el de no corresponderse con ninguna de las figuras típicas previstas «allunde» en el sistema de la ley. Pero Giampiccolo habla de declaraciones testamentarias «atípicas» en contraposición al contenido «normal» del testamento, según éste es ordenado por el Código. Por ello mejor hubiera sido denominarlas «declaraciones testamentarias anómalas», típicas o atípicas, porque no hay un «*numerus clausus*» de las mismas.

Como consecuencia de la existencia de un «*numerus apertus*» de declaraciones atípicas testamentarias, el posible ámbito concreto de la categoría se extiende a las disposiciones sobre funerales y sobre el cadáver; a las disposiciones sobre la suerte de la correspondencia y cartas del difunto, sobre la publicación y reproducción del retrato después de la muerte de la persona a que pertenece; a las declaraciones de exclusión de un tercero del «*officium*» tutelar; a la designación del administrador del patrimonio familiar; a las declaraciones de ciencia contenidas en testamento; a la revocación del acto de fundación; a la designación de una «*arbitrator*» por testamento; a las disposiciones atípicas eventualmente implícitas en la disposición a título de legado (aceptación de herencia o de legado deferidos al testador, reconocimiento de deuda, aprobación de una cuenta, ratificación, convalidación, declaración de elección, etc.); y a la declaración que implica una ilicitud, figuras que son examinadas con algún detenimiento por el autor, quien seguidamente puntualiza la diferente naturaleza de todas las declaraciones testamentarias anómalas, típicas o atípicas, con relación a la distinción entre actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos, mereciendo un particular examen algunas de las hipótesis más controvertidas (declaración de elección, declaración de la «voluntad» de legitimar el hijo natural, confesión, reconocimiento de deuda, reconocimiento del hijo natural y rehabilitación del indigno).

El capítulo II está dedicado al perfil sistemático del acto «mortis causa», cuya noción era necesario reconstruir como etapa previa de la investigación.

En dicho capítulo se estudian el concepto de lacto «mortis causa», el acto de última voluntad, la categoría de los actos de última voluntad y su disciplina jurídica, constituyendo un tratado muy completo con puntos de vista originalísimos, que de sobra justifica el subtítulo de la obra: «Contribución a una teoría del acto de última voluntad».

Como conclusiones más sabrosas destacaremos estas:

a) La inutilidad sistemática de la contraposición actos «inter vivos»—actos «mortis causa» y consiguiente legitimación de la contraposición negocios «inter vivos»—negocios de última voluntad.

b) El considerar al acto de última voluntad como única especie de negocios «mortis causa» admitida por el ordenamiento italiano.

c) La acertada distinción de un doble estado de relevancia jurídica del acto de última voluntad: para la esfera del sujeto de la declaración (existencia y carácter definitivo del acto, con las naturales consecuencias en la órbita del autor) y para la generalidad (eficacia del acto, como momento diverso susceptible de valoración autónoma, funcionando el evento muerte como condición para la relevancia jurídica «externa» del acto).

d) La inexactitud de la doctrina que identifica la categoría del acto de última voluntad con el testamento, con la consiguiente admisión por parte del autor de otros muchos actos de última voluntad diversos del testamento, y que constituyen declaraciones atípicas testamentarias.

e) En fin, la particular posición que el autor asume frente a los delicados problemas de la interpretación del negocio de última voluntad, divergencia entre voluntad y declaración, error obstativo, vicios de la voluntad, error sobre el motivo determinante, invalidez del negocio y sanatoria del negocio nulo.

En el tercero y último capítulo Giampiccolo analiza la disciplina de los actos que constituyen el contenido atípico del testamento, comenzando por el efecto «post mortem» y la revocabilidad de la declaración, hasta desembocar en la ulterior disciplina de sustancia y el problema de cualificación jurídica de las declaraciones atípicas testamentarias.

He aquí sumariamente expuestas sus conclusiones sobre el problema:

1. Las disposiciones atípicas testamentarias no pueden adscribirse a la noción de «testamento en sentido amplio». Tal tentativa es inútil para las hipótesis que son mero acto jurídico. Por otra parte, el concepto de testamento en sentido amplio resulta impropio e insuficiente para las declaraciones atípicas, negociales.

2. El testamento es el acto de atribución patrimonial a causa de muerte, que opera mediante la institución de heredero o de legatario (arg. artículos 587, párr. 1.º, y 588 del C. c. it.).

3. Las declaraciones de diverso contenido que pueden hacerse en forma testamentaria, subsista o no la unidad formal con eventual disposición de bienes, no constituye testamento. Cuando no se está frente a actos no negociales—respecto de los cuales resulta ya inadecuada la noción misma de acto de última voluntad—, se está ante negocios que, o no son a causa

de muerte, o a lo sumo son negocios de última voluntad autónomos, que responden a las reglas generales de la categoría a la que pertenecen (acto de última voluntad), pero no a aquellas más particulares del testamento. Y si todas estas declaraciones atípicas, aun cuando no sean «mortis causa», llevan consigo normalmente un efecto «post mortem», ello depende tan sólo del particular supuesto de hecho emisorio que el sujeto asigna a la declaración, al optar por la forma testamentaria.

4. Entre los actos que producen o pueden producir efectos después de la muerte del sujeto es posible, pues, distinguir: a) los actos a causa de muerte, cualificados por el elemento funcional «mortis causa» (y entre ellos, como única «specie» negocial admitida por el sistema positivo, los actos de última voluntad); b) los actos «post mortem», cualificados por el elemento de la relevancia jurídica externa a la muerte de su autor, y c) los actos bajo modalidad (condición) de muerte, cualificados por el simple efecto final «post mortem». El testamento no es sino uno de los actos de la primera categoría, y precisamente el negocio de última voluntad con el que se regula la suerte de los bienes después de la muerte.

El libro acaba con un párrafo dedicado al estudio de las reglas de forma y los problemas conexos con la misma.

A lo largo de toda la obra se observa un prudente conceptualismo teleológico, digno de alabanza. Pero el fino estudio de Ciampiccolo merece ser leído, sobre todo, porque supone una profunda revisión de la teoría del acto de última voluntad en el Derecho italiano, que contribuye a forjar una nueva concepción, no exenta de interés para el lector español.

Juan B. JORDANO
*Encargado de la Cátedra de Derecho Civil
de la Universidad de Santiago.*

GONZALEZ VIEYTES, Luis, y FARIÑA GUTIÁN, Francisco: «Leyes Marítimas de España. Navegación y Transporte Marítimo. Tomo I: Navegación». Editorial Nautilus, Madrid, 1952; 772 págs.

Ambicioso es el proyecto de los autores. Recopilar toda la materia marítima contenida en múltiples disposiciones de Derecho interno, de carácter vario (privado, administrativo, fiscal, laboral..., etc.), y cada vez con mayor extensión en Convenios internacionales de alcance casi universal. Sistematizarlas adecuadamente, de suerte que sea fácil su manejo, incluso para el no profesional. Tener al día la colección por medio de los pertinentes apéndices. Será preciso esperar hasta que la obra culmine para comprobar si se han cumplido estos propósitos. Por el momento contamos con el primer volumen, en el que se contienen las disposiciones relativas a las siguientes materias: Seguridad de la navegación; Riesgos durante la navegación; Auxilios, salvamentos marítimos y hallazgos; Condiciones que han de reunir los buques para poder ejercer las distintas navegaciones; Fomento de las industrias y comunicaciones marítimas. La simple enumeración de las materias demuestra que los auto-

res parten de un concepto latísimo de «Leyes Marítimas», lo cual conduce al resultado de que también el civilista encontrará en esta colección disposiciones de interés. Un cuidado índice de materias por orden alfabético permite una rápida búsqueda de lo que se desea encontrar.

Gabriel GARCIA CANTERO

GUERRERO BURGOS, A.: «Grandezas y Títulos nobiliarios». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1954; 682 págs.

Comienza el libro con un estudio del aspecto sustantivo y del procedimiento relativo a la materia, que ocupa, aproximadamente, una séptima parte de la obra; escrito, al parecer, para que pueda ser utilizado aún por lectores no juristas, se facilita esta labor con resúmenes en las cuestiones más extensamente tratadas. A continuación, se analiza el aspecto fiscal y se inserta la legislación, la jurisprudencia, formularios, y, en apéndices, la situación de la nobleza titulada con anterioridad a la República de 1931, grandezas y títulos de nueva creación, rehabilitaciones, títulos pontificios y extranjeros y la relación general por orden alfabéticos de las grandezas y títulos nobiliarios de uso en España.

J. L.

JAEGER, Werner: «Alabanza de la ley». Traducción de A. Truyol Serra. Colección «Civitas». Madrid, 1953; 92 págs.

Este trabajo, cuidadosamente traducido por cierto, constituye una valiosa aportación a los estudios jurídicos; en él expone el autor, ciñéndose al análisis del pensamiento griego hasta el «*minos*», que la tendencia dominante del mismo, salvo el paréntesis que originan los sofistas, es referir al ser, a la unidad objetiva del mundo en cuanto «*cosmos*», los conceptos de ley y Derecho; el tema, profundamente tratado, es no sólo interesante porque en el pensamiento jurídico griego encontramos, por lo menos en germen, representantes de todas las tendencias jurídicas, sino de un modo particular porque sobre esta base los filósofos estoicos construyeron el concepto de Derecho natural, que continuado y profundizado por la especulación cristiana, constituye una aportación esencial de nuestra civilización.

Libro que debe ser leído—y releído—por todo jurista; su publicación viene a sumar nuevos méritos a la colección, en la que aparece y a demostrar una vez más la altura de la intensa labor cultural que el Instituto de Estudios Políticos está realizando en los últimos tiempos.

Jerónimo LOPEZ

JANSSE, Lucien: «La propriété. Le régime de biens dans la civilisations occidentales». Les Éditions Ouvrières. Economie et Humanisme. Paris, 1953; 258 págs.

Pocas instituciones como ésta del Derecho civil en que la bibliografía sea tan abundante; pocas, también, en que lo jurídico se encuentre tan profundamente influido por lo económico, lo político y lo social; de aquí que el jurista no desdeñe cualquier aportación al tema—sobre todo si se presenta tan atrayentemente como la presente—sea cualquiera la fuente de donde provenga. Pero el autor no se ha propuesto esclarecer la esencia del derecho de la propiedad, como del título si más pudiera decirse, sino un objetivo más modesto, el de investigar las vicisitudes de la idea de propiedad en la civilización occidental, desde la antigua Roma a la época presente. En esta historia de la propiedad el autor señala tres fundamentales períodos: el de la antigüedad romana partiendo en la protohistoria itálica y desembocando en el Bajo Imperio; el de la Edad Media, arrancando de la época de las invasiones y de las monarquías bárbaras para finalizar en el Antiguo Régimen; el del moderno individualismo liberal que, a juicio del autor, comienza con el advenimiento de los países marítimos del mar del Norte y termina en el incierto porvenir que se abre ante nosotros. Particular interés revisten los postreros capítulos en que el autor plantea la crisis presente del régimen de bienes en general, y de la propiedad privada en particular y las posibilidades de pervivencia de esta última en el mundo del mañana. Pocas posibilidades ofrece, desde luego, el régimen soviético; no muchas tampoco el actual capitalismo con sus gigantescas concentraciones de empresas industriales en forma anónima y que deberá acometer urgentes reformas de estructura para conservar la propiedad privada, que es, en definitiva, la mejor garantía de la persona humana.

Gabriel GARCIA CANTERO

LANGLE Y RUBIO, Emilio: «El aval de la letra de cambio». Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1954; 152 págs.

El pago de una letra de cambio puede garantizarse de diferentes maneras: mediante un pacto, en cualquier forma, por el que una persona se comprometa a satisfacer su importe en el supuesto de no hacerlo quienes están obligados a ello (fianza mercantil: arts. 439 y ss. del Código de comercio); cabe también la existencia de un seguro de crédito; por su parte, las operaciones de comercio exterior denominadas «apertura de crédito documentado», y que se desenvuelven mediante letras de cambio, van acompañadas de una prenda sobre las mercancías objeto de una venta CIF; por otro lado, por el sólo hecho de la firma—nos dice Garrigues (1)—todo firmante de una letra de cambio garantiza su pago; pero la garantía típica y extraordinaria de una letra de cambio recibe

(1) *Instituciones...*, 5.ª ed. Madrid 1953 pág. 820.

el nombre de aval, que Langle define «como una singular garantía cambiaria del pago de la letra que, después de haber sido ésta creada, prístase por escrito, en la propia cambial, en forma ilimitada o limitada».

Aunque esta institución ha sido mirada con recelo y motejada de «exhibición de anemia de la letra», no hay razón para dispensar al aval un trato de desfavor respecto a las restantes garantías mercantiles, puesto que, como fundadamente se ha dicho, representa el sistema de agrupación de fuerzas aplicado a la materia del crédito cambiario.

Certeramente observa el autor la deficiencia de los dos únicos y desdichados preceptos que a esta materia dedica nuestro Código de comercio, pues basta releerlos para darse cuenta de que el legislador de 1885 no vislumbró siquiera el largo cortejo de problemas que acompaña a la institución del aval.

Como la doctrina española apenas si ha profundizado en la naturaleza jurídica del aval, el profesor Langle acude a la doctrina francesa, alemana e italiana, anterior y posterior a la Ley Uniforme, haciendo especial referencia en la última a la postura de Navarrini que puede sintetizarse así: el aval crea una obligación de garantía que es distinta de la fianza por ser una garantía cambiaria, por lo cual la obligación del avalista es autónoma en su esencia y accesoria en su aspecto formal, tesis que ha triunfado en la Ley Uniforme de Ginebra y que acoge sustancialmente el autor. Enfrentado con nuestra vetusta ordenación mercantil, Langle no puede menos de reconocer que es casi seguro que tienen razón los que sostienen la tesis clásica (aval = a fianza cambiaria, absolutamente accesoria), pero al propio tiempo cree llegado el momento de incorporar a nuestro Derecho la tesis moderna (aval = a acto abstracto, formalmente válido) acogida plenamente en el derecho francés, alemán e italiano, distinguiendo entre lo que el legislador de 1885 quiso decir, lo que efectivamente dijo, y lo que nos conviene entender que ha dicho, apuntando además que ya es hora de abandonar una construcción jurídica que no creamos, sino que tomamos del Derecho francés, cuando hace tiempo ya que en la nación vecina la han abandonado.

El magnífico estudio del profesor Langle, más que de «lex data» es de «lege ferenda» y servirá indudablemente para llamar la atención sobre una materia descuidada hasta ahora por la doctrina, pero para admitir la concepción del aval como acto formalmente abstracto habría que incorporar a nuestro ordenamiento jurídico los principios de la Ley Uniforme de Ginebra, cosa que debe meditar profundamente vista la poca aceptación que en nuestro ambiente tienen los negocios jurídicos abstractos.

La obra contiene además el análisis exhaustivo de los elementos personales, forma, clases y efectos del aval. Subrayamos, finalmente, que el autor siguiendo la doctrina corriente sostiene la no convertibilidad del aval en fianza civil o mercantil en el supuesto de pérdida de su fuerza cambiaria.

Gabriel GARCIA CANTERO

LONGO, Mario: «La figura jurídica dell'imprenditore agrario». Milano, 1954. Ed. Giuffrè; 150 págs.

En la codificación moderna la personalidad del agricultor había quedado oscurecida y aislada, debido al traspaso que de la misma se había hecho del régimen tradicional de la tierra, basado en una concepción liberal e individualista. Frente a tal postura, el modernísimo Código civil italiano de 1952, entre las novedades más sobresalientes, aporta la figura económica de la «empresa» dentro del plano jurídico, colocándola en el centro del libro quinto dedicado al trabajo.

Longo afirma con Greco que la empresa es un organismo económico o centro en torno al cual convergen hechos, actos, relaciones y situaciones jurídicas de notable importancia y que dentro de la economía se define como la ordenación que reúne los diversos factores de la producción, organizándolos a fin de perfeccionar la producción misma. En la nueva problemática legislativa la empresa tiene un papel fundamental y el empresario se coloca en un primerísimo plano para cualquier actividad económica o de cambio que se realice. Es, además, de interés señalar que el nuevo libro del Código civil sobre el trabajo, supera la antigua dicotomía «civil y mercantil» del Derecho privado y reagrupa ciertas materias según una sistemática profundamente innovadora, lo cual le permite hablar de un «derecho del trabajo» en un sentido más amplio y completamente diferente de aquel otro que se usaba.

La industria, el comercio y la agricultura encuentran en el nuevo planteamiento del Código su común denominador en la empresa, ya mercantil o bien agraria, mientras un sector doctrinal intenta lograr una tercera hipótesis de empresa—la llamada «empresa civil»—, que en último término no hace más que recoger las hipótesis marginales no expresamente previstas en el Código y derivadas de los conceptos agrícolas y mercantiles, de la actividad profesional y económica, de la producción y del cambio.

Longo centra su estudio sobre el concepto de empresario agrícola que da el artículo 2.135 del Código civil por la actividad que ejercita quien se dirige al cultivo de un fundo, crianza de animales o actividades conexas. En sede metodológica, este autor advierte que no se puede tratar de la empresa o del empresario agrario sin considerar a la empresa y el empresario en general. Longo manifiesta que existe una disciplina de la empresa agraria no ciertamente floreciente como la de la empresa mercantil, pero no por esto insuficiente para una construcción dogmática. Cree que la disciplina se concreta en una serie de derechos y deberes que, en parte, son comunes a todos los empresarios y también son, en cierto modo, particulares a los empresarios agrícolas. Por tanto, concluye, la figura del empresario agrícola se yergue con una fisonomía jurídica netamente definida pudiéndose hablar de un «estatuto jurídico» de los empresarios agrícolas, que ya Maroi denominara «status» del agricultor con una serie de derechos y deberes específicos.

La obra de Longo está dividida en cuatro capítulos. Después de hacer

las previas consideraciones generales de la problemática de la figura jurídica del empresario agrario, estudia el desarrollo de este titular y hace el análisis de su estructura interna. Analiza, además, la actividad económica de este empresario en el sentido objetivo y finalista y resalta su especial contenido agrario. Concluye su estudio con la calificación modal y subjetiva de la actividad económica de dicho empresario, con una especial referencia a la figura del «pequeño empresario agrícola».

La obra del profesor Longo es de gran interés y supone un ensayo de sistematización de una figura jurídica que, dentro de los problemas de la tierra, cada día preocupa más al jurista de nuestros tiempos.

José BONET CORREA

MOUCHET, Carlos, y RADAELLI, Sigfrido, A.: «Los derechos del escritor y del artista». Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1953; 465 págs.

Los autores, especialistas en la materia, nos ofrecen un bien construido tratado de la propiedad intelectual, con referencia a la legislación argentina y sudamericana en general, y con especial atención a los Convenios internacionales, tanto los de ámbito exclusivamente americano, como los de alcance internacional.

En el primer capítulo de la obra se estudia la naturaleza jurídica de los derechos sobre las obras literarias y artísticas, inclinándose los autores—luego de una exposición sumaria de las teorías propuestas—por la conceptualización de aquellos derechos como «derechos intelectuales», rechazando la tesis de la propiedad intelectual; los derechos sobre los inventos y sobre los dibujos y modelos industriales completan, en su sentir, la categoría de los derechos intelectuales, de la que debe excluirse las marcas de fábrica y las enseñas comerciales.

El derecho intelectual sobre las obras literarias y artísticas comprende dos grupos o series de derechos de diferente calidad: el denominado «derecho moral» y el «derecho pecuniario» o patrimonial; al primero dedican los autores dos interesantes capítulos en que analizan su naturaleza, facultades que comprende y ejercicio del mismo deteniéndose en este punto especialmente en la hipótesis de ejercicio por los derechohabientes. Parecidas cuestiones suscita el derecho pecuniario.

De las limitaciones impuestas, sea por exigencias del interés cultural e informativo, sea por razones de orden público, moralidad y policía de costumbres, trata el capítulo VI, sorprendiendo un poco que se exponga en este lugar el problema de los límites que en casi todas las legislaciones se impone a la duración de este derecho, cuestión que acaso exija un tratamiento separado.

En el capítulo VII se estudia con particular detalle el problema de la protección penal de estos derechos, exponiéndose su conveniencia y justificación doctrinal, así como la naturaleza, enumeración y clasificación de los delitos que pueden cometerse. Señalemos la extensa referencia a

nuestra Ley de Propiedad Intelectual, así como una anacrónica cita de nuestro Código penal de 1932 (véase pág. 242).

No se olvide el estudio de la obra cinematográfica (cap. VIII) ni la controvertida cuestión de los derechos de los intérpretes que todavía no ha sido objeto de un reconocimiento universal (cap. IX).

La proyección internacional de esta materia se centra en la Convención de Wáshington de 1948, que, a juicio de los autores, «proporcionará a América un instrumento útil de protección internacional a las obras intelectuales», y en la Convención de Ginebra de 1952, de alcance más universal, la cual, si bien es cierto, como dicen Mouchet-Radaeli, que representa más bien una transacción de opuestas tendencias, no puede negarse que ha sentado las bases para una eficaz acción futura.

El juicio de conjunto sobre esta obra debe ser favorable. Es cierto que en la bibliografía consultada se echan de menos obras recientes (por ejemplo: «Il diritto d'autore», de Giannini, Firenze, 1943; «I diritti sui beni immateriali», de Greco, Torino, 1949) y algún trabajo en lengua española (el de Pérez Serrano, en este mismo «Anuario», sobre «el derecho moral de los autores») de trascendencia evidente. Sin embargo, nos proporciona en contrapartida el punto de vista de la doctrina y legislación americana; sin olvidar tampoco las frecuentes referencias a nuestra propia legislación que tanta repercusión tuvo en América española.

Gabriel GARCIA CANTERO

MOUCHET, Carlos, y SUSINI, Miguel: «Derecho hispánico y «common law» en Puerto Rico». Editorial «Perrot». Buenos Aires, 1953; 134 págs.

En este estudio, seriamente realizado, se demuestra cómo el «common-law» va desplazando al Derecho hispánico, que solamente se mantiene firme en lo que al Derecho civil se refiere, y aun en este aspecto no sin haber sufrido importantes cambios.

Como causas apuntan los autores las siguientes: a) los esfuerzos para «norteamericanizar» la isla, efectuados sobre todo en los primeros años; b) la influencia de las relaciones económicas, centradas casi siempre en los Estados Unidos; c) el mayor volumen de la legislación importada con relación a la tradicional subsistente; d) las modificaciones sufridas por ésta; e) la evolución de la jurisprudencia hacia el modelo angloamericano, y f) la formación intelectual de los juristas influyentes, verificada en las universidades de los Estados Unidos.

J. L.

MOUCHET, Carlos, y ZORRAQUIN BECU, Ricardo: «Introducción al Derecho». Librería Editorial Depalma. Buenos Aires, 1953; 570 págs.

Ocurre con frecuencia que obras con el título de la presente se escriben para personas que conocen el Derecho y poseen ya un cierto grado de formación jurídica, no así ésta que se dirige a los que verdaderamente

comienzan sus estudios. Es necesario destacar dicha circunstancia, que explica el tono en que el libro está concebido y escrito, pues al parecer pensando en las dificultades del lector no iniciado no se profundiza en la materia expuesta.

El libro está dividido en dos partes: en la primera (Teoría del Derecho) se analizan los temas principales de la Filosofía y de la Ciencia del Derecho; la segunda (Enciclopedia jurídica) está destinada a exponer las divisiones del Derecho y los principios que rigen en sus diversas ramas.

Complace presentar un nuevo libro argentino, que viene—en su medida— a colaborar en la obra de renovación jurídica que, con tesón y positivos resultados, se está llevando a cabo en la nación hermana.

J. L.

PERGOLESI: «Alcuni lineamenti dei «diritti sociali». Milano, 1953. Editorial Giuffrè; 47 págs.

Sobre los llamados «derechos sociales» en las constituciones, Pergolesi publicó varios escritos (1). Con este breve opúsculo, en forma de apuntes más que de sistematización orgánica, colabora en los llamados «Quaderni della costituzione» y vuelve sobre el tema utilizado en sus trabajos precedentes añadiendo algunos aspectos generales de la compleja sistemática de aquellas materias.

Dos son los temas centrales a tratar: las directrices de los derechos sociales y la libertad dentro de un sistema de seguridad social.

En el primer tema hace ver la afirmación hoy imperante de que el Derecho social es «social», mientras que, por el contrario, en los siglos XVIII y XIX se decía que todo el Derecho era «individual». Indudablemente cree el autor que entre los Derechos positivos de ahora y los de entonces hay diferencias profundas, pero abstractamente se puede decir que el Derecho es en un cierto sentido social e individual. Para Pergolesi, la distinción entre «social» e «individual» hay que entenderla, no en un sentido absoluto (de categoría), sino convencional (o de intensidad). De esta posición finalista (política)—aclara—se deriva una particular reglamentación técnica (jurídica), ya sea de titularidad, de ejercicio, de estructura, o bien sea de funcionamiento.

Hace ver cómo la Revolución francesa se inspiró inconscientemente en la concepción cristiana, a pesar de sus desviaciones ideológicas y sus aberraciones prácticas. En contraste con las teorías materialistas es palpable el sentido de respeto por la personalidad y un sentido de justicia y solidaridad humana que aparece impreso después en las demás constituciones democráticas. Incluso—advierte—una sensibilidad social mayor denotaba el proyecto de declaración de los derechos de Robespierre.

También observa que tanto los Estados democráticos y liberales como los autoritarios se inspiran en una «dogmática política» propia, necesariamente presupuesta por el ordenamiento jurídico, aunque no proclamada

(1) Cfr. en *Previdenza sociale*, 1953, n. 2, y en *Difesa sociale*, 1952, n. 2.

expresamente. Resalta el carácter solidarista del presente Estado italiano frente al clasista de la Rusia Soviética.

Condensando los resultados de la investigación del Derecho comparado, el autor concluye que la disciplina de las relaciones sociales (que según la Carta italiana las reagrupa en «relaciones ético-sociales» y «relaciones económicas») es un dato característico de las constituciones contemporáneas en el sentido de que es: «general» y no fraccionaria o excepcional, «común» a todos y «constante».

El segundo tema a tratar es el de la libertad. Las crecientes interferencias políticas en las relaciones intersubjetivas llevan al problema de la tutela de la libertad individual en un sistema de «seguridad social». Para este autor es cierta la creciente intervención de la autoridad pública en la vida económica privada, determinada por la necesidad de conseguir la satisfacción de necesidades que a través de los particulares mismos no sería posible, pero no es menos cierto que, con la limitación de esta libertad efectiva se satisfarán para otros necesidades que de otro modo no habrían podido lograrlas.

Cree inexacta la tendencia, según la cual la «socialización» del Derecho lleva necesariamente a una absorción de la libertad individual entendida como facultad de legítima autodeterminación. Concluye que es necesario excluir ambos extremos aberrados: el del individualismo que contradiga toda vida ordenada y de un colectivismo que reniegue la razón misma la existencia libre de la persona humana.

Finaliza el opúsculo de Pergolesi con un apéndice en torno a las constituciones italianas anteriores y contemporáneas al Estatuto albertino.

José BONET CORREA

PEREZ HERNANDEZ, Antonio, letrado del Consejo de Estado: «El recurso de agravios». Publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona, 1954; un volumen 207 págs.

Hacia ya bastante tiempo se echaba en falta en nuestra bibliografía jurídica un estudio sobre el recurso de agravios. Casi se desconocía del todo la mecánica de este medio de impugnación de las resoluciones administrativas y aun las cuestiones más importantes de su tramitación. Por eso reinaba una cierta actitud de duda en torno a la eficacia del mismo.

Sin embargo, el Consejo de Estado, como se desprende de la monografía, había llevado a cabo una labor constructiva inspirada en la más depurada técnica jurídica. Aquella infundada desconfianza se debía sólo al desconocimiento de la institución que con frecuencia era empleada incorrectamente por los particulares. De ahí el mérito y la trascendencia de la obra del Dr. Pérez Hernández. Su trabajo viene a estructurar técnicamente el recurso de agravios y a difundir su conocimiento práctico con toda suerte de pormenores.

El autor dota al recurso del bagaje doctrinal necesario. Sus conclusiones son profundas, claras y precisas. Sirva de ejemplo el tema

de la legitimación que, con acertado criterio, centra en el interés legítimo, personal y directo del recurrente en términos muy aprovechables para otras instituciones jurídicas. Con todo nunca abandona el punto de vista práctico. Aclara todos los puntos dudosos y expone de manera sistemática—y con arreglo a la jurisprudencia que recoge del Consejo de Estado—toda la doctrina elaborada sobre la materia.

En suma—como se dice en la nota preliminar—, el libro es un recuerdo del paso de su autor por la Sección de Agravios del Consejo de Estado a la que ha pertenecido desde su creación. Durante estos años ha tenido ocasión de conocer todos los problemas planteados en torno a este recurso y de contribuir a su resolución. De ahí la autoridad de su contenido.

En el capítulo primero se explica la génesis de este nuevo medio de impugnación, las razones políticas y de orden práctico que aconsejaron en el año 1944, al restablecerse en toda su extensión el recurso contencioso-administrativo, segregarse de la competencia del Tribunal Supremo la materia de personal para hacerla objeto de un recurso especial, denominado recurso de agravios, cuya decisión corresponde al Consejo de Ministros previo informe del de Estado. La Ley de 18 de marzo de 1944, le dedicó un solo artículo y sobre esta escasa base legal el Consejo de Estado ha ido construyendo la institución.

En el capítulo II se aborda, como cuestión clave para toda la construcción ulterior, el problema de la naturaleza jurídica de este recurso, tratando de encajarlo dentro de una de las categorías generalmente admitidas en la ciencia del Derecho Administrativo. No es un planteamiento abstracto y puramente doctrinal, sino una exposición viva de cómo el Consejo de Estado, a propósito de casos concretos, se tuvo que enfrentar con este problema, que al principio rehuía, y cómo fué rectificando sus posiciones hasta dar el viraje completo que significa el afirmar que este recurso no tiene nada que ver con el contencioso-administrativo y, por tanto, se rige por normas propias.

El capítulo III es el más extenso de todos y el más interesante desde el punto de vista del abogado. Se trata en él de los presupuestos procesales del recurso de agravios, es decir, de aquellos requisitos cuya concurrencia es indispensable para que el Consejo de Estado pueda entrar en el fondo del asunto. Estos requisitos o presupuestos se refieren al órgano jurisdiccional (jurisdicción, competencia y régimen), al recurrente (capacidad, legitimación y postulación), al objeto del recurso (posibilidad, licitud y causa) y a la propia actividad (lugar, tiempo y forma de los actos). Se estudia aquí, por tanto, la materia del recurso, que es lo que delimita la competencia, las resoluciones recurribles y entre ellas, de modo especial, las de carácter general, las que están excluidas del recurso de agravios, los motivos en que puede fundarse la pretensión, el cómputo de los plazos, etc.

Para no perder de vista la unidad del procedimiento, se dedica capítulo especial, el cuarto, a uno de estos presupuestos procesales: el recurso de reposición, con un estudio detallado de la doctrina del silencio admi-

nistrativo y de la eficacia, en el orden sustantivo y en el procesal, de las resoluciones expresas, pero tardías, es decir, recaídas después de producido el silencio administrativo.

El capítulo V trata del procedimiento en sus tres fases de alegaciones, prueba y decisión. Este capítulo tiene particular interés porque da a conocer la tramitación del recurso en el seno del Consejo de Estado, la forma de evacuar el informe y la posibilidad de ampliar los elementos de juicio mediante audiencia de los interesados o petición de antecedentes.

En el capítulo siguiente se estudian los efectos del recurso de agravios, tanto por lo que se refiere a la interposición (delimitación de la pretensión, efecto suspensivo, etc.), como a la decisión. Como consecuencia obligada de uno de los efectos jurídico-procesales de la decisión del recurso de agravios, la cosa juzgada, se plantea y resuelve el problema de hasta qué punto cabe admitir recursos de aclaración y de revisión.

Concluye este magnífico trabajo con un estudio crítico de la institución, sus ventajas e inconvenientes, los puntos vulnerables en la doctrina del Consejo de Estado, etc., proponiéndose diversas soluciones con vistas a una modificación del régimen contencioso-administrativo.

José F. Javier LOPEZ JACOISTE
Notario.

PEREZ-ORDOYO CILLERO, Luis: «*Síntesis de Derecho Civil*». Ed. S. D. C. Ap. 3, Gerona, 1953; 400 fichas.

Henos ante una obra merecedora de detenido examen, tanto por su inspiración cuanto por su presentación y finalidad.

Examinándola sobresale, como razón básica de su contextura, la que le da el nombre: «síntesis». Y, fiel el autor a esa preocupación, ha ido extrayendo de todas las instituciones cuanto constituye médula de cada una, ponderando las opiniones más autorizadas, midiendo las citas, abreviando los párrafos, para configurar la exposición según la silueta que sea —en opinión del autor— más ortodoxa. Sedimento este último, plasmado luego en extensa e intensa recopilación sistemáticamente ordenada en fichas sueltas, repletas de material doctrinal, positivo y jurisprudencial.

Repasando el índice de autores de las principales obras consultadas, no de excesiva extensión, se advierte el cuidado con que se han elegido los más acreditados, tanto clásicos como recentísimos (hay obras del mismo año de aparición de la que comentamos), españoles como de allende fronteras (estos últimos preferentemente italianos, alemanes, franceses). En esta parte bibliográfica podría repararse que hubiera convenido incluir en cada ficha, por modo de nota, la referencia escueta a la obra consultada, que no hubiera enturbiado demasiado la lectura, y sin perjuicio de la lista de final de obra, cual ahora aparece en índice independiente.

Se ha cuidado primorosamente, y con señalado provecho en esta obra, la parte tipográfica, sirviéndose al efecto de variedad de tipos de imprenta, pluralidad de cuerpos y utilización de márgenes y submárgenes distin-

tos, según la sistemática interior de cada epígrafe: con lo que se ha logrado plenamente dotarle de una plasticidad (ahora topográfica casi) que ayuda al estudio y familiariza rápidamente con cualquier materia; podemos decir que así queda «en relieve» lo medular y sustancial de cada cuestión tratada. Más no se crea con esto que deba entenderse elemental la obra, pues en ella se expone íntegramente el articulado (muchas veces telegráficamente abreviado), que se convierte en morosa exposición cuando la trascendencia del precepto implica detenido estudio: v. gr, el estudio del 563 (f. 109), del 1.124 (f. 136), el 811 (f. 251), el 1.227 en parangón con el 105 del C. O. M. (f. 8), los 1.082 y s. (f. 297, el 675 con su extensa jurisprudencia (f. 319), etc., a todos los cuales se dedica detenida exégesis.

Son de destacar los estudios monográficos, entre otros numerosos, de las siguientes materias: actos de disposición (f. 31), persona (f. 34), frutos (f. 54), acto ilícito (f. 56) enriquecimiento injusto (f. 61), condominio (f. 77), acciones nacidas del dominio (80 a 82), actos de emulación (83), revocación de la propiedad (90), propiedad horizontal (f. 93), foros (f. 120), derecho de superficie (f. 122), mora (f. 142) transmisión de obligaciones, con la evolución doctrinal en la materia (f. 148), vinculación de la oferta (163), precontrato con la agrupación de escuelas y recentísima jurisprudencia (172), precario (197), secuestro (f. 213), mandato (f. 203), dño moral (f. 228), fines del matrimonio (f. 231), mayorazgos (f. 364), patronato (f. 365) y heredero aparente (f. 367), entre otras de gran originalidad de estudio y enfoque.

La obra sigue puntualmente el programa más extenso de los vigentes en España para ingreso en carreras especiales, o sea, el de Notarías de 1945; pero la rigidez del molde no vela la originalidad expositiva y de investigación del autor, pues la continua hilación de referencias entre unos y otros temas, y la idea (lograda) de poder utilizar aisladas las fichas que hagan referencia a particular materia, da personalidad a estos estudios sólo posibles tras laboriosa tarea de cotejo, lectura y compendiar. Igual perspectiva ofrece para los temas de Derecho foral, tan olvidados por lo común, incluso en regiones donde no sigue el Derecho castellano; materia tratada con detenimiento, pues no se para el autor en la sobrehaz de las cuestiones que desarrolla, sino que cala a lo último de ellas, con elocuentes comparaciones con las análogas de otras regiones o del Código civil.

Late en todas las fichas la intención de hacer una obra eminentemente práctica, de consulta manual; pero sin prescindir de los antecedentes históricos, de los que por su más detenida exposición sobresalen los de ascendente romano; entre los cuales, cuando aparece imperiosa la necesidad de exposición detenida, se halla un resumen muy completo cual sucede en la cuasiposición (98), en las obligaciones naturales (135), en el «*pignus gordianum*» (146), novación (f. 156), «*lessio ultra dimidium*», muy extensa (f. 170), herencia (f. 288) o incapacidades para suceder (f. 307).

Aparte de los recursos expositivos ya señalados, el autor hace uso de otros: cual la doble columna que facilita la comparación entre institu-

ciones parecidas, pero no coincidentes (así en la caducidad—f. 72—, cen-
sos consignativos y reservativo—f. 114—), cesión y subrogación (f. 152),
testamentos militar y marítimo (f. 315), albaceas y contadores (f. 352);
y en otros casos (cual en vínculo jurídico—f. 131—se recurre a los grá-
ficos adecuados).

Particular esfuerzo y fecundo ha sido el sintetizar materias que se
resisten a exponerse abreviadamente: arrendamientos urbanos (f. 191 y si-
guientes), rústicos (f. 194 y ss.) y contrato de trabajo (f. 199).

Parece ostensible la voluntad del autor en impregnar todas las fichas
de las soluciones jurisprudenciales adecuadas, escogiendo un millar apro-
ximado entre el sinfín de sentencias y resoluciones de la D. G. R. N., cuya
cita se hace prescindiendo del aspecto de farragoso catálogo frecuente en
estos trabajos, aligerando la cita con el relato (abreviadísimo, pero claro)
del caso planteado. Con lo que resalta cierto carácter de «case law» nuevo
en obra latina, como ésta, pero matiz que es preciso también referir.

Y para acabar de informar a nuestros lectores acerca de esta obra, re-
sulta imperioso añadir la referencia al método expositivo utilizado para
los problemas del Derecho internacional privado: sobre el armazón de las
sistemática del Código civil, ha tegido el autor la solución correspon-
diente en el campo internacional para la materia de cada capítulo o sec-
ción, sistema eminentemente práctico, aunque pueda discutirse en el as-
pecto científico. Véanse las fichas 369 y 370 sobre problemas de Derecho
sucesorio en materia internacional.

A todo lo expuesto, procede añadir, para completar la buena impres-
sión que a cuantos la utilicen ha de producir, que se echa de menos
un prólogo o introducción; pero este aparente olvido se alivia al consi-
derar que en aras de lograr compendiar al máximo la extensa materia
expuesta, se prescindió del mismo, sustituyéndolo por el resumen de ín-
dices (son estos cinco: fuentes, sistemático, ideológico, cronológico y biblio-
gráfico), que al final aparece.

Obra, pues, original, valiosa aportación al estudio y al trabajo pro-
fesional, que merece destacarse por las peculiaridades que quedan ex-
puestas.

Miguel PORCEL ROSELLO
Abogado.

**RONCAGLI: «Il pensiero giuridico». Milano, 1953. Editorial Giuffrè; 92 pá-
ginas.**

Fruto de sus inquietudes intelectuales, el abogado Roncagli ofrece esta
pequeña monografía, jugosa y sugestiva, que puede situarse dentro de la
línea de la Jurisprudencia antiformalista que actualmente adquiere tan al-
tos vuelos. El mismo nos resume las posiciones extremas en que oscila
la doctrina jurídica de hoy en día: los dogmáticos, los cuales en un su-
premo acto de fe se vuelven esclavos de cualquier verbo jurídico o de la
misma letra de la ley, y los anárquicos del Derecho libre, que en la prác-

tica son mucho más numerosos de lo que nos parece. Nos encontramos paralelamente—dice—el juez dogmático, cerrado en el mundo de formas y el juez conocedor profundo de la vida, científicamente desinteresado.

En la introducción de su obra se refiere, primeramente, a «la libertad del jurista». A través de la primera parte de la presente monografía, el autor señala la relevancia jurídica del pensamiento sobre el plano de la ley material (jurisprudencia «secundum legem»). Aquí se intenta establecer, especialmente, de qué modo la estructura de la ley material influye sobre su admisibilidad o por lo menos de una aportación del pensamiento por parte del intérprete y precisar del mismo modo según que cánones jurídicos debe ser prestado tal complemento interpretativo.

La segunda parte de su estudio trata de determinar la esfera en la cual el arbitrio del juez es legalmente relevante (jurisprudencia «secundum arbitrium»).

En la tercera parte, bajo el título «el pensamiento jurídico», después de recoger los resultados que hasta aquel momento se habían conseguido, se intenta delinear qué características del pensamiento jurídico-penal influyen en todos los juicios jurídicos, estableciendo de este modo la posición que debe reconocerse necesariamente en tal pensamiento dentro de la teoría general del Derecho.

En cuanto al método, el mismo autor nos manifiesta que no sigue aquél ten difundido de transformar los textos científicos en otras tantas crónicas doctrinales. Las exposiciones, y en particular el texto de los libros—nos dice—, no deben ser el resultado de índices más o menos ricos en alabanzas y reverencias; el libro es una palestra del pensamiento, de nuestro pensamiento, dedicado especialmente a la exposición de nuestras ideas. Cree el autor que el método concretamente aplicado tendrá una unidad con el problema a estudiar, que consiste en fijar—tal cual se hace en esta obra—los términos (posición de la cuestión) e indagar todos los aspectos posibles sin excluir ninguno.

Late en el fondo de la obra de Roncagli una protesta frente al legalismo formalista imperante en nuestros días y renace en él la necesidad de una vuelta a la equilibrada y elegante «prudentia iuris» de los juriconsultos romanos, tal como en nuestra patria, hace unos años, propugnaba el profesor Alvaro D'Ors (1).

José BONET CORREA

BOUBIER, Paul: «Théorie Générale du droit». 2.^a edición. Librairie du Recueil Sirey, París, 1951; págs. 337.

Seremos breves en la reseña de esta obra, que va ya por su segunda edición (la primera es de 1946), y que no es desconocida en nuestra patria (2). Su subtítulo—«Historia de las doctrinas jurídicas y Filosofía de

(1) Cfr. *De la prudentia iuris a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Información Jurídica* (1947).

(2) Referencias abundantes en DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, 2.^a ed.; págs. 22, nota 7; pág. 36, nota 1; pág. 44, nota 1; pág. 56, nota 5; pág. 65, nota 2.

los valores sociales»—indica con claridad la posición del autor. Manifiesta no querer hacer labor de filósofo, ni de teólogo o moralista, pero tampoco de sociólogo, sino que aspira a dar, desde el campo del derecho privado, «una síntesis de la vida del derecho, un conjunto de ordenadas reflexiones sobre la organización jurídica de las sociedades humanas», y frente a las escuelas formalistas, idealistas y realistas que acusan «la divergencia enorme que existe entre los jurisconsultos sobre la definición, el fundamento o el fin del derecho», toma partido estimando que «la solución del problema puede estar suministrada por la moderna filosofía de los valores».

El capítulo preliminar está dedicado a la consideración del derecho en cuanto regla, y los restantes a tratar respectivamente del aspecto exterior, fundamento, fin y clasificación de las reglas de derecho. A modo de conclusiones expone por último el autor su personal concepción de la filosofía de los valores sociales: la seguridad jurídica, la justicia y el progreso social.

Gabriel GARCIA CANTERO

SCOGNAMIGLIO, Renato: «Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte. Giuffrè. Milano, 1953; págs. X + 302.

Se divide el libro en ocho capítulos precedidos de una introducción. Primeramente, para dar una idea de la estructura, nos limitaremos a indicar el contenido de aquéllos, en cuyo examen entraremos después.

La materia se estudia distribuída de la siguiente forma: capítulo primero, el derecho de acrecer hereditario en su evolución histórica; capítulo segundo, el derecho de acrecer en la elaboración científica; capítulo tercero, concepto del mismo; capítulo cuarto, disciplina jurídica y supuesto de hecho constitutivo del derecho de acrecer, capítulo quinto, condiciones y límites dentro de los que opera; capítulo sexto, efectos y vicisitudes del mismo; capítulos séptimo y octavo, que atañen, respectivamente, al acrecimiento en materia de legados y en las sucesiones abintestato.

En la introducción se pone de relieve cómo en las elaboraciones doctrinales más recientes de Derecho sucesorio, ha sido bien escasa la atención prestada al tema del derecho de acrecer, institución que, por el contrario, fué objeto que provocó arduas y sutiles disquisiciones de glosadores y cultivadores del Derecho común. Ciertamente que la causa de la poca atención que se le presta hoy podría ser el hecho de que se hubiese llegado a construir una sólida doctrina del mismo, como consecuencia de la atención que con anterioridad se le prestó. Por lo cual carecería de interés volver sobre el tema, salvo a efectos de exposición de la doctrina admitida sobre él. Pero la realidad es otra, y sólo quienes no pasen de un examen superficial de la cuestión, pueden llegar a creer que el derecho de acrecer no plantea «aún» problemas dignos de estudio, en suficiente cantidad y de un interés también suficiente para justificar aquél.

Esta es, al menos, la opinión del autor, y, por ello, se propone reelaborar la institución estudiada y realizar la construcción de la misma que responda a la actual realidad jurídica.

El primer paso a dar es el de ver si es posible y fecunda una noción unitaria del derecho de acrecer, como clase de la cual se estudie, después, el *mortis causa*, o si, por el contrario, hay que decidirse por buscar un concepto del *mortis causa*, ya que el tratar con autonomía el fenómeno en las sucesiones hereditarias se basa en que su unión a las figuras inter vivos no conduce más allá de una coincidencia vagamente aproximada y limitada a rasgos accidentales comunes con las mismas.

El autor se decide por lo segundo, pues para él el derecho de acrecer adquiere en las sucesiones un peculiar relieve y una especial consistencia, que justifican el estudio autónomo de la figura en Derecho sucesorio.

Acaba la introducción precisando la posición sistemática dentro de las sucesiones, de la materia estudiada. Según la opinión más extendida, el lugar adecuado es aquel en que se verifique el examen de la vocación hereditaria, ya que el acrecimiento lo produce una vocación solidaria o conjunta. Para el autor, diferentemente, tal solución no es del todo convincente, pues, con ella, se pone el acento sólo sobre la fuente del acrecimiento, lo que equivale a descuidar, al menos programáticamente, el estudio de la esencia real de las cosas. Piensa que el lugar adecuado para estudiar la institución de que se ocupa, es aquel donde se examinen los «efectos» de la vocación, de la que es verdaderamente un efecto (eventual), lugar el cual es, ni más ni menos, que el dedicado a «la adquisición hereditaria y sus efectos».

A continuación, brevemente, en veinticinco páginas, pasa revista a lo que supone fundamental en la evolución histórica del derecho, examinando el Derecho romano, la Glosa y el Derecho común, para acabar con el Código Napoleón, el italiano de 1865 y el alemán.

En ese examen histórico no se persigue satisfacer una exigencia de pura erudición histórica—la cual no estaría justificada cuando se trata de realizar una obra de carácter marcadamente dogmático—sino, más bien, se pretende ir poniendo de relieve elementos interesantes para la posterior construcción dogmática, lo cual es necesario siempre que se emprende el examen de una figura profundamente radicada en la experiencia histórica.

Dedicado el capítulo segundo a la exposición y crítica de las teorías sobre el derecho de acrecer, queda patente en él la dificultad que surge cuando se necesita individualizar y ordenar esas diversas teorías, que generalmente reflejan sólo perfiles parciales y fragmentarios del fenómeno estudiado, escapando, por ello, a una valoración precisa y unitaria.

Por lo que se refiere al fundamento de la institución, es innegable que la opinión prevalente es la que halla la «ratio» del derecho en la voluntad presunta del testador.

En lo que atañe a la explicación de la adquisición de la cuota vacante, se halla, para la doctrina dominante, en la atribución a cada coheredero de un derecho al todo. Lo que es como decir que presupuesto de los efectos es una «*vocatio in solidum*».

Juntamente con ellas rechaza Scognamiglio aquellas otras que consideran queda todo explicado por la idea de una ficción, o bien porque el heredero que acrece adquiere en virtud de una «nueva» llamada, o que

verdaderamente carece de toda autonomía el derecho de acrecer porque es íntegramente una sustitución tácita.

En conjunto viene a pensar que ninguna proporciona una explicación satisfactoria sobre qué sea el fenómeno, ya que aun explicados con acierto—acierto admitido sólo a efectos de hipótesis—el fundamento o los presupuestos de tal fenómeno, no queda explicado que sea este «en sí».

Y una vez en este punto pasa a exponer—capítulo tercero—su posición.

Comienza por excluir: 1.º, que cada coheredero pueda considerarse llamado al mismo objeto que los demás—como sucedería por el llamamiento al todo de cada uno de ellos, llamamiento que creen existe los defensores de la «vocatio in solidum»; 2.º, que cualquier heredero pueda ser llamado a varias cuotas, si no es por vocaciones diversas.

Excluido eso, piensa que se puede afirmar positivamente lo siguiente: la vocación produce el efecto no sólo de ofrecer al llamado el derecho a aceptar, sino, eventualmente, también otro derecho distinto, el de acrecer, que le permite adquirir la cuota de otro, que quede vacante.

El derecho de acrecer—sostiene el autor—es un verdadero derecho subjetivo, constituido por un poder perfectamente diferenciado, cosa que, por una feliz intuición, refleja exactamente la terminología utilizada («diritto» di accrescimento, «droit», d'accroissement, «Anwachsungsrecht»). Pertenece a la categoría de derechos al derecho, ya que tendente a conseguir la cuota vacante, no difiere en nada, a este respecto, de la estructura de un «ius delationis», el cual para Scognamiglio, siguiendo a Cariota Ferrara, es también un derecho al derecho.

El derecho de acrecer, puesto por la vocación a disposición del llamado, juntamente con la cuota a la que se llama, se adquiere al aceptar la herencia. Cuya aceptación no sólo hace al llamado subentrar en la posición jurídica que el causante tenía, sino que lo inviste, asimismo del «derecho» de «extender» su adquisición, en el caso de que queden vacantes las cuotas de los otros «co-llamados».

El fin, pues, de Scognamiglio es poner de relieve la existencia y autonomía de un derecho subjetivo perfectamente diferenciable: el de acrecer. Derecho que, adquirido al aceptar la herencia, permite que se opere el «acrecimiento» al haber cuotas vacantes.

Ahora bien, a continuación advierte que no hay que confundir el «acrecimiento» propiamente dicho, procedente del derecho de acercer, con otras figuras de «incremento» de la cuota, que también pueden llamarse «acrecimiento», pero bien entendido que éste no procede de la existencia previa de un «derecho de acrecer», sino de la aplicación de ciertas reglas sucesorias distintas de él, o bien de una vocación a favor no de «varios», sino de «un grupo» de personas «unitariamente» consideradas (en cuyo caso, cuanto menor es el número de éstas, mayor es la cuantía de lo que perciben), las cuales, «como miembros del grupo», pueden adquirir el todo, en el caso de que del grupo quede un solo miembro (1).

(1) La doctrina que explica el derecho de acrecer por la *vocatio in solidum* se encuentra, dice SCOGNAMIGLIO, en la imposibilidad de diferenciar *acrecimiento* procedente de derecho de acrecer y *aumento* de la cuota proveniente de disminución del número de sujetos componentes del grupo que ha sido *unitariamente* llamado a suceder. Afirma

Acabando por señalar las diferencias entre el acrecer, como «derecho» del coheredero que se «basa» en «su» vocación y que adquirió por la «aceptación», y la sustitución, en la que nos encontramos frente a «otra» vocación.

Bajo el título de «Disciplina jurídica del acrecimiento y supuesto de hecho constitutivo del derecho de acrecer», el capítulo cuarto comienza por plantearse el problema de si el derecho de acrecer es efecto de un supuesto de hecho legal (en el sentido, dice, de que surja «ipso iure» en el caso de que se llame a heredar a varios, o cuando concurra, además, cualquier otro requisito determinado por la Ley) o bien de un supuesto de hecho voluntario (en el sentido—continúa Scognamiglio—de que el testador pueda disponer, en cualquier caso que se produzca o no). A lo cual responde inclinándose en el segundo sentido, ya que el Derecho italiano acoge la existencia del derecho de acrecer cuando así lo disponga el testador, y en el artículo 674 establece una presunción de voluntad en favor del mismo. Por lo que hay que concluir—afirma—que el supuesto de hecho del acrecimiento está siempre constituido por la disposición del testador, sea ésta presunta, sea real.

Y acaba este capítulo examinando, en los números 44 y siguientes, algunas cuestiones singulares: las hipótesis de «conjunctiones» tradicionalmente más discutidas y los casos en que puede haber lugar a controversia sobre la presunción en favor del acrecimiento.

Pasa en el capítulo siguiente a examinar las condiciones y límites en que opera el acrecimiento, centro de cuya cuestión es el estudio del concepto y casos de cuota vacante.

Lo primero que, a tal respecto, conviene señalar es la prioridad e independencia del derecho de acrecer sobre la existencia de cuota vacante, de forma que ésta constituye un requisito para que el «acrecremento» se produzca realmente, pero no para que aquel «derecho» exista.

Afirmando esto, expresa su opinión de que el evento que determine la existencia de una cuota vacante puede producirse antes de la apertura de la sucesión e incluso antes de la designación del llamado (como si éste hubiese muerto antes de que se otorgue testamento a su favor).

Y, en base a ese modo de ver las cosas, estudia los singulares casos de cuota vacante; premoriencia, comoriencia, declaración de muerte presunta, ausencia, incapacidad absoluta o relativa, no nacimiento del concebido, indignidad, pérdida del derecho de aceptar la herencia, invalidez de la institución, ineficacia de la misma, revocación, renuncia, prescripción extintiva del «ius delationis» e invalidez de la aceptación.

Excluye que sea un requisito autónomo, necesario para que el acrecimiento se produzca, la llamada capacidad de acrecer. Realmente basta ser titular del derecho de acrecer, el cual, como ya está dicho, se adquirió —juntamente con los derechos hereditarios—al convertirse en heredero por la aceptación.

Señala los límites de la eficacia del derecho de acrecer—en los núm-

que en el segundo supuesto nos encontramos lo mismo en la sucesión *iure representacionis* (no se olvide que el art. 467 del Código italiano la admite para la sucesión testamentaria) que la *iure transmissionis*.

ros 59 y siguientes—frente a instituciones concurrentes—transmisión, sustitución y representación—, pero advirtiendo que éstas no excluyen el nacimiento del derecho de acrecer, sino que encauzando la cuota vacante por otro camino, únicamente impiden la producción «in actu» del acrecimiento.

Para examinar en el capítulo sexto los efectos y vicisitudes del derecho estudiado, distingue tres períodos. Uno que comienza a la apertura de la sucesión, momento —cree Scognamiglio— en el que surgen todos los efectos sucesorios, y, entre ellos, el susodicho derecho, aunque todavía no se adquiriera. Otro que principia con el ingreso en el patrimonio del heredero que acepta la herencia. El tercero que se origina al existir una cuota vacante, presupuesto esencial para que el derecho opere en la realidad.

Tres períodos en los que nacido, adquirido y actuante, tiene unos efectos y sigue una suerte distinta. En los dos primeros nos parece que, a tenor de la exposición del autor, es cuando, a pesar de encontrarse aún inactuante, más claramente se ve su individualidad, si bien es cierto que incluso en tales momentos los signos de ésta no sean, para nosotros, excesivamente convincentes, puesto que a duras penas se pretende conseguir demostrar, como cosas más salientes, que existe una tutela del derecho de acrecer que se realiza «aunque sea indirectamente y, por consiguiente, con menor eficiencia, juntamente con la protección del derecho del llamado, en la cual se encuentra absorbida», y que—una vez adquirido— «el primer efecto, de «máximo relieve», es el constituido por la propia pertenencia del derecho al heredero» (pág. 206). Es, además, transmisible, disponible y renunciabile, en principio, y su ejercicio parece ser que sólo puede consistir en la interpretación de la acción que se encamine a hacer constatar su existencia.

Todo ello, fácilmente se comprende que son cosas que realmente también se podrían decir en cualquier caso en el que un derecho no exista, sino en la mente del que lo estudia.

Pero lo curioso es que ese derecho tan cuidadosamente mimado, en espera de que llegue el momento decisivo de que, vacante una cuota, pueda operar en la realidad, llegado este momento (y con él el pleno efecto del acrecimiento, haciendo conseguir la cuota diferida a otro), resulta que el titular prácticamente carece de todo poder o autonomía, porque entonces lo que sucede, sucede «ipso iure», aplicándose el principio de necesidad (imperatividad) del acrecimiento. De tal forma, que sin que intervenga para nada ni pueda hacerlo, el titular se encontrará con que, por retroacción la cuota vacante le habrá pertenecido desde la vocación aquella que puso a su disposición en el denominado derecho de acrecer, derecho que en un período por su estado latente y en el otro por la eficacia «ipso iure» nunca le permitió verdaderamente hacer nada, sino sólo recibir los efectos que la ley prefijó.

Y lo que es más, el propio Scognamiglio cree que «la cuota acrecida no constituye en tesis de principio una entidad autónoma, sujeta a reglas particulares, sino que determina la ampliación de la cuota ya adquirida, con la que viene a constituir un todo único» (pág. 221). Afirma-

ción que considera compatible, con la de que «ello no quita que la cuota acrecida constituya siempre cosa distinta de la hereditaria... y que debe admitirse que la individualidad de la misma es susceptible de efectos «indirectos» (pág. 222).

Terminado el examen del derecho en estudio, en la sucesión a título de heredero testamentario, se pasa en el capítulo séptimo a tratar del mismo en materia de legados.

Se comienza por exponer y criticar las teorías que afirman y que niegan la posibilidad de la institución en este campo, así como los argumentos que utilizan. En definitiva, se considera que respecto de los legados, el llamamiento a un objeto singular determina la adquisición por cada sujeto sólo del derecho a una cuota del mismo, según el número de concurrentes, y que siendo posible también que quede alguna vacante, la explicación del fenómeno de que ésta incremente la de los demás se debe realizar a través de la afirmación de que es válida respecto a los legados la teoría formulada sobre el derecho de acrecer para la sucesión universal testamentaria.

Después, el autor va aplicando en concreto a las diversas situaciones los principios defendidos en los capítulos anteriores. Acabando por entrar en el examen particular del acrecimiento en determinados legados.

Nosotros no coincidimos con su construcción del derecho de acrecer, pero aunque compartiésemos sus opiniones respecto del mismo, no nos parecería correcto afirmar que tal construcción realizada sobre la base del sistema de adquisición de la herencia por aceptación, sea aplicable, sin necesidad ni siquiera de hacer alguna observación en materia de legados, en los que la adquisición se produce «ipso iure».

En el capítulo octavo y último se plantea el problema de si el derecho de acrecer es aplicable a la sucesión intestada, siendo la solución negativa.

El autor entiende que la falta de un heredero abintestato puede, ciertamente, favorecer a los demás, pero que ello no es porque exista derecho de acrecer, sino porque hay «incremento» de la cuota que no es propiamente «acrecremento» en sentido propio. Aquel incremento o ventaja es beneficio que se deriva «solamente» de la aplicación de los principios generales del Derecho sucesorio y no de una institución especial: el derecho de acrecer. De manera que cuando el legislador habla, refiriéndose a la sucesión intestada, de derecho de acrecer—así, artículo 522 del Código de 1942—, se trata realmente de que alude a un «beneficio», a una «ventaja» que no es efecto de la institución estudiada.

De cualquier manera, nosotros no alcanzamos a ver cómo después de la concepción del derecho de acrecer que acogió el autor pueda negar que exista en la sucesión intestada. E incluso él se percató de que, aunque sólo fuese en el caso de renuncia, se le puede objetar que sí, para juzgar del derecho de acrecer; tiene relevancia decisiva fijarse en el «momento de la delación» (de tal forma, que ésta aunque se entienda a otros efectos desaparecida retroactivamente si el llamado repudia, una vez producida, sirve de base para un acrecimiento a favor de quienes llamados a una cuota menor la reciban después realmente mayor «por» la renun-

cia de algún llamado), ello implica que al renunciar un «llamado abintestato» su cuota acrece, en «sentido riguroso» a los demás.

Grave objeción que intenta en vano rechazar simplemente afirmando que es innegable y que no puede desconocerse que se trata de un «incremento» no procedente del derecho de acrecer, sino de las reglas generales de la sucesión.

A nuestro modo de ver la obra, peca de dos cosas fundamentales: 1.^a La creación—«*creatio ex nihilo*»—de un derecho subjetivo, perfectamente diferenciado: el de acrecer. 2.^a La negación de su existencia en la sucesión intestada, negación que con el concepto que acoge Scognamiglio de aquel derecho, nos parece imposible.

Discrepamos, pues, del autor en la médula de su construcción. Y no sólo lo hacemos porque creamos, como es hoy opinión corriente, que realmente no hay un «derecho» de acrecer, sino que sencillamente hay un «incremento», «un aumento», de la cuota, que se produce «*ipso iure*» y que es simplemente consecuencia de una delación «*in solidum*», incremento que es artificioso querer construir como consecuencia de un especial derecho subjetivo atribuido al que lo recibe. Sino que nuestra discrepancia se basa en la creencia de que el acrecimiento no tiene su razón de ser en la «solidaridad» en la delación—solidaridad entre aquel que no recibe su parte y los que la acrecen—, sino que la tiene en que realmente no hay delación para aquel—porque faltan sus «presupuestos»—o, aun producida, se borra retroactivamente con posterioridad.

Pero la justificación de esta tesis, en sus diversos aspectos—que creemos posible a la vista del artículo 982-2.º de nuestro Código y de los casos no comprendidos en él—no es factible dentro de una nota de este tipo, en la que si bien hemos apuntado algo de lo que pensamos sobre el libro de Scognamiglio y sobre la materia que versa, se trata sólo de dar una reseña de lo que aquél dice.

M. ALBALADEJO

SOLA CAÑIZARES, Felipe de: «Las sociedades de responsabilidad limitada en el nuevo Derecho español». Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1954; 251 págs.

La publicación del primer texto positivo español que ha prestado atención a la regulación general de las sociedades de responsabilidad limitada abre nuevos cauces al estudio de estas sociedades por parte de nuestra doctrina. La tarea, siempre difícil, de tener que construir las líneas de una institución sin la ayuda del precepto legal, se ve hoy aligerada por la publicación de esa primera ley española sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, que inicia una nueva etapa en el desarrollo legislativo de las mismas. Inspirada «en principios de una gran elasticidad», la ley deja un amplio campo a la interpretación, y es de esperar que la doctrina colabore en esta gran tarea de construcción que facilita la aplicación de la norma e ilumina la labor interpretativa de nuestra jurisprudencia. Entre los primeros que han atendido a esta necesidad se presenta Sola Cañizares, que ya anteriormente había dedicado al

estudio de esta institución dos obras de gran valor («Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en Derecho argentino y comparado», con la colaboración de Aztiria. Buenos Aires, I, 1950, II, 1954; «Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en el Derecho español», Barcelona, 1951).

La obra que ahora publica constituye una «adaptación» del tratado últimamente citado a la nueva ley. Se sigue casi fielmente el sistema establecido en aquella obra. Después de un estudio previo y necesario de la sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho comparado y de las características que presenta en la nueva ley española, se expone la materia relativa a los elementos esenciales de la sociedad, para entrar después en la consideración de los problemas que plantean la fundación, las participaciones sociales y las obligaciones y derechos conferidos por la sociedad. Los capítulos dedicados al estudio de las decisiones sociales, la administración, la fiscalización y el balance recogen convenientemente los aspectos más interesantes de la vida y organización de este tipo de sociedad mercantil. La obra se cierra adecuadamente con el examen de las cuestiones relativas a la transformación y fusión, disolución y liquidación de la sociedad, que llenan los dos capítulos finales.

En cuanto al contenido, es necesario destacar que la «adaptación» realizada representa un buen esfuerzo hacia el conocimiento del nuevo texto legal. Lejos de constituir una repetición de su obra anterior con una simple referencia a los artículos de la ley, esta publicación ha tomado lo imprescindible de aquella obra y está concebida con una meritoria intención de dar explicación a los problemas concretos que puede presentar la aplicación del texto legal, profundizando en la significación de sus preceptos y atendiendo, con buen criterio, a las lagunas que la ley ofrece. Puede afirmarse que la obra constituye un verdadero «comentario» de la nueva ley y que en este carácter descansa su preferente utilidad. En este sentido sería deseable, no obstante, un estudio más extenso de algunos artículos, aunque sea justo reconocer que en este aspecto la ambición del lector interesado por estos problemas, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico, difícilmente puede encontrar una satisfacción total.

El autor ha intentado estudiar las cuestiones fundamentales que en el momento actual ofrece la sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho español y ha logrado su propósito con singular acierto. Las objeciones que pueden hacerse a algunas de sus conclusiones no merman el valor de esta obra, escrita con estilo claro y preciso, que tiene el mérito de constituir una primera «toma de contacto» con la ley, y que revela, una vez más, el profundo conocimiento que el autor tiene de esta institución.

TAMBURRINO, Giuseppe: «I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto». Milano, 1954. Ed. Giuffrè; 238 págs.

El objeto del presente trabajo es el estudio de las hipótesis negociales con función preliminar o preparatoria en orden a un futuro contrato definitivo y con efectos unilateralmente vinculantes.

Tamburrino intenta, pues, aclarar, desde el punto de vista teleológico y práctico, alguna de estas hipótesis negociales con función preliminar y con efectos unilateralmente vinculantes en el sentido enunciado; es decir, concluir un peculiar y determinado fin práctico y concreto. Tal finalidad es la que lleva al autor a sostener que el vínculo contraído por las partes y con cargo a una de ellas en el aspecto formal de un contrato, puede tener una triple dirección: a), un vínculo para concluir el contrato definitivo; b), un vínculo para la predeterminación de las cláusulas o de una parte del contenido del futuro contrato, y c), un vínculo para escoger la preferencia de uno de los futuros contrayentes.

Cree este autor que en cuanto a la naturaleza y esencia del vínculo, una sola de las partes puede vincularse y comprometerse a la conclusión del contrato definitivo. Y esto puede hacerlo de varios modos: obligándose una de ellas a su propia declaración (o propuesta) contractual, o bien obligándose una de ellas a estipular un futuro contrato. En el presente trabajo Tamburrino pretende aclarar la finalidad última tenida en cuenta por las partes a través de la realización de sus varios fines inmediatos.

La sistemática de la obra aparece clara. Después de un capítulo de introducción, que contiene breves notas que sirven para diferenciar las hipótesis negociales en examen de las otras varias manifestaciones que pueden encontrarse en el espacio formativo del contrato dentro de aquellos actos que el autor llama «meramente predispositivos» en cuanto no vinculan autónomamente, se estudian, a continuación, de una manera analítica y separadamente las varias hipótesis negociales preliminares en la formación de un futuro contrato y con efectos unilateralmente vinculantes. Tales son: a), la propuesta irrevocable; b), la opción; c), el contrato preliminar unilateral; d), los acuerdos provisionales y preparatorios en orden al contenido del contrato definitivo, y e), la prelación.

Sucesivamente, en la segunda parte, se examinan los elementos comunes a todas las hipótesis anteriores, reagrupándolas en torno a los tres puntos fundamentales indicados (función preliminar, unión y relaciones entre la hipótesis preliminar y el contrato definitivo), intentándose por el autor el encuadramiento de las mismas hipótesis preliminares en un esquema o reagrupamiento general.

El estudio del vínculo unilateral que aparece en la formación del contrato se refiere especialmente a los vínculos negociables puestos por la voluntad de las partes. Tamburrino solamente hace breves observaciones al vínculo que deriva de la voluntad soberana de la ley.

La obra es una aportación interesante a la actual y floreciente dogmática contractual.

VISMARD, Marcel: «*Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive*». Librairie du Recueil Sirey. Paris, 1951; 212 páginas.

El autor no es un teórico, sino un hombre encargado de aplicar el Derecho y concretamente de resolver, desde hace varios años, todas las cuestiones que sobre adopción se plantean ante el Tribunal del Sena: de aquí que la presente obra cuente con un «mínimum» de aparato bibliográfico, limitado exclusivamente a su propio país, pero sí, al menos, con la documentación suficiente para presentar al lector con claridad los problemas que estas interesantísimas instituciones ofrecen en la actualidad, ilustrándolas en muchas ocasiones con recientes decisiones de la jurisprudencia.

Porque debe advertirse que la adopción en Francia no es una institución muerta; por obra de sucesivas reformas legislativas (ley de 19 de junio de 1923, decreto-ley de 29 de julio de 1939, ley de 8 de agosto de 1941 y ley de 23 de abril de 1949, fundamentalmente) se ha modificado de tal suerte el articulado de la adopción—a punto de ser suprimida en el Code de Napoleón, a no ser por una enérgica y decisiva defensa del Primer Cónsul—que el número de las que se efectúan aumenta constantemente: de 50 anuales en 1900 se pasa a 2.204 en el año 1944.

La mayor extensión de la obra está dedicada al estudio teórico de la adopción y de la legitimación adoptiva, con breves referencias a los problemas de Derecho internacional y a las posibles reformas de la legislación en vigor; en la segunda parte se contempla el aspecto práctico con modelos de formularios, sentencias, etc., y en la tercera se incluyen los textos legales pertinentes.

Con mucho, el interés principal del libro para el lector español radica en la exposición de las condiciones de fondo y forma de la denominada «legitimación adoptiva» que crea una adopción más completa que la ordinaria asimilando al adoptado a un hijo legítimo, y confiriéndole los mismos derechos que si hubiese nacido del matrimonio. Si tenemos en cuenta que cabe legitimar por adopción a los hijos naturales y aun adulterinos del adoptante, resultará palpable la conveniencia de tener presente la vigente legislación francesa a la hora de modificar y «vitalizar» los casi inaplicados preceptos del C. civil en materia de adopción.

Notemos, por último, que la cuestión controvertida en nuestra doctrina de los derechos hereditarios del hijo adoptivo no se plantea en Francia, ni respecto de la adopción común (pues según el artículo 356 del Code Napoleón: «L'adopté et ses descendants légitimes... ont sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y auraient des enfants ou descendants légitimes»), ni respecto de la legitimación adoptiva (artículo 370: «L'enfant qui fait l'objet d'une légitimation adoptive... a les mêmes droits et les mêmes obligations que s'il était né du mariage»).

WOLFF, Ernst: «Bürgerliches Recht und Prozessrecht in Wechselwirkung»; 115 págs. Mohr, Tübingen, 1952.

El Dr. Ernst Wolff, profesor honorario de la Universidad de Colonia y presidente del Tribunal Supremo de la Zona británica de ocupación, no trata de elaborar en este libro una teoría general de las relaciones entre el Derecho procesal y el civil. Su propósito es diferente: mostrar las interferencias realmente existentes entre ambos Derechos en determinadas materias. La obra se dirige principalmente a estudiantes, y el método en ella adoptado es denominado «funcional» por el autor. Mediante aquél se pretende mostrar las instituciones jurídicas en su realidad vital. Para conseguirlo, examina el autor diversas cuestiones, de las cuales algunas son puramente procesales, otras en cambio se refieren a puntos de Derecho civil y procesal.

En el capítulo I contraponen el Dr. Wolff el Derecho romano clásico y el «common law», en los que no podía ser demandado el cumplimiento «in natura» de una obligación, y el sistema del actual Derecho alemán, en el cual, salvo especialísimos casos, puede reclamarse; esta contraposición, no obstante, viene atenuada por la actuación de las normas de la ejecución forzosa que excluyen la ejecución «in natura» en determinadas hipótesis. Las relaciones entre titularidad de los derechos y obligaciones y legitimación procesal activa y pasiva, constituyen el objeto del capítulo II. En el III examínanse las declaraciones hechas por las partes en el proceso, productoras de efectos jurídicos materiales y su peculiaridad, respecto de la forma y de la irrelevancia de los vicios del consentimiento, frente a las declaraciones de voluntad en general. Las características procesales de los derechos de formación jurídica, y las repercusiones de las titularidades con pluralidad de sujetos en la legitimación procesal activa y pasiva son estudiadas respectivamente en los capítulos IV y V. En el VI el autor, tras reproducir el concepto de «Haftung», considera las disposiciones de la ZPO relativas a esta institución. En el VII son contempladas la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, que se corresponden con la capacidad jurídica y la capacidad negocial del Derecho material, y asimismo la discutida figura de las partes por razón del cargo («Parteien kraft Amts»). El capítulo VIII es de orden puramente procesal; en él se estudia el interesante problema de la cosa juzgada mediante un ejemplo. Después de una sucinta exposición dogmática de las instituciones del preheredero (Vorerbe) y postheredero (Nacharbe), son examinadas (capítulo IX) algunas cuestiones procesales y de Derecho inmobiliario registral con ellas relacionadas. El capítulo X se refiere al «testamentum correspectivum» y su posible revocación por una disposición a él contraria del cónyuge sobreviviente, y a las situaciones procesales que este especial tipo de revocación puede originar. El hecho de que la sentencia normalmente no determine el lugar de ejecución de la prestación y las razones de este fenómeno (entre las que se destaca la falta de importancia del lugar de ejecución de la prestación para la ejecución forzosa) son puestos de relieve en el capítulo XI. Con el estudio de las relaciones entre las pretensiones reales y obligatorias respecto de un caso

práctico en el que un prestatario se ve atacado por la pretensión (obligatoria) del prestamista (no propietario) y la pretensión (real) del propietario, concluye la obra (capítulo XII). El libro contiene amplios índices de preceptos legales citados y alfabético de materias.

A diferencia de lo estudios de Derecho procesal, en los que nunca faltan continuas remisiones al Derecho civil, los trabajos de Derecho civil olvidan en numerosas ocasiones la íntima e ineludible relación existente entre ambos Derechos. De ahí se deriva el que la obra del Dr. Wolff haya de ser en principio bien acogida. Su lectura invita a un replanteamiento de muchas instituciones de Derecho civil, teniendo a la vista la influencia que en su efectividad ejerce el Derecho procesal. Podrá discutirse acerca de la elección de los temas en ella estudiados y de las soluciones propuestas. La finalidad que persigue merece, en cambio, aprobación.

Carlos R. FERNANDEZ RODRIGUEZ

Becario del I. N. E. J.

Profesor A. de D. Civil en la Univ. de Santiago.

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

DEL VECCHIO, Giorgio: *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del Derecho*. RGLJ, Año CI, tomo XXVII (195), núm. 5, noviembre 1953; págs. 523-533.

En versión española del profesor Galán se nos ofrece la Ponencia que el maestro Del Vecchio presentó al III Congreso Internacional de Derecho Comparado. Parte del principio de unidad real del espíritu humano, base esencial de la variabilidad del Derecho. La Ciencia del Derecho Comparado es algo más que un simple inventario de Leyes y debe servirnos para hallar el fondo inmutable de las mismas.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Vocación codificadora*. BI. Año VIII, núm. 255, 25 enero 1954; págs. 1-4.

Los trabajos que llevan a cabo las Comisiones Codificadoras francesas y venezolanas, han puesto otra vez de moda la vieja cuestión de si será adecuada la época actual para la codificación. El autor recela de la tesis negativa.

GOLDSCHMIDT, Werner: *Explicación de la teoría de la situación jurídica*. RP. Año IX, núm. 3, julio-agosto-septiembre 1953; págs. 353-367.

Se trata de una clase explicada por el autor, en febrero de 1953, en la Universidad de Valencia. Su contenido se distribuye en los siguientes apartados: I. El Derecho. II. La interpretación del Derecho. III. Aplicación del Derecho. IV. El Proceso. V. Explicación de la resistencia con la que la teoría de la situación jurídica ha tropezado

KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho y teoría egológica*. REP. Núm. 71, septiembre-octubre 1953; págs. 3-39.

Respuesta al trabajo del profesor Carlos Cossio, en "Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts" en el que se intentaba demostrar la supe-

(*) Vid. la clave de abreviaturas en el Anuario VII, 1, págs. 2/2-33.

rioridad de la teoría egológica sobre la teoría Kelseniana. En ella se refutan no solamente argumentos objetivos, sino también ciertas apreciaciones y afirmaciones de Cassio acerca de las lecciones profesadas por Kelsen en Buenos Aires.

LAWSON, F. H.: *La razionalità del Diritto Inglese*. (III. *La Proprietà*). IM. Año IV, fasc. III, septiembre 1953; págs. 326-343.

Prosigue el autor (profesor de Oxford) sus estudios sobre los rasgos esenciales del Derecho inglés. En éste, dedicado a la propiedad, examina el sistema de derechos reales elaborado en Inglaterra, destacando la perfección que se observa en el análisis de los mismos.

Es decisiva la gran sencillez con que las instituciones se adaptan a las necesidades, a veces contradictorias, de la libre circulación de los bienes. Señala también la adaptación del sistema a la protección de los intereses económicos y jurídicos de los titulares de los derechos. Critica algunos aspectos de la regulación en torno a la transmisión de los bienes muebles.

LAWSON, F. H.: *La razionalità del Diritto Inglese* (IV. *Gli atti illeciti*). IM. Año IV, fasc. IV, diciembre 1953; págs. 491-511

El autor se refiere a algunos aspectos característicos de la responsabilidad por «delito civil» en el Derecho inglés, en el que no existen principios tan generales como en los sistemas continentales. Analiza especialmente la responsabilidad nacida de violación del derecho de propiedad y de otros derechos reales.

LÓPEZ NÚÑEZ, Carlos: *Concepto y situación actual del Derecho romano*. ED. Vol. XV, núm. 43, octubre 1953; págs. 57-212.

Este extenso estudio, seguido de un abundante repertorio de fuentes de producción y conocimiento, viene a constituir lo que en España conocemos como Memoria de Cátedra.

PEDRAZZINI, Mario: *Lingua e Diritto in Svizzera*. NRD. Vol. VI, fasc. 9-12; págs. 197-207.

Entendida la libertad de lengua en su doble valor, como factor formativo de la personalidad y como medio indispensable de intercomunicación, se configura el derecho a usar la propia lengua como un derecho de la personalidad.

La cuestión tiene importancia en un país en el que, como en Suiza, coexisten varios idiomas. La cuestión se plantea en este trabajo sobre la red del Derecho positivo y suizo y teniendo presente la particular concepción del individuo en la teoría jurídico-política helvética.

PERÉ RALUY, JOSÉ: *Proyección del Concordato de 1953 sobre el Derecho civil y procesal español*. RJC. Enero-febrero 1954; págs. 75-88.

Analiza la repercusión del Concordato en el Derecho civil, con arreglo a una división sistemática de éste, anotando las modificaciones, interpretaciones y nuevas disposiciones que el Concordato implica. Lo mismo hace finalmente con respecto a los cambios fundamentales que supone para el Derecho procesal.

RODRÍGUEZ, ANTONIO: *La legislación laboral argentina*. RGD. Año X. número 109. octubre 1953; págs. 489-492.

Se diseña la Legislación laboral argentina en materia de Secretaría de Trabajo y Previsión, Jornada de Trabajo, Trabajo de mujeres y menores, Trabajo a domicilio, Accidentes, Previsión Social y Tribunales de Trabajo.

SCARPELLI, UBERTO: *Il linguaggio valutativo e prescrittivo*. IM. Año IV, fascículo III, septiembre 1953; págs. 305-325.

Después de haber considerado los términos del problema del lenguaje evaluativo y prescriptivo en la Filosofía analítica, el autor expone las tesis principales del libro de R. M. Hare "The language of morals". Crítica algunos aspectos de esta obra, fijándose, sobre todo, en el interés de sus puntos de vista, en relación con los problemas que plantea el lenguaje jurídico.

VON HIPPEL, ERNST: *Il concetto del Diritto nella Costituzione di Bonn*. IM. Año IV, fasc. IV, diciembre 1953; págs. 525-535.

Interesante giro el experimentado en la Constitución de Bonn. En ella, a diferencia de lo que sucedía en la Constitución de Weimar, se rechaza la idea de la soberanía ilimitada del legislador y se acoge, por el contrario, el concepto del Derecho Natural. Esta es la tesis de von Hippel.

2. Derecho de la persona.

CARNELUTTI, FRANCISCO: *Notas sobre la capacidad y la incapacidad*. RDP. Año XXXVII, núm. 440, noviembre 1953; págs. 949-956.

A vuela pluma nos ofrece el maestro Carnelutti unas leves, pero, como todas las suyas, sugestivas indicaciones sobre la capacidad. Deslinda los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, destaca la función de la voluntad («querere», «entendere») ligada a la madurez del cuerpo humano, y toma en cuenta algunas causas de incapacidad internas y externas. Consideraciones sobre los artículos 428 y 591 del Código civil.

LATOUR BROTONS, Juan: *La inscripción de defunción en el Registro civil en los casos de fallecimiento por enfermedad profesional.* BI. Año VIII, núm. 260, 15 marzo 1954; págs. 1-5.

- 1. Determina el concepto de enfermedad profesional en base al artículo 2 del Decreto del Ministerio de Trabajo de 10 enero 1947.
- 2. Se fija en la autopsia como requisito de la inscripción.

SAPENA, Joaquín: *Vecindad civil de quien adquiere la nacionalidad española.* RCDI. Año XXIX, núm. 305, octubre 1953; págs. 729-744.

La existencia de distintas legislaciones civiles en España, y, por consiguiente, de distintas «vecindades civiles», plantea interesantes problemas en materia de determinación de la vecindad civil, que corresponderá a quien adquiriera la nacionalidad española.

Partiendo de la absoluta igualdad entre la vecindad castellana y las forales, el autor examina casuísticamente los distintos supuestos: relación de sangre, relación territorial, opción unida al ius sanguinis, opción unida al ius soli, dependencia familiar, naturalización, recuperación.

TABOADA ROCA, Manuel: *Los títulos nobiliarios y su regulación legislativa en España.* FG. Año XI, núm. 87, mayo-junio 1953; págs. 257-276.

Por ser ésta una materia no muy manejada ni conocida por los profesionales del Derecho, el autor ofrece una clara visión de conjunto de su regulación en España. Comienza con su concepto, naturaleza y clases. Continúa con breves referencias históricas y se muestra partidario de la institución. Describe las situaciones en que puede hallarse un título, sus modos de obtención y causas por que se pierden y extinguen. Termina con indicaciones sobre las distintas clases de títulos. El trabajo no finaliza en este número de FG.

3. Derechos reales.

BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *Naturaleza jurídica de la copropiedad.* RDP. Año XXXVII, núm. 440, noviembre 1953; págs. 956-976.

En líneas generales, el contenido de este trabajo es el mismo que da el profesor Beltrán de Heredia al capítulo V de su monografía *La comunidad de bienes en el Derecho español*, de la cual se ofrece una reseña en el presente fascículo de este ANUARIO.

DISTASO, Nicola: *Nuove riflessioni sulla natura giuridica dell'ipoteca.* IM. Año IV, fasc. III, septiembre 1953; págs. 375-389.

El autor combate la tesis, expuesta recientemente por Fenech Navarro, del carácter puramente procesal de la hipoteca. Reivindica para ésta, con firmeza, su naturaleza indiscutible de derecho real.

EICHLER, Hermann: *L'obbligazione sociale della proprietà*. NRD. Vol. VI, fasc. 9-12, 1953; págs. 215-224.

En dos aspectos se estudia el tema. Primero en su base jurídica constitucional, examinando las ideas que presiden los ordenamientos político-jurídicos fundamentales. En segundo lugar en su aspecto sistemático, tanto de Derecho público como de Derecho privado, en los que las obligaciones del propietario se configuran como limitaciones del Derecho de propiedad, ya de tipo general, ya referidas particularmente a un tipo de propiedad o de propietarios.

FUNAIOLI, G. B.: *Il declino della regola del «quod minus est inter impensum et melioratum» nel Codice civile italiano*. NRD. Vol. VI, fasc. 9-12, 1953; págs. 194-197.

El principio rigió y se justificó en el Derecho romano. Pasó a los Códigos y el italiano de 1865 lo acogió en los casos que el autor analiza, quedando tan sólo esbozadas en otros casos unas tenues desviaciones. La orientación del Código de 1942 es opuesta. Para favorecer la actividad del poseedor, encaminada a mejorar los predios, sobre todo en el campo de la agricultura se señalan las normas que abandonan la regla del *quid minus*, que puede decirse que se mantiene tan sólo como norma excepcional como sanción al poseedor de mala fe.

RAMOS FOLQUEZ, Rafael: *La enseñanza de un documento de época o Pragmática Sanción de Carlos III sobre el Oficio de Hipotecas*. RCDI. Año XXIX, núm. 306, noviembre 1953; págs. 785-799.

El autor transcribe íntegro el texto de la Pragmática y comenta y destaca algunos de sus aspectos: promulgación (originaria y secundaria), contenido (era la L. H. de la época), valor constitutivo de la toma de razón.

TALÓN MARTÍNEZ, Francisco T.: *Prohibiciones convencionales de disponer*. RJC. enero-febrero 1954; págs. 46-62.

Partiendo de la noción y facultades que comprende el derecho de propiedad y de las limitaciones que son inherentes a su naturaleza, se definen y clasifican las prohibiciones de disponer, para desglosar luego el estudio de cada una de ellas: de enajenar, de dar en prenda o hipoteca, de embargar y de ceder créditos, distinguiendo en cada una de ellas su validez y sus efectos.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Direito de satisfação ou resgate e sub-rogação legal nos casos de hipoteca ou de penhor*. BMI. Núm. 38, noviembre 1953; págs. 5-24.

Estudia, con vistas a la reforma del Código civil portugués, las relaciones internas que se producen en el caso en que el dueño de la cosa pignorada o

hipotecada satisface la deuda al acreedor: derecho de regreso, excepciones oponibles, subrogación, efectos registrales, caso de deuda solidaria y caso de satisfacción parcial del crédito. Termina formulando el proyecto de articulado.

4. Obligaciones y contratos.

ALCÁZAR OLALLA, José: *Un caso de aplicación de la causa 9.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946*. RGD. Año X, número 110, noviembre 1953; págs. 563-572.

Ante un caso concreto, el autor hace algunas sugerencias sobre la causa novena del artículo 149 de la LAU, con especial referencia a la posición de la autoridad municipal.

ASCARELLI, Tulio: *Contratto plurilaterali; comunioni di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*. RTDP. Año VII, núm. 3, septiembre 1953; págs. 721-745.

El presente trabajo del profesor Ascarelli constituye en el fondo una delimitación de la figura del «contrato plurilateral»; su posible, pero no necesaria, coordinación con la «comunidad de intereses»; su diferencia, no siempre bien apreciada, con el negocio trilateral (tres personas), así como la posible existencia del llamado contrato plurilateral de dos personas.

ASCARELLI, Tulio: *Contratto misto, negozio indiretto, «negotium mixtum cum donatione»*. JF. Año 17, núm. 105, octubre-diciembre 1953; páginas 247-267.

Reproducción del artículo publicado en 1930 en la «Rivista di Diritto Commerciale» e incluido en los *Studi in tema di contratti* del autor, publicado en 1952. El trabajo está referido al Código italiano de 1865, pero conserva interés doctrinal.

CASAS MARTÍNEZ, A.: *La extinción del derecho del arrendador como causa de terminación de los contratos de arrendamientos urbanos*. RDP Año XXXVII, núm. 440, noviembre 1953; págs. 976-986.

• El derecho en base al que el arrendador contrata puede extinguirse por transmisión o por extinción propiamente dicha. Estudia como casos de transmisión los siguientes: venta de la casa arrendada, sucesión a título universal, legado. Como caso de extinción, estos otros: arrendamiento otorgado por el usufructuario, por el heredero fiduciario, por el administrador de responsabilidades políticas. Termina refiriéndose a la evicción.

Como conclusión afirma: 1) En la legislación común el arrendamiento

urbano termina cuando tiene lugar la extinción o transmisión del derecho del arrendador (excepto en la transmisión hereditaria a título universal). 2) En la legislación especial, en cambio, los contratos subsisten, sin resultar afectados, en todos los casos de transmisión del derecho del arrendador y terminan en los casos de extinción.

CRISCI, Nicola: *Anomalie nei contratti collettivi di lavoro*. DG. Año 69, número 1, enero-febrero 1954; págs. 1-11.

A pesar de que las normas del Código civil italiano prevalecen sobre los acuerdos y contratos colectivos, en la práctica este principio se olvida y, por mala voluntad o por ignorancia, se violan las disposiciones imperativas. El trabajo examina sumariamente los casos crónicos de violación, no sólo de la ley, sino de los principios generales del ordenamiento jurídico italiano. Su frecuencia aconseja la asistencia de técnicos en la contratación colectiva.

GENOVESE, Anteo: *Appunti circa l'elemento conoscitivo nelle condizioni generali di contratto*. RTDP, Año VII, núm. 3, septiembre 1953; páginas 696-720.

Las condiciones generales de la contratación plantean un sinfín de cuestiones jurídicas enlazadas con la dogmática general del contrato. Destaca entre ellas lo relativo a su conocimiento o cognoscibilidad por la contraparte del autor de las «condiciones». Se enfrenta el autor especialmente con los artículos 1.335 y 1.341 del Código civil italiano. Se fija en el criterio de la «ordinaria diligencia» y en sus aplicaciones prácticas.

GIBERT, Raffaele: *Il contratto di lavoro e il problema della libertà*. IM. Año IV, fasc. IV, diciembre 1953; págs. 512-524.

En el presente artículo el profesor Gibert traza la evolución de las dos instituciones de la esclavitud y del contrato de trabajo, y pone de relieve los rasgos que de aquélla se perciben aún en éste.

GORLA, Gino: *La teoria dell'oggetto del contratto nel Diritto continentale (civil law)*. IM. Año IV, fasc. III, septiembre 1953; págs. 289-304.

El autor critica la teoría del objeto del contrato en el Derecho continental, indicando que se trata de una doctrina de pura y simple lógica, construida a priori en un fallido intento de abarcar, reunir y explicar, mediante un principio general, casos completamente diversos entre sí.

JURADO PÉREZ, Telmo: *El arrendamiento urbano laboral*. AUM. Vol. XI, número 3, curso 1952-53.

Estudio sistemático del concepto, naturaleza jurídica y régimen del contrato previsto en el artículo 52 de la vigente Ley de Contrato de Trabajo por

el que un empresario o patrono cede temporalmente a un trabajador el uso de una vivienda, mediante un precio cierto, en relación con un contrato laboral, existente entre ambos, del que recíprocamente depende.

MENDES, João de Castro: *Acerca da condenação por danos genéricos, possíveis e eventuais.* JF. Año 17, núm. 104, julio-septiembre 1953.

Después de demostrar que el problema de la responsabilidad ya no es hoy un problema de culpabilidad, sino de reparto equitativo de los perjuicios y de definir lo que debe entenderse por daño genérico, específico, actual, futuro o temido, eventual o hipotético, centra la cuestión en el estudio de la posibilidad doctrinal de la condenación a satisfacer daños eventuales, posibles y genéricos, su posibilidad positiva en el Derecho portugués y las dificultades procesales que esta condenación implica.

PERÉ RALUY, José: *Embargo y adjudicación judicial del derecho de arriendo de local de negocio.* RGD. Año X, núm. 109, octubre 1953; págs. 496-501.

Se refiere el autor al vulgarmente llamado «embargo del derecho de traspaso». Destaca las posiciones doctrinales afirmativa y negativa de la posibilidad de dicho embargo, así como la tesis afirmativa del T. S. (especial alusión a S. de 18 de junio de 1953).

Entiende que es posible dicho embargo, si bien su verdadera designación es «embargo del derecho de arriendo» (que implica una adjudicación judicial del mismo).

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Dação em função do cumprimento e dação em cumprimento.* BMI. Núm. 39, noviembre 1953; págs. 25-57.

Estudio de la naturaleza, características y diferentes efectos de la *cessio pro solvendo* y de la *cessio in solutum*, que termina proyectando los correspondientes textos legales para la reforma del Código civil portugués.

5. Derecho de familia.

CACHIA, M. Michel: *Les conflits de filiations en Droit français.* RTDC Año 52, núm. 4, octubre-diciembre 1953; págs. 613-636.

En los casos de reclamación plural de la maternidad o paternidad sobre un mismo hijo, la Jurisprudencia no ha llegado a encontrar soluciones claras ni definitivas. Como principio de solución, los Tribunales acuden al interés del hijo. Pero la determinación de este interés encuentra obstáculos muchas veces insuperables, sobre todo cuando las filiaciones en conflicto son de diversa naturaleza. El estudio de los casos de esta índole, como el de aquellos en que se da una concurrencia de filiaciones del mismo género, ha de hacerse de

un modo empírico. Y tanto por esta apreciación subjetiva de cada caso, como por la especial naturaleza de las acciones de estado, la cosa juzgada solamente produce sus efectos prohibitivos entre las mismas partes contendientes. Incluso el mismo hijo, además de otras personas distintas de las que ya reclamaron, pueden solicitar la diversa declaración de filiación.

FERRER CORREIA, Antonio: *Parecer sobre os pontos de um questionário relativo a un projecto de convenção internacional em materia de obrigação de alimentos*. BMI. Núm. 38, septiembre 1953; págs. 5-27.

El autor, como encargado de elaborar la reforma de los textos del Código civil portugués relativos al Derecho internacional privado, fué comisionado por el Gobierno portugués para responder al cuestionario que el Gobierno holandés remitió con destino a la VII Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. La Conferencia no llegó a abordar los problemas relativos a la obligación alimenticia, y este artículo constituye la respuesta dada sucintamente a cada uno de los puntos relativos a la obligación alimenticia nacida entre parientes legítimos y afines, seguida del Proyecto de Convención formulado.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Los regimenes de comunidad y separación en el Derecho matrimonial comparado*. BI. Año VII, núm. 251, 15 diciembre 1953; págs. 2-5.

Indicaciones somerísimas (casi meramente enunciativas) de países que aceptan el régimen de comunidad y el de separación.

GAVALDA, Christian: *Un renouveau du bail à nourriture?* RTDC. Año 52, núm. 4, octubre-diciembre 1953; págs. 637-661.

La jurisprudencia francesa ha tenido ocasión de manifestarse, a partir de 1946, en seis ocasiones diferentes sobre el contrato de cesión de bienes por alimentos no recogido en el Código de Napoleón. El trabajo examina el contorno dado a la relación jurídica alimenticia en este negocio atípico, centrándolo su desarrollo en los dos caracteres que el autor considera fundamentales: ser *in iure personae* y estar dotado de una elasticidad en cuanto a la prestación alimenticia y de una amplitud tal en cuanto a las atenciones que implica en favor del cedente, que aproximan la relación a la que nace del contrato aleatorio.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La constitución del patrimonio familiar*. RCDI. Año XXIX, núm. 305, octubre 1953; págs. 689-712.

Indica cómo el Derecho agrario debe enfocarse con una doble técnica: civil y administrativa. Se refiere a la ley que regula el patrimonio familiar,

de 15 de julio de 1952, así como a sus antecedentes y disposiciones complementarias. Tras señalar los rasgos característicos de esta legislación, entra en el estudio de la constitución del patrimonio familiar. Se constituye por un acto administrativo. *Requisitos subjetivos* de la constitución son: la administración y el adjudicatario. *Requisitos objetivos*: patrimonio familiar y prestaciones del particular. *Requisitos formales*: autenticación e inscripción en el Registro.

SALTOR, Octavio: *La adopción de los expósitos*. RJC. Enero-febrero 1954; págs. 89-90.

Crítica del párrafo segundo del artículo 5.º de la Ley de 17 de octubre de 1941, que, al disponer que los padres naturales del expósito adoptado tienen derecho a impugnar la adopción o a dejarla sin efecto en el caso de que deseen recuperar a su hijo, cierra prácticamente a los expósitos la posibilidad de ser prohijados.

SANTORO-PASSARELLI, Francisco: *Il governo della famiglia*. IR. Año VI, noviembre-diciembre 1953; págs. 337-351.

En esta comunicación presentada por el autor al Primer Congreso Internacional de Juristas Católicos se desarrolla, desde un punto de vista iusnaturalístico, los problemas fundamentales que plantea la autoridad familiar. Unos previos: la naturaleza, funciones y órganos de la familia. Otros referidos a la misma autoridad en relación a las personas de los cónyuges y de los hijos, a los bienes familiares y personales y al Estado, en cuanto hay que justificar su intervención en la vida familiar.

VÁZQUEZ NOGUEIRA, Antonio: *Reconocimiento de hijos naturales en actas de nacimiento extendidas en virtud de expediente de inscripción fuera de plazo*. BI. Año VII, núm. 252, 25 diciembre 1953; págs. 3-9.

El autor se extiende en consideraciones de tipo casuista sobre el particular, comentando la Legislación y algunas resoluciones del Centro Directivo. Especialmente se fija en la aprobación judicial y en la necesidad o innecesidad de la misma.

6. Derecho de sucesiones.

SERVAT ADUA, José: *Facultades del hijo fiduciario en cuanto a la detracción de su legítima*. RJC. Enero-febrero 1954; págs. 3-23.

En relación con la enajenación de bienes sujetos a fideicomiso condicional, la creación del Registro de la Propiedad operó, como consecuencia del principio de publicidad, una transformación fundamental que se refleja en la validez

de las enajenaciones hechas por el fiduciario para hacerse pago de su propia legítima. La exposición de esta transformación va precedida de la doctrina anterior a 1863 y seguida de las Sentencias y Resoluciones referentes a la posibilidad de que el hijo fiduciario se adjudique bienes en pago de su legítima y a los requisitos que deben reunir las enajenaciones realizadas con dicha finalidad.

X: *Partición de herencia entre los musulmanes de rito malequi*. NR. Año XXXII, núm. 876, 1 diciembre 1953; págs. 1-4.

Ante las peticiones de algunos Notarios, se dan a conocer algunos aspectos de la obra de don José Augustó Sánchez Pérez *Partición de herencias entre los musulmanes de rito malequi* (Madrid, 1914), transcribiéndose algunos párrafos de la misma que hacen referencia a la certeza de la muerte del causante en caso de ausencia.

II. DERECHO HIPOTECARIO

MARTÍNEZ CORBALÁN, Jesús: *Réplica y coronación del problema sobre el contenido de la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria*. RCDI. Año XXIX, núm. 306, noviembre 1953; págs. 769-784.

El autor ofrece algunas consideraciones sobre el significado y valor de la presunción posesoria del artículo 38 L-H. Contrasta su posición con la de otros escritores, considerando necesaria y útil la presunción.

RUIZ ARTACHO, Juan: *El grave problema que a veces se plantea en la ejecución forzosa de bienes inmuebles. Nuestro sistema hipotecario-procesal como causa y como el mayor obstáculo para la solución de aquél*. RCDI. Año XXIX, núm. 305, octubre 1953; págs. 713-728.

Ante el elevado número de interesados que pueden intervenir en la ejecución de un inmueble y la escasa regulación de su respectiva situación jurídica, el autor examina algunos de los problemas que de esto derivan, con especial referencia al procedimiento judicial sumario. Alude a la representación de personas inciertas o ignoradas. Propone las oportunas reformas.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

MOSSA, Lorenzo: *Albori del registro di commercio nel Libro della Comunità dei Mercanti Lucchegi di Brugia*. NRD. Vol. VI, fasc. 9-12, 1953; páginas 191-194.

Breve reseña histórica y examen del contenido del libro, viendo los rastros abiertos ya en él para el moderno Registro Mercantil y de Empresas y reivindicando la independencia del Derecho mercantil, «manifestación usual de la civilización de una ciudad, de una nación».

NADELMANN, Kurth H.: *El Derecho internacional privado norteamericano de la quiebra*. RC. Año XXI, núm. 84, abril-junio 1953; págs. 187-192.

Plantea y resuelve un caso de quiebra declarada en el extranjero con activo y pasivo en Estados Unidos.

VAN RYN, Jean: *Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial*. RTC. Año 6.º, núm. 3, julio-septiembre 1953; págs. 565-575.

A juicio del autor, el Derecho mercantil corre el riesgo de ser estrangulado por el Derecho civil y el Derecho administrativo. La discusión en torno a su autonomía no es puramente teórica. Critica la denominación, y señala el dominio virtual (el que debe tener) y el dominio formal (el que le atribuye el Derecho positivo) del Derecho mercantil. En base al primero, ha de defenderse su autonomía y permanencia, no obstante sus transformaciones. El actual Derecho mercantil ocupa una posición intermedia entre el llamado Derecho mercantil objetivo (del acto) y el subjetivo (del comerciante).

2. Comerciantes y sociedades.

BUIX RASPALL José María: *Ley sobre Régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad limitada*. RJC. Año LII, vol. LXX, núm. 6, noviembre-diciembre 1953; págs. 506-524.

Comienza indicando los textos en que se basaba la «existencia legal» de la S. R. L. y los proyectos de regulación de la misma (1918, 1926), para afirmar que antes de la Ley vigente la S. R. L. tenía en realidad una configuración extralegal. Señala la influencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y alude a la Ley de 17 de julio de 1953. Destaca los rasgos esenciales que la S. R. L. tiene en esta Ley y los principales aspectos de su articulado.

Manifiesta que es grande la trascendencia de la Ley porque ha llenado uno de los más grandes vacíos que había señalar en la historia de nuestro Derecho positivo.

FERNÁNDEZ VIARGAS, Plácido: *La nacionalidad de las Sociedades en el Derecho español e hispano-julifiano*. BI. Año VII, núm. 249, 25 noviembre 1953; págs. 2-16.

Después de aludir al aspecto público y al privado de la nacionalidad, estudia el autor, por separado, el problema de la nacionalidad de las sociedades en nuestro Derecho y en el de Marruecos.

Analiza y comenta exegéticamente el artículo 28 del Código civil y los artículos 5 y 6 del Dahir sobre la condición civil.

GAY DE MONTELLA, R.: *Un juicio sobre el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada*. RJC. Año LII, vol. LXX, núm. 6, noviembre-diciembre 1953; págs. 503-505.

Califica el Proyecto de modelo en su clase, y, tomando por base la forma en que la sociedad de R. L. se regula en él, señala sus puntos de contacto con la sociedad colectiva y con la sociedad anónima; éstos mucho más numerosos y decisivos.

GRAZIANI, Alessandro: *Variazioni sul tema delle società di capitali*. RTDP. Año VII, núm. 3, septiembre 1953; págs. 749-756.

Tres breves estudios ofrece Graziani en el presente trabajo. El primero sobre el reparto de «utili» entre acciones liberadas y acciones no liberadas. El segundo, sobre acciones no liberadas y aumento de capital, y el tercero relativo a la liquidación a los herederos de cuota intransferible de sociedad de responsabilidad limitada.

HUECK, Alfred: *Esclusione di un socio da una società a responsabilità limitata*. NRD, vol. VI, fasc. 9-12, 1953; págs. 225-229.

Ante el silencio de la ley alemana, el B. G. H. ha configurado la posibilidad, requisitos y efectos de esta exclusión que en breve síntesis se trata de sistematizar y ampliar a otros aspectos no contemplados en las sentencias.

MEJÍAS GONZÁLEZ, Manuel: *Los dividendos pasivos en la Sociedad Anónima*. RGD. Año X, núm. 109, octubre 1953; págs. 482-488. Núm. 110, noviembre 1953; págs. 546-553.

Comienza refiriéndose al concepto de dividendo pasivo (en sentido amplio y restringido) y a su naturaleza (crédito de la sociedad). Después diseña el régimen de estos dividendos, comentando preceptos diversos de la Ley y distinguiendo, al tratar de la obligación de aportación íntegra, los elementos personales, los elementos reales y los elementos de la actividad. Alude al cumplimiento e incumplimiento de la obligación de aportación.

El trabajo continúa en otro número de la misma Revista.

MOSSA, Lorenzo: *El Proyecto español de Ley sobre las Sociedades de Responsabilidad limitada*. RJC. Año LII, vol. LXX, núm. 6, noviembre-diciembre 1953; págs. 497-502.

Consideraciones del Profesor Mossa sobre el Proyecto de la que luego había de ser Ley de 17 julio 1953 regulando la S. R. L. Alude con brevedad a sus diversos aspectos, destacando cómo en él resaltaba con fuerza la idea de «Sociedad» en la empresa de resp. lim. En conjunto, critica favorablemente su contenido, si bien aconseja algunos retoques.

PIÑOL AGULLO, José: *Régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad limitada.* RJC, año LII, vol. LXX, núm. 6, noviembre-diciembre 1953; págs. 525-528.

Indica los aspectos salientes de la S. R. L. y después, con sentido crítico, hace unas ligeras observaciones sobre la nueva Ley de 17 de julio de 1953.

SALVADOR BULLÓN, Pablo, y SALVADOR BULLÓN, Hilario: *Fundación de la Sociedad limitada.* RJC. Año LII, vol. LXX, núm. 6, noviembre-diciembre 1953; págs. 529-557.

Completo estudio del tema de referencia. Se enfrentan, en primer lugar, los autores con la Sociedad como contrato y analizan a fondo sus elementos (capacidad y consentimiento de los contratantes, objeto y causa), así como su naturaleza jurídica. Dedicase especial atención a la forma del contrato. Consideran después a la Sociedad como ente colectivo dotado de personalidad jurídica y en la formación del mismo distinguen la fase prefundacional, la fundacional y el nacimiento del ente social. Ofrecen a continuación unas consideraciones sobre la personalidad jurídica de la S. R. L. y concluyen su documentado estudio aludiendo a los posibles vicios del proceso fundacional (sociedades irregulares, nulidad de las sociedades).

TREILLARD, I.: *La notion juridique d'entreprise et l'expérience des nationalisations.* RTC. Año 6.º, núm. 3, julio-septiembre 1953; págs. 605-616.

El fin político y el económico son la causa de las «nacionalizaciones». Estas dan un nuevo matiz a las empresas que las sufren. Desde un punto de vista negativo se eliminan las nociones de propiedad y contrato. Desde una vertiente positiva, la empresa nacionalizada, sin dejar de serlo, se convierte en «institución».

TREVIÑO, Gregorio: *Requisitos que para su inscripción en el Registro Mercantil han de reunir los documentos referentes a Sociedades Anónimas, según la Ley que los regula.* RCDI. Año XXIX, núm. 306; págs. 800-805.

La dificultad de la función calificadoradora en el Registro Mercantil indujo al autor a que nos ofrezca una «recopilación sistematizada» de las distintas normas que el Registrador ha de tener en cuenta cuando se presente a inscripción un documento referente a Sociedad Anónima. Estudia por separado: I. Constitución. II. Modificación. III. Emisión de Obligaciones. IV. Transformación y Fusión. V. Disolución y Liquidación.

VREAUX, Jean: *L'application de la loi du 24 mars 1952 relative aux entreprises de crédit différé (décrets du 15 décembre 1952).* RTC. Año 6, número 3, julio-septiembre 1953; págs. 576-596.

Tres decretos de 15 de diciembre de 1952 desarrollan reglamentariamente el mecanismo de aplicación de la Ley de 24 de marzo de 1952 sobre las empresas de crédito diferido. El autor analiza sus disposiciones.

3. Cosas mercantiles.

PAVONE-LA ROSA, Antonio: *Sul conflitto fra due acquirenti di uno stesso titolo nominativo*. RTDP. Año VII, núm. 3, septiembre 1953; págs. 657-695.

El «Supremo Collegio» italiano, en sentencia de 19 de julio de 1950, ha resuelto este caso: Ticio enajena a Cayo un paquete de acciones nominativas y le entrega los títulos debidamente girados. Después enajena a Sempronio los mismos títulos, documentando la enajenación mediante escritura. Basado en este acto, Sempronio consigue obtener de la Sociedad emitente la anotación de transferencia de los títulos en el libro de los socios. Surge el conflicto entre Cayo y Sempronio y la Sentencia falla a favor del primero. El autor se extiende en amplias consideraciones sobre el supuesto y cuestiones afines: eficacia del «transfert» y de la «girata», buena fe del adquirente, autonomía circulatoria del crédito, etc.

4. Obligaciones y contratos.

WALTER URQUIEL, Carlos: *Sobre la responsabilidad de una Empresa de transportes por pérdida de las mercancías transportadas*. RDLP. Año IV, número 13, págs. 79 a 87.

A propósito de un caso de la jurisprudencia, se exponen las características del contrato de transporte y se estudian los más importantes aspectos de la responsabilidad del porteador.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

PEREIRA NUNES, Victor Augusto: *A lei não garante a efectivação do arresto do navio ou da carga*. BMI. Núm. 38, septiembre 1953; págs. 28-35.

La lentitud del procedimiento de embargo en la jurisdicción civil hace que sea prácticamente inaplicable al Derecho marítimo, cuya materia compete a los Tribunales ordinarios. Teniendo en cuenta la amplitud impresa al embargo en la Convención internacional de Bruselas de 10 de mayo de 1952, se propone un procedimiento rápido sometido al Capitán del puerto.

IV. DERECHO NOTARIAL

CATALÁ, Luis F.: *Acotaciones al Tercer Congreso Internacional*. RN. Año LVII, núm. 612, noviembre y diciembre 1953; págs. 617-627.

Crítica elogiosa de la publicación y trabajos del primer número de la «Revista de Derecho Notarial Española».

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

MAC MAHON, Henry George: *Il nuovo Codice di Procedura della Luisiana. Una sintesi del processo anglo-americano e di quello europeo continentale*. IM. Año IV, fasc. IV, diciembre 1953; págs. 538-539.

Divide el autor el sistema procesal de Luisiana en cuatro fases: A) Antes de 1825. B) Código de Procedimiento de 1825. C) Código de Procedimiento de 1870. D) Entrada en vigor en U. S. A. de las Federal Rules of Civil Procedure.

En la primera fase predominan los principios franceses y españoles; en el Código de 1825 existe una síntesis del procedimiento anglosajón y el continental; en el Código de 1870 se da un aumento de la influencia del elemento angloamericano. La vigencia de las aludidas «Rules» federales ha provocado en Luisiana la preparación de un proyecto de Código de Procedimiento. El autor entiende que el nuevo Código será también producto de una síntesis de elementos continentales y angloamericanos. No puede preverse cuál sea la tendencia general de esta síntesis.

Se ofrece abundante información.

2. Parte general.

BORSELLI, Edgardo: *Il Congresso Internazionale degli Avvocati a Vienna*. D. G. Año 68, núm. 6, noviembre-diciembre 1953; págs. 401-404.

Breve reseña histórica de la Unión Internacional de Abogados, organizadora de este su XIV Congreso y de los principales temas desarrollados en el mismo.

CAMPOS HERNÁNDEZ, Manuel: *Incompetencia objetiva de jurisdicción*. RGD. Año X, núm. 109, octubre 1953; págs. 493-495.

Brevisimas consideraciones de tipo práctico sobre el tema de referencia.

PERRER MARTÍN, Daniel: *La caducidad en el proceso*. RGD. Año X, núm. 110, noviembre 1953; págs. 554-562.

Distingue la caducidad del acto de la caducidad de la instancia. En ésta estudia su concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos: personales, reales y tiempo o plazo. Lo relativo a éste lo analiza en el autor en el siguiente número de RGD.

LENT, Friedrich: *Contributto alla dottrina dell'oggetto del proceso*. IM. Año IV, fasc. IV, diciembre 1953; págs. 431-473.

Se examina desde un punto de vista general la doctrina del objeto del proceso. Después hace una aplicación de la misma al problema de la cosa juzgada en el caso de varias demandas basadas en el mismo «hecho de la vida».

LIZCANO CENJOR, José: *Sobre costas procesales*. BI. Año VII, núm. 250, 3 diciembre 1953; págs. 2-5.

Entre el criterio del vencimiento y el de la temeridad no hay duda es preferible el primero que, no obstante, tiene algunos inconvenientes que el autor indica.

Recogido tal criterio en algunos supuestos concretos de nuestra ordenación procesal, sólo en esos puede utilizarse.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *W. Stocker: Das Anwaltsgeheimnis (El secreto del abogado)*. RP. Año IX, núm. 3, julio-agosto-septiembre 1953; páginas 379-383.

En torno al escabroso tema del secreto profesional del abogado, selecciona el autor algunas de las consideraciones que Stocker planteó en la Asamblea de Primavera de la Sociedad Criminalista Suiza, en torno al artículo 321 del Código de 1937.

3. Procesos especiales.

PRIETO CASTRO, L.: *Limitaciones de la apelación*. RGLJ. Año CI, tomo XXVII (195), núm. 5, noviembre 1953; págs. 534-567.

Se trata de la ponencia del profesor Prieto Castro para el Congreso Internacional de Derecho Procesal civil, celebrado en Viena en octubre de 1953. Comienza comparando los llamados sistemas de la apelación plena y de la apelación limitada, describiendo los rasgos salientes del sistema español, derivado del Derecho común y útil aún. Estima que el problema de la amplitud de la segunda instancia no es sólo técnico-procesal, sino también jurídico-político. Señala cómo en Alemania se nota una evolución que va del sistema de la apelación plena al criterio restrictivo austriaco e indica las fases de la evolución. Alude a Italia y a Francia, para analizar después las ventajas e inconvenientes de la apelación plena y de la limitada, indicando lo delicado de la elección exclusiva de uno u otro sistema. El profesor Prieto Castro estima conveniente una apelación plena con restricciones.

ROBERT, Jean: *De l'exercice d'une action en nullité selon l'article 1028 du Code de procédure civile à l'encontre d'une sentence arbitrale depourvue d'exequatur*. RTC. Año 6.º, núm. 3, julio-septiembre 1953; págs. 597-604.

El autor defiende la tesis de que, en base al artículo 1.028 del Code de Procédure, no puede entablarse una acción de nulidad contra una sentencia arbitral, antes de que se provea del exequatur u ordenanza de ejecución.

R. VALCARLOS, Francisco: *Los actos de conciliación en materia civil.* R.P. Año IX, núm. 3. julio-agosto-septiembre 1953: págs. 329-351.

Comienza refiriéndose a la necesidad de lucha pacífica en la sociedad y al acto de conciliación como medio mejor de resolver esa pugna. Critica la pretendida sustitución del proceso civil por la jurisdicción voluntaria y después examina el acto de conciliación en nuestro Derecho, entendiéndolo que no se trata de un presupuesto procesal ni de un impedimento procesal. Estudia la nulidad de lo convenido en conciliación (art. 477 LEC), así como a la ejecución de ello. Indica que las acciones de nulidad no son recursos procesales y termina refiriéndose al valor jurídico del acto de conciliación sin autorización oficial.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA

Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DEL 15 DE DICIEMBRE DE 1953

Constitución de hipoteca

Se otorga escritura hipotecando una casa a favor de determinada Sociedad Anónima representada en el acto del otorgamiento por don I. V., el cual «comparece como Gerente»; dicha sociedad se hallaba inscrita en el Registro mercantil, apareciendo el nombramiento de Gerente entre otras con las facultades contenidas en el apartado cuarto del artículo 53 de los Estatutos, cuyo texto es del tenor siguiente: «IV. Representar a la sociedad en juicio y fuera de él ejercitando las acciones o derechos que a la misma correspondan». Presentada en el Registro la primera copia de la escritura de hipoteca se calificó con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes: 1.º No acreditarse el nombramiento de Gerente de don I. V. por la Compañía en cuya representación comparece; 2.º El cargo de Gerente que ostenta el representante de la compañía acreedora, sólo le faculta para celebrar actos de administración, no pudiendo por ello aceptar hipotecas, para lo que se requiere facultad o autorización expresa, conforme al artículo 1.713 del Código civil por ser acto de dominio. Siendo insubsanable el segundo defecto no procede tomar anotación preventiva». El recurso gubernativo fué resuelto por el Presidente de la Audiencia confirmando la nota del Registrador, y recurrido ante la Dirección General fué revocado parcialmente el Auto apelado, declarando que la escritura sólo adolece del defecto subsanable señalado en primer lugar en la nota calificadora, haciendo las siguientes consideraciones:

A) *El Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, dispone en el artículo 165 que cuando alguno de los otorgantes concurren al acto en nombre de una Sociedad se expresará esta circunstancia e indicará el título del cual resulte dicha representación; y el artículo siguiente del mismo texto legal, preceptúa que el Notario insertará en las escrituras o incorporará a ellas los documentos fehacientes que acrediten la representación, por lo cual la simple declaración hecha por un compareciente no cumple lo ordenado en los citados preceptos.*

B) *Que los Gerentes de una Sociedad Anónima tienen en el ámbito mercantil el concepto legal de factores, según el artículo 283 del Código de comercio, a los que son aplicables los preceptos de la Sección 2.ª, Título III, Libro II del mismo Código, y sus facultades aparecen circunscritas en el artículo 286 de dicho Cuerpo legal y 76 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las mismas, que se refieren para delimitarlas, al giro y tráfico de la empresa, aunque la Jurisprudencia y la doctrina requieran, en general, una autorización especial para llevar a cabo actos de riguroso dominio.*

C) *Que tanto el artículo 1.713, párrafo segundo, del Código civil, como el 139 de la Ley Hipotecaria, se dirigen con preferencia al deudor, respecto de quien la constitución de hipotecas constituye indudablemente acto de riguroso dominio, y no al acreedor en el que para aceptarlas es suficiente la capacidad general para contratar.*

Vid. Resoluciones de 30 julio 1917, 25 febrero 1929, 18 mayo 1933 y 6 diciembre 1947.

RESOLUCION DEL 16 DE DICIEMBRE DE 1953

Prohibición de enajenar

Promovido expediente de depósito de mujer casada se solicita del Juzgado competente la prohibición de venta o gravamen de bienes por su marido, acordándose por aquél que cuando se acreditase por la actora haberle sido admitida la demanda de divorcio se decidiría y acreditado este extremo, de acuerdo con lo prevenido en el núm. 5 del art. 68 del Código civil se decretó la prohibición de gravar o enajenar los bienes de todas clases por el marido, expidiéndose el oportuno mandamiento al Registrador de la Propiedad, expresándose en el mismo que entre aquéllos se encontraba determinada casa inscrita en el Registro, cuya descripción se hacía indicando folio, tomo y demás datos registrales. Presentado el mandamiento en el Registro se suspende la anotación que en el mismo se dispone por observarse los defectos subsanables siguientes: 1.º La confusa o al menos insuficiente expresión del procedimiento judicial en el que el repetido mandamiento se ha librado, puesto que en su comienzo se refiere a un expediente de jurisdicción voluntaria y más tarde a un pleito de divorcio; 2.º No insertarse literalmente en el mismo el particular de la providencia que ordena su expedición y la fecha de la misma, sin que este defecto pueda estimarse subsanable por la certificación que se acompaña.

El Auto del Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador en cuanto al primer defecto, confirmándola en el segundo. Y la Dirección General limita su Resolución al segundo defecto, al no haber apelado el Registrador el Auto del Presidente de la Audiencia, revocando el criterio registral, basándose en el fundamento siguiente:

A) *Aunque el artículo 165 del Reglamento Hipotecario ordena que en el mandamiento se inserte literalmente el particular de la resolución en que se haya dictado y su fecha, y ésta clara disposición no aparece observada por el extracto de la providencia recaída, la naturaleza «extrínseca» del defecto advertido, la finalidad cautelar de la medida—adoptada en forma, según acredita la certificación complementaria aportada—y el necesario espíritu de colaboración que deben animar a los funcionarios para la mejor realización del Derecho, aconsejan en el presente caso, estimar subsanado el defecto.*

Vid. Resoluciones del 3 agosto y 19 octubre 1864 y 24 y 28 de enero de 1905.

RESOLUCION DE 20 DE FEBRERO DE 1954

Registro Mercantil.—Normación supletoria

ANTECEDENTES.—Se presenta instancia en el Registro Mercantil haciendo constar que con la misma se acompañaban para su inscripción los tres documentos siguientes: 1.º Acta autorizada por Notario acreditativa de lo sucedido en la Junta General Extraordinaria de una Sociedad Anónima, de fecha 29 de septiembre de 1945; 2.º Testimonio judicial de la demanda presentada por el solicitante pidiendo la nulidad de cuanto sucedió en dicha reunión, expresivo de la providencia recaída a su presentación; y 3.º Un ejemplar del *Boletín Oficial del Estado* acreditativo de haber insertado en tal periódico oficial la cédula de notificación para todas aquellas personas a quienes puedan parar perjuicios o afectar la resolución que se dicte en el juicio promovido. Al pie de la referida instancia se consignó la siguiente nota por el Registrador Mercantil: «No admitida la inscripción del precedente documento ni de los tres que le acompañan por observarse las faltas siguientes: Primera: Inexistencia de justificación relativa a que se haya practicado operación alguna en cuanto al impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes. Segunda: Carecer de legitimación la firma de la instancia presentada. Tercera: No ser mandamiento judicial ni escritura pública ninguno de los documentos presentados. Cuarta: Formar el contenido de los mismos la exposición sencilla de infracciones, principalmente estatutarias que afectan a la Junta General a que aquéllos se refieren, sin que se inserten íntegros los acuerdos adoptados y haciéndose breve indicación de una escritura pública que en el Registro Mercantil no ha tenido entrada; todo lo cual no constituye materia que deba ser llevada a los libros registrales. Quinta: No tener el firmante de la instancia personalidad para intervenir como parte en documentos que se supongan inscribibles, relativos a una Sociedad Anónima de la que sólo es accionista, sin perjuicio de que ejercite las acciones judiciales oportunas. Son insubsanables, por lo menos, las dos últimas faltas y no se extiende anotación preventiva».

Llegado el correspondiente recurso a la Dirección General de los Registros, ésta ha declarado:

A) Que el art. 56 del Reglamento del Registro Mercantil y especialmente la Orden de 20 agosto 1934, en armonía con lo dispuesto en la Ley y Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, impiden la inscripción de todo documento sin que conste el pago del impuesto o la nota correspondiente a exención, prescripción o no sujeción al mismo; permitiéndose únicamente la extensión del asiento de presentación con el fin de proteger la prioridad que del mismo se deriva.

B) Que en los casos excepcionales que los documentos privados tienen acceso al Registro se requiere—analógicamente a los preceptos hipotecarios—que o sean legitimadas las firmas de los que lo suscriben en la forma determinada por el art. 257 del Reglamento Notarial o se ratifiquen ante el Registrador, sin que en este último supuesto pueda éste negarse a la admisión.

C) Que no obstante la diferencia existente entre el Registro Mercantil—dirigido principalmente a la legitimación de situaciones jurídicas basado en la autenticidad y fehcencia de los documentos aportados, y el de la Propiedad fundamentado en la concreción y tutela de derechos—caba aplicar con carácter supletorio el Reglamento Hipotecario, resolviendo la dificultad planteada aplicando la

doctrina de la anotación preventiva de demanda, pero fundamentada en título idóneo como es el mandamiento judicial, sin que quepa atribuir aquel carácter al testimonio de la demanda.

D) Que ni el acta notarial de presencia ni los Boletines Oficiales tienen el carácter de documentos auténticos.

Vid. Res. 24 octubre 1945 y 20 febrero 1946.

A. G.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

A cargo de Javier CABAÑAS, Luis DIEZ-PICAZO, Domingo IRURZUN,
Sebastián MORO SERRANO y Jaime SANCHEZ-BLANCO

DERECHO CIVIL

I. Parte General.

1. VIGENCIA DE LAS LEYES ESPAÑOLAS EN GUINEA: INTERPRETACIÓN DE LA BASE SEXTA DEL DECRETO DE 22 JULIO 1931 Y DEL ARTÍCULO 11 DEL DECRETO DE 14 NOVIEMBRE 1935: *Al afirmar estas disposiciones que en los territorios españoles del Golfo de Guinea «Se administraría la justicia con arreglo a las disposiciones vigentes en España y a las especiales que para los mismos se dictasen en lo sucesivo», no establecen entre la metrópoli y colonia un sistema de vasos comunicantes de tal manera que las disposiciones promulgadas en la Península entren a regir simultáneamente en ésta y en Guinea, sino que se limitan a estatuir lo relativo a la organización de los servicios coloniales, y el artículo 11, antes citado, se refiere únicamente a las disposiciones orgánicas de la administración de justicia y a las normas de procedimiento, pero en ningún caso a las normas de carácter material que se han de aplicar para resolver los asuntos litigiosos.* [Sentencia 14 abril 1953.]

2. ABUSO DEL DERECHO: S. 6 octubre 1953 (v. III. 62).

3. DOMICILIO: DE MUJER CASADA: *Es constante jurisprudencia que no es el mismo del marido cuando la mujer reside en lugar distinto constntiéndolo expresa o tácitamente el marido.* [Sentencia 11 enero 1954.]

4. BIENES DE MENORES EN PATRIA POTESTAD: LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO CIVIL: *Es ineficaz la venta realizada por el padre y en su caso la madre, sin cumplir los requisitos prevenidos en dicho artículo; y aunque no es convalidable por la posterior obtención de la autorización judicial, si puede ser ratificada por los hijos cuando lleguen a la mayor edad. Pero tal ineficacia no afecta a la obligatoriedad de las convenciones que la madre contrajo en nombre propio en el mismo contrato* [Sentencia 9 diciembre 1953.]

A. ANTECEDENTES.—Por contrato consignado en documento privado, una madre vende el dominio de la parte que en una casa corresponde a sus hijos en patria potestad, obligándose a desalojarla en plazo de diez días, entregando la llave al comprador y recibiendo de éste, como señal y a cuenta del precio, la cantidad de mil pesetas. Se compromete además la vendedora a obtener la autorización judicial precisa para la venta.

Dicha señora pretende obtener la nulidad del contrato. El comprador demandado se opone, defendiendo la validez del contrato y formula reconvencción pidiendo se condene a la vendedora a solicitar la autorización judicial para la venta, otorgando inmediatamente después la oportuna escritura pública.

El Juez de Primera Instancia, estimando la demanda y desestimando la reconvencción, declaró nulo el contrato. Apelada dicha sentencia por el demandado, la Audiencia revoca la sentencia apelada y, estimando en parte la demanda de reconvencción, declara: «Primero. Que el contrato es válido y eficaz, viniendo doña P. A. obligada a su cumplimiento. Segundo. Que doña P. A., como vendedora, en plazo no superior a veinte días, viene obligada a solicitar la autorización judicial prevenida en el art. 164 C. c., otorgando la oportuna escritura al comprador, si obtuviese referida autorización, y si le fuere denegada, declaramos ineficaz dicho contrato, viniendo las partes obligadas a devolverse... etc.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el T. S. declara *haber lugar* al recurso.

«... y como quiera que el artículo 164 del Código civil exige, como requisito indispensable para que el padre, o en su caso la madre, puedan enajenar los bienes inmuebles de sus hijos en que les corresponda el usufructo o la administración, la previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, es manifiesta la carencia de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de los hijos sujetos a su potestad. Y la venta que se celebre, sin haber obtenido aquélla, es nula, conforme a lo establecido por el artículo 1.259 del mismo Código, y sólo podría convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad; pero la posibilidad de esta futura ratificación no impide que mientras ésta no surja pueda decretarse la nulidad mediante el ejercicio de la acción que concede el artículo 1.302 del repetido Código.» (Considerando 2.º)

«... que esa nulidad no cabe subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada, sin que precediera ese requisito que indispensablemente se exige como previo.» (Considerando 3.º)

«... que, como consecuencia de lo expuesto, procede estimar el único motivo del presente recurso, en el que, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC, se cita como infringido el art. 164 del C. c., el que, en efecto, aparece erróneamente interpretado en los pronunciamientos de la sentencia recurrida, en cuanto declaran la validez y eficacia del contrato consignado en el documento privado... por lo que se refiere a la venta, sin autorización judicial, de bienes inmuebles de menores, representados por su madre, siquiera se subordinase esa validez a que se obtenga tal autorización por la vendedora.» (Considerando 4.º)

«... que la declaración de nulidad de la compraventa... no impide la validez de la convención en el mismo contenida, por la que se obliga a doña P. A. a otorgar a favor de don L. G. escritura pública de bienes de sus hijos y obtener para ello la necesaria autorización judicial, pues aun cuando ese pacto se refiere a cumplir formalidades con la finalidad de dar validez a un contrato anteriormente otorgado, siempre cabe distinguir entre las obligaciones contraídas por doña P. A. en nombre de sus hijos, que carecen de eficacia y no pueden vincular a éstos, y las que contrajo personalmente comprometiéndose a hacer por su parte lo necesario para que resulte viable una compraventa que de momento no puede otorgarse, estipulación válida conforme al principio de libertad de contratación, sancionado en el ar-

ticulo 1.255 del C. c., y que constituye un precontrato o convenio de formalizar una escritura pública de compraventa de inmuebles cuando la vendedora se ponga en condiciones de poder otorgarla, y cuyo precontrato se regula en el art. 1.451 del citado Código, que concede derecho a cada una de las partes para exigir de la otra el cumplimiento de lo que le incumba para la efectividad del otorgamiento, y si éste no puede lograrse regirán para ambos contratantes las normas generales sobre obligaciones y contratos contenida en el libro cuarto del expresado Código.» (Considerando 1.º de la segunda sentencia.)

«... que la aplicación de esta doctrina al caso de autos permite estimar parcialmente la reconvencción formulada por el demandado, en cuanto en ella se solicita la condena de la actora a solicitar autorización judicial para vender la participación correspondiente a sus hijos menores de edad..., y en caso de obtenerla otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa a favor del demandado, sin que proceda hacer pronunciamiento alguno para el caso de que la demandante se resista a instar el expediente de autorización, pues tratándose de una obligación de hacer, es en periodo de ejecución de sentencia cuando ha de resolverse lo procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 924 de la LEC.» (Considerando 2.º de la segunda sentencia.)

B. OBSERVACIONES.—Es interesante analizar las diferentes posturas adoptadas por los sucesivos órganos decisorios que conocieron el presente litigio, en relación con el problema del requisito de la autorización judicial en los casos de venta de bienes inmuebles de menores, hechos por el padre o madre titular de la patria potestad.

El incumplimiento del requisito lleva al Juez de Primera Instancia a una tajante y clara declaración de ineficacia del contrato. Tal vez sea la posición más lógica y consecuente.

La Audiencia, contra el texto del art. 164, declara inicialmente la validez y eficacia de la enajenación verificada sin haber sido obtenida la autorización, condecorando a la vendedora a solicitarla. Y para el caso de que ésta le fuera denegada, declara, eventualmente, ineficaz el contrato.

El T. S. casa esta sentencia, dictada con infracción del citado artículo 164, y se pronuncia sobre el compromiso asumido en nombre propio por la madre de los menores, obligándose a solicitar la autorización judicial, en el que se ve un antecedente de un convenio de formalizar una escritura pública de compraventa de inmuebles. Viene a encajar así este aspecto del problema en la discutida figura del precontrato.

Examinemos separadamente las dos cuestiones: a) Valor de la autorización judicial; y b) Alcance del compromiso de solicitar con posterioridad tal autorización.

a) *Valor de la autorización judicial o, correlativamente, efectos de su omisión respecto de la eficacia del acto.*—Es sabido que el Código, con su habitual vaguedad en materia de ineficacia de los negocios jurídicos, no dice en su artículo 164 más que «el padre o la madre, en su caso, no podrán enajenar... sino... previa la autorización judicial...» Surge así la primera duda relativa al grado de ineficacia del negocio realizado sin cumplir aquel requisito; y después, a qué parcela de las que contribuyen a la formación del negocio afecta dicho vicio.

La venta verificada sin autorización judicial, ¿es nula o anulable? Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de octubre de 1892 y 1.º de abril de 1899 se orientan en el primer sentido, de nulidad radical, al calificar la falta como insubsanable. Y con análoga

orientación, la Resolución de 27 de enero de 1900 estima que la enajenación «carece de valor jurídico con arreglo al art. 4.º del mismo Código». Partidaria de la anulabilidad se muestra la sentencia de 21 de mayo de 1940. Y dejan sin decidir la cuestión la Resolución de 19 de julio de 1922, que habla de que la falta de autorización «vicia el contrato», sin más calificación, y la sentencia de 23 de junio de 1950, que, respecto de un caso de transacción verificada por el padre sin autorización judicial, dice que «carece de eficacia».

La sentencia que comentamos, después de afirmar que la venta que se celebre sin haber obtenido la autorización es *nula*, admite que *podría convalidarse* por los mismos menores al llegar a la mayor edad. A primera vista parece existir aquí una contradicción o, al menos, un empleo poco técnico de la palabra nulidad. La posibilidad de convalidación excluye la nulidad radical. Parece habría de tratarse de una nulidad relativa o anulabilidad, pues sólo esta clase de ineficacia es convalidable o confirmable, según se desprende del art. 1.310. Pero más adelante insistiremos sobre esta materia resolviendo la aparente contradicción.

Afirmada la posibilidad de convalidación del negocio, el T. S. la circunscribe a la que proceda de la voluntad de los menores al llegar a la mayor edad. Sólo esta voluntad puede tener efecto convalidante. No produce tal efecto la posterior obtención de la autorización judicial, «requisito que, imprescindiblemente, se exige como previo». Ya la Resolución de 10 de marzo de 1944 dice, con relación a este carácter previo, que esa formalidad fundamental ha de preceder a la inscripción de la venta, puesto que el Juez debe normalmente conocer con antelación las causas de necesidad y utilidad en que se funda».

Queda aparte el problema del encuadramiento del vicio. Separándose de la tendencia seguida por la sentencia de 5 de abril de 1892, que habla de una prohibición de enajenar; de la de la Resolución de 19 de julio de 1922, ya citada, que ve la fuente de la ineficacia en el art. 4.º del C. c., y de la sentencia de 9 de junio de 1913, que parece ver en la autorización un complemento de capacidad de la madre, la sentencia que nos ocupa dice «que para realizar válidamente actos jurídicos en representación legal de otra persona es preciso que al que actúa como representante le esté conferida por la ley la facultad de llevar a cabo el negocio jurídico en que intervenga». Se centra el problema así dentro del ámbito de la representación legal.

Es sabida (V. los luminosos estudios de Francisco F. Villavicencio «La facultad de disponer», ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, III-IV, y Núñez Lagos, «Los esquemas conceptuales del instrumento público», *Revista de Derecho Notarial*, 1953) la distinción entre capacidad dispositiva, facultad de disposición y poder de disposición. Al menor en patria potestad, como titular del dominio, le corresponde la facultad dispositiva. Pero le falta la capacidad de disponer. Su representante legal —no titular del derecho subjetivo—, está legitimado para disponer, tiene un poder de hecho de ejecutar el acto dispositivo. Ostenta un poder de disposición.

«El representante, dice el autor primeramente citado, da al incapaz su capacidad dispositiva, supliendo con ella la que a éste faltaba. Al mismo tiempo, la aplica a algo completamente extraño a sí mismo, como es el derecho ajeno. De manera que entre las dos personalidades se crea una corriente común, como una derivación de la propia situación jurídica, merced a la cual, poniendo el representante el remedio subsidiario de su propia capacidad de disponer, y el representado, con su titularidad de signo estático, su derecho disponible, nace una facultad de disposición sobre el derecho del sometido. Esta facultad... se alimenta, no de la capacidad de disponer de que el representante carece, sino de una capacidad prestada, que la hace un tanto artificial y enfermiza. Esta debilidad lógica se refleja en la necesidad de fortalecerla en determinados casos por medio de instituciones diversas, como son la intervención judicial o del consejo de familia.»

El poder de disposición, que como representante legal corresponde al

padre o madre titular de la patria potestad, sobre los bienes de los hijos, necesita, tratándose de inmuebles, un complemento. O mejor, un requisito o presupuesto para su ejercicio, que es la autorización judicial.

Centrado así el problema, creemos más fácil la solución de la naturaleza y efectos del vicio, falta de autorización judicial. Y, a la vez, se nos difuminará la aparente contradicción contenida en la sentencia que comentamos cuando, después de calificar la venta como nula, dice que es convalidable por los hijos al llegar a la mayor edad. No hay en ella sino un simple defecto terminológico: denominar convalidación a lo que es ratificación. Basta mencionar esta palabra para que toda duda se desvanezca. Insistiremos, no obstante, sobre la cuestión, recogiendo la doctrina expuesta por Borrell («Nulidad de actos jurídicos según el Código civil español», página 24). El contrato es originariamente nulo, pero su nulidad subsanable. Acaso una forma de ineficacia intermedia entre la nulidad radical y la anulabilidad. Similar a aquélla en cuanto a la ineficacia inicial; a ésta, en cuanto a la posibilidad de subsanciación. Pero, como dice el mismo autor, entre la ratificación del art. 1.259 y la confirmación del 1.309 existen importantes diferencias. En primer lugar, la primera se aplica a casos cuya nulidad originaria es absoluta; y la segunda, a contratos meramente anulables; en segundo lugar, los contratos a que se refiere el art. 1.259 pueden ser impugnados por la parte que los consintió, y los regulados por el art. 1.301 sólo pueden serlo por el que incurrió en alguna de las causas de nulidad citadas por éste; y, finalmente, la acción derivada del art. 1.301 puede ejercitarse únicamente durante el plazo de cuatro años, transcurridos los cuales el contrato se hace invulnerable, al paso que los contratos a que se refiere el art. 1.259 permanecen nulos mientras el verdadero interesado no los valore mediante su ratificación. Son, pues, nulos por tiempo indefinido, y pueden dejar de serlo. A diferencia, añadimos nosotros, de los regidos por el artículo 1.301, que son inicialmente válidos, aunque pueden dejar de serlo si, dentro del plazo legal son impugnados por aquellas personas en cuyo favor está acordada la protección. Inicialmente producen los efectos jurídicos del negocio válido, pero si la impugnación triunfa, se produce la ineficacia retroactiva.

b) *Alcance del compromiso de solicitar con posterioridad la autorización judicial.*—En la cláusula quinta del mencionado privado de venta, se establecida a cargo del comprador la entrega de mil pesetas cada uno de los vendedores (textualmente) «en concepto de señal, por si este compromiso no se llevara a efecto en escritura pública en el plazo de dos meses a partir de esta fecha por alguna de estas partes vendrá obligada a una indemnización igual a la consignada. De esta obligación, o sea, la vendedora doña P. A., queda exenta hasta tanto haya adquirido la autorización judicial precisa en atención a que se trata de bienes propios de menores».

Una buena voluntad interpretativa, unida a un no pequeño esfuerzo, permite traducir la cláusula transcrita entendiéndola como expresiva de una obligación de elevar a escritura pública el documento privado de venta en plazo de dos meses, so pena de indemnizar con la cantidad estipulada. El plazo de dos meses se comenzará a contar, respecto de doña P. A., no desde la fecha del contrato, sino desde que consiga la autorización judicial.

Por parte de doña P. A. pueden distinguirse en el contrato dos expresiones de voluntad: una, en nombre de sus hijos, consintiendo la venta; y otra, en nombre propio, obligándose a solicitar la autorización judicial. El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, considera independientes ambos consentimientos. La nulidad de la venta no es obstáculo para la eficacia del compromiso asumido en nombre propio por la vendedora, doctrina que parece acertada. Lo que ya no es seguramente tan lógico es que a esta obligación de solicitar autorización judicial se una—como secuela y con la misma independencia respecto del contrato—, la de otorgar escritura pública de venta a nombre de los menores.

Nótese que en el documento privado está clara la creencia de los contratantes de que celebran un negocio jurídico de compraventa válido, si bien sujeto a la necesidad de obtener la autorización judicial, creyendo erróneamente que la posterior consecución de la misma convalidaba el contrato. Bajo tal supuesto, las partes se obligan a elevar a escritura pública el contrato. Ciertamente que la frase «por si este compromiso no se llevara a efecto en escritura pública en el plazo de dos meses», podría sembrar la duda, pero ésta desaparece si se tiene en cuenta que en cláusulas anteriores los contratantes expresan inequívocamente que unos *ceden en venta* y otro *acepta la compra*, frases denotadoras de su voluntad de realizar una venta actual y de presente, como lo demuestran también las cláusulas relativas a la ejecución o consumación del contrato.

Contra lo que afirma el Tribunal Supremo, esto no constituye un precontrato o convenio de formalizar una escritura pública de compraventa de inmueble cuando la vendedora se ponga en condiciones de poder otorgarla, y cuyo precontrato se regula en el artículo 1.451. Esta no es la voluntad de las partes. Las partes no prometen vender y comprar; no se obligan a pactar en el futuro una compraventa; sino que compran y venden y se obligan a *formalizar* en escritura pública el contrato. No hay un «*pactum de vendendo*», sino una venta. Que luego esta venta resulte nula no afecta a la voluntad sentida y declarada por los contratantes.

El Tribunal Supremo al condenar a doña P. A. a que solicite la autorización judicial, y caso de obtenerla, otorgue a favor de don L. G. escritura pública de compraventa, llega a una doctrina sorprendente: deducir de una cláusula accesoria de un contrato nulo una promesa de contrato, de un convenio de ratificación pública de un contrato de compraventa privada una promesa de compraventa.

A nuestro modesto juicio, hay aquí una confusión, pues parecen cosas indiscutiblemente distintas, ratificar formalmente en escritura pública un consentimiento negocial anterior que ya produjo efectos jurídico-sustantivos en el orden civil y prestar un consentimiento para que aquellos efectos surjan «*ex novo*». No es lo mismo vender que elevar a escritura pública un contrato privado anterior de venta.

En el caso que analizamos, la declaración de nulidad del contrato de compraventa acarrea la imposibilidad de dar cumplimiento a la obligación accesoria, en él asumida, de formalizarlo públicamente; por ello, la subsistencia de la obligación de obtener la autorización judicial, no obstante la nulidad del contrato, es de puro lucimiento técnico, pero por completo infecunda, pues carece de consecuencias o resultados prácticos ulteriores. (D. I.)

5. VICIOS DE VOLUNTAD: COACCIÓN: TEMOR AMBIENTAL: S. 23 marzo 1954 (v. III. 29).

6. SIMULACIÓN: APROCIACIÓN DE LA PRUEBA: *Es equivocada la tesis de que la simulación sea un hecho de apreciación exclusiva por el Juez de Primera Instancia. [Sentencia 30 enero 1953.]*

7. SIMULACIÓN: SU PRUEBA CORRESPONDE A QUIEN LA ALEGA: *Impugnada una escritura de compraventa por falsedad en la confesión del precio recibido, la prueba convincente de que tal precio no había sido entregado incumbe a la demandada, que en tal excepción fundaba su oposición a la demanda, sin que sean suficientes meras deducciones o apreciaciones personales. [Sentencia 3 diciembre 1953.]*

8. SIMULACIÓN: PRESUNCIÓN: *Hay datos para presumir la simulación de un contrato de arrendamiento cuando el supuesto arrendatario no realizó*

actos reveladores de su condición de tal y omite el pago de las rentas; cuando la fecha del documento es anterior en muy poco tiempo a la adjudicación de la finca arrendada en procedimiento ejecutivo seguido contra el arrendador; cuando hay íntima relación entre arrendador y arrendatario, empleado éste de la confianza de aquél; y cuando resulta probado el hecho de que el supuesto arrendador continuó explotando la finca como verdadero cultivador, en unión de un hijo suyo.

SIMULACIÓN. NATURALEZA Y EFECTOS: *La simulación absoluta supone la inexistencia del contrato por faltar los requisitos esenciales del artículo 1.261, ya que la voluntad contractual manifestada no coincide con el consentimiento de los interesados, y carecen de realidad las prestaciones constitutivas de la causa.* [Sentencia 26 diciembre 1953.]

9. **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO; REQUISITOS:** *La doctrina del enriquecimiento torticero no requiere para su aplicación que exista dolo, mala fe, negligencia, acción culpable de ningún género ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino solamente que éste haya obtenido o experimentado una ganancia sin causa o sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe.* [Sentencia 16 junio 1952.]

10. **ESCRITURA DE PODER:** **REQUISITOS:** S. 23 diciembre 1953 (v. III, 3).

11. **ESCRITURA DE PODER: INSUFICIENCIA:** *Es insuficiente cuando no se insertan o se incorporan a ella los documentos acreditativos de la representación del otorgante que actúa en nombre de una persona jurídica.* [A. 15 diciembre 1953.]

12. **NEGOCIOS EN NOMBRE AJENO SIN AUTORIZACIÓN; RATIFICACIÓN:** S. 16 marzo 1954 (v. IV, 2).

13. **PRUEBA; CARGA DE LA PRUEBA:** *No incumbe al demandado la prueba de los simples hechos negativos en que fundaba su oposición a la demanda.* [Sentencia 28 noviembre 1953.]

14. **CONFESIÓN; ALCANCE COMO MEDIO DE PRUEBA; INTERPRETACIÓN:** S. 1 marzo 1954 (v. II 1).

II. Derechos reales.

1. **REIVINDICACIÓN; TÍTULO; PERTENENCIA A UNA HERENCIA INDIVISA:** *Aunque por sí solo es insuficiente para reivindicar, puede acreditarse como tal cuando va acompañado de la posesión de los bienes por el causante y sus herederos.*

REIVINDICACIÓN; TÍTULO: *No es indispensable el título escrito cuando el*

derecho de propiedad resulta acreditado por los distintos medios de prueba que la Ley concede.

REIVINDICACIÓN: IDENTIDAD DEL OBJETO: *Ha de estarse a lo apreciado por el Tribunal de Instancia cuando entiende que las fincas objeto de la demanda son las poseídas por el demandado.*

INSCRIPCIÓN REGISTRAL: VALOR: *Las personas a cuyo favor aparecen entendidos los asientos del Registro de la Propiedad, tienen derecho a que se respete la situación que el asiento supone, mientras los Tribunales no decidan otra cosa; pero declarada la ineficacia de la inscripción y ordenada su cancelación y la nulidad de los títulos que causaron aquélla, no existe presunción legal a la que pueda dársele valor probatorio.*

CONFESIÓN: ALCANCE COMO MEDIO DE PRUEBA: INTERPRETACIÓN: *No tiene valor decisivo y su graduación como elemento de juicio corresponde al juzgador de instancia en uso de su facultad soberana de apreciación libre del conjunto de la prueba. Puede, además, interpretar libremente la declaración del confesante, sobre todo cuando versa sobre conceptos jurídicos.* [Sentencia 1 marzo 1954.]

2. DESLINDE: FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN: CITACIÓN DE LOS COLINDANTES: *La base de la acción de deslinde radica en que las fincas no estén física y tangiblemente delimitadas en su lindero común, y su finalidad —no habiendo discusión de cabida— es la fijación de hecho del terreno donde ha de ejercitarse el derecho de propiedad. No constituye infracción del art. 384 C. c. el que no se haya citado a más propietario que el dueño de la finca contigua por el lindero que se va a determinar.* [Sentencia 8 julio 1953.]

El pleito versaba sobre delimitación del monte alto y derecho de apostar (vuelo) que en cuanto a 340 fanegas ostentaban los demandantes sobre una finca enclavada dentro del perímetro de otra también con arbolado, perteneciendo el suelo de ambas en participaciones indivisas desiguales a los demandantes y al demandado.

3. PROCEDIMIENTO DE DESLINDE: SU ÁMBITO: *No se disiente en él una cuestión de propiedad, característica de una acción reivindicatoria, sino la fijación de hecho del terreno donde tal derecho ha de ejercitarse. Tampoco implica contradicción de un derecho inscrito que hiciera preciso la declaración de nulidad o cancelación de él, según el artículo 38 L. 4.* [Sentencia 8 julio 1953.]

4. USUCAPIÓN EN CATALUÑA: «USATGE OMNES CAUSA»: *La concesión gratuita revocable y a título de precario, de una faja de terreno entre dos edificios para servir de paso o comunicación al arrendatario de dos locales de negocio separados por ella, no puede dar origen, aunque su uso haya sido continuado y por más de treinta años, a la usucapción que previene el «usatge omnes causa», por faltar el requisito de la posesión en concepto de dueño, indispensable aun en este supuesto de prescripción extraordinaria que no requiere justo título ni buena fe.*

SERVIDUMBRE DE PASO ENTRE EDIFICIOS: «ORDINACIONES DE SANCTACILIA»: *Tampoco puede entenderse ganada por prescripción dicha servidumbre por oponerse a ello no sólo la décima ordinación, sino los propios términos del contrato.*

COMODATO: *Al no haber transmisión de propiedad ni de posesión «strictu sensu» no puede nunca el comodatario usucapir. [Sentencia 30 junio 1953.]*

A. El propietario de una casa, núm. 187, concedió, junto con los de las casas contiguas. núms. 185 y 189, al arrendatario de sendos locales de negocio enclavados. respectivamente, en los bajos de estas dos últimas, la utilización de una faja de terreno para que el citado arrendatario pudiera, mediante la construcción de un pasadizo, comunicarlos interiormente; en la cláusula 5.ª del documento, firmado en el año 1919 a este efecto, se consigna que «las autorizaciones estipuladas no constituyen servidumbre, carga o gravamen de ningún género... y han de extenderse a título exclusivo de precario siempre revocables»; en 1948 se ratifica en nuevo documento la primitiva concesión.

En 1951, el nuevo dueño de la casa número 187, por cuyo patio se estableció la mencionada comunicación, presenta demanda de desahucio por precario después de haber requerido notarialmente al beneficiario del pasadizo para que lo desalojara.

El Juzgado y la Audiencia dan lugar a la demanda de desahucio. El demandado interpone recurso de casación al amparo del núm. 1 del artículo 1.692 LEC, alegando sustancialmente la prescripción adquisitiva de conformidad con el «Usatge Omnes Causa» de la faja de terreno en cuestión y, en su caso, la adquisición de servidumbre voluntaria de paso entre edificios, negando que el título de concesión fuere de precario y si el de comodato. El T. S. no da lugar al recurso por los razonamientos antes indicados de los que transcribimos los considerandos 2.º y 4.º

Que el «Usatge Omnes causa», norma general de prescripción en el derecho catalán, tiene, efectivamente, en su aplicación, una notoria extensión deducida de sus mismas palabras iniciales: «Todas las causas, ya sean buenas, ya sean malas o accidentes civiles o criminales, cuya determinación discutida, no muy uniformemente por los autores catalanes, ha venido siendo señalada por la jurisprudencia; pero en la referente a la prescripción adquisitiva del dominio, aun admitida, a tenor de dicha norma, la carencia de buena fe y de justo título, no ha habido duda de que la posesión alegada para producir la usucapción había de haberse ostentado en concepto de dueño, y como en el caso presente el demandado, no solamente vinculado a las estipulaciones consignadas en el documento de 7 de agosto de 1919, terminantes en su expresión, sino por sus propios actos al pretender convertir en arrendamiento la ocupación de la porción de terreno objeto del litigio, no ha ostentado en ningún momento, ni podido ostentar, la cualidad de dueño del local controvertido, es indudable que no puede alegar en su favor la protección del *usatge* mencionado, aparte de que con la ratificación en 1948 del documento de 1919 (antes de transcurrir los treinta años de posesión exigidos) se demostró que los reconocidos propietarios no habían abandonado ni hecho dejación de su derecho de dominio sobre la cosa, condición que se estima esencial en la doctrina y en la Ley para que pueda entrar en juego y producirse aquella singular transmisión del derecho que protege la institución jurídica de la prescripción, en méritos a todo lo cual y por no haber incurrido la sentencia recurrida en las infracciones de dicho

Usatge «omnes causa», ni del artículo 1.942 del Código civil que se denuncia en el motivo primero del recurso, es procedente su desestimación. (Considerando 2.º)

Que la tesis que el recurrente viene a sostener en el motivo tercero y último del recurso de la existencia de un comodato, deducida de las estipulaciones que se convinieron en los indubitados documentos de 7 de agosto de 1919 y 31 de octubre de 1948, es inadmisibles en este trámite, porque...; el concepto de tenencia en precario resulta expresamente declarado en el mismo documento y aun en una hipotética admisión de la tesis del comodato, construida por el recurrente, el demandado habría de devolver la cosa entregada gratuitamente para su uso y disfrute, cuando el dueño de ella la reclamase, por imperio del artículo 1.649 del Código civil, aunque no hubiese terminado el plazo establecido, si el dueño la necesitaba, o bien sí, como ocurre en el presente caso, se hubiese estipulado la devolución de lo entregado tan pronto lo reclamase el comodante, según doctrina jurisprudencial, siendo inaplicable el artículo 1.650 del mismo Cuerpo legal, que se estima infringido, porque el mismo recurrente reconoce que en el pacto hubo determinación de plazo y destino de la cosa cedida, además de la contradicción en que incurre el recurrente consigo mismo, al alegar, por un lado, la prescripción adquisitiva o usucapión, y defender la tesis, por otro, del comodato, en el que, como no se transmite la propiedad ni la posesión «strictu sensu» de la cosa entregada, no puede nunca el comodatario usucapir.

5. PROPIEDAD INDUSTRIAL: NULIDAD DE PATENTE: *La falta de novedad de la patente del demandado es independiente de la del actor, la cual es inoponible a la hora de declarar la nulidad de la primera.* [Sentencia 31 octubre 1953.]

6. MARCAS DE FÁBRICA: DERECHO A Oponerse A LA CONCESIÓN: NATURALEZA: *Es de carácter notoriamente administrativo porque nace de la concesión anterior y se ejercita frente a los actos de la Administración.* [Sentencia 4 febrero 1954.]

La doctrina está contenida en los considerandos segundo, tercero y cuarto, transcribiendo este último por su mayor interés.

«Que al plantear la entidad actora, ahora recurrente, el litigio origen del presente recurso, alega como fundamento de su cesión los mismos argumentos que utilizó al formular su oposición a la petición de la demandada, esto es, los supuestos errores en que el Registro de la Propiedad Industrial ha incurrido, al no tener presentes, al otorgar la marca y nombre comercial, solicitados, las prohibiciones que establece el artículo 124 del Estatuto, singularmente en sus números primero, sexto y undécimo, en cuanto a la marca, y los apartados B, G e I del artículo 201, por lo que afecta al nombre comercial, y esta acción que ejercita es notoriamente administrativa, porque con ella se intenta defender un derecho administrativo preexistente, ya que, según la doctrina, los particulares a quienes la Ley atribuye el derecho de oponerse en el otorgamiento del registro de marcas solicitado tendrán por ello mismo un derecho administrativo cuya vulneración con la

concesión ilegal los habilitará para recurrir contra ella ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y así se deduce también en el caso presente en que la acción aparece dirigida contra la entidad que obtuvo el derecho administrativo de la concesión de marca y nombre comercial, pero no por actos realizados por ésta, que sólo ejercitó el de solicitar la concesión, sino por los errores supuestos del Registro al otorgarlas, por lo que el real, aunque indirectamente atacado, es el Registro, y tiene establecido la jurisprudencia (sentencia 9 marzo 1946) que para combatir los interesados las resoluciones del Registro en orden a la concesión de denegación de marcas, tienen dos recursos distintos: uno, el contencioso-administrativo (artículos 15 y 155 del Estatuto), y otro, el de revisión en vía administrativa (artículo 16 del mismo), sin que por otro cauce pueda abordarse la cuestión de la semejanza de marcas, pues para tratar de ello debió impugnarse en vía contenciosa la orden de concesión y este criterio es lógico, porque como la jurisdicción contencioso-administrativa es puramente revisora de la legalidad de la actividad administrativa, mediante ella han de atacarse las resoluciones del Registro en orden únicamente al cumplimiento o incumplimiento de los requisitos que para las concesiones solicitadas han podido y debido ser examinadas por él, y cuando tales resoluciones hayan quedado firmes, por no haberse utilizado los pertinentes recursos o haber sido éstos desestimados, las dichas resoluciones quedarán inatacables ante la jurisdicción ordinaria si lo que se pretende denunciar es el incumplimiento de aquellos requisitos registrales, siendo, en cambio, adecuada esta última vía cuando la ilegalidad provenga de la falta de requisitos no examinables por el Registro o de actos de los interesados que sean impugnados mediante el ejercicio de una acción de nulidad del Registro indebido, resultando de todo lo expuesto que el Tribunal obró correctamente al acoger la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil alegada por la parte demandada y sostenida por el Abogado del Estado, sin incurrir en las infracciones de que se le acusa en los motivos primero y cuarto del recurso, que, por tanto, deben ser desestimados, así como los motivos segundo y tercero, que resultan inopercantes al ser confirmada la incompetencia de jurisdicción.» (Considerando 4.º)

7. COMUNIDAD DE BIENES: DIVISIÓN MATERIAL: *Es perfectamente legal la división de una casa entre los condueños según las normas de la propiedad horizontal, pero para ello es requisito indispensable, prevenido por el artículo 393 del Código civil, que las partes de propiedad exclusiva sean susceptibles de aprovechamiento independiente por cada condueño a quien se adjudique, sin perjuicio de los demás.* [Sentencia 5 diciembre 1953.]

8. POSESIÓN EN PRECARIO: CONDICIÓN DE PRECARISTA: *La tiene el que alega, sin demostrarlo, la existencia de una sociedad familiar con el conducente del disfrute del local.* [Sentencia 8 mayo 1953.]

El demandado y recurrente alegó, para enervar la condición de precarista, la existencia de múltiples relaciones complejas, pero sin demostrar que el disfrute del local por él ocupado formara parte integrante de ellas, así como la existencia entre partes de una sociedad familiar tácita tampoco probada.

9. SERVIDUMBRES DE PASO ENTRE EDIFICIOS EN CATALUÑA: S. 30 junio 1953 (v. 4).

10. INSCRIPCIÓN REGISTRAL: VALOR: S. 1 marzo 1954 (v. 1).

11. BIENES DE CAPELLANÍAS COLATIVO-FAMILIARES: NULIDAD DE INSCRIPCIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Conforme al artículo 11 R. H., en relación con los artículos 1.º y 10 del R. D. de 17 de abril de 1925, para inscribir en concepto de libres bienes dotales de Capellanías colativo-familiares es preciso acompañar junto al testimonio judicial declarando el mejor derecho a la conmutación, el acta de conmutación expedida por el Diocesano, sin que pueda sustituir a esta última el Decreto canónico dictado como trámite para comunicar al beneficiario la tasación efectuada de los bienes. El Obispo, en representación de la Iglesia, está activamente legitimado para ejercitar la acción de nulidad frente al que, sin cumplir los anteriores requisitos, ha obtenido a su favor la inscripción como libres de los bienes dotales [Sentencia 1 junio 1953.]*

A. El Capellán (demandado), después de obtener la declaración judicial del mejor derecho a la conmutación sobre los bienes que constituían la dotación de la Capellanía, instó expediente canónico de conmutación, dictándose por el Diocesano decreto en el que «accediendo a la conmutación», comunicaba al solicitante la tasación efectuada de los bienes a efectos de su desespiritualización, siendo posteriormente elevado el expediente a la Santa Sede, que denegó la conmutación.

Años más tarde, el solicitante, después de consignar en la Delegación de Hacienda el importe de la tasación, presentó en el Registro de la Propiedad el Auto declarativo de su derecho a la conmutación y el Decreto canónico antes citado, obteniendo a su favor la inscripción de los bienes dotales de la Capellanía en concepto de libres.

En el mismo año formula el Obispo demanda de nulidad de dicha inscripción por haberse practicado sin presentar la Resolución canónica declarativa de la conmutación.

Admitida la demanda en ambas instancias, el demandado interpone recurso de casación alegando en esencia: 1.º, que el Decreto canónico comunicando la tasación de los bienes reviste los caracteres de auto aprobatorio de la conmutación, y 2.º, que no asiste al Diocesano la acción de nulidad ejercitada por no ostentar la Iglesia sobre los bienes de Capellanías de esta clase dominio ni derecho real alguno

El T. S. *no da lugar* al recurso, en virtud de las razones que se extractan en el encabezamiento, de las que transcribimos por su interés el considerando último:

«Que el segundo y último motivo acusa falta de acción del demandante para obtener la declaración de nulidad, por él solicitada, ya que, a juicio del recurrente no está atribuido a la Iglesia el dominio de los bienes en litigio ni tiene sobre ellos derecho real alguno, ni es tercero habilitado con tal fin el Diocesano; pero debe tenerse en cuenta para rechazar también dicho motivo, que si bien es confusa la legislación histórica en punto a la determinación del derecho de dominio de los bienes, no eclesiásticos, de las Capellanías colativo-familiares o de sangre... lo que resulta incuestionable es que los referidos bienes, una vez espiritualizados, por la erección y colación canónicas, quedan gravados en favor de la Iglesia con la carga del estipendio para misas ordenado por el fundador, y este gravamen, limitativo

dei dominio. reviste de la cualidad de tercero civil a la Iglesia como probablemente perjudicada por la inscripción de los bienes dotales en favor del capellán demandado en calidad de libres de toda carga por lo que no ofrece duda que el Obispado, en representación de la Iglesia, está activamente legitimado, tanto por lo expuesto como por las facultades jurisdiccionales que en la materia le corresponden para actuar judicialmente en defensa de un interés jurídicamente protegido.»

12. ANOTACIÓN DE DEMANDA: SUS EFECTOS: ART. 1.473 C. C.: *La anotación de demanda en la que el primer comprador solicita se condene al vendedor a otorgar la escritura correspondiente por ser de mera publicidad, no impide que el segundo comprador inscriba su título adquirido en el Registro. [Sentencia 22 abril 1952.]*

A. El propietario de unos terrenos encomendó a X, que gestionara su venta, *pero sin autorizarle, al parecer, para contratar en firme*: el 28 de marzo de 1946 X, formalizó con A. y B. un convenio por el que éstos adquirirían el citado inmueble, obligándose a pagar el precio en el momento de otorgar la correspondiente escritura pública.

El día 29 el propietario vendió a C. en documento privado el mismo terreno. A. y B. en 5 de abril presentan demanda contra el propietario pidiendo se le condene a otorgar a su favor escritura de venta solicitando, por otrosí, anotación preventiva de la demanda que se practicó dos días después.

Con posterioridad a estos hechos el propietario otorga escritura pública de venta a favor de C., que inscribe en el Registro.

La demanda es desestimada en ambas instancias. Los demandantes interponen recurso de casación al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 LEC, alegando sustancialmente error de hecho, violación de los artículos 1.709 y 1.710, e interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 1.473 C. c., en relación con los artículos 70 y 71 L. 4.

El T. S. *no da lugar* al recurso, en virtud de las siguientes consideraciones:

«Que la sentencia recurrida aceptando la del Juzgado resume los fundamentos de su fallo estableciendo que para que pudiese prosperar la demanda era necesario que se cumpliesen las condiciones siguientes: A) Que don X, tuviese la representación del demandado. B) Que el contrato que celebrase el representante fuese anterior a cualquier otro que pudiese celebrar directamente el dueño representado. C) Que el título que ostentan los actores (contrato de compraventa) fuese no sólo anterior, sino también preferente al que ostentase otro tercero en este caso don C. Y D) Que dicha preferencia se obtuviese y declarase por sentencia firme en juicio contradictorio en el que pudiera ser oído y defenderse don C. apreciándose por el Tribunal *a quo* que ninguna de estas condiciones se cumpla en el presente caso. (Considerando 1.º)

Que en analizar las alegaciones del recurso en relación con los requisitos expresados que en la sentencia recurrida se exigen conjuntamente, se observa, desde luego, que nada se dice en el recurso con respecto al señalado con la letra D) cuya falta impide hacer en estos autos pronunciamiento en perjuicio de don C., como lo sería el que los actores solicitan, pues figurando dicho señor como adquirente de la finca objeto del pleito en el contrato celebrado con el dueño en 29 de marzo de 1946 y ostentando un

título escriturario que fué inscrito en el Registro de la Propiedad, no puede negarse que tiene un interés primordial y directo en la cuestión litigiosa, y, sin embargo, no ha sido citado ni oído ni ha podido, por tanto, defenderse de las pretensiones de los actores negaderas de sus posibles derechos. (Considerando 2.º)

Que, aunque la razón expuesta es suficiente para que el recurso no pueda prosperar, no es inoportuno examinar a mayor abundamiento las alegaciones aducidas por los recurrentes, entre ellas la referente a la virtualidad de la anotación preventiva de la demanda que se hizo en 7 de abril de 1946, en la cual se apoya el motivo tercero del recurso para negar la validez y eficacia de la inscripción registral que se verificó en 16 de mayo de dicho año y para negar también, en consecuencia, la aplicabilidad al caso presente del párrafo segundo del artículo 1.473 del C. c., que en casos de doble venta de un inmueble otorga la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, que en este caso es don C. único que inscribió su título y único también que otorgó escritura, entendiéndose los recurrentes que la anotación preventiva tiene una virtualidad potencial que impide que por hechos posteriores nazcan derechos en contra del anotante, por lo cual denuncian en el motivo tercero del recurso interpretación errónea de dicho artículo 1.473 en relación con los 70 y 71 de la Ley Hipotecaria, pero tal doctrina no puede admitirse, porque la referida anotación no es de las constitutivas de derechos, sino de mera publicidad, sin más efecto que asegurar las resultas del juicio, dando al anotante una garantía de cumplimiento efectivo de la sentencia que se dicte, garantía que no desaparece por la inscripción registral, cuya eficacia en derecho sólo impide que la otra parte enajene la finca reclamada, lo que en este caso no ha sucedido. (Considerando 3.º)

B. OBSERVACIONES.—El T. S. resuelve la cuestión planteada alegando como razón fundamental que no puede accederse a un pedimento en perjuicio de un tercero que no ha sido citado ni oído en el proceso, pero, aparte de esta consideración procesal, el litigio presenta un aspecto civil y otro hipotecario.

En cuanto al primero, el supuesto mandatario X lo era para gestionar la venta, pero carecía de poder de disposición, por lo que la primera venta por él otorgada adolecía de falta de eficacia traslativa y en ningún caso podía prevalecer frente a la otorgada por el propietario; el artículo 1.473 C. c., en su párrafo 2.º, prevé y resuelve la colisión de dos títulos traslativos y de dos transmisiones efectivas en la que la primera pierde su normal eficacia frente a la segunda, inscrita en virtud del principio de publicidad negativa «lo no inscrito no perjudica a tercero»; en el caso de autos la primera venta no produjo el desplazamiento de propiedad a favor del comprador no sólo por haber faltado el complemento de la tradición, sino, sobre todo, por carecer el transmitente de poder de disposición.

En cuanto a las anotaciones de demanda, es conocida la distinción doctrinal, recogida por la jurisprudencia hipotecaria entre aquellos en las que se ejercita una acción real y respecto de las cuales el asiento *protesta* del contenido registral —asiento de contradicción—, de aquellas otras en las que se actúan acciones personales que en su desenvolvimiento pueden provocar una modificación jurídico real, la anotación, en este caso, *projetiva* una situación jurídica futura y ampara una vocación de derecho real: en este segundo grupo coloca la doctrina la anotación de demanda en la que

se solicita la consumación de una venta y el correspondiente otorgamiento público o la elevación a escritura pública.

El considerando 3.º de la presente sentencia, razonado sobre la naturaleza no constitutiva de esta clase de anotaciones, decide que ésta no es obstáculo para que el segundo comprador inscriba su título, pero sin pronunciarse sobre la preferencia entre las dos ventas; nosotros entendemos, en tesis general, que existiendo una anotación de demanda en la que se solicita el cumplimiento de la primera venta y el correspondiente otorgamiento de escritura pública, el problema de la doble venta no puede resolverse con la aplicación pura del artículo 1.473 C. c. en su párrafo 2.º puesto que si recae sentencia favorable al anotante, la inscripción de esta ejecutoria y de la subsiguiente escritura de venta provocará, ya directamente, ya en trámite de ejecución de sentencia, conforme a lo preceptuado por el nuevo artículo 198 R. H., la cancelación de la inscripción practicada a favor del segundo comprador; con ello no se contraría la doctrina del citado artículo 1.473 C. c., pues en definitiva el primer comprador goza de un asiento registral, la anotación, de rango preferente a la inscripción del segundo comprador. (J. C.)

13 HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES FUTURAS: LEGISLACIÓN DEROGADA Y VIGENTE: LA NOTA MARGINAL EXPRESIVA DE HABERSE CONTRAÍDO LA OBLIGACIÓN: DETERMINACIÓN EXTRARREGISTRAL DEL NACIMIENTO Y CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: *Firme en casación el hecho de haber nacido con cuantía determinada la obligación futura protegida con hipoteca de máximo, el que adquirió las fincas con este gravamen cuantitativamente indeterminado, viene obligado a soportarlo en concepto de tercer poseedor, aunque no se haya practicado la nota marginal prevenida en el artículo 143 de la Ley Hipotecaria.*

LEY HIPOTECARIA: ARTÍCULO 143: NOTA MARGINAL ACREDITATIVA DEL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN FUTURA GARANTIZADA HIPOTECARIAMENTE: *Tiene carácter potestativo en la legislación vigente.* [Sentencia 28 noviembre 1953.]

«... la hipoteca de seguridad ha surgido por su inscripción en el Registro de la Propiedad a la vida del derecho y surge efecto frente a tercero en la cuantía que, dentro del tope máximo establecido, se acredite extrahipotecariamente o mediante la nota marginal, la que, además, producirá el efecto en cuanto a tercero de transformar la hipoteca de seguridad de un crédito posible o probable por cuantía indeterminada, en hipoteca definitiva, normal y corriente.» (Considerando 5.º)

«... que aplicando la precedente doctrina al caso de autos, resulta indudable que al quedar firme en casación el hecho de haber nacido con cuantía determinada la obligación futura protegida con hipoteca de máximo, el recurrente que adquirió las fincas con este gravamen cuantitativamente indeterminado, viene obligado a soportarlo en concepto de tercer poseedor y, en consecuencia, no son viables tampoco los restantes motivos primero y segundo del recurso que propugnan la inmunidad del recurrente por no haberse extendido en el Registro la nota marginal expresiva de haberse contraído la obligación futura garantizada y considerarse por ello tercero hipotecario no afectado por el nacimiento extrarregistral del crédito reclamado.» (Considerando 6.º)

OBSERVACIONES.—En esencia, el punto neurálgico del litigio es el de saber si el tercer poseedor de la finca gravada con una hipoteca de máximo en garantía de una obligación futura resulta afectado por dicha hipoteca cuando, nacido el crédito, no se hace constar éste y su cuantía en el Registro por medio de nota marginal.

Puede decirse que el problema ha desaparecido en la legalidad vigente, al atribuir el artículo 143 carácter potestativo a dicha nota marginal. Pero en la ley derogada de 1909 bajo cuyo régimen se plantea el litigio que da lugar a esta sentencia, la duda era grave porque parecía imponerse obligatoriamente la práctica de dicha nota marginal, so pena de que la hipoteca no perjudicase ni beneficiase a tercero.

Entendía la doctrina que mientras no se practicase la nota marginal la hipoteca, vacía de contenido, sólo obtenía rango, sin producir más efecto que el de la mera publicidad, es decir, el de no poder ser desconocida o ignorada. Pero, como dice Roca Sastre («Instituciones», segunda edición, III, 424), la duda consistía en si podía hacerse efectiva la hipoteca mientras no estuviese extendida la nota marginal. Podía afirmarse que mientras no se acreditase la existencia de la obligación garantizada, no cabía ejecución hipotecaria, pero no podía decirse en absoluto que no procedía ésta mientras no se hubiera practicado la nota marginal.

Ante la posibilidad del nacimiento de la obligación, unido a la falta registral de este hecho, la doctrina y la misma Dirección General, en su conocida Resolución de 31 de enero de 1925, se inclinó a admitir la posibilidad de ejecución de la hipoteca de máximo cuando la obligación futura había nacido con cuantía determinada extrarregistralmente, aun cuando tal nacimiento no se hubiese hecho constar en el Registro por nota marginal. Roca Sastre sostenía que la única diferencia entre la práctica y la omisión de dicha nota marginal radicaba en que en este segundo caso no debía ser ejercitable el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, que descansa en los pronunciamientos del Registro, ya que éste, sin aquella nota, no publica la existencia ni la cuantía del crédito garantizado. Y esta diferencia desaparece también para dicho autor en la nueva ley, en la que «incluso» para hacer efectiva la hipoteca por medio del procedimiento judicial sumario, basta que la existencia de la obligación garantizada se demuestre en forma adecuada, a pesar de no figurar extendida aquella nota marginal» (lug. cit., III, 425).

La sentencia que comentamos, después de recoger en su considerando cuarto la certera y conocida doctrina del Centro directivo en la Resolución antes citada de 31 de enero de 1925 en la que se explican las fases de esta hipoteca y su transformación de hipoteca de seguridad en hipoteca normal y negociable al nacer y quedar determinado el crédito garantido, establece en el considerando quinto que esta doctrina está tácitamente recogida en el artículo 143 de la L. H. vigente que establece el carácter potestativo de la nota marginal.

Y en el considerando sexto contiene la doctrina acertada, con perfección tecnológica y de fondo.

A) Fondo.—No es imprescindible —ni aun en la legislación derogada— la determinación registral del nacimiento de la obligación garantizada para que la hipoteca pueda hacerse efectiva sobre los bienes a que afecta. La omisión de la nota marginal no obsta para que extrarregistralmente pueda acreditarse el nacimiento de la obligación, su cuantía y exigibilidad, dando lugar a la acción hipotecaria, que deberá ser soportada por el tercer poseedor.

B) Tecnología.—El que adquirió las fincas con este gravamen, viene obligado a soportarlo en concepto de tercer poseedor. Exacto. Debe soportar o tolerar. Como dice Roca Sastre («Instituciones», segunda edición, I, 304), «quien adquiere una finca gravada con una hipoteca... se encuentra en una situación «in patiendo», o sea de pasividad frente al titular de dicho derecho, debiendo tolerar o soportar la actuación de la carga real».

Esta exactitud en el concepto y en la forma contrasta con la imprecisión que se observa en los considerandos segundo y tercero. No resistimos la tentación de copiarlos:

«... toda la sustancia jurídica del pleito se reduce a discriminar si el recurrente que adquirió fincas gravadas con hipoteca de máximo, viene o no vinculado al pago de la deuda garantizada desde el momento en que se acredite la existencia y cuantía de la misma, aun cuando no se haya extendido en el Registro de la Propiedad la nota al margen de la inscripción hipotecaria expresiva del nacimiento de la obligación protegida.» (Considerando 2.º)

Claramente se observa que este considerando, pretendiendo centrar el problema, lo traslada y desenfoca. Tal como se plantea, genéricamente, la cuestión (y dejando aparte las hipótesis especiales de asunción convencional, legal o judicial de la deuda garantizada), no se trata de determinar si el adquirente de la finca está o no vinculado al pago, como erróneamente se afirma, sino de concretar si tal adquirente está o no afectado por la hipoteca. El considerando siguiente nos permitirá insistir en la distinción.

«... que en sanos principios hipotecarios no puede ofrecer duda que quien adquiere una finca gravada con hipoteca de obligación futura, no es propiamente un tercero protegido por la inmunidad frente a la deuda asegurada, sino que es un tercer poseedor constreñido al pago si tal deuda se produce, pues el propio Registro de la Propiedad publica y le advierte que no adquiere la finca libre de cargas o gravámenes...» (Considerando 3.º)

Pasando por alto la incorrección que se comete al hablar de «hipoteca de obligación futura», en lugar de «hipoteca en garantía de obligación futura», que puede ser debida a un simple error de copia, no es más acertada la frase «tercero protegido por la inmunidad frente a la deuda asegurada», pues la tercería registral ha de referirse siempre a un acto inscrito, la hipoteca y no el crédito. Realmente lo que quiere decir es que es un tercer poseedor a quien afecta la hipoteca, y así se ve con claridad cuando, prescindiendo del inciso siguiente, enlacemos lo anterior con la frase «pues el propio Registro...».

Mucho más grave es, a nuestro juicio, el error contenido en el mencionado inciso, cuando dice, «sino que es un tercer poseedor constreñido al pago si tal deuda se produce», expresión de una verdadera «contradicción terminis», ya que, por definición, el tercer poseedor no está personalmente obligado al pago del débito garantizado, pues es sólo responsable «ob rem» de la carga hipotecaria.

La finca adquirida por el tercer poseedor, gravada con la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura, responderá de la obligación cuando ésta resulte contraída, dentro del tope máximo de responsabilidad fijado.

Como hemos visto antes, el tercer poseedor tiene una actitud pasiva, de sufrir o soportar. El pagar el crédito no es para él una obligación, sino una facultad. No está obligado a pagar; puede pagar.

No creemos preciso extendernos más sobre estas conocidas materias, máxime cuando los verdaderamente «sanos principios hipotecarios» están perfectamente aplicados con toda claridad por el Tribunal Supremo en los considerandos quinto y sexto de esta misma sentencia de 28 de noviembre de 1953. (D. I.)

III. Derecho de obligaciones.

1. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: *No puede solicitarse cuando, pese a haber existido incumplimiento de las obligaciones, la voluntad de ambas partes ha sido coincidente en la continuidad de la vigencia de la convención y*

esta voluntad se ha manifestado por actos propios de la parte que pide ahora la resolución. [Sentencia 22 enero 1954.]

2. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: *Se está en el caso previsto en este artículo y asiste a la empresa compradora el derecho que ejercita para la resolución del contrato cuando, perfeccionado y en parte cumplido el contrato, no puede en definitiva llevarse a efecto por resultar de las pruebas que el motor vendido no reunía las condiciones pactadas, es decir, por incumplir el demandado como vendedor la obligación que había contraído.*

RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: PERJUICIOS INDEMNIZABLES: *Para que existan no basta el incumplimiento, sino que debe justificarse la realidad de los perjuicios, y que se han producido como consecuencia de dicho incumplimiento. Tratándose de ganancias dejadas de obtener, que éstas no sean dudosas ni contingentes; por ello, al no justificarse el hecho fundamental de que la paralización sufrida en el trabajo por no disponer del motor le impidió aumentar su producción, la sentencia que concede la indemnización sólo por la mera posibilidad de un aumento de ventas y ganancias, incurre en la infracción de dicha doctrina legal y procede casarla respecto a este particular. [Sentencia 24 octubre 1953.]*

«... y examinados los hechos que se tienen por probados en este litigio, si bien resulta patente que deben indemnizarse los gastos realizados por el actor en la construcción de las fundaciones llevadas a cabo para la instalación del motor y los jornales satisfechos a los obreros por las horas en que no pudo funcionar la fábrica por motivos de las restricciones eléctricas, al estar probado la realidad de estos gastos y ser evidente que tuvieron los primeros su origen en la instalación del motor necesario para hacer las pruebas, y los últimos en que no pudo funcionar por no reunir las condiciones debidas; de estos hechos no se deduce, por el contrario, que concurran en la indemnización que se solicita por las ganancias dejadas de obtener, las circunstancias expresadas, pues en ninguno de ellos se tiene por cierto que efectivamente la parte demandante habría vendido más productos de los que ha fabricado si la paralización sufrida en su trabajo por no disponer del motor que había tratado de adquirir no le hubiera impedido aumentar su producción; y al no estar justificado hecho tan fundamental —sobre el que, además, no se ha practicado prueba alguna—, se va contra la jurisprudencia antes indicada, concediendo la indemnización sólo por la mera posibilidad de que hubiera aumentado sus ventas y ganancias; y al obrarse de este modo en la sentencia que se comenta, se incurre con dicho pronunciamiento en la infracción de doctrina legal que se invoca, procediendo casarla respecto a este particular.» (Considerando 5.º)

OBSERVACIONES: Dentro de la extensísima jurisprudencia creada en torno al art. 1.124 no faltan abundantes sentencias que confirman esta doctrina. Así, las de 18 diciembre 1901, 29 octubre 1907, 25 abril 1912, 2 marzo 1922, 21 abril 1925, 19 diciembre 1930, 6 mayo 1944, 13 julio 1945 y 3 mayo 1949. Son de destacar, en especial, las tres últimas, no sólo por su modernidad, sino por su mayor analogía con el caso de autos.

3. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL: *La tesis de que la declaración unilateral y extrajudicial de resolución de un contrato no necesita refrendo de los Tribunales para surtir efecto es cierta cuando no hay oposición del otro contratante, pero no en el caso contrario.*

OFRECIMIENTO DE PAGO: *El hecho de ofrecer el pago de una suma de dinero con la reserva de someter con posterioridad las discrepancias al juicio de árbitros o amigables componedores o a la autoridad judicial, al no impedir el pago de numerario de una a otra de las partes, en manera alguna puede considerarse como negativa al cumplimiento de la obligación.*

ESCRITURA DE PODER: REQUISITOS: *El art. 166 del Reglamento notarial ordena que el Notario inserte en el cuerpo de la escritura o incorpore a ella y, en su caso, a sus copias, los documentos fehacientes que acrediten la representación del otorgante, cuando éste actúa en nombre de una persona jurídica, y al no hacerlo así se priva a la copia de poder presentada de uno de sus requisitos esenciales. [Sentencia 23 diciembre 1953.]*

4. CONTRATOS: RESOLUCIÓN: *Sentencia 8 marzo 1954 (v. 17).*

5. CLÁUSULA PENAL: *Sentencia 21 enero 1954 (v. 34).*

7. OFRECIMIENTO DE PAGO: *Sentencia 24 diciembre 1953 (v. 3).*

8. NOVACIÓN: EXTENSIÓN DE UN SOLO RECIBO: *Sentencia 8 octubre 1953 (v. 36).*

9. NOVACIÓN: *No se produce la novación del artículo 1.204 C. c. por la situación de «facto» de que unas cambiabiles avaladas fueran objeto de sucesivas renovaciones de acuerdo con el movimiento de las respectivas cuentas (según se afirma en la sentencia recurrida sin impugnación adecuada en el presente recurso), pues en la práctica mercantil es corriente la renovación de obligaciones que no son cumplidas a su vencimiento. [Sentencia 18 abril 1953.]*

10. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: NECESIDAD DE CULPA O MOROSIDAD: *Sentencia 20 febrero 1954 (v. 13).*

11. CLÁUSULA CUYO CUMPLIMIENTO QUEDA AL ARBITRIO DE UN CONTRATANTE: *Cuando se pacta como medida de aseguramiento de las obligaciones contraídas, una garantía alternativa —en forma pignoratícia o mediante la sola firma del deudor—, es indudable que éste cumple su compromiso notificando fehacientemente al acreedor que elige la garantía de su propia firma sin que obste a esta clara interpretación el hecho de que la sola firma del deudor en nada refuerza la responsabilidad contractual originaria, pues sea cual fuere la motivación del pacto de opción, es lo cierto que el pacto existió y dejaría de surtir su efecto si se obligase al deudor a constituir fianza pignoratícia. [Sentencia 17 junio 1953.]*

12. OPCIÓN DE COMPRA CON DERECHO AL TRASPASO DE LA OPCIÓN: DIFERENCIA CON EL CORRETAJE: *El contrato mediante el cual una persona se obliga a vender a otra, durante un cierto tiempo y a un precio señalado, aunque se faculte al contrario para traspasar este derecho a la compra y hacer suya la diferencia de precio, es un verdadero contrato de opción de compra y no de corretaje, que consiste en la obligación de señalar la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o servir de intermediario recibiendo por el servicio una remuneración.* [Sentencia 4 diciembre 1953.]

El T. S. declaró *no haber lugar* al recurso por las siguientes razones:

CONSIDERANDO que el contrato plasmado en la carta de 7 de mayo de 1946 dirigida por el demandado al actor confirmando la conversación tenida por la tarde sobre la opción de compra del terreno especificado, contiene las siguientes características: primera, el derecho concedido tenía señalado un plazo que concluía el sábado, día 11 de dicho mes y año; segunda, el precio fijado fué el de setenta céntimos de peseta el pie cuadrado; tercera, este precio había de ser libre para el señor U., sin que fuera de su cuenta ninguna clase de gastos ni de comisión; cuarta, facultaba al optante para traspasar la compra dentro del plazo señalado y al precio que estimara oportuno, quedando en beneficio del señor M. la diferencia entre el precio obtenido y el señalado en la opción; y quinta, no aparece que el beneficiario de la opción pagara prima o cantidad alguna al que la concedía; y del examen del referido documento, aceptado por ambas partes contendientes, aparece de modo claro y preciso que la calificación jurídica del vínculo contraído no puede ser otra que la del contrato denominado opción de compra, sin regular específicamente en el Código civil vigente, pero con sustantividad propia a regirse por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos contenidas en el libro cuarto, títulos primero y segundo del referido Cuerpo legal, por ostentar una fisonomía *sui generis* de contrato preparatorio y consensual y en este caso especial unilateral al ser aceptado por el optante, quien no contraía obligación alguna ni abonó precio por el derecho adquirido, y, en cambio, el señor U. venía obligado a no enajenar a nadie la finca en el plazo señalado, a no ser al optante o persona que se subrogara en sus derechos y a realizar la venta al demandante si llegaba el caso previsto.

CONSIDERANDO que durante la sustanciación de la instancia, ambas partes litigantes admiten de modo explícito que el contrato mencionado consistía en una opción de compra y a base de ello se desarrollan los autos hasta que el recurrente al formalizar el recurso de casación lo funda en que el contrato no era sencillo, sino doble; por un lado, un contrato de opción, y por otro, un derecho del traspaso de la opción, que claramente establece el derecho de corretaje, y que el señor M. no hizo uso del derecho de opción y, en cambio, proporcionó un comprador para que contratase directamente con el dueño del terreno; pero esta tesis está en pugna manifiesta con lo debatido en la instancia, donde el actor de la demanda sostiene que, haciendo uso de las facultades otorgadas, traspasó el terreno al señor V., y realizada esta operación presentó el señor V. al demandado.

señor U., con el fin de que otorgase la correspondiente escritura, y en la réplica insiste en lo mismo, al decir: «queda bien patente que el demandado vendió al señor V. el terreno de referencia»; y no siendo lícito alterar en casación de manera tan sustancial los términos en que quedó planteada la litis alegando motivos distintos y aun contrarios a lo afirmado primeramente, ello bastaría para denegar el primer motivo de los alegados; y aun si se entrara en el examen del mismo siempre resultaría que no medió entre las partes más que un contrato de opción de compra, no el de corretaje, consistente este último en que una de las partes se compromete a indicar a la otra la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución; circunstancias que no concurren en el contrato de autos y sí las propias del contrato de opción de compra con pacto adicional de poder traspasarla a un tercero, sin que, en consecuencia, mediara la infracción de los artículos mencionados en el recurso sobre contratos en general o sobre indemnización por su incumplimiento, pues a ellos se atuvo la Sala sentenciadora, que los interpretó con rectitud, ni tampoco infringió la doctrina legal contenida en las sentencias que invoca, por contraerse éstas a situaciones que no guardan relación con lo debatido en autos y se limitan a distinguir y diferenciar el contrato de opción de compra con el de promesa de venta o de comisión mercantil, extremos distintos al debatido.

13. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: *No se deja al arbitrio del deudor cuando lo que se pacta es que el comprador debe abrir un crédito bancario al tener conocimiento de la facturación de la mercancía y el vendedor realizar la siguiente al serle comunicada la apertura.*

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: NECESIDAD DE NEGLIGENCIA O MOROSIDAD: *Cuando es debido a un error de cálculo de las partes que fijaron un tiempo insuficiente para la ejecución del contrato, sin que haya intervenido culpa o morosidad, no hay incumplimiento voluntario ni derecho a indemnización, sino imposibilidad de cumplimiento.* [Sentencia 20 febrero 1954.]

El T. S. da lugar al recurso por las siguientes razones:

Considerando: Que entre don E. V. y don F. A., éste con el nombre comercial de «Hijos de A. A.», se perfeccionó un contrato de compraventa mercantil, mediante el cual el primero vendió al segundo diez vagones de jabón de tocador, marca «C.», al precio de seis pesetas con treinta céntimos kilo, situada la mercancía sobre vagón L. o R., con el destino que se indicase a abrir los créditos para su pago, y cuya facturación había de tener lugar desde el 18 de mayo de 1945, al de junio del mismo año, verificándose el pago a medio de créditos que el comprador abriría en cualquier Banco de G., para cobrar contra entrega de talones de facturación, en la forma siguiente: se abriría el primer crédito por el importe de un vagón de 10.000 kilogramos, y tan pronto fuese éste facturado se abriría otro crédito por el importe de otro vagón, y así sucesivamente hasta completar la total facturación de los diez vagones contratados Y comenzada y continuada la

ejecución del contrato en la forma que se había pactado de entregas sucesivas y escalonadas. se facturó el segundo vagón el día 11 de junio de 1945, abriendo el comprador el día 16 del mismo mes un nuevo crédito, valédoro hasta el día 20, por el importe de los ocho vagones que faltaban, poniéndolo en conocimiento del vendedor el día 18, crédito que fué retirado al no verificar el mismo vendedor el envío de dichos ocho vagones dentro del plazo señalado para la total ejecución del contrato, que terminaba, como queda dicho el día 20:

Considerando: Que la sentencia recurrida reconociendo—al aceptar los considerandos de la primera instancia—que el estado de retraso, en que con relacion al plazo estipulado, se hallaban las operaciones del contrato, el día 16 de junio de 1945 no fué debido a negligencia de ninguno de los contratantes, estima que el comprador cumplió sus obligaciones dentro del plazo, al abrir en dicho día un crédito por los ocho vagones que aún faltaban entonces para completar la total entrega, y que al no proceder el vendedor a su facturación dentro de dicho plazo ni comunicar al otro contratante que mediara causa de fuerza mayor que se lo hubiera impedido o algún motivo para resolver el contrato, dejó incumplidas por su parte las obligaciones que le incumbían para la ejecución total del mismo, le condena a la indemnización de daños y perjuicios, derivados del incumplimiento parcial;

Considerando: Que dado el mecanismo que las partes estipularon en el relacionado contrato, ni el comprador había de abrir créditos por importe superior al precio de un vagón, ni el vendedor tenía que facturar más que un vagón después de la apertura de cada crédito; y, por lo tanto, si no era posible antes de finalizar el plazo fijado para el total cumplimiento, ultimar su ejecución en la forma pactada, no cabe sostener como se sostiene por el Tribunal «a quo», que no se opone a lo mutuamente convenido que el comprador, mediante la apertura de un crédito por el precio correspondiente a ocho vagones, pudiera exigir al vendedor que verificase en los dos días que faltaban para el vencimiento del plazo la facturación de una sola vez, de dichos vagones, ya que nada se estableció en tal sentido, para el supuesto de imposibilidad de total ejecución dentro de las fechas señaladas; y dada la claridad de los términos del contrato, lo establecido por las partes, tiene fuerza obligatoria y ha de cumplirse en la forma estipulada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.091, 1.255, 1.258 y 1.261 del Código civil, que resultan infringidos en la sentencia recurrida, y cuya violación se alega en el primer motivo del recurso, al desconocer la ineludible obligatoriedad de lo convenido en términos claros en cuanto a la forma de ejecución de las prestaciones, y establecer que pudo prescindirse de las condiciones fijadas al efecto si no podían realizarse dentro del plazo señalado, concediendo de este modo al factor tiempo una preponderancia que sólo podría tener en caso de que fuese el factor principal determinante de la operación, pero al no ser así, ha de subordinarse su importancia al de las condiciones estipuladas, máxime si resulta imposible cumplirlas en el plazo señalado;

Considerando: Que al apreciar la Sala sentenciadora que de no admitirse la facultad de apertura de crédito superior, al importe de un vagón, o la facturación plural de éstos para que el contrato pudiera cumplirse en el plazo estipulado, se dejaría el cumplimiento al arbitrio de los contratantes, infringe el artículo 1.256 del Código civil, cuya violación se denuncia también en el primer motivo del recurso, porque el cumplimiento escalonado de las recíprocas obligaciones no facultara simplemente, sino que imponía al comprador la de la apertura de créditos al tener conocimiento de una facturación, y al vendedor la de efectuar ésta al serle comunicada dicha apertura;

Considerando: Que son de apreciar asimismo las infracciones que se alegan en el segundo motivo del recurso, en cuanto a la aplicación indebida de los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil, y 61, 63 y 329 del Código de Comercio, porque estableciendo el Tribunal de Instancia que de las pruebas practicadas no aparece que ninguna de las partes haya procedido con negligencia ni morosidad, el hecho de que el vendedor Sr. V. no hubiese podido entregar los ocho vagones en el plazo estipulado, sin que, por otra parte, pudiera exigirsele la entrega de una sola vez, no envuelve incumplimiento voluntario de lo pactado, que haga aplicable el artículo 1.124 del Código civil, ni puede servir de fundamento a una reclamación de perjuicios al amparo del artículo 1.101 del Código civil y los citados del Código de Comercio, por cuanto toda indemnización de daños y perjuicios requiere como elemento indispensable la imputabilidad de Agente de las causas que pudieran producirlos;

Considerando: Que por todo lo anteriormente expuesto, procede estimar los motivos de casación alegados en el presente recurso.

14. FORMA DE LOS CONTRATOS: *Tratándose de compras repetidas en almacén, que no constituyan un efectivo contrato de suministro con plazo marcado y precios fijos, no es necesaria la prescripción del art. 1.280, de haberse de formalizar por escrito la dicha convención contractual. [Sentencia 18 noviembre 1953.]*

15. CONTRATOS: INTERPRETACIÓN: ACCESO A CASACIÓN: *Aunque estén normalmente atribuidas al juzgador de instancia las facultades de interpretación, ello no ha de entenderse en sentido tan estricto que impida el acceso a casación cuando la interpretación adolezca de equivocación o infrinja los preceptos legales.*

CONTRATOS: INTERPRETACIÓN: *No es sólo la naturaleza de los contratos lo que determina los derechos y obligaciones de los contratantes, sino fundamentalmente los pactos en que cristaliza su voluntad. [Sentencia 8 febrero 1954.]*

16. CONTRATOS CONEXOS: RELACIÓN DE DEPENDENCIA: *Cuando se pacta la cesión de una extracción de tierras y la de un local para el almacenaje de*

lo extraído, hay un solo y único contrato con un pacto principal —la cesión de tierras— y un pacto accesorio —el arrendamiento del local—, el cual forma con el primero una unidad íntima y sigue su misma suerte, sin que quepa pedir, al extinguirse toda relación, la continuidad o prórroga del arriendo del local al amparo de la L. A. U. [Sentencia 9 febrero 1954.]

17. COMPRAVENTA: SUBASTA VOLUNTARIA: VALOR DE LOS ANUNCIOS: *Constituyen una verdadera «pollicitatio» y a ellos, sin posible modificación, ha de ajustarse rigurosamente la venta.*

COMPRAVENTA: SUBASTA VOLUNTARIA: SUJETOS DEL NEGOCIO: *Cuando en los anuncios la entidad encargada de la subasta hace constar que la venta se realiza por cuenta y orden del propietario, aunque omita su nombre, e indica que los títulos de propiedad se hallan en sus oficinas, y cuando en el acta notarial se consigna el nombre de dicho propietario, debe entenderse que el negocio jurídico se realiza entre éste como vendedor y el rematante como comprador.*

COMPRAVENTA: DERECHO DE SUSPENSIÓN DE LA ENTREGA DEL PRECIO POR EXISTENCIA DE GRAVÁMENES EN LA COSA: *Cesa y resurge la obligación de pagar, cuando es el comprador quien impide su cancelación por uno de los medios más sencillos, como es la aplicación a ello del precio de la compra.*

CONTRATOS: RESOLUCIÓN: *La facultad concedida por el artículo 1.124 del C. c. no puede ejercitarla el contratante que ha incumplido sus obligaciones.* [Sentencia 8 marzo 1954.]

18. RETRACTO DE COLINDANTES: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Siendo una acción real la del retracto, dirigida a obtener el otorgamiento de la escritura y la entrega de la cosa, debe formularse contra el poseedor de ella, pero ha sentado la jurisprudencia que, para preservar la acción cuando haya habido varias transmisiones, pueda formularse contra el primero y sucesivos adquirentes.*

RETRACTO DE COLINDANTES: LEGITIMACIÓN ACTIVA: VENTA Y PERMUTA SUCESIVA: *Aunque el comprador de la cosa objeto del retracto la transmita por permuta, al segundo adquirente, por traer causa del primero, le alcanzan por igual las consecuencias de la resolución del primer contrato, que estaba afecto al derecho de retracto cuando se celebró, derivadas de su naturaleza de derecho real.*

RETRACTO DE COLINDANTES: PLAZO: *Comienza a contarse desde la inscripción en el Registro, no desde el momento de la presentación del título.* [Sentencia 27 febrero 1954.]

19. RETRACTO DE COLINDANTES: NACIMIENTO DE LA ACCIÓN: TRADICCIÓN FICTA: *La acción de retracto no nace hasta que la venta o dación en pago se ha consumado por entrega real o ficta de lo enajenado. La entrega ficta se*

puede entender realizada por el otorgamiento de escritura pública y no del documento privado de venta. [Sentencia 14 noviembre 1953.]

20. **RETRACTO DE COLINDANTES: PRECIO ESTIPULADO:** *A él hay que atenerse exclusivamente, y no al mayor o menor que atribuyen los peritos al predio. Discutido el precio, pues mientras el retrayente sostiene que consistió en 23.000 pesetas, según figura al liquidar el impuesto de derechos reales, y el demandado afirma que conforme al contrato extendido en otro documento privado que acompañaba, fué el de 90.000 pesetas, no puede invocarse por el demandado que la sentencia estimatoria del retracto por precio de 23.000 pesetas infrinja los artículos 1.225 y 1.218, pues como el retrayente ni suscribió ni ha reconocido en ningún momento el segundo de dichos documentos privados, carecen de aplicación para él las normas expuestas. [Sentencia 1.º diciembre 1953.]*

OBSERVACIONES: En la enajenación que dió origen a la acción de retracto se otorgaron por las partes dos documentos privados: uno con precio de 23.000 pesetas y otro con el precio real de 90.000. Se pretendía por el demandado que sirviera aquél en cuanto al precio a efectos de liquidación del impuesto de Derechos reales; y este segundo en cuanto a la consignación del precio por el retrayente. Ocioso es advertir que dicho segundo documento no fué presentado a liquidar derechos reales.

Sorprende la osadía que supone hacer constar en el escrito de contestación a la demanda que el precio de la compraventa fué de 90.000 pesetas, «si bien, como es costumbre, y al objeto de evitar que el Impuesto de Derechos reales fuera excesivo, se declaró a la Oficina liquidadora de dicho impuesto la cantidad de 23 000 pesetas».

No deja de ser extraño también que el Juzgado ante quien se hizo tan paladina y desvergonzada confesión de fraude, y ante quien se presentó el segundo documento no rechazase éste y no se dedujera testimonio para remitir a la autoridad competente que sancionase aquella defraudación.

21. **RETRACTO GENTILICIO EN EL DERECHO ARAGONÉS: REQUISITOS:** *En el Derecho foral aragonés, como en el Derecho común, siendo real la acción de retroventa no puede ser puesta en ejercicio mientras la venta o dación no haya sido consumada por la tradición real o ficta de la finca enajenada.*

Del sentido literal del artículo 76 del apéndice foral y de su combinación con la regla cuarta del artículo 36 del mismo cuerpo legal se deduce que será de abolengo la finca heredada del ascendiente común al adquirente, que después vende, y al pariente del vendedor dentro del sexto grado de consanguinidad legítima que intente retraer, expresión a la que no cabe atribuir otro significado que el de relación inmediata y directa.

DERECHO DE PREFERENCIA ENTRE RETRACTOS: *No cabe un retracto sobre retracto, pero sí cabe que cuando se ataca con un retracto el contrato de compra de quien tiene derecho a retraer oponga éste su preferencia. [Sentencia 17 febrero 1954.]*

HECHOS: X. vende una finca que ha heredado de su tío, quien a su vez la heredó de su padre, a su hermano A; Y. retrae arrendatariamente, dándose en primera y segunda instancia la razón al retrayente. Dentro del plazo de nueve días, a partir de la sentencia de la Audiencia, interpone A

retracto gentilicio contra Y. La Audiencia accedió a su demanda de retracto. Recurriendo Y. en casación, el T. S. admitió el recurso, declarando haber lugar al mismo. Declara:

Considerando II: Que el ejercicio de la acción de retracto legal requiere la concurrencia del elemento real de que exista una venta o una donación en pago, tanto en Derecho común como en Derecho foral de Aragón, se gún prescriben los artículos 1.521 del Código civil y 76 de su Apéndice de Derecho aragonés, y este requisito fundamental no concurre en el caso debatido, puesto que no se actúa de modo inmediato frente a una venta o dación en pago, sino frente al pronunciamiento de la sentencia que puso término a un retracto arrendaticio, pretendiéndose en este pleito la declaración, no precisamente del derecho a retraer, sino el derecho de preferencia a la subrogación en el puesto del retrayente arrendaticio; preferencia que pudo ser alegada y se alegó en el pleito que el ahora demandado y recurrente promovió al amparo del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos que concede primacía al retracto gentilicio sobre el arrendaticio; y la alegación no prosperó en aquel procedimiento, aquietándose el entonces demandado y comprador ante el fallo adverso en segunda instancia, sin interponer el posible recurso extraordinario que le permitiera impugnar la argumentación jurídica determinante de aquel fallo, y así se creó la situación procesal anómala de un comprador vencido en juicio de retracto que entabla otro retracto sobre preferencia de su derecho a retraer, lo que en su caso podría ser discutido en procedimiento declarativo distinto, con la singularidad, además de que, siendo real la acción de retracto, no puede ser puesta en ejercicio mientras la venta o dación no haya sido consumada por la tradición real o ficta de la finca enajenada, y esta oportunidad en el ejercicio de la acción no se da en el presente pleito, puesto que, de modo prematuro se formuló la demanda dentro de los nueve días siguientes al de la firmeza del fallo recurrido en el primer juicio sin constancia ni alegación siquiera de que se hubiese otorgado la escritura pública de retroventa derivada de aquel fallo. (S. M.)

22. COMODATO: SU DIFERENCIA DEL PRECARIO: S. 30 junio 1953.

23. PRÉSTAMOS USURARIOS: FACULTADES JUDICIALES EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA *La amplia facultad que al juzgador otorga el artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908 determina que no se halle aquél sujeto al rigorismo de la prueba tasada y pueda para formar su convicción rebasar los límites que le señala la Ley procesal para apreciar los elementos probatorios aducidos al pleito.* [Sentencia 29 mayo 1952.]

24. PRÉSTAMOS USURARIOS: SU NULIDAD: LEY DE 23 DE JULIO DE 1908: REQUISITOS: *La desorbitada desproporción de los intereses exigidos sigue siendo, por sí sola, para este Tribunal causa de nulidad de los préstamos, sin que sea necesario que concurran todas las circunstancias que enumera el artículo 1.º de dicha Ley.* [Sentencia 29 mayo 1952.]

25. PRÉSTAMO: LEY DE LA USURA: *Ateniéndose a los hechos sentados por la Sala de que en modo alguno el prestatario convino el préstamo por motivos de angustiosa situación, inexperiencia o limitación de sus facultades mentales, afirmaciones no desvirtuadas en lo más mínimo por el recurrente que pretende suplantar con su propio criterio el de la Audiencia, hay que desestimar el recurso. [Sentencia 5 diciembre 1953.]*

26. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: PRECIO CIERTO. [Sentencia 9 diciembre 1953.]

27. CONTRATO DE OBRA: CLÁUSULA DE AUMENTO DE PRECIO: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *Celebrado un contrato de obra en que el contratista se obliga a ejecutarla por un precio alzado, tiene éste, no obstante, derecho a exigir aumento cuando el presupuesto formado por ambas partes —que, según la Sala de instancia, era parte integrante de aquel contrato— contenía una cláusula previsiva de tal aumento si lo experimentaban también la mano de obra y los materiales.*

El pago por el dueño de la mayor parte del precio presupuestado con arreglo a los citados aumentos, patentiza su conformidad, lo que no le permite ir contra sus propios actos.

CLÁUSULA PENAL MORATORIA: FUERZA MAYOR: *No procede exigir la pena cuando la misma cláusula que la establece excluye el supuesto de fuerza mayor, habiéndose probado en el pleito la concurrencia de esta circunstancia. [Sentencia 19 junio 1953.]*

El dueño de la obra que pagó puntualmente las certificaciones de obra que le fué presentando el contratista, alegó después en la demanda que las cantidades entregadas lo fueron a cuenta, sin que dichas entregas le privasen del derecho de impugnar la liquidación final y de aprobar la obra. Las sentencias de instancia y el T. S. no lo entendieron así.

28. MANDATO: CARÁCTER GRATUITO: EL ARTÍCULO 1.711, PÁRRAFO SEGUNDO: ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: PRECIO CIERTO: *Reclamada por un administrador, con independencia de su sueldo una retribución especial por ciertos trabajos realizados, si no hubo pacto sobre su retribución ni tales actividades constituían la ocupación habitual del actor, no infringe el art. 1.711, párrafo 2.º, la sentencia desestimatoria de dicha demanda. Y la misma falta del pacto previo de retribución por dichos servicios unido a que su excepcional naturaleza no permite fijar su importe por costumbre o uso frecuente del lugar en que se prestaron, supone la ausencia del precio cierto, elemento que exige el art. 1.544 para que exista un contrato de arrendamiento de servicios. [Sentencia 9 diciembre 1953.]*

29. SOCIEDAD: FORMA: RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS: *El contrato de sociedad es consensual y surge a la vida del derecho, aunque restringida su eficacia a las relaciones entre socios, desde el momento en que concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa que señala el artículo 1.261 del C. c., no teniendo otro efecto los requisitos de forma y aprobación gubernativa que crear un ente con personalidad ante terceros.*

SOCIEDAD: FALTA DE APORTACIÓN DEBIDA: *Constituye un incumplimiento de la obligación y determina la posibilidad de ejercicio de las acciones de resolución o reclamación del cumplimiento, pero no afecta a la validez originaria del contrato.*

SOCIEDAD MUTUALISTA: CARÁCTER COMPLEJO: *Cuando los interesados, taxistas de profesión, aportan a la sociedad que forman sus vehículos con sus accesorios, para prevenirse, participando en las pérdidas, del peligro de requisas o incautación se crea una relación compleja de seguro mutuo y sociedad que puede llamarse sociedad mutualista.*

VICIOS DE VOLUNTAD: COACCIÓN: TEMOR AMBIENTAL: *La estimación de la prestación libre del consentimiento corresponde a la Sala sentenciadora y ha de ser impugnada en forma oportuna. [Sentencia 23 marzo 1954.]*

30. CLÁUSULA COMPROMISORIA CON DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS: UNIDAD DE TODO EL CONTRATO: NULIDAD: *Aunque nada impide que la cláusula compromisoria contenga estipulaciones propias del contrato de compromiso, como es la designación de los comunes amigos, la compleja cláusula ha de ser enjuiciada en su unidad, y si al fijar el número de árbitros se vulnera el art. 828 en relación con el 791 de la LEC, es nulo todo lo estipulado conforme al artículo 4.º del C. c.*

LEY DE ARBITRAJE: DERECHO TRANSITORIO: *No es aplicable a los problemas de derecho material y procesal planteados en juicio con anterioridad a su propia vigencia*

INCONGRUENCIA: *Incorre en ella el juzgador cuando se declara incompetente con base en una cláusula compromisoria que, aunque aludida por las partes en sus escritos, no ha sido objeto de las pretensiones de ninguna de ellas. [Sentencia 3 marzo 1954.]*

31. COMPROMISO: EXCESO Y OMISIÓN DEL LAUDO: *El plantamiento por los amigables compondores de una cuestión de competencia y su consiguiente abstención no significa exceso de su decisión ni resolución de cuestiones nuevas o de índole no susceptible de compromiso, sino, en todo caso, omisión de fallar alguna de las cuestiones sometidas a su conocimiento que, según reiterada jurisprudencia, no da lugar a recurso de casación. [Sentencia 9 noviembre 1953.]*

32. COMPROMISO: INTERPRETACIÓN: *La frase «hasta el presente» consignada en la escritura de compromiso, debe entenderse hasta el momento de dictarse el laudo no hasta el del otorgamiento de la escritura. [Sentencia 12 febrero 1954.]*

33. PRECONTRATO DE COMPROMISO: EFICACIA SEGÚN EL C. C.: *La negativa del obligado y su oposición al requerimiento para el nombramiento de los amigables compondores deja expedita la jurisdicción ordinaria. No puede opo-*

ner la excepción de incompetencia de jurisdicción quien se negó a hacer posible el juicio de amigables componedores.

COMPROMISO: MOMENTO DE DETERMINAR LA CUESTIÓN DEBATIDA: *Es el del otorgamiento de la escritura de compromiso y no al practicarse el requerimiento para otorgarla. [Sentencia 9 noviembre 1953.]*

34. **CULPA EXTRA CONTRACTUAL Y CULPA PENAL: SUS DIFERENCIAS:** *Es reterrada la jurisprudencia que viene declarando que la responsabilidad penal derivada de la imprudencia temeraria se diferencia de la nacida de culpa o negligencia por concurrir en aquélla y faltar en ésta las notas de tipicidad y punibilidad, de lo que es consecuencia que se rigen por preceptos diferentes y están sometidos a jurisdicciones distintas e independientes en su actuación, por lo que la sentencia absolutoria de la jurisdicción criminal no prejuzga la responsabilidad civil que del mismo hecho puede derivarse.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: *La muerte de un hijo imputable a culpa o negligencia de otra persona ocasiona un evidente perjuicio a sus padres, que ven desaparecer por esa causa el auxilio que les prestaba o podía prestarles más adelante en caso necesario, por lo que les asiste el indiscutible derecho de ejercitar la acción de daños. [Sentencia 27 abril 1953.]*

35. **CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL JUZGADOR:** *La calificación jurídica de que un acto u omisión sea constitutivo de culpa o negligencia en el agente, es de la libre estimación del juzgador de instancia, que sólo puede ser impugnado en casación por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 LEC demostrando el error de hecho o de derecho que acrediten su evidente equivocación. [Sentencia 27 junio 1953.]*

36. **ARRENDAMIENTO CON PARTICIPACIÓN EN PÉRDIDAS Y GANANCIAS: NATURALEZA JURÍDICA:** *La cláusula de participación del arrendador en las pérdidas y ganancias que el arrendatario obtenga en la explotación del negocio arrendado no modifica ni altera la naturaleza del arrendamiento, sino que coexiste con él rigiéndose ambos pactos por sus reglas especiales, sin que pueda afirmarse que la relación de arrendamiento se ha transformado en aparcería y en sociedad, ni que esta cláusula produce la novación del arriendo anterior.*

CLÁUSULA PENAL: *No infringe el artículo 1.153 del C. c. la Sala, cuando, admitiendo el incumplimiento de la obligación, condena al deudor a perder lo que dió en garantía o se estipuló como pena, aunque sea superior a lo incumplido. [Sentencia 21 enero 1954.]*

ANTECEDENTES: Don J. R. y don A. F. celebraron un contrato por virtud del cual don A. F. cede a don J. R. la explotación de una industria hotelera por un tiempo determinado, cinco años y precio cierto, 115.000 pe-

setas anuales más el 10 por 100 de los beneficios que don J. R. obtuviera con la explotación del hotel. Días más tarde, para obviar unas diferencias, pactan lo que llaman contrato «adicional», en virtud del cual el tiempo de la cesión se reduce a un año, el precio es de 115.000 pesetas y don A. F. participa en el 50 por 100 de los beneficios y pérdidas que don J. R. obtenga con la explotación, teniendo derecho a opinar sobre la marcha del asunto y a situar un empleado cajero que intervenga los cobros y pagos.

Don J. R. reclama a don A. F. el cumplimiento de sus obligaciones, y el Juzgado de Primera instancia en el problema que aquí interesa—, la calificación de la relación que entre ambos existe—, entiende que el segundo pacto novó al primero y que el arrendamiento fué sustituido por una sociedad civil.

La Audiencia revoca el fallo del Juzgado en el sentido de declarar que el segundo pacto no es incompatible con el primero y que, en consecuencia, subsiste el arrendamiento modificado sólo en el tiempo de su duración.

Se interpone recurso de casación basado en los siguientes motivos: 1.º Inaplicación del artículo 1.579 del C. c. sobre negocios parciales. 2.º Infracción del artículo 1.203 sobre novación. 3.º Infracción del artículo 1.153 sobre cláusula penal que se adicionó al contrato

El T. S. declaró no haber lugar. He aquí las razones:

1.º Considerando: Que no hay discrepancia entre los litigantes en punto a la celebración del contrato suscrito de 29 de septiembre de 1944, mediante el cual fué dado en arrendamiento por el demandado A. F. al demandante J. R. un edificio y accesorios con destino a la industria hotelera, pactándose que el contrato duraría cinco años y el precio estaría representado por 115.000 pesetas anuales, más el 10 por 100 de participación en los beneficios líquidos, siendo adicionado este contrato el 9 de octubre siguiente con estipulaciones, como más importantes, sobre reducción del plazo a un año y participación del arrendador en el negocio hotelero, cifrado en el 50 por 100 de pérdidas y ganancias, y ante estos hechos fundamentales el tema básico del litigio tiende a dilucidar si el pacto del 9 de octubre extinguió totalmente por novación lo convenido sobre arrendamiento el 29 de septiembre, dando vida a un nuevo y único contrato de sociedad o aparcería—tesis del actor J. R., mantenida en el presente recurso—, o si, por el contrario, subsistió el arrendamiento, sólo modificado en cuanto al plazo de su duración, y adicionado con cláusula sobre participación de los contratantes en el resultado próspero o adverso de la explotación del hotel, compatible con el arrendamiento—tesis de la sentencia recurrida—.

2.º Considerando: Que en santos principios jurídicos sería razonable la apreciación de que, por virtud de lo convenido el 9 de octubre, el arrendamiento suscrito el 29 de septiembre quedó modificado no sólo en cuanto a su duración, sino también en lo referente al precio, puesto que la prestación complementaria y aleatoria en favor del arrendador del 10 por 100 de las ganancias que se obtuviesen en la explotación del negocio arrendado, fué sustituida por la participación del arrendador en la mitad de los beneficios o pérdidas, incompatible objetivamente con la primitiva participación única del 10 por 100 en las ganancias; pero si esta modificación del precio originario del arriendo pudiera conducir a la novación parcial de una de las condiciones esenciales del primer contrato, es lo cierto que ni afectaría

a ninguno de los pronunciamientos del fallo recurrido, ni sería determinante de la extinción completa, cual propugnan los motivos primero y segundo del recurso, de las restantes obligaciones fundamentales del arrendamiento: Primero, porque se mantuvo el precio cierto en dinero de las 115.000 pesetas al año, de las que fueron pagadas después del 9 de octubre, sin protestas ni reclamación alguna de los contratantes, la mayor parte de aquella suma, lo que claramente revela la intención de mantener vivo el precio cierto del arriendo; segundo, porque se mantuvo también la cesión del uso y disfrute del hotel por el arrendatario, según se infiere de la cláusula tercera del convenio adicional que alude a los beneficios o pérdidas que tenga el arrendatario J. R., en virtud del contrato de arrendamiento, sin que obste a esta apreciación la circunstancia de que se reconociese al arrendador la facultad de opinar y de situar un empleado cajero que interviniese los pagos y cobros, pues tal facultad tiende como finalidad única a controlar la explotación de la industria por el arrendatario, a efectos de la participación del arrendador en pérdidas y ganancias; y tercero, porque no puede entenderse sustituida la relación arrendaticia por un nuevo y único contrato de sociedad o aparcería, toda vez que, efectuada la entrega del hotel para su uso y disfrute a J. R., a cargo del cual habría de correr la explotación del negocio, el arrendador A. F. no hizo aportación alguna de dinero, bienes o industria, para que pudiera considerarse pactado un contrato de sociedad o aparcería a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.579 y 1.865 del Código civil, concurriendo sólo la circunstancia agregada por el convenio de 9 de octubre de llevar el arrendador una participación en el resultado próspero o adverso de la explotación del hotel por el arrendatario, y este pacto agregado o yuxtapuesto no desvirtúa el contrato típico de arrendamiento, ni es con él incompatible, sino que conviven y se gobiernan en tratamiento jurídico por sus normas contractuales respectivas, y, en consecuencia, no ha cometido el juzgador de instancia la infracción de los artículos 1.203 y 1.579 del Código civil en los términos que acusan los motivos primero y segundo del recurso.

3.º Considerando: Que son también desestimables los restantes motivos de casación; el tercero, porque no es exacto que la Sala sentenciadora haya impuesto al arrendatario el pago conjunto del tercer plazo del precio del arriendo y el de las 50.000 pesetas estipuladas como cláusula penal para el caso de incumplimiento del contrato por cualquiera de los contratantes, pues si bien es cierto que en la sentencia recurrida se acusa el incumplimiento del contrato por falta injustificada del pago de las 28.750 pesetas del tercer plazo, y esta falta determinó el pronunciamiento sobre pérdida por el arrendatario de las 50.000 pesetas entregadas al arrendador por razón de la penalidad pactada, también lo es que la sentencia impugnada se abstuvo de gravar a la vez al arrendatario con el pago del tercer plazo, seguramente porque con acierto estimó que este pago quedaba sustituido por el de las 50.000 pesetas previstas para el caso de incumplimiento, y, por lo mismo, no resulta infringido el artículo 1.153 del Código civil.

OBSERVACIONES: La admisión de un arrendamiento con participación del

arrendador en los beneficios y pérdidas del negocio arrendado es, a primera vista, sorprendente y un poco extraña. Si la participación, se considere yuxtapuesta o contenida en el arrendamiento, tiene alguna causa, es precisamente el arrendamiento. O es precio del arrendamiento o es una donación. Y si es precio del arrendamiento, es muy difícil pensar que éste ha cumplido el requisito de certidumbre del precio que le exige el artículo 1.543 del Código civil. El precio o parte de él no tiene este carácter de certidumbre. No puede haber arrendamiento.

La tesis del contrato de sociedad parece más lógica. Hay distribución de pérdidas y beneficios y gestión común. Luego hay sociedad. Y, sin embargo, choca también con algún inconveniente: porque si el propietario recibe un precio cierto—115.000 pesetas—por la cesión o entrega de la explotación, no verifica aportación alguna a este negocio común. Y si aporta la empresa funcionando ya, es muy difícil determinar en qué concepto recibe la cantidad indicada.

No es ésta la hora de estudiar la naturaleza jurídica del contrato, sino simplemente la de hacer notar la disonancia de la solución del T. S. y la extrañeza que produce la existencia de un arrendamiento en el que el arrendador participa en las pérdidas y ganancias del arrendatario.

37. ARRENDAMIENTO: CONSERVACIÓN DEL CARÁCTER DE ARRENDATARIO: *Convenida la cesión de uso y disfrute de fincas, por tiempo de seis meses, mediante el pago de mil pesetas en concepto de renta, el simple transcurso del tiempo sin devolver los bienes disfrutados no supone que el arrendatario pase a la condición de precarista, sino que continúa ostentando el mismo carácter hasta que sea lanzado y desposeído, subsistiendo hasta entonces la obligación de pagar la renta y las demás inherentes a la relación arrendaticia.*

PREARIO: CONCEPTO: *El concepto de precario es extensivo tan sólo a la posesión material de bienes ajenos, sin título y sin pagar merced. [Sentencia 7 octubre 1953.]*

CONCORDANCIAS.—V. de 10, 22 y 27 de noviembre de 1952.

38. ARRENDAMIENTO: PLURALIDAD DE CONTRATOS: *Cuando no sólo las fechas, sino también los objetos—dos locales totalmente independientes—y las rentas son absolutamente distintos, existen dos contratos distintos de arrendamiento sin que signifique nada que los recibos para justificar el pago de ambas rentas se extiendan por la cantidad total.*

NOVACIÓN: EXTENSIÓN DE UN SOLO RECIBO: *La extensión de un solo recibo justificativo del pago de una cantidad, que es la suma de las debidas por el mismo deudor al mismo acreedor, aunque por títulos distintos, no es suficiente en derecho para suponer novadas las obligaciones precedentes por una sola cuyo importe sea la suma de aquéllas. [Sentencia 8 octubre 1953.]*

39. ARRENDAMIENTO: DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL COMUNERO ARRENDADOR: *El comunero arrendador, que ha venido administrando sin oposición de los demás condueños, está legitimado para ejercitar la acción de desahucio, que no puede ser enervada por la circunstancia de que los demás*

condueños no han intervenido en el contrato ni en la acción, toda vez que el arrendamiento no es un acto de disposición, sino de administración.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUSPENSIÓN DE LOS JUICIOS DE DESAHUCIO: EFECTOS: La suspensión de los juicios de desahucio, ordenada en los Decretos Leyes de 24 de enero y 7 de julio de 1944 y la Orden de 8 de noviembre de 1944, tuvo como consecuencia que, durante los plazos en ellos establecidos, no surtieran efecto ni las demandas en tramitación, ni las que pudieran presentarse, ni los actos preparatorios de dichas demandas. Tales actos y demandas no deben por ello considerarse nulos, sino simplemente ineficaces hasta el momento de alzarse la suspensión, desde el cual producen todos sus efectos jurídicos normales.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBLIGACIÓN DE REPRODUCIR LOS REQUERIMIENTOS DENEGATORIOS DE LA PRÓRROGA ANTERIORES A LA VIGENCIA DE LA LAU: Esta obligación, establecida en la disposición transitoria 15 de la Ley, tiene por objeto ajustar a sus normas los requerimientos anteriores y se refiere solamente a los que no hubieran dado lugar a contienda judicial porque, en otro caso, supondría la anulación de todos los procedimientos incoados al amparo de la legislación anterior, consecuencia que choca con la disposición transitoria 16, según la cual dichos procedimientos deben acomodarse a las nuevas normas procesales, pero en ningún caso quedar anulados. [Sentencia 2 mayo 1953.]

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: CONCURRENCIA EN UN SOLO ARRENDAMIENTO DE UN NEGOCIO INDUSTRIAL Y UN LOCAL PARA NEGOCIOS: Ante la concurrencia en un solo arrendamiento de un negocio industrial preexistente y locales para negocio o vivienda, o sea, en supuestos en pugna de normas, se han de aplicar, para mantener la integridad del contrato, las que correspondan al elemento objetivo predominante, que será el que por su naturaleza o por razón de la finalidad perseguida por los interesados llevase a éstos a la conclusión del pacto.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: Es intrascendente a los fines de la calificación del arrendamiento, que el negocio viniera explotado en régimen de empresa, por personas distintas de la arrendadora, puesto que lo esencial, a estos efectos, es su preexistencia y la posibilidad de continuar el arrendatario la explotación de igual forma.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: Para calificar un contrato como arrendamiento de negocio o industria no es obstáculo la estipulación relativa a ser de cuenta del arrendatario el personal para el servicio de la misma industria. [Sentencia 21 noviembre 1952.]

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OFICINA Y LOCAL DE NEGOCIO: El local en que los empleados de una Compañía verifican los trabajos de extensión de re-

cíbos a los abonados y por el que éstos pasan a recogerlos cuando no han sido abonados en el domicilio, y para lo cual dichas dependencias tienen la correspondiente ventanilla, es una oficina y no un local de negocio. [Sentencia 20 octubre 1953.]

42. ARRENDAMIENTO URBANO: NATURALEZA DE LOS ALMACENES: Los almacenes que conforme al artículo 10 de la LAU tienen consideración legal de vivienda se asimilan al local de negocios cuando son medio indispensable para el ejercicio de una industria o comercio. [Sentencia 18 mayo 1953.]

43. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: Cuando se cede un edificio y la maquinaria adecuada de un molino harinero ya en funcionamiento, ejerciendo además el arrendador la industria de la molturación, hay arrendamiento de industria y no de local de negocio.

PROCEDIMIENTO: ALTERACIONES: El hecho de iniciarse con arreglo a la ley común y de proseguirse en apelación por los trámites y normas de la LAU es una infracción de orden procesal, que ni puede dar lugar a recurso de injusticia notoria ni infringe el art. 4.º del C. c. [Sentencia 2 marzo 1954.]

44. ARRENDAMIENTO URBANO: AUMENTO INDEBIDO DE LA RENTA: No se admitirá la demanda cuando el arrendador solicita en ella un aumento de la renta inferior al que notificó al inquilino y causó su negativa. [Sentencia 24 abril 1953.]

El T. S. declara haber lugar al recurso, señalando que «no es dable al arrendador proponer una elevación excesiva y, ante la oposición al pago del arrendatario, ejercitar cualquiera de las acciones que otorga el artículo 131 de la LAU, rectificando la propuesta a base de pedir una cantidad inferior a la pretendida, al amparo del 129, porque si eso fuera lícito se habría arbitrado un medio expedito para resolver los contratos, o sancionar con una forzosa imposición de costas, al arrendatario que no se negó nunca al abono de la cantidad que en la demanda se le reclama; razón por la cual el artículo 131 estatuye que se desestimará la demanda, tanto por no proceder aumento alguno, como cuando éste procediera en cantidad inferior a la pretendida». (Considerando 2.º)

45. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTA: MOMENTO EN QUE NACE EL DERECHO DE REVISIÓN: El derecho del arrendatario a novar la renta nace desde el momento en que el arrendador no hace la declaración fiscal dentro del trimestre natural siguiente a la fecha del contrato. El supuesto de existencia del derecho de revisión es esta omisión de la declaración fiscal en el plazo señalado y el derecho existe aunque el arrendador la haya realizado, antes de la reclamación del arrendatario, pero fuera ya del plazo fiscal.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTA: DOCUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE ESTE DERECHO: Cuando en la demanda se solicita solamente la reducción de la merced arrendaticia, son documentos suficientes el contrato de arren-

damiento y el certificado de la Administración de Propiedades en que consta la inexistencia de la declaración relativa al nuevo alquiler. No puede alegarse que siendo el local arrendado resultado de la unión de otros dos, deben presentarse las certificaciones referentes a ambos, que sólo tendrán valor para fijar la cuantía de la reducción, pero no para fundamentar la existencia del derecho que se basa simplemente en la omisión de declaración. [Sentencia 21 mayo 1953.]

46. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: La comisión de acreedores autorizada por el deudor suspenso para traspasar por el precio ofrecido el local comercial con sus instalaciones, carece de facultades para incluir en dicho traspaso las habitaciones en que el deudor tiene su vivienda, sitas en el mismo piso bajo que el local de negocio. No se puede transmitir más que el local de negocio y sus instalaciones, único punto sobre el que recayó el consentimiento del deudor demandado. [Sentencia 12 diciembre 1953.]

47. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO PREMATURO: La infracción del artículo 47 de la LAU motiva la resolución del contrato de arrendamiento, de la misma manera que la infracción del 45 y, en general, la del capítulo cuarto, como lo expresa sin dar lugar a dudas la causa tercera del artículo 149. [Sentencia 26 marzo 1953.]

48. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO GRATUITO: No puede estimarse ineficaz el traspaso por no señalarse precio, porque si bien toda la regulación legal del traspaso de locales de negocio se refiere a los traspasos onerosos, no puede negarse la posibilidad de un traspaso gratuito.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: CONSENTIMIENTO TÁCITO: La doctrina legal según la cual el propietario debe autorizar el traspaso por escrito o con mandatario con poder especial, no tiene aplicación cuando se considera probado que el propietario consintió tácitamente el traspaso al extender el recibo a nombre del nuevo ocupante. [Sentencia 12 diciembre 1953.]

49. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: INCONSENTIDO: El traspaso de un local de negocio sin consentimiento del propietario es, según el Decreto de 21 de enero de 1936, causa de resolución del contrato.

COSA JUZGADA: LÍMITES JURISPRUDENCIALES: La excepción de cosa juzgada, de gran amplitud en un principio en cuanto a su admisión, ha experimentado notables restricciones dibujadas por la jurisprudencia. No puede oponerse cuando al sentencia anterior desestimó la demanda por falta de presupuestos procesales o cuando dejó de resolver cuestiones de fondo por estimarias no planteadas.

COSA JUZGADA: REQUISITOS: No existe cuando aunque coincidan los sujetos y las pretensiones, es distinta la causa o razón de pedir. [Sentencia 13 octubre 1953.]

50. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO DISIMULADO: DIFERENCIAS CON EL MANDATO: *El contrato por el que una persona encarga a otra la dirección del comercio a que se dedicaba, consignando la obligación de pagar la renta y cediéndole el producto de la explotación mediante el pago de una renta, no puede considerarse como un mandato, siendo un contrato de subarriendo disimulado.* [Sentencia 21 mayo 1953.]

El T. S. declara no haber lugar al recurso, «no siendo posible encuadrar el contrato de batido en la figura jurídica del mandato, como lo hace la Sala, puesto que a ello se oponen los artículos 1.709 y 1.711 del C. c., ya que la supuesta mandataria no actúa por cuenta ajena, sino por cuenta propia como usuaria del local y propietaria de las mercancías que pasan a su dominio por virtud del contrato y, aun en el caso de que se supusiera la existencia de un mandato retribuido al que se alude como excepción en el artículo 1.711 citado, esa retribución es para el mandante en el supuesto legal, y aquí el presunto mandatario es el que tiene que abonar los gastos del mandato como la renta del local y, además, viene a satisfacer una renta diaria al arrendatario, sin que tampoco actúe en modo alguno a nombre del mandante». (Considerando 3.º)

51. SUBARRIENDO: CALIFICACIÓN: *La cesión o subarriendo de un negocio establecido en determinado local, para continuarse en el mismo la explotación del negocio, implica necesariamente la cesión del goce de dicho local al nuevo titular del negocio.* [Sentencia 6 octubre 1952.]

52. SUBARRIENDO O TRASPASO NO CONSENTIDOS: *La adjudicación mediante precio de un local arrendado por una Sociedad limitada, previa disolución de la misma, a uno de los socios de la misma, facultándose en la escritura de adjudicación para continuar la industria establecida en dicho local, constituye subarriendo o traspaso no consentido, que da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento.*

CONTINUACIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR EL SOCIO DEL ARRENDATARIO MUERTO: *A los efectos de la aplicación del artículo 73 de la LAU, no cabe asimilar la extinción de una persona jurídica, de la que formaba parte el que pretende continuar el arrendamiento de local de negocio concertado por aquélla, al caso de muerte del arrendatario, del que es socio el continuador.*

RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR CESIÓN NO CONSENTIDA: REQUISITOS PARA EJERCITAR LA ACCIÓN: *El requisito de demandar al cesionario para ejercitar la acción de resolución del arrendamiento por cesión no consentida, sólo es aplicable a los contratos de inquilinato y no a los de arrendamiento de locales de negocio.* [Sentencia 23 diciembre 1952.]

53. SUBARRIENDO: AUTORIZACIÓN CONDICIONAL: *Cuando la autorización para subarrendar mencionada en el contrato de arrendamiento, no ha sido concedida para y simplemente, sino que ha sido subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones —entre otras, la de comunicar y some-*

ter a la aprobación del propietario el hecho del subarriendo mediante carta firmada por el arrendatario y subarrendatario—, y dichas condiciones no han sido cumplidas, resulta evidente que la autorización no puede entenderse otorgada.

SUBARRIENDO: RECLAMACIÓN DE SOBREPREGIOS: Si bien es cierto que la disposición transitoria tercera de la LAU niega al arrendador que, por escrito y con anterioridad a la vigencia de la Ley, hubiera autorizado el subarriendo, el derecho a participar en el precio del mismo o a reclamar los sobrepregios establecidos en la condición transitoria segunda, no es menos cierto que cuando aquella autorización anterior a la Ley y escrita fué subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones y éstas no se han cumplido, la autorización realmente no ha existido, y por ello el propietario tiene derecho a reclamar el sobrepregio. [Sentencia 2 octubre 1953.]

54. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: CAUSA PRIMERA DEL ART. 76 LAU:** A pesar del tenor literal del párrafo c) del art. 77, no es necesario que el matrimonio haya de haberse celebrado antes del requerimiento para el desaloje, pues la necesidad surge desde el momento en que el matrimonio vaya a contraerse, aunque no se haya verificado todavía [Sentencia 20 octubre 1953.]

OBSERVACIONES: Condena aquí el T. S. como absurda la interpretación literal del caso c) de art. 77 LAU, entendiendo que la necesidad existe desde que se proyecta contraer matrimonio. La palabra contraiga del citado párrafo tampoco es, por emplearse en subjuntivo, un apoyo excesivo para la interpretación literal. Otra cosa sería si la ley hubiera dicho: «en el caso en que haya o hubiese contraído matrimonio...»

Se sanciona así la buena doctrina, olvidada en la práctica por algunos Juzgados, sin temor a los posibles fraudes, que ya resultan previstos y condenados por el art. 85 de la misma ley.

Hay que advertir, de todas formas, que en el caso de autos, el matrimonio se había celebrado antes de presentarse la demanda. (D. I.)

55. **ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: POR NECESIDAD DE LA ARRENDADORA:** La apreciación por el juzgador de instancia de la necesidad en que se hallaba la arrendadora de ocupar la vivienda arrendada, no puede combatirse en el recurso de injusticia notoria, basándose en el resultado de la prueba testifical. [Sentencia 28 mayo 1953.]

56. **ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: POR DERRIBO PARA EDIFICAR OTRA FINCA:** La facultad de negar la prórroga legal de un arrendamiento por proyectar el arrendador el derribo de la finca para edificar otra, con las circunstancias expresadas en el artículo 76 LAU, no puede ejercitarse durante el plazo pactado para el arrendamiento, pero sí dentro del transcurso de cualquier de las prórrogas sucesivas. [Sentencia 16 enero 1953.]

57. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIONES A LA PRÓRROGA: REQUISITOS:** Los plazos especiales de preaviso, establecidos en la disposición transito-

fig 10 de la LAU, para ejercer la excepción primera a la prórroga, sólo son aplicables en los supuestos en que el arrendador haya adquirido o adquiriera la vivienda arrendada por título de compraventa. [Sentencia 21 octubre 1953.]

58. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: TRANSFORMACIÓN NO CONSENTIDA: *La transformación de un local arrendado para el ejercicio de una industria, en almacén de primeras materias empleadas en la misma industria, alguna de las cuales —la madera— se almacenaba allí para su desecación, sin que el local arrendado tenga comunicación interior con el edificio a que fué trasladada la industria, es suficiente para la aplicación de la causa cuarta de resolución del art. 149 de la LAU, si dicha transformación fué realizada por el arrendatario sin consentimiento del arrendador.* [Sentencia 22 diciembre 1952.]

59. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN EN LA LAU: TRANSFORMACIÓN: *Convertir un almacén en taller de cerrajería abierto al público, es decir, en local de negocio, hay una transformación que faculta al arrendador para resolver el contrato.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CESIÓN DE ALMACÉN A UN HIJO: NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *Aun teniendo los almacenes consideración legal de vivienda, su cesión a un hijo debe ser notificada fehacientemente al arrendador, como requisito ineludible para efectuar con éxito la subrogación, y omitirlo es incurrir en causa de resolución.* [Sentencia 25 enero 1954.]

60. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: TRANSFORMACIÓN: CUÁNDO QUEDA ENERVADA: *El aumento y percepción por el arrendatario durante diez meses del 40 por 100 sobre la renta de local arrendado por considerarlo dedicado a negocio, implica la conformidad de aquél con la transformación del destino de dicho local, y enerva su acción de resolución de arrendamiento por la causa cuarta del artículo 149 LAU.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: TRASPASO ILEGAL: *Siempre que el arrendatario transmite el uso y disfrute del local arrendado por cualquier título—oneroso, lucrativo o a cambio de cualesquiera ventajas—que no sea el traspaso o cesión mediante precio con los requisitos exigidos en el capítulo IV de la LAU, incurre en causa de resolución del contrato.* [Sentencia 8 febrero 1954.]

61. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSA DE RESOLUCIÓN: ART. 149, 6.ª LAU: *Se da el peligro que la Ley trata de evitar cuando en un local arrendado para el almacenamiento de granos y harinas se acumula paja o alfalfa, y esto, aunque tal almacenamiento no fuese constante, sino ocasional, si se tiene en cuenta de un lado la combustibilidad de las materias almacenadas y de otro la de los materiales de construcción del edificio.* [Sentencia 5 febrero 1954.]

62. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: NEGATIVA DEL IN-

QUILINO AL PAGO DE UN AUMENTO LEGÍTIMO DE RENTA: ART. 131 LAU: *No puede estimarse que el inquilino rechazase el aumento del 40 por 100 exigido por el arrendador cuando pagó el primero de los recibos, exigiendo después justificación de la cantidad adicionada, por no ajustarse al resultado de la certificación catastral. Y tampoco supone tal negativa la no concurrencia al acto de conciliación, máxime si al contestar a la demanda consignó el 40 por 100 adeudado. [Sentencia 23 noviembre 1953.]*

63. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: MUERTE DEL ARRENDATARIO Y CONTINUACIÓN POR PERSONA EXTRAÑA: *Reconocida la muerte del arrendatario y el uso del local por persona que no es ni heredero ni socio de éste, debe resolverse el contrato al amparo del núm. 10 del art. 149 de la LAU.*

INCONGRUENCIA: *No existe cuando la sentencia recurrida acoge la pretensión de la demanda—resolución del contrato—, aunque se funda en una causa distinta de la alegada, puesto que coincide la parte dispositiva de la sentencia, que es el objeto del recurso con la pretensión formulada. [Sentencia 10 febrero 1954.]*

64. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: FALTA DE USO: *La falta de uso de la cosa arrendada no es, según la LAU, causa de resolución del contrato de arrendamiento.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALCANCE DEL ART. 149 LAU: *El artículo 149 LAU establece categóricamente cuáles son las causas de resolución del contrato de arrendamiento urbano, sin que puedan admitirse otras distintas o no contenidas en él.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CARÁCTER SUPLETORIO DEL C. C.: *No es admisible que la legislación común, de carácter supletorio, se anteponga a la especial cuando ésta sea de aplicación, dado el carácter de la relación arrendaticia y estando previsto en ella el extremo discutido.*

ABUSO DE DERECHO: *La falta de uso de la cosa arrendada no lo constituye desde el momento en que la disposición transitoria 23 de la Ley la admite, y no puede considerarse que se lesione es principio de utilidad social hasta que se estime oportuno acordar el ejercicio de las acciones que en esta disposición se establecen. [Sentencia 6 octubre 1950.]*

ANTECEDENTES: Don J. Z., propietario de una casa, arrienda a don U. L. el piso primero y la planta baja de la mencionada casa, debiendo destinarse el piso a vivienda y el bajo a instalaciones industriales. El arrendatario se ausenta de la ciudad, y lo mismo el piso que el local industrial quedan en estado de no uso. Don J. Z. reclama la resolución del contrato por falta de uso de la cosa arrendada.

El Juzgado de 1.ª Instancia declaró haber lugar a la demanda de desahucio y, en consecuencia, declaró resuelto el contrato.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda de desahucio.

Se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos: 1.º Violación del artículo 16 del C. c. (aplicación subsidiaria del C. c. a las relaciones de arrendamiento). 2.º Interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 149 LAU carácter no exhaustivo. 3.º Violación del artículo 1.555, número 2, del C. c. (obligación de uso diligente), en relación con el 1.556 y el 1.569, número 4. 4.º Violación de la doctrina sobre abuso del derecho.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso por las siguientes razones:

1.ª Considerando: Que el contrato de arrendamiento celebrado por los litigantes no contiene pacto alguno especial, y dado su objeto y extremada simplicidad, es indudable que queda sometido a la regulación de la legislación común y la invocación de preceptos del Código civil pueda alterar este la elección por el demandante del procedimiento ordenado por la legislación común y la invocación de preceptos del Código civil pueda alterar este principio, y si bien es cierto que es doctrina jurisprudencial, que será de aplicación la legislación común en aquellos casos en que la complejidad de las relaciones contractuales excedan del contenido propio de la especial y haga preciso aplicar los principios que rigen la contratación dentro del Código civil, o por afectar a la limitada facultad de disposición del arrendador usufructuario que no puede exceder de la duración del usufructo como en los supuestos de las sentencias de 14 de mayo y 24 de junio de 1952, también lo es que previene en alguna sentencia invocada por el recurrente—la de 29 de mayo de 1950, «que ha de precaverse que la ampliación de este criterio deberá efectuarse con la máxima cautela y la más absoluta y estricta objetividad para evitar el peligro de que por viciosas y poco meditadas interpretaciones, se llegue a desvirtuar la elevada finalidad social que la Ley especial persigue», lo que indica que dicha doctrina no admite que el carácter supletorio de la legislación común llegue o anteponerse a la especial, cuando ésta sea de aplicación.

2.ª Considerando: Que la sentencia recurrida ha interpretado correctamente el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al atribuirle un carácter limitativo, que ya declara la sentencia de este Tribunal de 8 de abril de 1952, en aquélla citada, pues tal artículo establece categóricamente cuáles son las causas de resolución del contrato de arrendamiento urbano, ya sea de vivienda o de local de negocio, y de sus propios términos no puede deducirse que admita otras distintas cuando el contrato tenga las características que el celebrado por los litigantes, y con relación a la causa alegada, de no ocupación de los locales arrendados, no puede suponerse que su omisión en dicho precepto haga aplicable la legislación común como no comprendida en la especial, pues el legislador la tuvo en cuenta en la disposición transitoria número 23, apartado b), en la que admite la no ocupación de la vivienda por el arrendatario y respeta este estado de hecho, en tanto las necesidades sociales no hagan preciso instar el desahucio en la forma que establece, sin perjuicio de la facultad del arrendador de ejercitar las acciones que le asisten en el caso de que la falta de ocupación origine daños—que en este caso ni se han demostrado ni son motivo del recurso—.

supuesto sometido a las reacciones contractuales y al imperio de la legislación común, que autoriza se reclame su indemnización.

3.ª Considerando: Que en el cuarto motivo del recurso y también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se acusa que la sentencia recurrida ha violado la doctrina legal sobre el abuso del derecho, pues el inquilino, sin usar la cosa, pretende tener los derechos que la Ley otorga precisamente en consideración a tal uso, y en este sentido tampoco puede prosperar el recurso, toda vez que la teoría del abuso del derecho, introducida en la técnica jurídica en atención a la presión de principios sociales—cualquiera que sea la preferencia que se muestre por una dirección subjetiva o por la objetiva—se caracteriza principalmente por la consideración de que el titular de un derecho subjetivo, derivado de relaciones jurídicas, lo es sólo cuando se funda en un principio de utilidad, no sólo particular, sino social; pero no cuando se utiliza para dañar a otro y no en legítimo provecho propio, no conteniendo nuestro Código civil ningún precepto de carácter general que le condene y si sólo existen manifestaciones concretas de su admisión, con relación a algunas regulaciones dictadas con posterioridad a la vigencia de aquel Cuerpo legal, tal como la que se refiere a los arrendamientos urbanos en que a partir del Real Decreto de 13 de diciembre de 1923, se concede facultades a los Jueces para desestimar las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen con manifiesto abuso de derecho; pero esta directriz no ha sido constante, pues fué suprimida en otras disposiciones y restablecida en otras, y en el estado legal actual, admitido por la citada disposición transitoria número 23 de la vigente Ley que los locales arrendados no estén ocupados por los arrendatarios, es claro que el indicado principio de utilidad social que se invoca como fundamento del abuso de derecho no puede estar vulnerado en este caso hasta que se estime oportuno acordar el ejercicio de las acciones que en aquella disposición se establece, por todo lo que procede desestimar este motivo del recurso, como lo han sido los anteriores.

OBSERVACIONES: La sentencia de 6 de octubre de 1953, a que nos referimos, posee un especial interés por marcar un cambio de rumbo de la doctrina jurisprudencial respecto al problema de la posibilidad del desahucio por falta de uso de la cosa arrendada. La sentencia de 27 de febrero del mismo año, aun desestimando un recurso similar por otras razones y sin necesidad de penetrar en la cuestión fundamental, admitió la posibilidad del desahucio por falta de uso basándose en que la norma del artículo 1.555 del Código civil impone al arrendatario la obligación de uso diligente y, por tanto, debe de usar que, de ser incumplido, crea una causa de resolución del contrato conforme a las reglas generales de las obligaciones.

La sentencia de 6 de octubre cambia por completo el sentido de esta jurisprudencia. La falta de uso no puede considerarse causa de desahucio. Si la nueva orientación parece en general más razonable, los argumentos utilizados para obtener esta conclusión no son quizá los más indicados.

La cuestión del desahucio por falta de uso parece bien resuelta. El uso de la cosa arrendada no puede ser causa de desahucio. Mediante el contrato de arrendamiento una persona el arrendatario, adquiere el derecho a usar o a usar y disfrutar durante tiempo determinado y cambio de precio cierto. El uso de la cosa arrendada es un derecho del arrendatario. La falta de uso

supondrá el inejercicio de este derecho, pero en ningún caso incumplimiento de un deber. La obligación de uso diligente del artículo 1.555 del C. c., más que obligación en sentido estricto es un límite del derecho de uso, como lo es el respeto de destino económico. El arrendatario tiene derecho a usar guardando diligencia y respetando el destino de la cosa. Más allá de este límite no ejercita un derecho, sino que comete un acto abusivo. La falta de diligencia y la modificación del destino económico pueden ser causa de resolución, pero el no uso en sí mismo, desligado de estas circunstancias, no es más que inejercicio de un derecho que al propietario no perjudica porque recibe su contraprestación y la cosa se mantiene y conserva.

El inejercicio de este derecho, en épocas como la nuestra en que se siente hondamente la necesidad de viviendas, puede ocasionarse un perjuicio social, ser contrario al interés público, en cuyo caso habrá de ser el tutor del interés público quien ponga remedio a esta situación socialmente abusiva. La disposición transitoria 23, b) de la LAU autoriza al Gobierno para poner en vigor el régimen de desahucio por necesidad social de pisos desocupados, en el caso de que las necesidades del país lo requieran. No existiendo esta necesidad y no estando en vigor el régimen de desahucio social, debe concluirse que no uso no es causa de resolución.

Si es acertada la sentencia que comentamos en lo que se refiere a la resolución del problema, no lo es tanto en los argumentos en que se apoya su conclusión, especialmente en lo relativo a la supletoriedad del C. c. en la regulación de los arrendamientos urbanos y a la exhaustividad de las causas de resolución del artículo 149 de la LAU. La doctrina del considerando segundo es cierta al afirmar que hay arrendamientos sometidos a la Ley especial y arrendamientos regidos por la legislación común, lo cual no depende, como en algún momento parece decir de la simplicidad o complejidad de la relación. Sino del ámbito de aplicación que la propia Ley especial le señala y atina también al reconocer carácter supletorio al C. c., siquiera no pueda por esta virtud anteponerse a la Ley especial en los extremos por ésta regulados. Lo que ya no parece tan exacto es cerrar en absoluto el paso a la Ley común en todo caso que no suponga una laguna de la Ley especial. El C. c. debe tenerse en todo caso presente, aun en la regulación de las especialidades, porque él es quien suministra los conceptos básicos y los principios y reglas generales.

El problema de la exhaustividad de las causas de resolución del artículo 149 de la LAU está categóricamente resuelto en el tercer considerando. El artículo 149 «tiene carácter limitativo», sin que «pueda deducirse que admite otras—causas de resolución—distintas», ni que la omisión de alguna haga aplicable la legislación común. La solución es sobremanera discutible. Aun pensando que el artículo 149 contiene las causas de resolución del contrato de arrendamiento, alegables por el arrendador, más racionalmente previsibles, cabe siempre la posibilidad de que omita alguna, como reconoce la propia sentencia. Es causa de resolución de los contratos y del de arrendamiento en particular, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que de él se derivan (arts. 1.124 y 1.569, 3.º, del C. c.). Dar carácter exhaustivo a las causas de resolución significa dejar sin efecto, ni sanción, el incumplimiento de un deber bajo el pretexto de una manida protección al económicamente débil, cuando el incumplidor de un deber jurídico no merece la protección del derecho. Como consecuencia, que sólo tienen el carácter de auténticas obligaciones, dentro de un contrato de arrendamiento urbano aquellas que dan lugar, de ser incumplidas, a la resolución. Las demás carecen realmente de virtualidad y valor.

65. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 14 BIS: No es aplicable la disposición transitoria 14 bis de la LAU, y, por consiguiente, el arrendatario no tendrá que desalojar el local de negocio arrendado, cuando el documento público y fehaciente en el que aquél se obligaba a, con-

cluir el arriendo para determinada fecha fué otorgado estando vigentes los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y de 21 de enero de 1936, sobre arrendamientos de locales para el comercio y la industria, los cuales establecen la prórroga obligatoria para el arrendador. [Sentencia 6 julio 1953.]

66. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 14 BIS: *En un contrato de arrendamiento que al otorgarse no estaba sujeto a prórroga legalmente forzosa para el arrendador, se pactó que el arrendamiento terminaría el 30 de julio de 1924, si bien se concedía a la entidad arrendataria la facultad de prorrogarlo a su voluntad por quinquenios sucesivos hasta veinticinco años más. Tal pacto revela claramente el designio de los contratantes de que el plazo máximo de duración del vínculo contractual no podía exceder del 30 de junio de 1949, por lo que es procedente aplicar al caso de autos la disposición transitoria 14 bis de la LAU.*

APLICABILIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 14 BIS DE LA LAU: *El hecho de haberse acogido el arrendador antes de dictada la disposición transitoria 14 bis de la LAU, a lo dispuesto en el artículo 118 de la misma para incrementar la renta pactada en un contrato de arrendamiento, que al ser otorgado no estaba sujeto a prórroga legal forzosa, y de haberse cobrado el referido incremento hasta la promulgación de la antes citada disposición transitoria 14 bis, no tiene la significación jurídica de acto propio que de modo definitivo e inalterable suponga la aceptación por el arrendador de la prórroga forzosa de la relación arrendataria y le impida el ejercicio del derecho nuevo, no previsible, que le otorgó la referida disposición transitoria, devolviendo a la esfera de la legislación común, con posible ejercicio de la acción de desahucio por expiración del plazo, el arrendamiento concertado con anterioridad a la vigencia de las normas especiales que decretaron la prórroga forzosa en materia de arrendamientos de fincas urbanas.*

CUESTIONES COMPLEJAS: *El hecho de que en un mismo contrato el demandado adquiriese, por una parte, el uso y disfrute de los locales entonces vacantes en la casa que es objeto del litigio, y se subrogara, por otro lado, en los derechos y obligaciones del arrendador respecto de los restantes locales o viviendas de la misma casa, ocupados a la sazón por otros arrendatarios, no implica complejidad alguna en fuicios de desahucio, como el de autos, en los que todo el problema litigioso se reduce a precisar si el contrato de arrendamiento discutido ha de regirse por la legislación común o por la especial, es decir, si puede o no encajarse en la disposición transitoria 14 bis de la LAU. [Sentencia 16 diciembre 1952.]*

67. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: LEGISLACIÓN Y PROCEDIMIENTO ESPECIALES: *No son de aplicación cuando no se discuten relaciones jurídicas de carácter arrendatario, sino que se trata de impedir que la simulación de las mismas perjudique a un tercero, y en este caso son de aplicación las normas procesales de la Ley de Enjuiciamiento civil. [Sentencia 26 diciembre 1953.]*

IV. Derecho de familia,

1. **LITIS EXPENSAS: TERRITORIOS DE DERECHO FORAL:** *La obligación del marido de sufragar los gastos y costas judiciales de los pleitos que entable contra él su mujer, cuando ésta carece de bienes propios, debe ser reconocida aun en los territorios donde los gananciales no existan y, en este caso, ha de ser atendida con los productos con que se atiende a las necesidades matrimoniales.*

LITIS EXPENSAS Y ALIMENTOS: DISTINCIÓN: *Son cosas distintas los alimentos, destinados a satisfacer las necesidades de la vida, y las litis expensas con las que se han de sufragar los gastos judiciales, por lo que en un procedimiento incidental de litis expensas no puede discutirse ni projuzarse la cuestión de alimentos que es tema del pleito principal.*

LITIS EXPENSAS: RECLAMACIÓN ABUSIVA O CON EL FIN DE PRODUCIR MOLESTIAS INÚTILES: *No puede afirmarse que lo sea, a efectos de litis expensas, la petición de alimentos definitivos de la actora, cuando existe una separación de hecho consentida y otorgada por el marido.*

LITIS EXPENSAS: IMPUGNACIÓN DE SU NECESIDAD: *Según reiterada jurisprudencia, la existencia de la necesidad de litis expensas y la medida de su satisfacción se entregan a la apreciación del juzgador de instancia, por lo cual sólo pueden combatirse en casación por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la LEC.*

INCONGRUENCIA: *No puede prosperar la alegación de incongruencia cuando el actor ha solicitado una concreta cantidad de dinero o, en términos generales, aquella otra que el criterio del juzgador estime conveniente, porque en este segundo extremo debe entenderse comprendido el fallo que se recurre a, si bien no determina de momento la cantidad a pagar, señala los elementos por los que puede determinarse. [Sentencia 8 octubre 1953.]*

2. **BIENES PARAFERNALES: VALIDEZ DE LOS ACTOS DEL MARIDO SIN PODER PARA ADMINISTRAR: RATIFICACIÓN:** *Además de las dos situaciones que, en orden a la administración de los bienes parafernales, previene el art. 1.384 del C. c., existe de hecho otra tercera, en la cual el marido administra los bienes sin haber mediado la entrega solemne ante Notario de la administración, en cuyo caso es preciso entender que actúa como mandatario de su mujer, siendo nulos los contratos que celebre en su nombre, cuando lo hace sin su consentimiento, pero cabiendo siempre la posibilidad de que la ratificación que autoriza el art. 1.259 del C. c., produzca el efecto retroactivo de dotar de validez a dichos actos.*

NEGOCIOS EN NOMBRE AJENO SIN AUTORIZACIÓN: RATIFICACIÓN TÁCITA: *La ratificación prevista en el art. 1.259 del C. c. puede ser tácita, esto es, inferida de actos del ratificante que signifiquen de manera inequívoca que*

la parte que aparece obligada en el contrato consiente y acepta lo concertado por otro en su nombre. [Sentencia 16 marzo 1954.]

V. Derecho de sucesiones.

1. IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN HECHA POR COMISARIO: CORRESPONDE TAMBIÉN A LOS HEREDEROS VOLUNTARIOS: *Siendo impugnabile la partición hecha por el testador en los supuestos prevenidos en el art. 1.076, con más motivo puede ser combatida la hecha por el comisario, el cual queda estrechamente ligado al cumplimiento de la voluntad del causante expresada en forma legal, de tal suerte que no sólo los herederos legítimos, sino también los voluntarios, podrán reaccionar contra la partición realizada por el comisario si se contrarían las disposiciones expresadas o presuntas del testador.* [Sentencia 9 junio 1952.]

OBSERVACIONES.—El T. S. confirma la sentencia de la Sala, estimatoria de la acción de rescisión de unas operaciones particionales en las que el comisario, por error en la valoración de los bienes, minoraba en más una cuarta parte el valor real de los mismos, lo cual originaba la adjudicación de todo el caudal hereditario a la viuda, privando de toda participación a un asilo, instituto heredero. Coincide la doctrina expuesta con la ya consagrada en otras sentencias.

2. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA: PREFERENCIA DE TÍTULOS: PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN: PLAZO: *La acción de petición de herencia compete al heredero real contra quien posee los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno, para obtener su restitución, pero partiendo del supuesto de que el sujeto pasivo de la acción posea los bienes invocando un título excluyente del que asiste al reclamante, es decir, que exige una determinación de preferencia.*

No se da este problema cuando la calidad de heredero, de quien actúa como instante del juicio de testamentaria, está plenamente reconocida por una decisión judicial y aun por los mismos recurrentes que adquirieron por contrato de compraventa alguno de los bienes de quien los había a su vez comprado a la demandada y que vendió como heredera de uno de los causantes a cuya sucesión afecta el juicio de testamentaria.

La acción de petición de herencia es prescriptible, conforme reconocen los artículos 192 y 1.016 del C. c., y su plazo es el de treinta años, según doctrina, entre otras, de las sentencias de 30 de marzo de 1889 y 18 de mayo de 1932. [Sentencia 12 noviembre 1953.]

3. TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA «ESTÉ EN SU COMPAÑÍA»: *Hay que atenderse a los hechos coetáneos y posteriores al testamento para ver si la obligación impuesta al heredero funciona como condición o como causa modal.* [Sentencia 18 diciembre 1953.]

HECHOS: X. nombra heredera en la nuda propiedad de sus bienes a su sobrina Y. con la obligación de acompañar y vivir con su viuda hasta la

muerte de la misma. Esta contrajo matrimonio y la sobrina dejó de vivir con ella, sin que por lo mismo sus relaciones perdieran cordialidad, hasta el punto de no modificar la tía el testamento en el que la institua heredera. El segundo marido, al enviudar, interpuso demanda alegando que la obligación de la cláusula «vivir en su compañía» funcionaba como condición. El T. S. desestimó el recurso presentado por éste.

4. **DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA:** *El impropiamente llamado derecho de representación no tiene cabida respecto de la porción libre de la herencia testada, entendiéndose incluida a estos efectos en dicha porción libre el tercio de mejora*

DERECHO DE REPRESENTACIÓN: ARTÍCULO 766 C. C.: *Este artículo no se refiere al «ius transmissionis», sino al «ius representationis», en el sentido de excluirlo respecto de la porción libre de la herencia testada.*

INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: MEDIOS DE PRUEBA EXTRÍNECOS: *No puede entenderse incorporado al testamento por medios de prueba extrínseca el llamamiento de los nietos de vía de sustitución vulgar cuando la Sala sentenciadora da por probado el hecho de la manifestación privada de tal deseo por la testadora, respecto de uno solo de los demandados, que lo confesó, pero no en cuanto a sus coligantes. [Sentencia 6 diciembre 1952.]*

A. **ANTECEDENTES:** Una testadora favorece en los tercios de mejora y libre disposición a dos de sus hijos, uno de los cuales le premuere. El contador partidor —a quien la testadora había comunicado privadamente su deseo de que el premuerto fuera sustituido por sus hijos— verifica en su día la partición, en la que, por derecho de acrecer, atribuye aquellos dos tercios a la hija supérstite. Los nietos demandan a los herederos y al contador partidor, alegando su derecho a la participación que su padre premuerto tenía en aquellos dos tercios, por el *ius representationis*. La demanda es desestimada en las dos instancias, y el Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso.

B. **OBSERVACIONES:** Los nuevo considerandos en que se apoya el fallo son merecedores de cuidadosa atención. Recomendando a nuestros lectores su estudio sobre el texto completo de la sentencia, vamos a hacer un resumen de los mismos, unido a un breve comentario de la doctrina que en ellos se contiene, aunque hacerlo así suponga una alteración de las acostumbradas normas que rigen esta sección.

Esta importante sentencia de 6 de diciembre de 1952 contiene tres problemas: los dos primeros, que se enlazan y conjugan, son aquilatar el sentido del art. 766 y decidir sobre la procedencia del derecho de representación en la sucesión testada; y el tercero se refiere a la eficacia de los medios de prueba extrínseca en la interpretación testamentaria. En cuanto a aquéllos, la doctrina jurisprudencial es clara y correcta. No puede decirse otro tanto, a nuestro modesto juicio, de la última.

1. **EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA.**—El *Considerando 1.º* está dedicado al planteamiento del problema. No es fácil hacerlo con mayor brevedad y precisión: «... el tema fundamental del litigio sobre procedencia del derecho de representación que han invocado los actores para heredar a su abuela en el tercio de mejora y en el de libre disposición, en los que, juntamente y por iguales partes con otra heredera, había sido instituido el padre de aquéllos, premuerto a la testadora».

Los *Considerandos 2.º y 3.º* se refieren a la tendencia expansionista que trata de aplicar el derecho de representación a la sucesión testada, haciendo a la vez un breve examen histórico, para terminar centrandó el problema de la actuación de los Tribunales en la averiguación de la «*mens legis*» del Código civil.

Buena prueba de esta tesis expansionista —manifestación a la vez de la atención que nuestros mejores juristas han consagrado a la materia—, son los trabajos y conferencias de Castán, Giménez Arnau, Burgos Bosch, Novoa Seoane, Albi Agero, Fuenmayor, etc.

En el *Considerando 4.º* se contiene el cuerpo básico de doctrina, en sentido contrario a la tesis expansionista, cuando dice: «Que en trance de decidir este problema se ha de estimar que, si bien la sistemática de un cuerpo legal no es decisiva en ponderada hermeneútica... el pensamiento del legislador es claramente restrictivo en punto a la facultad de sustituir los nietos a su padre premuerto e instituido nominativamente en la porción libre de la herencia del abuelo de aquéllos, porque *el hecho de haber sido regulado el derecho de representación en el capítulo que gobierna la sucesión intestada, pudiendo haberlo incluido en el grupo de las disposiciones comunes a la herencia por testamento o sin él, revela el designio de que aquel derecho no tenga cabida en la porción libre de la herencia testada.*»

A la razón aludida, de orden sistemático, el *Considerando 5.º* añade una razón lógica: *el carácter excepcional del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, «pues si en atención a especiales circunstancias... se extendió el derecho de representación a los hijos y nietos de todo heredero testamentario premuerto, voluntario o legitimario, esta regla excepcional y transitoria afianza el criterio legislativo normal y excluyente de la sustitución en la parte libre de la herencia ya que la regla excepcional no hubiera sido precisa, si las disposiciones del Código civil concediesen a los descendientes del heredero voluntario premuerto el derecho de situarse en el puesto que a éste correspondería si no hubiera fallecido antes que el testador.»*

En el *Considerando 6.º*, incidentalmente, define el derecho de representación diciendo que «se da por vocación legal sucesoria en favor de la estirpe del instituido que premuere al testador». Contra la tesis de Sánchez Román de ver en el derecho de representación una subrogación o sustitución por la que se atribuye a los descendientes el derecho de ocupar el lugar que su ascendiente hubiera ocupado en una sucesión, dice Roca Sastre que tal idea puede arrastrar a la falsa idea de que el derecho de representación implica una subrogación traslativa de derechos o una subentrada en un puesto sucesorio vacante, cuando nada de ésto se produce. Los nietos son llamados directamente por la ley a la sucesión intestada de su abuelo causante, cuando el padre de aquéllos ha muerto. Por eso, sigue diciendo el mismo autor con la misma orientación que la sentencia que comentamos, sería mejor ver tan sólo una delación o llamamiento directo a la estirpe.

El mismo *Considerando 6.º* estudia también el artículo 766 del C. c., tratando de descubrir su sentido y aplicación. La cuestión es importante, porque en dicho artículo y en sus referencias a los artículos 761 y 857, es, precisamente, donde se apoya con mayor fuerza la doctrina expansionista.

Podemos resumir la doctrina del Tribunal Supremo con relación a este artículo en los tres puntos y afirmaciones siguientes:

a) EL ART. 766 NO SE REFIERE AL DERECHO DE TRANSMISIÓN.—Comienza el T. S. por rechazar la tesis de que el art. 766 pueda referirse al «*dus transmissionis*», y su razonamiento es bien simple: «pues para no admitir en los supuestos que prevé el derecho de transmisión, sería estéril o innecesario decir no transmite derechos quien no los ha adquiridos. (Considerando 6.º)»

En efecto: el art. 1.006 exige una delación hereditaria y el fallecimiento

del instituido, titular del «ius delationis», sin aceptar ni repudiar la herencia. Y, a su vez, el art. 766 recoge tres hipótesis:

1.^a La del que premuere al testador.—Este sujeto está fuera del ámbito del 1.006, que exige la sobrevivencia del instituido, consiguiente nacimiento del «ius delationis» y falta de ejercicio por su titular de la opción que se le atribuye para aceptar o repudiar la herencia. Si premuere no puede nacer en su favor el «ius delationis». (Basta leer el art. 991 para reafirmar la tesis.)

2.^a La del que es incapaz de heredar.—La incapacidad impide al sujeto convertirse en heredero, esto es, subingresar en la titularidad de las relaciones jurídicas del causante. Si no le es posible ni la aceptación ni la repudiación (aquella por hipótesis y ésta por inutilidad), es precisamente porque carece de «ius delationis», por lo que mal podrá transmitirlo.

3.^a La del que renuncia a la herencia.—Hay aquí un instituido que ha tenido en su favor el «ius delationis» y que ha ejercitado en sentido negativo o de repudiación, la opción en que aquél consiste. Está claramente fuera del texto y del espíritu del art. 1.006.

El art. 766 no puede referirse al «ius transmissionis» (no obstante la frase «no transmiten ningún derecho a sus herederos»), porque quien no ha adquirido el «ius delationis» y quien lo adquiere y ejercita en sentido negativo o de renuncia, no puede transmitirlo. En el primer caso, porque no llegó a ingresar en su patrimonio; en el segundo, porque agotó su contenido al ejercitarlo.

V. sobre estas materias de «ius delationis» y «ius transmissionis» el interesante trabajo de Albaladejo «La sucesión iure transmissionis», en A. D. C V-3. 913 y siguientes.

Siempre que se barajan los conceptos de «ius transmissionis» y «ius representationis» hay que referirse al Centro Directivo, en su Resolución de 22 de diciembre de 1949, que se publicó en el B. O. de 18 de marzo de 1950 y fué comentada en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de abril de 1950. En ella se marcan las diferencias entre ambas instituciones. En el derecho de transmisión el transmitente sobrevive al causante. En el de representación el representado premuere al causante. La contraposición se hace en términos tajantes para señalar con mayor claridad la diferencia, pero sin que deba entenderse que sólo en caso de premoriencia se da el derecho de representación, pues ya en el propio concepto que sobre el mismo vierte el art. 924 se habla de «si viviera o hubiera podido heredar»; y el 929 concreta los dos supuestos de representación de personas vivas, los de desheredación e incapacidad, que son, por cierto, las dos alusiones o referencias que hace, «in fine», el art. 766.

b) EL ARTÍCULO 766 SE REFIERE AL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.—Si el mencionado art. 766 no es ni puede ser aplicable al derecho de transmisión, tiene que referirse al de representación. Así, dice el tantas veces citado Considerando 6.º: «... bien puede entenderse que se ha querido aludir al «ius representationis».

c) EL ARTÍCULO 766 EXCLUYE EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA: Como consecuencia de todo lo anterior hay que deducir que con la frase «no transmiten» el art. 766 excluye el derecho de representación en la sucesión testada; y de las excepciones finales, que se paraliza esta exclusión tratándose de la legítima estricta, parte de la herencia ésta de atribución no voluntaria, sino legal.

Aclarando este concepto, diremos que conviene distinguir las tres porciones hereditarias:

a) Legítima estricta.—Los nietos heredan la porción que hubiera correspondido a su padre en la herencia del abuelo, de no haber premuerto éste o de no haber sido desheredado o incapaz de heredar; pero en este caso, mejor que hablar de derecho de representación es entender que se

trata de una atribución directa que, «ministerio legis», se hace de la legítima a favor de los nietos legítimos. Sabido es que la doctrina nunca se ha planteado problema sobre este particular, aplicando por analogía la misma regla expresada por el art. 934, en materia de sucesión intestada (Vide Castán, quinta edición, IV, 470.)

b) Porción de libre disposición.—El derecho de representación no se da en la porción libre de la herencia testada, por las razones antedichas.

c) Porción de mejora.—Sabido es que la mejora participa de la naturaleza de las otras dos porciones hereditarias. Es similar a la legítima estricta porque está reservada a los legítimos. Y se diferencia de ella porque no es preceptiva su distribución aritmética entre ellos; ha de atribuirse a alguno o algunos de los legítimos, pero en esta atribución juega la voluntad del testador, similarmente a lo que ocurre en la parte de libre disposición. La mejora es, pues, aquella parte de la herencia sobre la que el testador tiene facultad de disposición relativamente libre.

Apoyándose en este origen que en la voluntad del testador tiene la atribución del tercio de mejora, se concluye por la doctrina que el derecho de representación debe estar excluido de la herencia testada en cuanto a dicho tercio. O como dice la sentencia que nos ocupa: «Nuestro derecho constituido no da acceso al derecho de representación en la porción libre de la que ha dispuesto el testador en favor de un hijo que le ha premuerto y ha dejado descendencia, entendiéndose incluido en dicha porción libre el tercio de mejora, que surge de la voluntad del testador.

Hay que entender que si el testador no hubiese dispuesto del tercio de mejora y en consecuencia se distribuyese aritméticamente entre los legítimos, la estirpe del fallecido tendría derecho a su participación en dicho tercio por haber quedado subsumido con el del legítima estricta, sin posible separación entre ellos.

Es interesante observar, por último, que en dos ocasiones emplea el Tribunal Supremo en esta sentencia las palabras «sustituir» (en el considerando cuarto) y «sustitución» (en el quinto), para referirse a la mecánica de la colocación de los nietos en el lugar del padre.

Y decimos que es destacable porque una de las razones—aparte las que la misma sentencia expone—que emplea la doctrina para excluir de la sucesión testada el derecho de representación, es precisamente la existencia de la sustitución.

Ante el supuesto de premoriencia de uno de los hijos del causante, la sustitución vulgar cumple en la sucesión testada el mismo papel o cometido del derecho de representación en la intestada. Esta función análoga, aunque referida a diferentes supuestos, se comprueba fácilmente en el Código. Tratándose de sucesión intestada, el Código se preocupa de tener siempre presente el derecho de representación (confr., por ejemplo, el artículo 922), que, por el contrario, nunca tiene en cuenta cuando—en supuestos similares—se trata de la sucesión testada. En esto habla el legislador de la sustitución vulgar, del derecho de acrecer o de la apertura de la sucesión intestada, sin que nunca—con criterio legislativo perfecto en frase de Roca Sastre—trate de aplicar el derecho de representación, institución ésta que, justificadamente, entiende de exclusiva aplicación a la sucesión intestada.

Para una completa visión y estudio de la materia, véase, además de las obras de los autores antes citados, a Roca Sastre, en sus *Estudios de Derecho Privado*, donde estudia el problema con extensión y sentido contrario a la tesis expansionista.

2. INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: MEDIOS DE PRUEBA EXTRÍNECOS.—Recordamos que los antecedentes del presente litigio son: una testadora instituye por partes iguales a dos de sus hijos en los tercios de mejora y libre disposición, sin establecer cláusula alguna de sustitución. Premuerto uno de los mejorados, fallece también la testadora, sin modificar el testamento.

Se pretende que la parte del premuerto pase a sus hijos, apoyándose en un deseo expresado en conversación particular por la testadora, y se trata de llegar a tal resultado por vía interpretativa, en base de la teoría de la prueba extrínseca. El Tribunal Supremo dedica tres extensos considerandos (siete al nueve), de la sentencia de 6 de diciembre de 1952, que comentamos, a rechazar la pretensión del recurrente, empleando como principales argumentos la falta de prueba de aquel deseo y la doctrina del silencio.

Creemos que no se trata de un problema de interpretación. Ya es sabido que aun «*quamvis sit manifestissimum edictum pretoris non est negligenda interpretatio ejus*», y que no es absolutamente cierto el brocardo de que «*tu claris non fit interpretatio*». Pero es que aquí no se trata de interpretar una voluntad real, formada ya con toda claridad en el sentido de instituir por partes iguales a dos hijos, sino de investigar si tal voluntad—indiscutible e indiscutida en su formación—persiste o continúa después de sobrevenidas especiales circunstancias, o, por el contrario, se ha modificado.

El problema es el de si la testadora quería o no modificar aquella primitiva voluntad, cuestión irrelevante que se esfuma y desaparece ante el hecho paladino y definitivo de que no la modificó, por lo cual aquella voluntad es firme y debe respetarse, sin pretender otorgar eficacia jurídica a deseos o intenciones que, por no haber sido manifestados o expresados en forma legal no pueden tener eficacia revocatoria o modificativa de un testamento.

Del considerando 7.º parece desprenderse que si el deseo de la testadora de que los nietos sustituyesen a su padre hubiese sido confesado en el juicio por todos los demandados y no sólo por uno de ellos, «*podiera ofrecer base, con algún esfuerzo dialéctico, en orden a la investigación de la voluntad real de la testadora, para estimar incorporado el testamento por medios de prueba extrínsecos, el llamamiento de los nietos en vía de sustitución vulgar, como aclaración o complemento de una disposición testamentaria deficientemente expresada por imprevisión del posible fallecimiento del hijo viviendo la madre*».

Parece olvidar el Tribunal Supremo que la sustitución vulgar es, ni más ni menos que una institución de heredero hecha en forma condicional con fines de previsión; y que como tal institución de heredero debe ser hecha formalmente en testamento (salvo los casos excepcionales de institución contractual), y que generalizando tal doctrina, siempre que se omitiese la cláusula de sustitución, habría que remediar la «*imprevisión*», dando entrada a los hijos del premuerto, con lo que vendríamos a admitir lo que los seis primeros considerandos de esta misma sentencia rechazan con toda justicia: la aplicación del «*ius representationis*» a la sucesión testada. (D. I.).

DERECHO MERCANTIL

1. DERECHO DE COMPROBACIÓN DEL BALANCE EN LA S. A.: NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES: RÉGIMEN ANTERIOR A LA VIGENTE LEY DE S. A.: *Con arreglo al artículo 173 del C. de C., el derecho de comprobación del balance en la Junta general a cuya aprobación se somete, comprende el de examinar la contabilidad y, en consecuencia, los documentos acreditativos de la realidad de los cargos y abonos de la misma, sin que a ello se oponga lo prevenido en el artículo 45 del mismo cuerpo legal, por lo que la privación de este derecho a uno de los socios vicia de nulidad, conforme al artículo 4.º del Código civil, los acuerdos adoptados sobre aprobación del balance, aprobación de la gestión de los Administradores y confirmación de los nombrados. [Sentencia 2 julio 1953.]*

2. LIBROS DE COMERCIO: VALOR PROBATORIO ENTRE NO COMERCIANTES: *El*

precepto primero del artículo 48 del C. de C. se refiere a la conformidad de cada litigante con los asientos de los libros de su adversario, pero no limita la facultad del juzgador de contrastarlos con las demás pruebas en el caso de que no sean comerciantes los que litigan.

LIBROS DE COMERCIO: CARENCIA DE REQUISITOS: *No puede probarse mediante ellos el saldo de una cuenta cuando no han sido abiertos con los requisitos legales hasta una determinada fecha y arrancan de un saldo sin justificación que arrojan unos libros llevados antes sin ninguna formalidad.*

3 LETRA DE CAMBIO: FALTA DE PROVISIÓN Y LETRA DE FAVOR: *La falta de provisión de fondos no significa necesariamente que se trate de una letra de favor. [Sentencia 20 enero 1954.]*

4. CESTIÓN DE NEGOCIO: *La certificación del Ayuntamiento referente al pago de la contribución, no justifica por sí sola en derecho la persona a la cual pertenezca la industria sometida a tributación, al efecto de desvirtuar la afirmación hecha por la Sentencia recurrida de haberse cedido dicho negocio. [Sentencia 3 octubre 1953.]*

5. AVAL CAMBIARIO: RESPONSABILIDAD DE LOS AVALISTAS POR EL REMANENTE NO SATISFECHO: *Cumplida la condición del abono pactado, que no llegó a producir la total extinción del crédito concedido, los avalistas responden del remanente de la cuenta no pagada. [Sentencia 18 abril 1953.]*

«...si bien es cierto que el Banco venía obligado a ir amortizando la cuenta de reserva con las certificaciones de obras que le fueron entregadas, no lo es menos que la amortización habría de efectuarse con el 25 por 100, no por el total importe de lo cobrado, según lo convenido y declarado cierto en la sentencia de instancia sin contradicción en el recurso, y como el Banco abonó en la cuenta de reserva el referido 25 por 100, es indudable que cumplida la condición de tal abono, que no llegó a producir la total extinción del crédito concedido, los avalistas responden del remanente de la cuenta no pagado.» (Considerando 1.º)

6. COMPRAVENTA CONTRA DOCUMENTOS: CONDICIÓN: *Estipulado categóricamente en un contrato que la mercancía había de entregarse mediante recibir del Banco los documentos oportunos justificativos de la apertura del crédito irrevocable, se establece una condición fundamental, por la cual la no constitución de la apertura del crédito impide la consumación del contrato, ya dependa esta apertura del actor o de un tercero.*

COMPRAVENTA CONTRA DOCUMENTOS: RESOLUCIÓN: *El incumplimiento por el comprador de la obligación de pagar el precio mediante la apertura del crédito irrevocable en un Banco —y del cual hacía uso el vendedor mediante la entrega a dicha entidad bancaria de los documentos pertinentes— es causa para la resolución del contrato, aunque el vendedor no haya puesto la mercancía a disposición del comprador. [Sentencia 7 noviembre 1953.]*

7. PRÉSTAMO DE TÍTULOS: VALORES: ARTÍCULO 1.753 C. c.: *Conforme a este artículo, el prestatario está obligado a devolver otros tantos de la misma especie y calidad, y salvo pacto, no puede obligar al acreedor a recibir su importe en metálico con arreglo a la cotización del día del préstamo.* [Sentencia 15 junio de 1953.]

8. QUIEBRA: ACCIÓN DE REINTEGRO: NATURALEZA: *Tiene carácter real y subsidiariamente personal por el valor de las cosas.* [Sentencia 5 marzo 1954.]

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *La competencia determinada por el ejercicio de una acción personal no se modifica por el hecho de que en el suplico de la demanda, después de solicitar una condena de pago de cantidad como importe de gastos realizados, se exprese condicionalmente «previa declaración, si se estimara preciso, de haber quedado sin valor ni efecto alguno la oferta de compra... etc.», pues ello no implica que el demandante pida la rescisión de un contrato, sino que parte del supuesto de que no ha tenido efecto, para reclamar la cantidad que cree le es debida.* [Sentencia 30 diciembre 1953.]

2. COMPETENCIA: LETRAS DE CAMBIO: *De no pactarse en el contrato el libramiento de una letra de cambio, éste no determinará el lugar del pago y será tenido únicamente como mera formalidad para el pago.* [Sentencia 15 enero 1954.]

3. COMPETENCIA: JUICIO DE TESTAMENTARIA: *Ante la duda que ofrece la determinación del último domicilio del causante de la herencia, es procedente decidir la cuestión en favor del Juez ante el cual se tramitó la declaración de herederos.* [Sentencia 11 enero 1954.]

4. CONCEPTO DE PARTE O LITIGANTE: TERCERÍA PROCESAL: *Frente al proceso, son terceros quienes originaria o posteriormente no ocupen cualquiera de las dos posiciones de parte: actora, que adquiere esta cualidad por la admisión de la demanda presentada o demandada, a quien el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento civil expresa se la tendrá por parte.*

PARTES Y TERCEROS: *Presentada demanda por uno de los coparticipes de una comunidad hereditaria constituida en escritura pública, y actuando como representante de dicha entidad, los demás coparticipes no son litigantes en ningún sentido.*

PRUEBA DE CONFESIÓN Y TESTIFICAL: *Denegada la prueba propuesta de confesión por no tener cualidad de partes las personas de quien se pretendía obtener, no puede alegarse se haya producido indefensión, cuando pudo*

solicitarse oportunamente que se recibiera declaración a las aludidas personas como testigos. [Sentencia 20 enero 1954.]

5. PROCEDIMIENTO: ALTERACIONES: Sentencia 2 marzo 1954 (v. D. C. III, 41).

6. PRESENTACIÓN Y ADMISIÓN DE DOCUMENTOS: ARTÍCULO 506 LEC: *Pueden admitirse al actor y al demandado, después de la demanda y contestación, documentos de fecha posterior a tales escritos, siempre que los hechos que con ellos se trate de acreditar sean también posteriores. [Sentencia 30 octubre 1952.]*

7. RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: NATURALEZA DE LA EXCEPCIÓN: *El trámite de reclamación previa en vía gubernativa es realmente un expediente previo, equiparable al acto de conciliación, y su efecto es impedir que se entre a conocer de las demandas dirigidas contra el Estado sin haberlo realizado. Su omisión más que una excepción propiamente dicha, origina una simple infracción procesal, apreciable por los tribunales, pero susceptible de susanación en cualquier momento, convalidándose de este modo los actos procesales viciosamente constituidos.*

RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: CARÁCTER NO DEFINITIVO DE LA SENTENCIA QUE ADMITE LA EXCEPCIÓN: *La sentencia que admite esta excepción no tiene en puridad el carácter definitivo necesario para su acceso a la casación, toda vez que, subsanado el defecto, puede continuarse el pleito promovido o formularse otro sobre el mismo objeto.*

PERSONALIDAD DEL DEMANDADO: *Careciendo en el momento de interponerse la demanda de individual personalidad jurídica la entidad demandada por haber sido absorbida por el Estado, que asumió todos sus derechos y obligaciones, y habiendo comparecido éste en los autos, la relación procesal quedó perfectamente trabada entre el actor y el Estado. [Sentencia 17 febrero 1954.]*

8. EXCEPCIONES DILATORIAS: ART. 533, 7.º LEC: RECLAMACION PREVIA EN LA VIA GUBERNATIVA: ARTS. 2.º Y 3.º DEL R. D. 23 MARZO 1886: CASACIÓN: *Los artículos 2.º y 3.º del R. D. de 23 de marzo de 1886 son de carácter administrativo, y su repercusión en la esfera jurídica civil, acogida como excepción dilatoria séptima del artículo 533 LEC, afecta por su carácter adjetivo al modo de proceder en demandas contra la Hacienda Pública, sin que la alegada infracción de normas administrativas, ni la de las meramente procesales, sea eficaz en casación por infracción de Ley, sólo utilizable con base en el quebrantamiento de reglas materiales o sustantivas de Derecho civil. [Sentencia 30 diciembre 1953.]*

OBSERVACIONES: Coincide, en cuanto a la doctrina sobre normas procesales, con el Auto de 28 junio 1953, ampliándolo respecto a las administrativas.

9. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: S. 3 marzo 1954 (v. D. C. III, 30).

10. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: S. 10 febrero 1954 (v. D. C. III, 61).

11. COSA JUZGADA: LÍMITES JURISPRUDENCIALES: S. 13 octubre 1953 (v. D. C. III, 47).

12. COSA JUZGADA: REQUISITOS: S. 13 octubre 1953 (v. D. C. III, 47).

13. COSA JUZGADA PENAL: SU INFLUENCIA EN EL PROCESO CIVIL: S. 27 abril 1953 (v. D. C. III, 34).

14. COSTAS: TEMERIDAD: APRECIACIÓN: *Si bien la apreciación de la temeridad de los litigante, a efectos de la imposición de costas, es en principio inatacable en casación, puesto que pertenece a la discreción del juzgador de instancia, esta regla no es de carácter absoluto, existiendo casos excepcionales en los que se puede enjuiciar y enmendar la apreciación errónea de la instancia.*

COSTAS: TEMERIDAD DEL APELADO: *No puede considerarse temerario en apelación o alzada al que viene a dicho recurso como apelado, no impulsado por su propio estímulo, sino arrastrado por el proceder de la otra parte y en defensa de una resolución que, aunque sólo sea de momento, reconoce el derecho que ha alegado en el pleito.*

15. CASACIÓN: RESOLUCIÓN NO DEFINITIVA: Sólo tienen expedito el camino hacia la casación y pueden ser examinadas en ella las resoluciones que ponen término al pleito principal y las que impiden su continuación. La sentencia que otorga el beneficio de pobreza, no sólo no impide la continuación del pleito, sino que, por el contrario, la facilita y, en consecuencia, no puede ser impugnada en casación. [Sentencia 27 julio 1953.]

16. BENEFICIO DE POBREZA: REQUISITOS: JORNAL DE UN BRACERO: CONCEPTO DE BRACERO: *El calificativo de bracero sólo corresponde a los que trabajan en cosas materiales para las que no necesitan arte o habilidad de ninguna clase. Por ello su remuneración es inferior a la de otros jornaleros cuya labor requiere conocimientos o especialización. [Sentencia 26 noviembre 1953.]*

II. Procesos en especial.

1. DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS: *El juicio de desahucio sólo puede utilizarse cuando entre las partes no existan más vínculos jurídicos que los derivados del contrato de arrendamiento o de la situación de precario, pero*

no cuando existan otras relaciones, o sean de tal naturaleza, o tan especiales o tan complejas que no es racionalmente posible apreciar su finalidad y trascendencia en este procedimiento. [Sentencia 18 diciembre 1953.]

2. DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: COMUNIDAD HEREDITARIA: Conforme al artículo 1.564 L.E.C y reiterada jurisprudencia pueden ejercitar la acción de desahucio poseedores, como los arrendatarios, que no lo son a título de dueños, frente a los que tienen en precario la casa arrendada.

Los herederos del arrendatario pueden continuar el pleito iniciado por su causante representando a la comunidad, aunque alguno de ellos no participe en esa actuación judicial. [Sentencia 8 mayo 1953.]

III. Recursos.

1. SEGUNDA INSTANCIA: PRUEBA: Para pedir el recibimiento es preciso que la propuesta no haya podido practicarse en la primera instancia por causa no imputable al solicitante. Y es imputable al litigante la no práctica de la prueba si no la ha propuesto con antelación bastante, según su naturaleza y las prescripciones legales que la regulan o no ha gestionado con diligencia su práctica. [Sentencia 30 octubre 1952.]

2. FALTA DE LA FIRMA DE LETRADO EN EL ESCRITO DE APELACIÓN: CARÁCTER SUBSANABLE: PLAZO PARA LA SUBSANACIÓN: La falta de la firma de letrado en el escrito de apelación ha de subsanarse dentro del plazo legal fijado para utilizar el recurso en forma. [Sentencia 28 diciembre 1953.]

«... porque entender como en el presente recurso de casación se pretende, que la falta de firma de Letrado en el escrito por el que se quiso apelar de una sentencia, produjo la suspensión del término judicial cuyo transcurso sin ser utilizado bastaba para dotar a la resolución de autoridad de cosa juzgada, tanto valdría como conceder a los recurrentes un medio de conseguir la prórroga de un término improrrogable.» (Considerando 2.º)

3. CASACIÓN: INFRACCIONES FISCALES: Las infracciones en materia de impuestos de Timbre y Derechos reales corresponde sancionarias a la Administración, pero no dan lugar a recurso de casación. [Sentencia 12 marzo 1952.]

4. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: Se entiende por maquinación fraudulenta, con la cual ha sido ganada injustamente la sentencia recurrida, a efectos de la revisión, todos aquellos hechos por medio de los cuales una de las partes impide que la otra conozca que ha sido convocada a juicio y se defienda en él adecuadamente. Constituye maquinación fraudulenta, por tanto, el hecho de que el demandante que conoce el lugar de residencia del demandado y percibe de él, incluso durante la tramitación del procedimiento una merced arrendaticia mensual, alegue que por hallarse en igno-

rado paradero los emplazamientos y notificaciones deben hacerse mediante inserción de edictos, con el objeto, que consiguió, de que el demandado no se enterase que había sido llamado a juicio.

RECURSO DE REVISIÓN: REQUISITOS DE FORMA: *Deben acompañarse al escrito el testimonio de la sentencia y el documento acreditativo de haber efectuado la consignación del correspondiente depósito. El escrito ha de interponerse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo señalado por la ley, que media entre el conocimiento del hecho que da motivo a la revisión y la interposición del recurso [Sentencia 9 junio 1953.]*

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *La doble naturaleza de la posesión.*

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias.*

GAY DE MONTELLÁ, Rafael: *Sobre el concepto privado de las aguas.*

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo: *El deber de manifestarse en estado de quiebra.*

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Naturaleza jurídica de los minerales. ¿Tienen o no la condición de frutos?*

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *El Derecho Agrario de España. Notas para su estudio.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

FERRANDIS VILELLA, José: *Sucesión en los arrendamientos. Transmisión "mortis causa" de los derechos y obligaciones del arrendatario.*

PASCUAL SERRES, José María: *Ante la codificación civil francesa.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.