

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VIII
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

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.—Róduez. San Pedro, 32. Madrid.

El concepto de «pequeña empresa agraria» y la moderna legislación española

ALFONSO DE COSSIO

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Sevilla

Cualquier intento de exposición y crítica de un determinado complejo normativo, exige la reconstrucción de todo el sistema de ideas y de conceptos que ha servido de base, más o menos consciente, a la ordenación institucional, para de esta manera comprobar hasta qué punto se ajusta cada precepto concreto, a las exigencias internas impuestas por la lógica de la propia institución. Este modo de proceder no supone en modo alguno que intentemos convertir nuestra investigación en una estéril jurisprudencia de conceptos; lo que ocurre es que cualquier estudio que aspire a ser científico exige esa construcción conceptual, sin la cual el derecho quedaría reducido a un casuismo informe y la crítica institucional a puro capricho subjetivo.

Siempre nos encontramos ante una realidad que suscita problemas y exige ordenación frente a un sistema de ideas que tratan de realizarse actuando ese orden en el mundo de los hechos: el complejo normativo, como mediador entre esos dos mundos, es la línea en que el plano ideal converge con el plano real, y sólo puede ser, por tanto, comprendido en función de estos hechos y en función de aquellas ideas. De esta forma puede legitimarse un orden de conceptos normativos: en cuanto reflejen fielmente aquel sistema ideal y sean los suficientemente eficaces para configurar de conformidad con ellas el mundo informe de los hechos.

Hemos de partir aquí de un concepto técnico nuevo en nuestro derecho, cual es el de *cultivador directo y personal*, comprobando hasta qué punto es capaz de desenvolver los principios fundamentales que constituyen el sistema del moderno derecho agrario y en qué medida es capaz de actuarlos en la realidad que ofrece el campo de nuestra agricultura. O, lo que es lo mismo, si al influir este concepto sobre los hechos logra ajustarlos al orden institucional que intenta desenvolver. Para ello se impone, previamente, el determinar la posición que a este concepto corresponde dentro de ese general sistema ordenador de la agricultura, elaborado sobre relaciones específicas, desgajadas del ordenamiento común.

La relación jurídica agraria se había construido dentro del sistema del Derecho civil, en términos de absoluta abstracción, en una

concepción de pura lógica formal, como demuestra el análisis de sus tres elementos:

A) El objeto de la relación lo constituye la tierra, es decir, aquel elemento—entre todos los existentes—más susceptible de complejos derechos y especificaciones, ya que se trata de algo que cabe adaptar a los más diferentes destinos: soporte de toda la vida y fuente de producción de las más variadas especies; de ella proceden todas las cosas y a ella han de retornar en un futuro más o menos próximo; agricultura y ganadería, vivienda y transporte, toda la existencia humana se halla íntimamente vinculada a ella, y son sólo en ella y a través de ella posibles. Tal complejidad de funciones parece exigir los regímenes jurídicos más diversos, las más diferentes regulaciones. Sin embargo, en un progresivo proceso de abstracción, la escuela del derecho natural primero y su legítima heredera, la pandectística alemana más tarde, habían llegado a construir un concepto de “cosa” en el derecho, absolutamente indiferenciado, que comprendía todos los objetos de la naturaleza sobre los cuales podían constituirse relaciones jurídicas, desde la piedra al animal, y todos aquellos otros elementos incorpóreos susceptibles de convertirse en objetos de derecho.

En este esfuerzo hacia la unificación de todas las cosas se intenta incluso superar la vieja distinción, ya apuntada en el Derecho romano y llevada por el germánico a sus últimas consecuencias, de muebles e inmuebles, a través de la llamada “movilización de la propiedad inmueble”, dirigida a someter al mismo régimen a la tierra y a las cosas muebles, al impulso de una determinada y conocida dirección económica. Se aspira a convertir el suelo en mera mercancía sometida a la ley de la oferta y la demanda, haciéndole servir a los fines de la moderna industria, aunque para ello hubiese que sacrificar sus específicos fines y funciones agrícolas.

Como decía, con precisión insuperable el preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, resumiendo toda una corriente de opinión: “nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales”. Se trataba de construir un buen sistema hipotecario que hiciese posible el desenvolvimiento del crédito territorial, haciendo caso omiso del destino de los capitales a costa de la tierra obtenidos.

Esta “hipotecarización” de todo el derecho inmobiliario encuentra su fórmula más perfecta, en el Acta Torrens, que incorpora la finca al documento representativo, sometiéndola de este modo al régimen mercantil de los títulos-valores. Sin que pretendamos aquí lle-

var a efecto una crítica de tal sistema, y aun reconociendo las indudables ventajas que desde muchos puntos de vista puede ofrecer, nos limitaremos a señalar una consecuencia que se deduce con necesidad de su utilización ilimitada: el hombre queda al fin desarraigado de la tierra que cultiva, con el consiguiente perjuicio del cultivo del suelo, y, lo que es más grave, la ruptura de la necesaria estabilidad de las relaciones sociales. Ello nos lleva a considerar el segundo elemento de la relación.

B) Los sujetos de la relación jurídica agraria son el titular de la tierra y el colono de la misma. El derecho los concibe de una manera puramente formalista, consecuencia de su construcción de la personalidad individual: todo hombre es "ser capaz de derechos y obligaciones", posible titular de cualquier clase de relaciones jurídicas: se da entre todos ellos, una igualdad formal, que no admite más límites que los impuestos por las distintas causas que modifican la capacidad de obrar. Rotas todas las fuentes de desigualdad determinadas por la vieja teoría de los "estados", que fué la base y fundamento, no sólo del derecho romano, sino de todo el sistema corporativo y feudal, cualquier hombre era bueno para arrendatario, y cualquier hombre bueno también para propietario: sus condiciones personales, su profesionalidad, carecían de trascendencia para el derecho, lo único decisivo era su voluntad de vincularse al suelo, con permanencia o transitoriamente, con una finalidad específicamente agrícola, o con un propósito de mera especulación o de puro recreo. Al legislador, para nada interesaba la conducta actual o futura de los sujetos de la relación agraria, y esa voluntad suya, era también la fuente exclusiva que determinaba la forma, tercer elemento de dicha relación.

C) La forma de la relación jurídica agraria se establece a través del llamado contrato de colonato. A través de una larga evolución histórica que hemos estudiado en otro lugar con la amplitud debida, había llegado a construirse un concepto unitario del arrendamiento, comprensivo, no sólo de las cosas, sino también de las obras y servicios, como existía también un concepto unitario de la propiedad, que abarcaba por igual toda clase de bienes. Unos pocos preceptos de carácter abstracto, eran suficientes para la regulación de un campo que quedaba incondicionalmente abierto a la autonomía de la voluntad, ya que se estimaba que el interés particular coincidía siempre con el interés general, siendo, por lo tanto, el individuo el árbitro más idóneo para establecer el sistema normativo regulador de las relaciones humanas, a través del mecanismo constructivo del mutuo acuerdo. Libremente se estipulaba, por tanto, los plazos, precios y condiciones de la relación, sin que fuera lícita en ella intervención extraña alguna.

Así concebida la relación jurídica agraria, es indudable que no había lugar para la construcción de un derecho agrario como forma

autonomía, ya que ni el arrendamiento ni la propiedad eran susceptibles de ser diferenciados ni por su objeto, ni por sus sujetos, y su regulación y funcionamiento era exclusiva incumbencia de la autonomía individual. El derecho agrario surge como sistema de principios peculiares, precisamente cuando la realidad impone el abandono de ese formalísimo abstracto, exigiendo un orden jurídico mucho más concreto en el campo de la agricultura. Prodúcese con ello una profunda transformación de los elementos de esa misma relación, que, como vamos a ver, cobran de día en día un sentido más diferenciado y específico:

A') El objeto de la relación se concreta y diversifica: ya no es considerado abstractamente como una mera "cosa", ni siquiera como un simple inmueble, sino es específicamente una "finca agrícola", que merece un régimen jurídico especial, y aún dentro del concepto de finca rústica se distingue según su naturaleza, teniendo en cuenta los aprovechamientos de que es susceptible (agrícolas, ganaderos, forestales, etc.), su extensión e incluso su calidad, determinando de este modo diferentes ordenamientos concretos.

De esta diversificación, deriva la crisis del concepto unitario de propiedad y de arrendamiento, en cuanto su contenido se encuentra determinado por la especial naturaleza de su objeto. Sin embargo, la pluralidad de ordenamientos concretos de la propiedad, y otro tanto puede afirmarse del arrendamiento, no sólo se halla exigida por la diversidad de sus objetos posibles, sino, sobre todo, por la varia naturaleza de sus fines específicos. No debe ser el mismo el régimen jurídico de la propiedad plena y definitiva de una cosa, que su adquisición para dedicarla a un fin determinado, o afectarla, indirectamente a la garantía de una relación jurídica diferente, como ocurre, por ejemplo, en la venta con pacto de retro; o por hacerla objeto de especulación, considerándola como mera mercancía. En todos y cada uno de estos casos, los preceptos aplicables no pueden ser los mismos y se hacen necesarios diferentes sistemas de normas.

Cabría pensar en una verdadera rebelión del objeto frente a las convencionales abstracciones del sujeto, algo así como una victoria de Gea, la Gran Madre, celosa de sus desconocidos derechos. Siempre ha sido, en efecto, la vinculación a la tierra algo perfectamente característico, que no sólo ha dotado de especial manera de ser a sus poseedores, afirmando la personalidad del agricultor frente al nómada y garantizando, con su arraigo, la estabilidad de las instituciones en ella fundadas, con el consiguiente mantenimiento a lo largo de los tiempos del sentido de la tradición, sino que en ella ha buscado siempre su apoyo cualquier sistema político que aspire a ser permanente.

Este íntimo contacto del hombre con la tierra que le cultiva, determina un arraigo que no es posible desconocer, y que tiene los caracteres de un verdadero matrimonio; por ello, el suelo se resiste a ser convertido en mera mercancía e impone al legislador el reconocimiento de la indisolubilidad de ese vínculo, porque, a la larga, ella

queda mientras los hombres pasan. En tal sentido, yo me atrevería a decir que el derecho agrario es verdadero derecho matrimonial, en cuanto puede ser definido, como derecho que aspira a regular el acceso del hombre a la tierra y su arraigo definitivo en ella. Normas de acceso a la propiedad y norma de arraigo en la finca poseída, son en última instancia todas las que encontramos integrando esta nueva disciplina que afirma su especialidad frente al ordenamiento general que constituye nuestro derecho común.

B') Esta necesidad de permanencia hace que los sujetos no puedan ya ser concebidos como meros transeúntes en el predio rústico, y que se exija de ellos, para que pueda constituirse la relación agraria, unas determinadas condiciones que aseguren la precisa estabilidad. Lo decisivo no es ya el concepto de arrendador o de arrendatario, sino el concepto de "cultivador", de ser capaz de obtener de la tierra mediante su propia actuación, los frutos que esta es capaz de rendir, de dedicarla plenamente las labores que para su producción son exigidas. La idea fundamental es que la tierra necesita un cultivador que arraigue en ella.

Sin embargo, por una natural tendencia de los tiempos unida a las peculiares exigencias de cada clase de cultivo, que imponen la colaboración explotadora de medios personales y de instrumentos y maquinaria que faciliten la labor, o, lo que es lo mismo, de capital y de trabajo organizados para la producción, se pretende insertar al cultivador individual dentro de una forma de mayor amplitud, cual es la empresa agrícola. No hemos de examinar aquí este impreciso concepto en que se organizan los medios personales y los elementos reales de la producción, sino que habremos sólo de limitarnos a estudiar su posible utilización cuando del llamado "cultivo directo y personal" se trata.

Ha sido el moderno Código civil italiano el que ha intentado, siguiendo esta tendencia doctrinal, construir todo el derecho agrario en torno al concepto de empresa, partiendo en su artículo 2.082 de la definición de empresario, como aquel que: "ejercita profesionalmente una actividad económica dirigida al fin de producción de bienes y servicios". Sin embargo, este amplio concepto exige algunas especificaciones, ya que no es posible hacer objeto del mismo trato jurídico a la gran empresa que a la de reducidas dimensiones y organización mucho menos compleja, y así, en el artículo 2.083 se establece que: "son pequeños empresarios los cultivadores directos de los fundos, los artesanos, los pequeños comerciantes y aquellos que ejercitan una actividad profesional organizada preponderantemente con trabajo propio y de los componentes de su familia".

Tal concepto ha influido en nuestro derecho positivo, a través de la llamada "pequeña industria doméstica" a la que alude el artículo 7.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y del aquí examinado concepto de "cultivador directo y personal", introducido por el artícu-

lo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942. Lo que ya no resulta tan claro es que el sistema adoptado por el legislador español responda a los mismos principios que su modelo extranjero, como vamos a ver seguidamente mediante un examen comparativo de los respectivos preceptos, a pesar de los indudables puntos de contacto que a primera vista pueden señalarse entre ambos.

En efecto, el artículo 1.647 del Código italiano considera cultivador directo, a "quien cultiva el fundo preponderantemente con trabajo propio y de personas de su familia, siempre que el fundo no supere los límites de extensión que para las diferentes zonas y cultivos puedan ser determinadas por las normas corporativas". El carácter predominantemente familiar de una parte, y de otra la reducida extensión del fundo, son las notas características de la pequeña empresa agraria, a los que vino a añadir el Tribunal de Casación, en su sentencia de 15 de abril de 1950 un tercer requisito, cual es el de la profesionalidad: "no puede ser considerado cultivador directo en el sentido del artículo 1.647 del Código civil aquel que no se dedica profesionalmente al cultivo de la tierra, en cuanto es empresario de una pequeña empresa de transportes", y algún autor estima, además, que para que surja la empresa o el pequeño empresario, es necesario el elemento de beneficio personal, que no se da cuando se cultiva el fundo con el exclusivo objeto de atender al propio consumo.

En el derecho español, la figura del "cultivador directo y personal", surge de modo ocasional, y no como producto de una meditada construcción sistemática. Como expresamente se reconoce en la Exposición o Preámbulo de la Ley de 15 de julio de 1954: "Los daños materiales producidos durante la guerra de Liberación y las dificultades de todo orden que se oponían a la recuperación de nuestra agricultura, unidas al espíritu de justicia social inspirador de nuestro Movimiento, han venido a consolidar, durante quince años, una posición jurídica de excepción, que ha tipificado a través de una serie de leyes el llamado arrendamiento protegido."

En efecto, la figura surge al intentarse liquidar la situación creada por las disposiciones prohibitivas de toda clase de desahucios fundados en el vencimiento del término contractual: se imponía la adopción de un sistema escalonado de lanzamientos que evitase el problema gravísimo que una terminación en masa de la mayor parte de los arrendamientos existentes podía suscitar, y tal fué el principal objeto de la ley de 23 de julio de 1942 cuyas disposiciones adicionales primera y segunda, establecieron como criterio de tal escalonamiento la mayor o menor cuantía en la renta contractual pactada, convertida ahora por imperativo de la propia ley, en la equivalencia del valor en quintales métricos de trigo.

Surge así un régimen especial de prórrogas contractuales a favor de los arrendamientos a cultivadores que llevasen la explotación de modo directo y personal y pagasen una renta inferior a la equivalencia de cuarenta quintales métricos de trigo. "Se entenderá que el cul-

tivo es directo y personal a los efectos de esta Ley, decía su artículo 4.º, párrafo 2.º, tanto respecto del arrendador como del arrendatario, cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente por este o aquel, 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."

De lo dicho se sigue que existe un doble concepto, que nos permite distinguir al cultivador directo y personal actual (arrendatario) del potencial (arrendador). Es evidente que cuando este último intente oponerse a la prórroga, asume el compromiso de llevar el cultivo en la forma especificada en el precepto transcrito; pero además se exige, para que tal excepción prospere, la racionalidad de su propósito, en los términos previstos en la ley de 18 de marzo de 1944, para lo cual deberá acreditar que la suma de las rentas de las tierras que intenta recuperar no exceda de cuarenta quintales métricos de trigo y que tiene capacidad personal y económica para llevar a cabo su cultivo, residiendo en el mismo término municipal o en alguno colindante. En el fondo, la Ley sólo concede al arrendador derecho preferente sobre el del arrendatario, cuando asuma el compromiso racional de no alterar la forma protegida de explotación de la finca arrendada.

Basta la lectura de la legislación española a que hemos hecho referencia, para comprobar la diferencia conceptual que la separa de la italiana: el criterio distintivo no se hace radicar en la mayor o menor extensión de la finca, ni en su calidad y forma de cultivo, sino en un elemento externo, cual es la cuantía de la renta contractual pactada y en algo tan aleatorio y circunstancial como el número de obradas de trabajo extraño utilizadas. El criterio es evidentemente absurdo, ya que, de una parte, la mayor o menor benevolencia y desinterés del arrendador en la determinación de la renta, la mayor o menor antigüedad del contrato, determinan un módulo subjetivo que no puede compararse con el objetivo que la extensión y calidad del fundo pueden ofrecernos; y de otra parte, cualquier variación acaecida en la familia del arrendatario, puede determinar un diferente régimen jurídico del arrendamiento, en cuanto una simple enfermedad, puede alterar la proporción existente entre el trabajo familiar y el extraño. Finalmente, la no exigencia de la profesionalidad en el colono puede determinar una protección innecesaria cuando éste tenga su medio fundamental de vida en actividades diversas de la agricultura.

Pero, aparte de estas diferencias, estimamos que existen otras de naturaleza más profunda, en cuanto no vemos la posibilidad ni la conveniencia de extender al pequeño cultivador el concepto de empresa elaborado por la doctrina y admitido por el Código italiano. Ciertamente que aún en este país ha sido objeto de discusión entre los autores si entre el concepto general de empresa y el de pequeña

empresa o pequeño empresario, existe una simple diferencia de magnitud o también reviste ésta un carácter cualitativo.

Naturalmente que la respuesta a esta cuestión depende exclusivamente del concepto que cada uno tenga de la empresa. Si ve en ella simplemente una entidad mediadora del trabajo ajeno, quedaría excluida de su concepto la pequeña empresa, ya que sólo incorpora trabajo familiar, y solo excepcionalmente trabajo ajeno; si hemos de ver en la empresa un organismo dotado de cierta autonomía frente a sus elementos componentes, es indudable que en muchos casos los elementos integrados en la pequeña empresa son tan insignificantes que apenas si pueden aspirar a constituir tal organismo; si se considera que es preciso siempre un capital o hacienda para que la empresa pueda funcionar como tal, es evidente que tal hacienda o patrimonio falta en la mayor parte de los casos cuando de pequeña empresa se trata, o, existiendo, es tan insignificante que apenas si merece tener trascendencia jurídica.

Sin embargo, y en general, se admite que así como no puede haber gran empresa sin el empleo de adecuadas fuerzas de trabajo o sin la investidura de un congruo capital, puede, en cambio, haber pequeña empresa sin aportación de trabajo ajeno ni de capital. Lo que significa que mientras la empresa normal es siempre no sólo actividad económica organizada, sino también organismo, en cambio, la pequeña empresa, en la cual el organismo eventualmente existente es tan pequeño que carece o tiene escaso relieve jurídico, es esencialmente actividad económica organizada, de donde se sigue que lo esencial en el concepto genérico de empresa no es tanto el organismo como la actividad económica organizada, en cuanto se dirige a la producción de bienes. Por otra parte, no puede considerarse como pequeña empresa aquella en que lo fundamental y más decisivo en el proceso de la producción de bienes o servicios es el capital invertido, y no el trabajo familiar, aunque sean exclusivamente personas pertenecientes a la familia las que cooperen con su capacidad laboral.

Claro está que, admitida tal doctrina, no se comprende fácilmente dónde estriba la utilidad de tal construcción unitaria. Más bien parece, y ello puede afirmarse con plena seguridad en relación al ordenamiento jurídico español, que la institución que sirve de fundamento a este concepto del cultivo directo y personal es la familia y no la empresa, y tal vez veamos más bien aquí una imperfecta aplicación de las ideas generales que sirven de base a la concepción del patrimonio familiar, al contrato de arrendamiento, con todas las deformaciones impuestas por la diferente naturaleza de la propiedad y del colonato.

El pequeño cultivador no es considerado como individuo aislado, sino como persona integrada en un organismo familiar, hasta el extremo de que su capacidad de cultivo autónomo se mide por las fuerzas familiares que sea capaz de poner en movimiento y a favor de la familia también, como luego veremos, se establece un derecho de

sucesión. Entra en juego para determinar este concepto de la familia, no tanto la relación de próximo parentesco, como la de convivencia y dependencia económica, siguiéndose en esto una tendencia ya marcada en el campo de la seguridad social y del moderno derecho de trabajo, en cuanto éste llega a admitir a veces como válidas incluso relaciones de hecho de difícil justificación dentro del derecho común, hasta el extremo de habersele podido culpar de favorecer en cierto modo el concubinato y la filiación ilegítima.

Un examen más detenido del tercer elemento de la relación jurídica agraria nos permitirá precisar hasta qué punto tales ideas son eficazmente desenvueltas.

C') La forma de la relación entre el hombre y la tierra no se establece ya a través de un vínculo meramente personal, como es el contrato, regido por la ley de la autonomía privada, sino mediante una integración de carácter institucional, impuesta por la idea de bien común, determinante de todo el sistema normativo. Ya al publicarse la ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 se dijo que no reflejaba tanto derechos de carácter personal o real, como una institución propiamente dicha siquiera, ni entonces ni después haya llegado a formularse con precisión esta doctrina.

Los límites de los diferentes intereses que entran en juego en la relación (públicos y privados), ordenados en una jerarquía de valores, determinan el campo de actuación de las diferentes normas, tanto de las establecidas con carácter público, como de las creadas por la voluntad privada, estableciéndose así un complejo normativo, que debe ser en su conjunto aceptado por la voluntad que se adhiere al orden institucional. El problema estriba, por tanto, en determinar cuál sea el bien común a que todas esas normas deben dirigirse.

Ya hemos visto que la finalidad perseguida por el moderno derecho agrario no es otra que la de facilitar el acceso y arraigo de los cultivadores a la tierra. Sin embargo, en este punto entran en juego, y a veces en conflicto, dos puntos de vista diferentes, cuales son el punto de vista del hombre y el punto de vista de la producción. Al Estado interesa conseguir la más extensa e intensa producción agraria, y ésta, teóricamente, sólo se puede obtener mediante procedimientos racionalizados, que en algunos casos pueden llegar a exigir la nacionalización de la tierra y consiguiente supresión de la propiedad privada: todo el suelo sería considerado como una inmensa finca, lo que permitiría establecer el más adecuado plan general de cultivos a fin de obtener el mayor rendimiento posible.

Tal sistema, sin embargo, por lo demás completamente desacreditado en la práctica, prescindiendo de su valor económico, tendría como inmediata consecuencia en el orden social el total desarraigo del hombre de la tierra, y con ello la quiebra del principio conservador de las viejas tradiciones, con la deshumanización del campo. Ello ha hecho que los juristas busquen otras formas de redistribución de la

tierra a través del llamado movimiento de reforma agraria, que se inicia con toda intensidad en Europa al terminar la primera guerra mundial, y que en un primer momento actúa de modo revolucionario mediante la expropiación de las grandes fincas, para proceder después al asentamiento individual, logrado a través de la constitución de patrimonios familiares, y al asentamiento colectivo mediante la constitución de cooperativas de producción.

Un segundo sistema, que a veces coexiste con el anterior, es el que pretende facilitar el acceso del hombre a la tierra que cultiva a través de una regulación institucional del contrato de arrendamiento rústico, utilizando para ello como instrumentos la prórroga legal y el retracto del arrendatario. En él precisamente, a partir de 1935, se funda toda nuestra legislación especial, que en éstas dos instituciones, juntamente con la correlativa de la revisión de las rentas, orienta la totalidad de sus preceptos. Ello nos lleva, en relación con el arrendamiento protegido, a examinar la forma en que funcionan ambas modalidades del sistema.

1.ª *La prórroga legal* —Pudiéramos hablar de una ley de la inercia arrendaticia, que determina que aun siendo esta figura jurídica por esencia temporal, por curiosa paradoja, tiende a perpetuarse en el tiempo. Tal tendencia, desde el derecho romano a nuestros días, ha venido reflejándose en la tácita reconducción, y modernamente se manifiesta en la institución de la llamada prórroga legal. Sin embargo, en aquélla y en ésta se acusan dos concepciones perfectamente distintas, en cuanto la tácita reconducción presupone un acuerdo mutuo de arrendador y arrendatario manifestado en los hechos, en tanto que la prórroga legal deriva exclusivamente del imperativo de la ley y depende únicamente, en último término, del arbitrio del arrendatario.

Ello no obstante, y cuando de arrendamientos protegidos se trata, se impone la necesidad de distinguir dos formas perfectamente diferenciadas de actuar la prórroga legal, según se trate de arrendamientos anteriores o posteriores a la Ley de 23 de julio de 1942. Rígense los primeros por las disposiciones adicionales primera y segunda de dicha disposición legal, y ahora por la Ley de 15 de julio de 1954: impónese aquí la prórroga legal contra toda previsión contractual, ya que en el momento de constituirse la relación no existía limitación alguna en este punto, y sólo puede ser enervada mediante el compromiso de cultivo, también directo y personal, en las condiciones antes indicadas, asumido por el arrendador. En cambio, los contratos concertados con posterioridad a la indicada fecha, presuponen una prórroga de hasta cuatro periodos de tres años cada uno, que implícitamente es aceptada por ambas partes al contratar.

· · · Dificilmente puede justificarse este doble trato, y mucho menos que prácticamente los contratos concertados con anterioridad a la instauración del régimen protector sean objeto de mayor beneficio

que los establecidos con posterioridad al mismo, en cuanto prácticamente, y dado el sistema de fechas de vencimiento fijado por el legislador ocurre, aparte de otras cosas, que las prórrogas de que todos ellos se han beneficiado hasta ahora, son muy superiores a los doce años fijados como máximo cuando de arrendamientos posteriores a 1942 se trata. En el fondo ello sólo puede explicarse por la incapacidad del legislador para resolver el problema que pudieran suscitar los desahucios en masa de los pequeños cultivadores hoy establecidos en los fundos.

Este sistema de prórrogas legales se complementa con el derecho sucesorio *mortis causa* establecido por la Ley de 1942 a favor del "familiar cooperador" designado testamentariamente por el arrendatario, o en otro caso, elegido por la mayoría de los cooperadores, y, a falta de acuerdo entre éstos, por el propio arrendador. No hemos de examinar aquí la multitud de problemas que en la práctica puede suscitar esta forma especial de sucesión rudimentaria: baste notar que en ella se manifiesta un propósito de protección familiar evidentemente no logrado, en cuanto la consecuencia puede ser la exclusión del cultivo de los restantes cooperadores que convivían con el causante, y que tenían tal vez en la explotación su medio fundamental de vida.

Es evidente que por muy amplias que sean las prórrogas que al arrendatario se concedan, la última finalidad de permanencia y arraigo no puede lograrse sino es a través del acceso a la propiedad, lo que nos lleva a examinar este segundo aspecto de la cuestión suscitada.

2.º *El acceso a la propiedad.*—¿Cuáles son los instrumentos utilizados por el legislador para conseguir esta finalidad, última de toda política agraria? La Ley de 15 de marzo de 1935 estableció con gran amplitud en su artículo 16 un retracto a favor de cualquier clase de arrendatario rústico, que se extendía no sólo a los casos de compraventa y dación en pago, sino en general a todos los supuestos de enajenación a título oneroso. Una jurisprudencia progresiva, dió a tal precepto la interpretación más generosa extendiendo su aplicación incluso a supuestos que, como la permuta, difícilmente encajaban en el mecanismo de esta institución jurídica, que por definición supone la subrogación del adquirente por la persona que retrae, y finalmente, la Ley de 16 de julio de 1949, recogiendo esta corriente jurisprudencial, vino a consagrar un derecho de adquisición de la mayor amplitud, cuya especial naturaleza exigiría un particular estudio que aún se encuentra por hacer.

Junto a este derecho de retracto que procede en toda clase de arrendamientos, cualquiera que sea su fecha y la cuantía de la renta pactada, se establece en la Ley de 15 de julio de 1954 un especial derecho de acceso a la propiedad a favor de los colonos en los arrendamientos protegidos de fecha anterior a 23 de julio de 1942, pero no a los posteriores. Interesa tener en cuenta esta limitación

para evitar posibles equívocos. Con esta previa aclaración se impone el examinar separadamente ambos derechos (retracto y acceso a la propiedad), desde el punto de vista de su adecuación a la finalidad de arraigo perseguida por el legislador:

A) *El retracto arrendaticio*.—El artículo 1.521 de nuestro Código civil, define el retracto como “el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”. Este concepto es insuficiente cuando se trata de otras clases de enajenaciones a título oneroso; de aquí que el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, después de transcribir casi literalmente el contenido del citado artículo 1.521, añade: “Si la enajenación no se hubiere verificado por precio en metálico, el retrayente satisfará el valor de la finca o participación objeto del retracto, además de los citados reembolsos”, es decir, de los determinados en el artículo 1.518 del Código civil.

Es claro que en este último caso no puede darse la subrogación en las condiciones estipuladas en el contrato, sino que más bien se le concede una opción de compra, que en este caso parece revestir caracteres de verdadero derecho real, en cuanto la misma ha de ejercitarse precisamente contra el adquirente y no contra el arrendador que transmite la propiedad. Esta opción, reconocida genéricamente a todos los arrendatarios, es aún más extendida cuando de arrendamientos protegidos se trata, y así podemos señalar tres supuestos en que se amplía a su favor dicho derecho:

a) Cuando retrae el cultivador directo y personal, únicamente tienen preferencia sobre su retracto el de comuneros siempre que lleven más de tres años en la comunidad y el gentilicio foral. Se les postpone, en cambio, el de colindantes, que es preferente a los demás retractos arrendaticios. Difícilmente se explica esta preferencia frente a un retracto que como este de colindantes constituye una medida inspirada en el propósito de evitar la pulverización de la propiedad, y que es una de las pocas de carácter social agrario contenidas en el Código civil. Prácticamente se priva de eficacia a tal retracto, ya que difícilmente encontraremos fincas menores de una hectárea arrendadas en más de cuarenta quintales métricos de trigo.

b) “En los casos de fincas de las que solamente una parte de su total extensión haya sido cedida en arrendamiento, el derecho de retracto se entenderá limitado a la superficie arrendada y únicamente podrá ser ejercitado por el arrendatario o arrendatarios que lo sean a virtud de contrato comprendido en el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942” (art. 16, párrafo octavo). El precio de tal adquisición, de no aparecer fijado por parcelas en el contrato, se obtendrá capitalizando al 2,50 por 100 el importe en numerario de la renta contractual vigente a la sazón. Esta solución, que puede dar lugar a situaciones inicuas, despedazando fincas que se han adquirido por entero, parece, como la anterior, dirigirse

a favorecer la pulverización de la propiedad..., y ello precisamente cuando se legisla favoreciendo la concentración parcelaria.

c') Finalmente, se extiende la opción real de compra a favor del cultivador directo y personal, incluso al supuesto en que se trate de donación *inter vivos*, siempre que ésta no haya sido hecha por razón de matrimonio, o a persona que reúna la condición de heredero forzoso del donante, haciéndose la valoración en la forma indicada en el anterior supuesto.

B) *La opción de compra de la Ley de 1954.*—Así como el retracto se concede a todos los cultivadores directos y personales, cualquiera que sea la fecha de su contrato, el derecho de adquisición de la Ley de 1954 tiene carácter excepcional, y únicamente se concede a los titulares de arrendamientos protegidos anteriores a 23 de julio de 1942, sin duda por considerar—ignoramos la razón como no sea ésta el propósito de demostrar la eficacia retroactiva de las leyes contra el común sentir—que los propietarios merecen peor trato en este supuesto.

La originalidad de este procedimiento radica en que el arrendatario que cumpla determinados requisitos puede exigir se le otorgue escritura de compraventa de la finca arrendada, en cualquier momento durante el curso de la prórroga legal, siendo la valoración realizada al tipo del 2 por 100, ó bien mediante tasación contradictoria, a opción del arrendatario. Tal opción, en cambio, se niega al arrendador, a no ser que renuncie a enervar tal derecho dentro del plazo de dos años contados a partir de la publicación de esta Ley. La indemnización exigida en cambio al arrendador que quiera enervar tal derecho es del 25 al 50 por 100 del precio fijado, sin perjuicio de soportar, además, una prórroga por dos años de la relación arrendaticia.

No dudamos que existirá alguna razón metafísica para explicar este desconcertante sistema, al que por nuestra parte nos sentimos tentados a objetar:

1.° Si este derecho de expropiación a favor del cultivador directo y personal se estima justo y adecuado a los fines de la política social agraria, ¿por qué razón se limita a los contratos anteriores a 1942 y no se extiende también a los posteriores? Se contestará que porque de ser esto así nadie otorgaría en lo futuro contratos de esta clase. Pensamos, por el contrario, que no es fácil que nadie se decida a hacerlo en lo sucesivo, como no sea por causa de necesidad extrema o en tales condiciones que resulten onerosas para el arrendatario a quien se trata de favorecer, ya que para ello son suficientes los especiales beneficios que la ley atribuye a esta clase de cultivadores, y sobre todo la quiebra del principio de seguridad jurídica que ante la sistemática retroacción de las nuevas leyes produce la natural alarma en los propietarios.

2.º Ignoramos también en qué pueda fundarse el derecho a indemnización que se concede al arrendatario en el solo caso en que haya optado por la compra de la finca, pero que se le niega en cambio cuando carece de los medios económicos necesarios para efectuar la compra. No se trata de una indemnización por la disminución del número de años de la prórroga, ya que cuando ejercite su derecho el colono, dentro de los dos últimos años de la prórroga, no pierde ningún año de ésta, ya que la misma llega a su fin, y, sin embargo, percibe la indemnización que se niega al cultivador más modesto que no pueda adquirir.

3.º Porque en la práctica, difícilmente conseguirá quien reúna los requisitos de cultivador directo y personal el capital necesario para hacer frente a la compra del inmueble, con lo que la ley, si no va acompañada de una fórmula de ayuda crediticia, difícilmente podrá tener eficacia práctica, siendo inútil este derecho que al cultivador protegido se reconoce.

4.º Porque el tipo de capitalización es extraordinariamente elevado, no explicándose tampoco por qué en este caso se adopta como tipo el 2 por 100 de la renta y en los casos de retracto el 2,5 por 100.

5.º Porque carece de sentido hacer la reforma agraria a costa de los pequeños propietarios, que en todas partes son favorecidos, ya que en la inmensa mayoría de los casos las fincas de menos de cuarenta quintales métricos de renta habrán de pertenecer a personas modestas, las cuales, por otra parte, no estarán en condiciones de conseguir la suma necesaria para poder enervar el derecho de acceso a la propiedad del colono.

Si los medios escogidos para facilitar el acceso a la propiedad de los cultivadores directos y personales son defectuosos e injustos, otro tanto puede afirmarse de los que sirven a la finalidad de arraigo del cultivador, insuficientemente garantizada por las prórrogas legales, y no asegurada por los medios de acceso, ya que si bien es cierto que al adquirente se impone en todos estos casos una prohibición de enajenar durante seis años, le quedan después abiertas todas las posibilidades de especulación. Si a ello añadimos las consecuencias de la división hereditaria en los pequeños propietarios, habremos de concluir que la finalidad perseguida por la nueva legislación de arrendamientos protegidos, no parece ser otra que la de lograr la pulverización del suelo, mal contra el que reaccionan todos los sistemas de política agraria.

En el fondo, y por definición, consideramos defectuoso todo sistema de reforma agraria realizado a través del contrato de arrendamiento, y todo intento de arraigo del pequeño agricultor que no se lleve a cabo mediante la constitución de verdaderos patrimonios fa-

miliares. En definitiva, la reforma agraria sólo es posible mediante una cuidadosa y difícil selección de tierras y de personas, para que el interés general de la agricultura no padezca en favor de los más ineptos o si se prefiere de los más mediocres. Claro está que el triunfo de la mediocridad parece ser el signo del siglo xx.

La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español

(PRIMERA PARTE)

TERONIMO LOPEZ LOPEZ

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.—1. Las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia.—A) La tendencia dominante y sus fundamentos.—B) Otras opiniones.—2. Consideraciones críticas.—3. Finalidad del presente estudio.—II. Demostración de que el fideicomiso de residuo se encuentra regulado en el Código civil español.—1. La ruptura de la línea tradicional en la regulación del fideicomiso de residuo.—A) La época precodificadora.—B) El Código civil francés.—C) El Código civil italiano de 1865.—D) Influencia sobre la doctrina y jurisprudencia españolas.—2. La posición del Código civil español.—A) El fideicomiso de residuo antes de la formación del Código civil.—B) Los acuerdos de 1882.—C) El artículo 783, párrafo segundo, del Código civil.—D) El problema de la cuarta trebeliánica.—III. Amplitud de la regulación de la sustitución fideicomisaria de residuo en el Código civil español.—1. Consideraciones generales.—2. Interpretación del artículo 785, número 1.º—IV. Configuración de la sustitución fideicomisaria de residuo.—1. Opiniones acerca de si el fideicomisario sucede a título universal o particular.—2. La cuestión en el Código civil español.—V. El problema de los límites temporales de la sustitución fideicomisaria de residuo.—1. Las opiniones de la doctrina.—2. Consideraciones críticas.—3. El límite de la sustitución fideicomisaria de residuo. Interpretación del artículo 781 del Código civil.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA (*)

1. *Las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia.*—A) *La tendencia dominante y sus fundamentos.*—La opinión casi siempre seguida en la doctrina y jurisprudencia españolas estima que el fideicomiso de residuo no se halla regulado en nuestro Código

(*) Notará el lector algunas deficiencias en la bibliografía. Se deben a dos causas: por una parte, porque se ha preferido no citar sino las obras directamente consultadas; por otra, a consecuencia de las dificultades con que se tropieza para encontrar algunos libros y revistas, sobre todo en el caso de publicaciones extranjeras. Tampoco han podido ser utilizadas siempre las últimas ed:

civil (1), en el cual, se dice, «no se encuentra disposición alguna referente a esta figura jurídica» (2). Las razones en que se fundamenta este modo de pensar son las siguientes: 1.ª) El Código civil español no menciona directamente el fideicomiso de residuo; y 2.ª) Tampoco puede sostenerse que se trate de una forma de sustitución fideicomisaria, y que en este concepto se regule, porque en la definición que de la misma formula el artículo 781 se consideran como tales aquellas «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia» (3), y en el fideicomiso de residuo la obligación de

ciones. Como es lógico, se ha retrasado la publicación del presente estudio hasta el momento en que la tesis en él mantenida ha podido ser suficientemente argumentada, razón por la cual las deficiencias señaladas no afectan en el fondo a la misma.

Las revistas jurídicas españolas se citan empleando sólo las iniciales de sus nombres; las extranjeras, por el nombre completo. Además se emplean las siguientes abreviaturas, todas ellas relativas a los trabajos preparatorios del vigente Código civil italiano: RCR: Relación de la Comisión Real sobre el Proyecto preliminar; RG: Relación del ministro Guardasellos sobre el Proyecto definitivo; RCP: Relación de la Comisión parlamentaria sobre el mismo Proyecto; RR: Relación al Rey Emperador. Para las citas de las mismas se ha utilizado el libro de G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER y G. DALLARI, *Il Codice civile*, en el volumen dedicado a las sucesiones por causa de muerte y donaciones. Milán, 1939. No ha parecido necesario hacer en cada ocasión referencia a las páginas del mismo, por estar allí agrupadas las citas de las Relaciones a continuación de los artículos correspondientes.

(1) La desmesurada extensión que habría de tener la cita de los textos donde dicha opinión se sostiene, y, por otra parte, el hecho de ser sobradamente conocida, hace preferible citar con detalle sólo las opiniones discrepantes, lo que se hace *infra*, notas 7 a 9.

(2) PASCUAL y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Mallorca, 1951, página 271.

(3) La doctrina afirma que en el citado precepto se define la sustitución fideicomisaria. Así, por ejemplo, ARMERO, *Testamentos y particiones*, t. I, Madrid, 1951, pág. 383; BONET, *Derecho de familia y sucesiones*, Madrid, 1940, página 505; DE BUEN, *Notas a la traducción española del Curso elemental de Derecho civil de COLLÍN y CAPITANT*, t. VIII, Madrid, 1928, págs. 314-315; DE DIEGO, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Madrid, 1926, págs. 60, 71 y 80-81; JAÉN, *Derecho civil*, Madrid, 1928, pág. 749; LACRUZ BERDEJO, *Notas a la trad. esp. del Derecho de sucesiones de BINDER*, Barcelona, 1953, pág. 112; LARRAZ, *El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores*, RDM, 1947, 7, pág. 32; LIÑÁN, *Sobre el párrafo cuarto del artículo 785 del Código civil*, RGLJ, t. CXXXIX, pág. 143; OLIVA, *Sustitución*, en el «Diccionario de Derecho privado», t. II, Barcelona, 1950, página 3746; PLANAS y CASALS, *Derecho civil español común y foral*, t. II, Barcelona, 1925, pág. 45; RAMOS, *De las sucesiones*, t. I, Madrid, 1894, pág. 302; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, pág. 30 y *Notas a la trad. esp. del Derecho de sucesiones*, de KIPP (en el *Tratado de Derecho civil de ENNECERUS-KIPP-WOLFF*), t. V, v. 2.º, Barcelona, 1951, pág. 77; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio*, Sevilla, 1951, pág. 158; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, v. 1.º (2.ª edic.), Madrid, 1910, pág. 693; SERRANO SÚÑER y SANTACRUZ TEJERO, *Notas a la trad. esp. del Derecho civil de RUGGIERO*, t. II, v. 2.º, Madrid, s. f., pág. 526; VILLAR y ROMERO, *Derecho civil*, Madrid, 1949, pág. 418.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha reiterado recientemente su opinión de que en el artículo 781 C. c. «se contiene el concepto legal» de las sustituciones fideicomisarias. (S. 20 abril 1951.)

conservar falta (4), pues se autoriza al primer llamado para consumir o para enajenar, y se le obliga solamente a entregar el sobrante. Por tanto, se cree que es nota esencial del concepto de sustitución fideicomisaria que se imponga al llamado como fiduciario la obligación de conservar los bienes fideicomitados (5).

La consecuencia que produce la indicada doctrina es que se afirma que, a falta de normas directamente aplicables, el fideicomiso de residuo debe ser regulado aplicando por analogía las dictadas para la sustitución fideicomisaria, y en la práctica así se realiza (6).

(4) Se utiliza aquí, y se utilizará en lo sucesivo, el término obligación de conservar en el sentido de prohibición de disponer sin limitaciones el fiduciario de los bienes fideicomitados y de consumirlos. Acerca de la significación exacta de la obligación de conservar, cf. *infra* n. 151.

(5) Sobre la necesidad de que se imponga al fiduciario la obligación de conservar para que pueda considerarse establecida una sustitución fideicomisaria, ha dicho el Tribunal Supremo en su S. 20 abril 1951, que tal es el criterio del artículo 781 C. c., y «además el más conforme con la jurisprudencia de esta Sala [primera], de la que basta citar la Sentencia de 21 de diciembre de 1918, que declaró que la sustitución fideicomisaria exige como condición esencial que el fiduciario esté obligado a entregar la herencia al fideicomisario, y que éste tenga derecho a los bienes desde el momento de la muerte del testador; la de 8 de julio de 1929, según la cual es esencial en los fideicomisos la cláusula de prohibición de enajenar...», y la de 3 de noviembre de 1890, que declara que el carácter esencial de la vinculación de bienes consiste en la prohibición absoluta de su enajenación». Reitera este criterio la Sentencia 4 marzo 1952. Finalmente, la S. 6 abril 1954 dice que «la obligación de conservar los bienes el primer heredero y transmitirlos a un tercero... es inherente a los fideicomisos, como se previene en el artículo 781 del Código civil», e indica que se sostiene tal afirmación «en las Sentencias... de 28 junio 1928, 27 septiembre 1930 y 2 marzo 1935... al decirse en ellas que son requisitos indispensables para la sustitución fideicomisaria la doble disposición de una misma herencia, la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo de los herederos».

La doctrina mantiene igual opinión, como se ha señalado en el texto, por estimar que el art. 781 del C. c. define la sustitución fideicomisaria (cf. *supra* nota 3). Este precepto es seguido muy de cerca siempre que se intenta definir dicha figura jurídica, aunque no se haga referencia expresa al mismo; así, por ej.: FLORES MICHEO, *Estudio sobre una sustitución fideicomisaria*, ADC., t. IV, fasc. 2, pág. 500, dice que «se llama sustitución fideicomisaria a la disposición en virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas expresamente indicadas por aquél».

(6) DE DIEGO, *El fideicomiso de «eo quod supererit» en Derecho romano*, Madrid, 1926, pág. 13, describe así la situación del fideicomiso de residuo en el Derecho común español: «Disciplinado en las leyes romanas, atendido en las costumbres, parece hallarse ausente del Código civil, y cuando se le encuentra en la vida, la falta de análisis técnico del mismo conduce a que se le crea huérfano de regla propia y congruente, o se le busca ésta en instituciones semejantes, a lo menos en apariencia (sustitución fideicomisaria), o en norma general y vaga, común a todas las organizaciones de su género (art. 675 del Código civil)». Cf., asimismo, *Naturalesa*, cit., pág. 27.

La SIS. 13 febrero 1943 afirma que «las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el artículo 781 y complementarios de nuestro Código civil, aunque tengan algunos elementos comunes con ellas y puedan serles apli-

B) *Otras opiniones.*—No faltan, sin embargo, opiniones discrepantes de la que se expone como general. a) Desde hace tiempo se ha señalado la posibilidad de que el artículo 783, párrafo segundo, i. f., haga referencia al fideicomiso de residuo (7), y categóricamente se ha dicho que «en nuestro Código civil la cláusula de residuo aparece instalada por las buenas en medio de las normas de la sustitución fideicomisaria (art. 783, frase final) con domicilio comfortable. Su intrínquilis consiste en que el testador flexibiliza la obligación del fiduciario en cuanto a su contenido, permitiéndole consumir o disponer del todo o parte de los bienes» (8). b) Por otra parte, se ha estimado que constituye una forma normal de sustitución fideicomisaria y que se acomoda a la definición que de la misma proporciona el artículo 781 del Código civil, porque en el fideicomiso de residuo existe obligación de conservar. El fundamento de esta afirmación es el siguiente: el fiduciario de residuo no puede disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, ya que si esta facultad le hubiera sido concedida por el disponente no se trataría de un fideicomiso de residuo, sino de una «disposición testamentaria supletoria, caso de fallecer el heredero sin testar», y se entiende que si el fiduciario sólo puede disponer por actos *inter vivos*, está obligado a conservar, porque lo que atribuye plena facultad dispositiva es la posibilidad de disponer *mortis causa*. «Disponer en vida—se añade—tiene sus riesgos, pues significa desprenderse para el resto de la existencia de la cosa enajenada, y hay que tener en cuenta la natural resistencia de toda persona a despojarse irrevocablemente de una cosa. He ahí el freno o mecanismo regulador del poder dispositivo del fiduciario de residuo, y que se traduce en una restricción en el disponer, que implica la existencia de un gravamen de tipo fideicomisario» (9).

cables, en determinados extremos, los preceptos que rigen en orden a esta clásica figura jurídica». La S. 28 junio 1947 reafirma este criterio.

Al tratar de realizar esta aplicación analógica, surgen una serie de problemas, como por ej. si debe someterse el fideicomiso de residuo a los límites establecidos en el art. 781 C. c., cuestión que será resuelta *infra* V, y si es posible aplicar al mismo la norma contenida en el art. 784 C. c., problema que será tratado en la segunda parte de este estudio.

(7) DE BUEN. *op. cit.*, pág. 316. La opinión de este autor no es plenamente afirmativa, como se ha indicado en el texto; sobre sus dudas, v. *infra* n. 15

La STS. 13 noviembre 1948 dice (confirmando el criterio mantenido ya antes por el Tribunal Supremo: cf. Res. DC-RN. 16 noviembre 1944), que «la modalidad testamentaria denominada disposición, cláusula, legado o fideicomiso de residuo, supervivencia en nuestras costumbres del fideicomiso *ex eo quod tempore mortis supererit*, está presidida, como la sustitución fideicomisaria, por la nota «de una doble vocación o llamamiento sucesivo en el disfrute de bienes hereditarios», y aunque sostiene que «el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria», añade «que pudiera considerarse comprendido en el último párrafo del artículo 783 del Código civil».

(8) GONZÁLEZ PALOMINO. *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*. AAMN., t. V. Madrid, 1950, pag. 613.

(9) ROCA SASTRE. *Estudios*, cit. pag. 77.

Muchas veces se ha pensado que el fideicomiso de residuo contiene obliga-

2. *Consideraciones críticas.*—Ninguna de las opiniones citadas resulta enteramente satisfactoria o deja de plantear problemas. A) La opinión dominante aparece a primera vista sólidamente fundada, pero resulta difícil aceptar que el legislador de nuestro Código civil no ha querido regular el fideicomiso de residuo o bien que se ha olvidado del mismo. Una serie de motivos se oponen a creerlo así; los principales son los siguientes: a) La utilización del fideicomiso de residuo era muy frecuente antes y hasta el momento de la formación del Código civil, como testimonian las sentencias del Tribunal Supremo a él relativas (10). b) El Proyecto de Código civil de 1851 se refería al supuesto del fideicomiso de residuo, si bien para prohibirlo; su artículo 635 dice: «Toda sustitución fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se la revista» (11), y añadía el artículo 636: «Quedan

ción de conservar; entre las numerosas teorías que se han defendido al respecto (v. una de ellas *infra*. n. 61), estuvo en otro tiempo muy en boga la de que el fiduciario de residuo tenía obligación de conservar en el momento de la muerte, que se atribuía a la vida. POLACCO, *Sulla massima momentum mortis vite tributur*, Salerno, 1910 (ed. sep. de los *Studi in onore di B. Brugi*), ha señalado que ni tal máxima ni la opuesta tienen carácter de dogma, que no pueden ser generalizadas, y que una u otra se aplicarán según los casos, pues desde el punto de vista puramente lógico no hay razón alguna para atribuir dicho momento a la muerte o a la vida. Una y otra solución son puramente convencionales, y el legislador y el jurista deben aplicar aquélla que convenga mejor para el cumplimiento de los fines del Derecho. En el supuesto de fideicomiso de residuo (op. cit., págs. 10-11), indica que si el momento de la muerte se atribuye a ésta ya no cabe plantear el problema de la existencia de la obligación de conservar, y, si se atribuye a la vida, lo que ocurre es que hay una imposibilidad práctica de enajenar, pero no una imposibilidad jurídica producida por el nacimiento—en dicho momento—de la obligación de conservar. En el mismo sentido habían opinado ya VITALI, *Il fedecommesso di residuo nel Diritto italiano*, Plasencia, 1889, págs. 100-102, y SOMMARIVA, *Di alcune questioni relative ai fedecommessi nel Diritto civile italiano, ed in particolare del c. 6. fedecommesso del residuo*, Bolonia, 1898, págs. 104-107.

(10) DE DIEGO, en sus ya citadas obras *El fideicomiso*, págs. 14-15, y *Naturaleza*, págs. 14, 15, 20, 21, 114 y 115, señala las siguientes: 21 mayo 1859, 24 octubre 1860, 20 diciembre 1866, 15 junio 1868, 1 febrero 1871, 1 julio 1871, 7 marzo 1876 y 10 julio 1878. La STS. 1 febrero 1871 parece citada con error, y las de 24 octubre 1860 y 7 marzo 1876 se refieren a supuestos de designación de heredero usufructuario con facultad de disponer. De todas maneras, las Sentencias restantes proporcionan la prueba de lo que se afirma en el texto.

(11) Los artículos 629 y 630 se refieren a la sustitución vulgar; el artículo 638 (en relación con el artículo 437) admite: 1.º La institución separada en el usufructo y en la nuda propiedad, pudiendo en este supuesto ser establecido el usufructo con carácter sucesivo, siempre que sea a favor de personas que existan al tiempo de morir el constituyente. 2.º Un tipo de sustitución que recuerde la sustitución pupilar. Dice el párrafo segundo de este precepto que «puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúbere para el caso de que éste muera antes de llegar a la pubertad». Esta disposición es el antecedente inmediato de las sustituciones pupilar y ejemplar de nuestro Código civil, y ha determinado que estas formas de sustitución se aparten de los modelos del Derecho romano. El Proyecto de 1851 sigue en este punto el criterio instaurado por las Leyes Civiles para el Reino de las Dos Sicilias, cuyo artículo 945 decía: El padre o la madre y los demás as-

comprendidas en la prohibición del artículo anterior»... «2.º A. aquella [disposición] por la que es llamado un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero». c) En las provincias de Derecho foral se empleaba con frecuencia, utilizándose diversas modalidades del mismo que serán expuestas posteriormente en este estudio.

Teniendo en cuenta estos datos, no parece lógico pensar que el legislador de nuestro Código civil no lo mencione. Si tal hubiera sido su proceder, habría que atribuirlo, como antes se ha señalado, a que no quiso regularlo o bien a que se olvidó del mismo. En el primer caso, parece evidente que no pudo el legislador creer que el fideicomiso de residuo era admisible como válido, pero que su regulación no era necesaria, porque la conveniencia de tal regulación parece clara. Y si su propósito era prohibirlo, siguiendo las huellas del Proyecto de 1851, resulta inexplicable también la falta de mención. El Proyecto de 1851 contenía una norma general prohibitiva de las sustituciones, porque se consideraban, en principio, como fideicomisos, y por ello se decretaba su nulidad (art. 635). Por tanto, se considerase el fideicomiso de residuo como fideicomiso o como sustitución, la nulidad del mismo no dejaba lugar a dudas, desde el momento en que no fuera establecida una excepción a su favor. A pesar de todo, se consigna expresamente su prohibición en el artículo 636, para que no quedase duda alguna. Si tantas precauciones se tomaron en el Proyecto de 1851 en el intento de abolirlo definitivamente, ¿cómo pensar que debía

cendientes, los tíos y tías, los hermanos, las hermanas, pueden sustituir a un menor de dieciocho años en el caso de que éste muera sin hijos antes de cumplirlos, una tercera persona, pero sólo en aquellos bienes en los cuales haya sido el menor dejado heredero» (CUTURI, *Dei fedecommissi e delle sostituzioni nel Diritto civile italiano*, Città di Castello, 1889, págs. 40-41). Este precepto significaba una excepción a la prohibición general de las sustituciones fideicomisarias que el citado Código napolitano mantenía como principio, y creaba un supuesto que constituye una especie de sustitución fideicomisaria permitida que nada tiene que ver con la sustitución pupilar romana, que, lo mismo que la ejemplar, no fué acogida (CUTURI, op. cit., págs. 41 y 100). GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852, págs. 86 y 87, dice que el segundo párrafo de artículo 638 del Proyecto fué adoptado como base por la Comisión a propuesta suya. Se trataba de impedir que los impúberes no fueran beneficiados en testamento ante el temor de que no pudiendo ellos hacerlo les sucediesen, en los bienes en los que se les hubiera favorecido, personas que no mereciesen el afecto del testador. Indica también que el artículo 945 del Código napolitano y el citado precepto del Proyecto de 1851 carecen de conexión con la sustitución pupilar tal como fué regulada por el Derecho romano. En la segunda parte de este estudio se demostrará cuál es la naturaleza jurídica de las sustituciones denominadas pupilar y ejemplar según la regulación que les proporciona nuestro Código civil, con objeto de poder determinar el concepto técnico de sustitución utilizado en el mismo. 3.º Una nueva excepción a la regla general prohibitiva de las sustituciones, que tiene su origen en el C. c. francés (art. 1.048) y está concebida en los siguientes términos: «Puede dejar un padre la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados.»

ser suficiente el silencio del Código civil para que se entendiese prohibido? En este Código falta una norma que prohíba de modo general las sustituciones fideicomisarias y fideicomisos, y para abolirlo hubiera sido necesaria una norma expresa en este sentido, pues de otro modo no habría razón alguna en qué fundamentar dicho resultado, y la arraigada práctica de establecerlo continuaría siendo legal.

Nadie piensa, naturalmente, que la falta de mención del fideicomiso de residuo en nuestro Código civil supone que deba considerársele prohibido; por el contrario, se entiende que se permite, pero que el legislador se olvidó de regularlo. Sin embargo, este olvido no parece posible, porque se trataba de una institución de constante uso y no sólo se utilizaba con frecuencia en el ámbito del Derecho común (Derecho de Castilla), sino también en los de los Derechos forales, y resulta muy extraño que tanto los juristas del Derecho común de España, como los foralistas, que tuvieron una amplia intervención en la formación del Código civil, lo hubiesen olvidado, originándose con ello un grave defecto en la obra legislativa (12).

B) Las teorías que afirman que el fideicomiso de residuo se encuentra regulado en el Código civil, o por lo menos aludido en el mismo, suscitan consideraciones sobre sus fundamentos, que pueden ser sintetizadas así: a) En relación con la posibilidad de que el fideicomiso de residuo se encuentre aludido en el artículo 783 i. f. del Código civil, se ha observado que este precepto «está pensando, más que en el fideicomiso de residuo, en la eliminación de la cuarta trebeliánica de Derecho romano» (13); la doctrina siempre lo ha creído así (14), y todavía no se ha indicado ninguna razón que demuestre que se refiere, por el contrario, al fideicomiso de residuo, o también al fideicomiso de residuo. Por otra parte,

(12) Dice, con cierto énfasis, PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., pág. 271, que «al ignorar esta modalidad testamentaria de frecuentísimo uso, tanto en las zonas de Derecho común como en los territorios forales, incurrió el Código civil en un grave pecado de omisión».

(13) ROCA SASTRE, *Notas*, cit., pág. 120. Dice este autor que «sólo con cierto esfuerzo» cabe comprender el fideicomiso de residuo en el citado artículo.

(14) Constituye doctrina común que el artículo 783, párrafo segundo, se refiere a la cuarta trebeliánica. Cfr., sólo como ejemplo: DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1932, pág. 168; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, 7.ª ed. (OGAYAR), Madrid, 1951, pág. 192; DE BOFARULL, *Código civil español*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1880, pág. 250, n. 1; DEL VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*, 6.ª ed., t. II, Valencia, 1889, pág. 391; BONET, op. cit., pág. 508; JAÉN, op. cit., pág. 743; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, 4.ª ed., Valladolid, 1939, pág. 197; MORELL Y TERRY, *Derecho civil* (en colaboración con Iglesias y García y Mouton y Ocampo), Madrid, 1909, pág. 668.

Obsérvese que podría también ser interpretada la frase final del artículo 783 del C. c. en el sentido de que el testador impusiera al llamado como fiduciario la carga de no deducir los créditos, gastos legítimos y mejoras. La opinión que sostiene que se refiere al fideicomiso de residuo tiene que abordar este problema o demostrar que no puede plantearse.

se dice que si el fideicomiso de residuo estuviera mencionado en el artículo 783, tendría en el sistema de nuestro Código civil carácter de sustitución fideicomisaria, y si así fuera existiría una contradicción entre este precepto y los artículos 781 y 785, número 1.º, pues éstos presuponen que el fiduciario está obligado a conservar (15), mientras que el artículo 783, párrafo segundo, tiene como supuesto precisamente que la obligación de conservar no existe.

b) Dificultades menores presenta a primera vista la opinión que sostiene que el fideicomiso de residuo constituye una sustitución fideicomisaria porque entraña también obligación de conservar. Efectivamente, se acomoda a la definición que de la sustitución fideicomisaria proporciona, según la doctrina dominante, el artículo 781 del Código civil, puede aceptar sin reservas que el artículo 783 i. f. se refiere a la negación del derecho a detraer la cuarta trebeliánica, y también que el artículo 785, número 1.º, presupone la obligación del fiduciario de conservar los bienes fideicomitidos (16). Sin embargo, este punto de vista no parece aceptable. Dejando aparte el problema de si puede el testador permitir al fiduciario que disponga *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, sin que ello suponga extralimitarse en la figura del fideicomiso, y concretando la cuestión al supuesto normal en el que se permite al fiduciario disponer por actos *inter vivos*, que es el que la opinión citada se plantea, es de observar que la pretendida obligación de conservar no existe, y que lo que se valora como tal es solamente la «conveniencia» de no disponer, en la que, como es lógico, faltan los caracteres técnicos de la obligación y las consecuencias jurídicas que a las obligaciones se atribuyen. Se hace, por tanto, una indebida equiparación entre la obligación de conservar y la conveniencia de no enajenar, conveniencia que ni siquiera existe necesariamente, y menos como norma general, pues múltiples factores pueden hacer más deseable al fiduciario la enajenación, y con frecuencia así ocurre.

3. *Finalidad del presente estudio* (17).—Se intenta demostrar en el mismo que el fideicomiso de residuo está satisfactoriamente

(15) Así piensa DE BUEN, *op. cit.*, pág. 316, y por ello dice que la posibilidad de que el fideicomiso de residuo esté mencionado en el art. 783 es «quizá un tanto sutil».

Que el artículo 785, 1.º del C. c. supone la imposición al heredero de la obligación de conservar, se afirma normalmente en la doctrina (v., por ejemplo, DE DIEGO, *Naturalza*, cit., págs. 71-72), y en la jurisprudencia (cfr. Ss. T. S. 20 abril 1951 y 10 julio 1954).

(16) Así lo cree ROCA SASTRE, defensor de esta opinión. (Cfr. *Notas*, cit., página 106.)

(17) Hace tiempo se ha dicho (1. LOPEZ, *La conservación de los regímenes forales y las leyes generales anteriores al Código civil*, ADC, t. IV, fasc. 1, página 189 n.) que el fideicomiso de residuo está regulado en nuestro Código civil, se expusieron sucintamente las razones que permitían pensar así y se ofreció exponerlas más ampliamente en ocasión adecuada: la obra presente constituye el cumplimiento de aquella promesa.

regulado en nuestro Código civil. Por lo expuesto, los problemas que es necesario resolver para lograrlo son los siguientes: A) Que el artículo 781 de dicho Código no pretende definir ni define la sustitución fideicomisaria. B) Que el concepto de sustitución fideicomisaria aceptado por el Código civil español comprende el supuesto de fideicomiso de residuo. C) Que el artículo 783, párrafo segundo, se refiere al fideicomiso de residuo y no solamente al problema de la detracción de la cuarta trebeliánica; y D) Que el artículo 785, número 1.º, no presupone que el heredero fiduciario esté obligado a conservar.

Se observará que se pretende demostrar que se halla satisfactoriamente regulado, y no tan sólo que se encuentra mencionado. La diferencia entre ambas aseveraciones es importante, porque lo son sus efectos. En ocasiones se ha sostenido que el fideicomiso de residuo se encuentra mencionado en el artículo 783, sin que por ello se le atribuya el carácter de sustitución fideicomisaria (18): así se puede pensar que la mención carece de utilidad práctica, pues apenas tendría otro valor que el de ser el reconocimiento de la licitud de dicha figura jurídica, cosa que no se duda, pero sin añadir nada útil para la solución de los problemas que su regulación plantea, porque habría que buscarla precisamente en la aplicación por analogía de las normas que regulan la sustitución fideicomisaria. Es decir, se desemboca en la misma consecuencia a la que llegan los que afirman que nuestro Código civil lo desconoce (cf. supra I, A). Como se demostrará más adelante, no fué este el pensamiento del legislador.

II. DEMOSTRACIÓN DE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO SE ENCUENTRA REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. *La ruptura de la línea tradicional en la regulación del fideicomiso de residuo.*—La posición que se ha señalado como dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas tiene en su favor todavía un nuevo argumento, basado en el hecho de que los Códigos civiles francés e italiano de 1865, que influyeron en la formación del nuestro, desconocen el fideicomiso de residuo, que no aparece regulado en ellos. Para determinar cuál sea la posición de estos Códigos, y también para situar el proceder del Código civil español en el cuadro de la Codificación en los países latinos, parece conveniente hacer una síntesis del estado del fideicomiso de residuo en la época anterior a la misma.

A) *La época precodificadora.*—En dicha época se consideraba que el fideicomiso de residuo constituía una sustitución fideicomisaria (de residuo).

a) Actualmente se cree que la nota diferencial entre sustitución fideicomisaria y fideicomiso de residuo consiste en la existen-

(18) Esta es, por ejemplo, la posición del Tribunal Supremo en su S. de 13 de noviembre de 1948. (Cfr. supra, n. 7.)

cia o inexistencia de la obligación de conservar, pero antes de la formación de los modernos Códigos civiles no ocurría así. En la regulación de los fideicomisos, según el Derecho romano común, no hubiera podido surgir esta opinión, debido a que tanto el fideicomiso normal como el de residuo entrañaban obligación de conservar, derivada de la obligación de restituir (19). Esto sucede porque la Novela 108 imponía al fiduciario de residuo, como regla general, el deber de conservar una cuarta parte de la herencia fideicomitada (20).

Por el contrario, hubiera podido plantearse el problema en el ámbito de los Derechos nacionales. He aquí cómo: se ha observado que el fideicomiso de residuo es en cierto modo contradictorio, pues mediante el mismo se quiere, por una parte, favorecer al fideicomisario, y, por otra, al permitirle al fiduciario disponer de los bienes fideicomitados, se hace posible que tal deseo se desvanezca y quede desprovisto de efectos, y se añade que la armonización de las facultades del fiduciario y de las legítimas expectativas del fideicomisario fué el empeño de la legislación romana, abandonado por el Derecho moderno (21). En el Derecho romano se utilizaron sucesivamente los siguientes sistemas para medir el poder de disposición del fiduciario de residuo: en un principio (Papiniano, D. 36, 1, 54, pr.), se piensa que éste no tiene que restituir las cosas enajenadas si las enajenaciones se hicieron de buena fe, y no con el fin de frustrar el fideicomiso (22). Para determinar la buena fe

(19) En el Derecho romano clásico no puede hablarse de *obligatio* con referencia al fideicomiso, que se mueve fuera de los límites del estricto *Ius civile*. Como señala ARIAS RAMOS (*Fideicomisos y leyes caducarias*, RDP, 1940, págs. 154-156), en un principio el fideicomiso no tenía otra sanción que la observancia de la *fides* por parte del fiduciario, hasta que Augusto *iussit consulis auctoritatem suam interponere*. Desde Claudio, la protección jurídica de los fideicomisos la comparten los Cónsules con dos pretores especiales creados al efecto, pero sin que dicha protección fuera encauzada en el *ordo iudiciorum privatorum*, tramitándose siempre como *cognitio extraordinaria*. Tito suprimió uno de los pretores, y Nerva añadió otro, al parecer, según Pomponio, con competencia limitada a los supuestos en los que el Fisco tenía intereses encontrados con los particulares. Sin embargo, SEGRE ha sostenido que en las fuentes se habla de *obligatio*, *obligare*, *obligatus*, con referencia a supuestos de fideicomiso, lo que, a su juicio, supone que podían establecerse verdaderas *obligationes* y no simples *debita* fuera del campo del *Ius civile*. ALBERTARIO, *La c. d. obligatio ex causa fideicommissi*, Milán, 1927 (ed. sep. de *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, v. LX, fasc. I-V), ha demostrado que no es así, porque los textos citados por SEGRE en apoyo de su teoría [Gaio, 2, 227; D. 36, 1, 78 (76); D. 35, 2, 32, 4; D. 36, 1, 18 (17), 2 y D. 34, 5, 7 (8)] han sido interpolados.

(20) La citada Novela cap. I, dice: «... sancimus usque ad Fa'cidiam so'mm quae institutionis necessitatem habere servare eum, qui oneratus est fideicommissi restitutione, et non posse aliquid penitus ex illa minuere, sufficiens existens sed heredi quidem supersint tres partes, illi autem quartae solus relinquatur ratio». Se admitían excepciones a la regla general (cap. II).

(21) DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., pág. 74.

(22) DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., pág. 70, dice que «la regla que emana de este criterio es que el fiduciario puede disponer de los bienes tanto a título

en las enajenaciones realizadas, publicó el emperador Marco una constitución en la que utilizaba para tal fin el paradigma del hombre bueno, determinando que existe buena fe cuando las enajenaciones hubieran sido realizadas *arbitrium boni viri*. Por último, se sustituye el criterio de la buena fe, por el de la Novela 108, del que antes se hizo referencia, «mecánico y automático, que en rigor señala un retroceso en la esfera jurídica, si no fuera porque el desarrollo social y las necesidades prácticas lo imponían con imperio» (23). Ahora bien, desde el momento en que el Derecho romano pierde eficacia normativa directa y se acepta tan sólo como exponente de la razón natural, se comienza a pensar que el sistema de la Novela 108 que, como se ha visto, permitía al fiduciario disponer de las tres cuartas partes de la herencia, teniendo que restituir al fideicomisario la cuarta parte restante, tenía menos valor como razón natural que el criterio de la buena fe, y esta opinión, que comienza a sustentarse ya por los postglosadores (24), se afirma poderosamente en los Derechos nacionales, frente al Derecho común que seguía el criterio de la Novela 108. En el Derecho francés anterior al Código de Napoleón, se siguió en principio este último sistema (25), pero en las provincias francesas en las que el Derecho romano no tenía autoridad sino como razón escrita, se abandona, y se acoge el de la buena fe mantenido en el Digesto, «que está fundado sobre las nociones naturales de esta especie de sustitución» (26). Desde el momento en que se admite que el fiduciario de residuo puede disponer o consumir no importa en qué medida, siempre que lo haga de buena fe, y, como consecuencia, que puede disponer, en principio, incluso de la totalidad de la herencia fideicomitada, hubiera sido posible establecer diferencia entre el supuesto normal de fideicomisa y el fideicomiso de residuo por razón de la obligación de conservar que existía siempre en el primer caso y no en el segundo. Pero ninguna duda se suscita; se señala que las sustituciones fideicomisarias pueden ser puras (simples) o bien hechas «bajo ciertas limitaciones»: En el primer caso se producen cuando se grava al heredero, o a otro sucesor a título universal, de restitución, para después de la muerte, de lo que se le ha donado o dejado; en el segundo, cuando se le encarga restituir lo que quede o lo que quede *in natura* (27). Finalmente se dice que las sustituciones fideicomisarias universales no son siempre de todos los bienes que se han dejado al heredero o a un sucesor universal, sino que pueden ser sola-

oneroso como gratuito, para satisfacer necesidades reales *dum modo dolus abesset*».

(23) DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., pág. 74.

(24) DE DIEGO, *Naturaleza*, cit., págs. 42-43.

(25) TROPLONG, *Des donations entre-vifs et des testaments*, 3.^a ed., t. I, Paris, 1872, pág. 155 (siguiendo a THEVENOT).

(26) POTHIER, *Traité des substitutions*, en «Oeuvres», ed. Siffrein, t. XII, Paris, 1822, pág. 275.

(27) POTHIER, op. cit., pág. 262.

mente de aquello que quedase de la herencia (28). Las peculiaridades del fideicomiso de residuo entrañaban diferencias entre éste y el fideicomiso normal (29), pero eran diferencias que originaban solamente que el fideicomiso de residuo fuese considerado como un tipo especial de sustitución fideicomisaria y sin que a consecuencia de ellas se pensase nunca que constituyese una institución diferente. Existían, por tanto, dos tipos de sustitución fideicomisaria: uno con obligación de conservar, otro sin ella (30). Por todo lo expuesto se ha podido decir que en el antiguo Derecho francés la obligación de conservar era una característica importante de la sustitución fideicomisaria, pero no una nota esencial de la misma, puesto que podía faltar (31).

b) Extrañará que los autores antiguos se refieran indistintamente al fideicomiso (de residuo o no) y a la sustitución fideicomisaria (de residuo o normal), porque en la actualidad (a partir de la formación de los Códigos civiles) se diferencian netamente los conceptos de fideicomiso y de sustitución fideicomisaria, y se establece una diferencia tajante entre ambos. En el fideicomiso, institución propia del Derecho romano, un heredero (fiduciario) está obligado a transmitir los bienes al fideicomisario, que no lo es; en la sustitución fideicomisaria moderna se establecen, en cambio, dos o más liberalidades a favor de personas llamadas como herederos en orden sucesivo, lo que significa la superación del principio romano *semel heres, semper heres*. De esta diferencia de configuración se derivan consecuencias importantes, como lo es la cuestión de la cuarta trebeliánica. En el fideicomiso se concede al fiduciario derecho a detracer la cuarta parte de la herencia, porque solamente él tiene título de heredero, y sin su aceptación el testamento carece de valor y sólo el fiduciario gravado puede, una vez aceptada la herencia, cumplir el fideicomiso. Para evitar que éste decaiga se estimula la aceptación, concediéndole al fiduciario derecho a la cuarta llamada trebeliánica, que constituye un premio a la misma. Por el contrario, en la moderna sustitución fideicomisaria la concesión de tal derecho no tiene razón de ser, porque los llamamientos de heredero que en virtud de ella se producen poseen cada uno valor propio e independiente y por esto no depende el beneficio del fideicomisario de la aceptación de la herencia por parte del heredero fiduciario (32).

Las consideraciones antedichas son exactas, pero se refieren solamente a los puntos extremos de una larga y complicada evolución que transformó el fideicomiso romano en la forma actual de

(28) POTHIER, op. cit., pág. 273.

(29) En cuanto a la percepción de frutos por el fiduciario, deudas que con el mismo tuviera el causante, etc., v. POTHIER, op. cit., pág. 275.

(30) TROPLONG, op. cit., pág. 158.

(31) MÉMIN, *Essai d'une théorie sur les substitutions fidéicommissaires*, Paris, 1891, págs. 87-88.

(32) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 858-862.

sustitución fideicomisaria. En el momento de esta evolución que corresponde a la época precodificadora, los términos de sustitución fideicomisaria y de fideicomiso podían ser usados indistintamente, y así se hacía. Ello se debe a dos tipos de causas: 1.º Allí donde el Derecho romano había perdido su vigencia, el fideicomiso se transforma en sustitución fideicomisaria (en el sentido actual de este término), pero como es más fácil que las instituciones cambien de naturaleza jurídica que de nombre, se le seguía denominando usualmente fideicomiso; 2.º Aun en los territorios en los que el Derecho romano conservaba vigencia directa (lo que supondría en pura lógica que la sustitución fideicomisaria no podría producirse, dada la aplicación del principio *semel heres, semper heres*, que llevaba a considerar como único heredero al fiduciario, aun después de haber verificado la restitución), no por ello deja de admitirse la sustitución fideicomisaria de herencia, a través de una evolución que se produce de la manera siguiente: Ya en el mismo Derecho romano el fideicomisario universal se consideraba que era, prácticamente, como un heredero; frente a los efectos prácticos, el principio *semel heres, semper heres* conservaba un valor puramente formal y después fué debilitándose paulatinamente en el Derecho común hasta que se admite que existe verdadera sustitución del fideicomisario en la posición del fiduciario, posteriormente que el fideicomisario es heredero, y por fin fideicomiso universal y herencia se confunden y mezclan (33) y llegan a producir el actual tipo de sustitución fideicomisaria de herencia. Esta evolución no se ha verificado lógicamente y uniformemente, y no es de extrañar que así sucediera. Por ello se producen aparentes contradicciones constantes: se emplean indistintamente los términos fideicomiso y sustitución fideicomisaria como se ha señalado; se afirma que el fideicomisario universal es heredero (34) y se mantiene en la sustitución fideicomisaria el derecho del fiduciario a detraer la cuarta trebeliánica.

Ahora bien, si el fideicomiso de residuo, como un tipo más de fideicomiso, constituye para la doctrina de la época precodificadora una forma de sustitución fideicomisaria al lado de los fideicomisos

(33) Como dice IGLESIAS, *Sobre fideicomisos y sustituciones fideicomisarias*. RJC. 1949, 2, págs. 105-106, en el Derecho romano el heredero fiduciario «no perdió nunca—al menos formalmente—su cualidad de tal. Por eso, aun llegándose a conceptualizar al fideicomisario como sucesor universal, distinguióse siempre la *hereditas* del fideicomiso. La institución de heredero se mantenía en pie, y respecto de ella no cabía hablar, con propiedad, de verdadera sustitución fideicomisaria. Pero dado que el fideicomisario actuaba *heredis loco*, como *quasi heres*, bien puede decirse que, en definitiva, la sustitución fideicomisaria era admitida no sólo para los legados, sino también para la herencia. Cabalmente aquí estriba el hecho de que los post-glosadores llagasen a acoger semejante forma de sustitución».

(34) Así la doctrina con relación al vigente Derecho foral catalán, ejemplo vivo de uno de los estadios de la evolución indicada. Cfr. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. V, 2.ª ed., Barcelona, 1944, págs. 114 y 142; ROCA SASTRE, *Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona*, de la que se da cuenta en RJC, LXVIII, 6, págs. 564-565.

en los que se debía restituir el todo o parte de los bienes fideicomitidos, que también lo eran, ¿por qué actualmente se le separa de las sustituciones fideicomisarias y no se le conoce bajo tal nombre?

B) *El Código civil francés.*—Se ha elegido intencionadamente la doctrina francesa para indicar cuál era la situación del fideicomiso de residuo en la época precodificadora, porque es a consecuencia de los preceptos del Código civil francés y de la doctrina y jurisprudencia que los interpreta, por lo que se ha producido el actual estado de la cuestión. En el artículo 896 de dicho Código se determina que las sustituciones quedan prohibidas, y se añade que toda disposición, en virtud de la cual el donatario, el heredero o el legatario sea gravado de conservar y restituir a un tercero será nula, incluso respecto al heredero instituido, donatario o legatario. La fórmula prohibitiva tiene carácter absoluto; sin embargo, el legislador no abolió verdaderamente todo tipo de sustitución. Así, se acepta la sustitución vulgar (artículo 898) e incluso ciertos tipos de sustitución fideicomisaria en beneficio de los nietos y de los sobrinos del testador (artículos 1.048 y 1.049). Pero no por ello sufría excepción—aparentemente—la norma prohibitiva, porque a las sustituciones autorizadas no se las denomina sustituciones, sino «disposiciones permitidas». Este modo de proceder que parece vacío formalismo, posee sus razones: el legislador no quería admitir ningún tipo de sustitución porque uno de los postulados revolucionarios era el de acabar con las sustituciones—que prestaban a la clase noble y a los económicamente poderosos un medio para perpetuar su poder (35)—

(35) El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria han desempeñado a lo largo de los siglos funciones muy diversas; se utilizó en una época en el Derecho romano para evitar las dificultades formalistas del testamento, para lograr que pudieran llegar los bienes a manos de personas que la ley declaraba incapaces de suceder (ARIAS RAMOS, op. cit., págs. 153-154 y 158), para conseguir que los adquiriesen los desheredados en el supuesto de desheredación *bona mente* (DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., págs. 27-28). En la Edad Media todavía se utiliza con frecuencia para suplir el albaceazgo, pero desde entonces adquiere preponderancia la sustitución fideicomisaria utilizada para perpetuar el poderío económico de las familias (DUSI, *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª ed. (MONTEL), v. II, Turin, 1947, pág. 285). Para ello se toman como modelo el *fideicommissum familiae relictum* del Derecho romano y, sobre todo, la forma española de mayorazgo que presentaba la ventaja de su carácter perpetuo. (Acerca de la influencia del mismo F. DE CASTRO, *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, ALC, t. VI, fasc. 3, págs. 627-628, para el Derecho alemán; para el italiano: CICCAGLIONE, *Manuale di Storia del Diritto italiano*, v. II, Milán, s. f., págs. 456-457; LEICHT, *Storia del Diritto italiano. Diritto privato. Parte II: diritti reali e di successioni*, Milán, 1943, págs. 254-255. TRIFONE, *Il fedecommesso*, Roma, 1914, págs. 155-161, dice que debe acogerse con reserva la cuestión de la influencia del mayorazgo en el Derecho italiano; a su juicio, influye positivamente en el fideicomiso indivisible, pero no en el divisible, que evoluciona en Italia de forma original). En un principio se emplea la sustitución fideicomisaria al servicio de las familias nobles, que constituían el predeterminado vivero de donde habían de surgir las personas que ostentarían los cargos directivos de la vida social, porque entonces, como se sabe, se estimaba que la mejor estructura de la Sociedad era su diferenciación en tres clases: nobles, clero, pueblo (asi ORTIZ, citado por TRIA, *Il fedecommesso nella legislazione e nella dottrina dal secolo XVI ai nostri giorni*, Milán, 1945, pág. 83). pues de ese modo se hacia

y por este motivo se evita cuidadosamente en el Código la mención de este término (36), que sólo se utiliza para decretar su abolición total (artículo 896), negándose el nombre de sustitución hasta a la inocua sustitución vulgar (37).

Ante la severidad de la norma prohibitiva que se antojaba excesiva una vez calmados los principios revolucionarios, doctrina y jurisprudencia se afanan en la búsqueda de soluciones que puedan paliar en lo posible sus efectos. Influye sobre todo la consideración de que, siendo también nula la institución del primer llamado, la voluntad del testador quedaba totalmente desprovista de eficacia (38). Se dice que la nulidad total se estableció en atención a que el legislador pensaba que quizá la voluntad del testador era nombrar heredero al encargado de restituir precisamente porque le sustituía el fideicomisario, y al ser declarado nulo el llamamiento de éste carecería de sentido conservar el primero (39), pero parece que lo decisivo fué la consideración de que si se mantenía el nombramiento del heredero fiduciario podía éste sentirse obligado a restituir por estimarlo deber de conciencia (40), puesto que no se deja lugar alguno a la investigación de la voluntad del disponente como hubiera sido lógico. Se trata, pues, de una sanción.

Entre los procedimientos ideados por la doctrina y por la jurisprudencia francesas para diluir la voluntad del legislador (41), inte-

estable el gobierno. Mediante las sustituciones fideicomisarias se conseguía que dichas personas tuviesen la necesaria independencia y bienestar económico que les permitiera ejercer cargos políticos, ostentar el señorío jurisdiccional y contribuir a la formación y mando del ejército, y por ello durante mucho tiempo se reservó a la nobleza el privilegio de vincular sus bienes (BOUZAT, *Droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises*, Paris, 1934, págs. 23-24, dice que en Francia no se permite establecer sustituciones fideicomisarias a personas del pueblo hasta la Ordenanza de 1629). Posteriormente se produce un cambio en la estructura social: la nobleza empieza a perder su función directiva, se robustece el poder real apoyado en la burguesía, y los burgueses utilizan entonces las sustituciones fideicomisarias (F. DE CASTRO, *Sobre la pretendida valides*, cit. pág. 627) para mantener el poder del dinero, base de la futura posición en la vida social de los miembros de sus familias y escalón para alcanzar cargos públicos (CUTURI, op. cit., pág. 13). En el momento de la Revolución francesa, el ataque a la posición privilegiada de la nobleza y el temor que originaba la situación preponderante de la aristocracia del dinero, que amenazaba gravemente la libertad de la persona y en ocasiones la misma independencia del Estado, contribuyeron —en unión de otras razones— a originar la tajante prohibición de las sustituciones fideicomisarias (BOUZAT, op. cit., págs. 25-26)

(36) TOULLIER, *Le Droit civil français*, ed. complet. por DUVERGIER, t. III, Bruselas, 1857, pág. 240, n. Lo mismo sucedió con la palabra servidumbre. GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 80, señala que el artículo 896 del C. c. francés en su primera parte («Les substitutions sont prohibées») ha nacido de la Revolución.

(37) GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 80, señala que el C. c. francés «no la califica de sustitución, porque las había proscrito en el artículo 896».

(38) GUIDI, *Il fedecommesso di residuo*, «Rivista di Diritto civile», 1929, págs. 521-522, n.

(39) TOULLIER, op. cit., págs. 8-9.

(40) Consideración que señala TOULLIER, op. cit., en loc. cit.

(41) Probablemente el más llamativo es el comienzo de una nueva teoría sobre el significado del *ordo successivus* como requisito de la sustitución fideico-

resa destacar para la demostración de la tesis que en este estudio se mantiene, uno de los relativos al fideicomiso de residuo. En un primer momento se estimó que éste se hallaba prohibido, porque el artículo 896 citado determinaba la nulidad de las sustituciones y de toda disposición en virtud de la cual existía obligación de conservar y restituir. El fideicomiso de residuo era una forma de sustitución fideicomisaria como se ha señalado, y, por otra parte, un sector de la doctrina estimaba que en el mismo se producía obligación de conservar, pues era aplicable la Novela 108, y por ello el fiduciario tenía que conservar y restituir la cuarta parte de la herencia fideicomitida (42). Esta última opinión no tuvo éxito. Se observó contra ella que el Derecho romano no estaba en vigor y que no podía fundamentarse en sus normas la pretendida existencia de la obligación de conservar (43): por el contrario, entregada al arbitrio del disponente la determinación de los poderes que había de tener el fiduciario de residuo, cuando aquél no hubiese señalado límite alguno a las facultades del mismo, tenía éste derecho a disponer incluso de la totalidad de los bienes, y por tanto la existencia de la obligación de conservar no podía ser mantenida (44).

Quedaba por ello en primer plano la cuestión de que el fundamento de la nulidad de las disposiciones de residuo lo constituía el hecho de ser sustituciones fideicomisarias. Para lograr que pudiera estimarse permitido, comienza a realizarse una interpretación restrictiva del artículo 896. Las etapas de la misma son las siguientes: 1.ª El primer párrafo de este precepto, al prohibir las sustituciones

misaria. La doctrina del Derecho común entendía que dicho requisito quería expresar que no se daba concurso entre los llamados, es decir, que eran llamados sucesivamente y no concurrentemente (*ordine successivo et non conjunctivo seu simultaneo*) y que, por tanto, sucedían sucesivamente al que había dispuesto la sustitución (MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de Droit*, t. VIII, Paris, 1830, pág. 46): una parte de la doctrina piensa posteriormente que orden sucesivo quiere decir orden sucesorio, es decir, que el testador establece, a través de los llamamientos de la sustitución fideicomisaria un orden de sucesión que señalará quién ha de ser sucesor universal del primer llamado en cuanto a los bienes fideicomitados, y así respecto a los demás llamamientos (pueden encontrarse vestigios de esta doctrina en FURGOLE, *Commentaire de l'Ordonnance de Louis XV sur les substitutions*, Paris, 1775, págs. 124-125, autor que no la comparte). Finalmente, la doctrina francesa, bajo el imperio del Código de Napoleón y por las razones señaladas en el texto sostiene que quiere decir, que el llamado en segundo lugar recibirá los bienes *precisamente* a la muerte del llamado en primer término, y considera que si se establece la restitución para un momento diferente ya no se trata de sustitución fideicomisaria (prohibida), sino de llamamientos a término de sucesores universales (permitidos). Independientemente se cree que el fideicomisario sucede al testador o al primer llamado. La cuestión será extensamente tratada en la segunda parte de este trabajo en el que se abordará, asimismo, el problema de la institución de heredero sometida a término.

(42) DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., págs. 92-93.

(43) MERLIN, op. cit., pág. 84, dice que las restricciones que imponía la Novela 108 fueron derogadas por la Ley de 30 de Ventoso del año 12, y que por ello el fiduciario de residuo no estaba obligado a conservar nada: cfr. TROPLONG, op. cit., pag. 158.

(44) TOULLIER, op. cit., págs. 18 n. y 20.

en general, no quiere referirse a todo posible tipo de sustitución. Antes de la publicación del Código civil francés se estimaba que la sustitución por antonomasia era la fideicomisaria, y por ello se entendía que al utilizar el término sustitución sin precisar de qué clase, se quería hacer referencia a la misma; este criterio se aplica al artículo 896 y se concluye que las únicas sustituciones prohibidas son las fideicomisarias (45); 2.^a Para determinar cuál es el concepto de sustitución fideicomisaria, no se recurre al significado tradicional del término, porque comprendía el de fideicomiso de residuo, y por tanto sería necesario considerarlo prohibido. Para poder sostener su validez se hacía preciso excluirlo del concepto de sustitución fideicomisaria, única prohibida.

Partiendo de estos presupuestos, se piensa que el párrafo segundo del artículo 896 (que determinaba que toda disposición por la cual el heredero, legatario o donatario estuviera gravado de la obligación de conservar y restituir a otra persona era nula), expresaba la razón por la que las sustituciones fideicomisarias se prohibían. Esta razón era precisamente la existencia de la obligación de conservar. Es ésta la que determina que el fiduciario no intente la mejora de los bienes, con perjuicio grave para la agricultura, la que los retira del comercio y la que permite que personas que viven en la opulencia pidan dinero a préstamo, abusando del crédito que su vida ostentosa les confiere y puedan morir después en la pobreza, dejando a sus hijos en posesión de una inmensa fortuna y a sus acreedores defraudados. Ninguno de estos inconvenientes se produce cuando dicha obligación falta. Partiendo de la base de que el legislador no puede, sin abusar de su poder, hacer leyes inútiles, y de que el párrafo segundo del artículo 896 se refiere a la carga de conservar y restituir, se llega a la conclusión de que el espíritu y la letra de la ley prohíben las sustituciones porque implican obligación de conservar (46). Ahora bien, si las sustituciones fideicomisarias se prohíben porque entrañan obligación de conservar (artículo 896, párrafo segundo), y todas las sustituciones fideicomisarias están prohibidas (artículo citado, párrafo primero), la conclusión evidente es que el legislador entiende que las sustituciones fideicomisarias tienen como elemento esencial dicha obligación. El concepto legal de sustitución fideicomisaria supone que el fiduciario tiene que conservar la herencia o bienes fideicomitidos (47). Para defender de posibles ataques este extraño razonamiento, se añade que el artículo 896 es, como contrario a la facultad de disponer, de interpretación estricta y que no puede ampliarse, por tanto, la definición de las sustituciones fideicomisarias que el legislador proporciona (48):

(45) TROPLONG, op. cit., págs. 120 y 108. ARNTZ, *Cours de Droit civil français*, t. II, 2.^a ed., Bruselas, 1870, pág. 320.

(46) TOULLIER, op. cit., págs. 18-19, n.

(47) TOULLIER, op. cit., loc. cit.

(48) V. AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, t. XI, 5.^a ed., Paris, 1919, págs. 204, n. 2 y 205, n. 3.

3.ª Por todo lo expuesto, la validez de la disposición de residuo no ofrece duda, porque—por principio—falta en la misma la obligación de conservar (49). Esta consecuencia se acepta y generaliza de tal manera en la doctrina que cuando se quiere prohibir el fideicomiso de residuo en el Proyecto de Código civil español de 1851 se hace necesario recurrir al Código civil holandés (artículo 926), para encontrar un precepto que pudiera ser copiado con esta finalidad, porque se entendía que el artículo 896 del Código civil francés, principal modelo seguido, lo permitía por no contener obligación de conservar (50); 4.ª En el Derecho francés anterior al Código civil los fideicomisos, y entre ellos el de residuo, eran sustituciones fideicomisarias. Dada la interpretación expuesta del artículo 896, no cabe sostener ya la misma solución. Se dice por ello que no todos los fideicomisos son sustituciones, aunque todas las sustituciones—en el sentido legal—son fideicomisos. La característica del fideicomiso es la obligación de restituir; la última diferencia de la sustitución fideicomisaria, es la obligación de conservar (51), y por este motivo es por el que las sustituciones fideicomisarias se prohíben, mientras que los fideicomisos se consideran válidos (52). La disposición de residuo, que no contiene obligación de conservar, no es—como era antes del Código civil francés—una sustitución fideicomisaria, sino simplemente un fideicomiso, nombre con el que se le conocerá en adelante y hasta nuestros días (53).

La deformación del concepto tradicional de sustitución fideicomisaria fué, como es natural, dado lo expuesto, una obra consciente y no el producto de un olvido o de un equivoco. Los defensores del nuevo criterio tuvieron que enfrentarse con los que seguían sosteniendo el tradicional y llegaban a la conclusión de que el fideicomiso o sustitución fideicomisaria de residuo se hallaba prohibido por el artículo 896. Cuando este tema se plantea, los mantenedores del concepto restringido de sustitución fideicomisaria reconocen que el llamado fideicomiso de residuo no era otra cosa que una sustitución en el antiguo Derecho, pero señalan que no pueden aceptar el mismo criterio después de publicado el Código civil, porque entonces tendrían que concluir que era una disposición prohibida, y esto es lo que se trataba de evitar (54).

(49) MERLIN, op. cit. pág. 84; TROPLONG, op. cit., pág. 158; TOULLIER, op. cit., págs. 10 y 17. Otras opiniones en el mismo sentido en MERLIN, op. cit., págs. 88-89. La posición de la jurisprudencia, que fué la iniciadora de esta opinión, puede verse ampliamente en TOULLIER, op. cit., pág. 17, notas 2 y 3, y páginas 19-20, y en MERLIN, op. cit., págs. 86-87.

(50) GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 85.

(51) TOULLIER, op. cit., pág. 17.

(52) TOULLIER, op. cit., pág. 20, n. 1.

(53) Para evitar las dudas que podían derivarse de la forzada diferenciación entre sustitución y fideicomiso, el Proyecto español de 1851 prohíbe las sustituciones porque se consideran como fideicomisos (art. 635).

(54) TOULLIER, op. cit., págs. 18-19, n. ROLLAND DE VILLARGUES estimaba que la disposición de residuo estaba prohibida por ser una sustitución fideicomisaria, y se apoyaba para ello en la uniforme doctrina en este sentido antes del Código

C) *El Código civil italiano de 1865.*—El artículo 899 del antiguo Código civil italiano determina que toda disposición con la cual el heredero o legatario queda gravado, mediante cualquier expresión, de conservar y restituir a una tercera persona, es sustitución fideicomisaria, y añade que tal sustitución está prohibida. Como había ocurrido en Francia, y por las mismas razones (55), doctrina y jurisprudencia intentan suavizar el rigor del sistema (56). En lo que al

civil francés. TOULLIER contesta que el fideicomiso de residuo era una sustitución fideicomisaria en el antiguo Derecho, pero que no lo es «en el sentido que nosotros damos a este término». Dice, asimismo, que el fideicomiso de residuo sometido a la regulación de la Novela 108 es una sustitución fideicomisaria aun teniendo en cuenta el nuevo concepto restringido de la misma, porque existe obligación de conservar la cuarta parte.

(55) Aumentadas por el hecho de que no se reconocen excepciones para las a las de los artículos 1.048 y 1.049 del Código civil francés. En cambio, es menor la sanción establecida contra las disposiciones que intentan establecer sustituciones fideicomisarias, pues no se anula la institución de heredero ni la de legatario (art. 900), ni daña a la validez de la donación (art. 1.073).

(56) Comienza entonces una intensa floración de disposiciones encaminadas a suplir en lo posible la prohibición de las sustituciones fideicomisarias o a eludir el artículo 899 citado, cuya aplicación producía gravísimos daños. (DEGNI, *Lezioni di Diritto civile*, t. II, v. 2.º, 2.ª ed., Padua, 1936, pág. 132). Se utilizan el usufructo sucesivo (art. 901 del Código civil italiano de 1865), las disposiciones en favor de personas no concebidas (art. 764, 2), disposiciones condicionales, como por ejemplo, las cláusulas *si sine liberis decesserit* y *si heres non nupserit*, el legado *quum heres morietur*, y, finalmente, el fideicomiso de residuo, cuya validez se afirma por las razones indicadas en el texto a continuación.

Aunque con alternativas, doctrina y jurisprudencia terminaron aceptando con toda la amplitud posible la validez de estas cláusulas, porque estimaban que la prohibición absoluta de las sustituciones fideicomisarias contradecía la conciencia nacional. (D'AVANZO, *Delle successioni*, t. II, Florencia, 1941, pág. 747; EULA, *Delle sostituzioni*, en el *Commentario* de D'AMELIO-FINZI, *Libro delle successioni e donazioni*, Florencia, 1941, pág. 605, n. 3; AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARATI, *Successioni a causa di morte e donazioni*, Padua, 1948, 2.ª ed., pág. 406; CO-SATTINI, *Sostituzione fedecommissaria* (voz), en *Nuovo Digesto Italiano*, t. XII, parte 1.ª, pág. 643), y su proceder se alaba, porque trataban de mantener firme la constitución económica de la familia (RCR). Insistentemente se pide la reforma de la legislación. (GUIDI, op. cit., págs. 570-571), y se propone como modelo a seguir la admisión de las excepciones consignadas en los artículos 1.048 y 1.049 del Código civil francés. (GABBA, *Concetto della sostituzione fedecommissaria*, en *Nuove questione di Diritto civile*, t. I. Turin, 1905, págs. 322-323.)

El nuevo Código civil italiano admite limitadamente las sustituciones fideicomisarias, y sigue el modelo francés, pero con importantes variaciones. Dentro de la órbita de influencia del Código de Napoleón se mantiene asimismo el Proyecto español de 1851, que acepta uno de los supuestos de sustitución previstos en aquél (cf. supra, n. 11).

La finalidad del legislador al admitir ciertos tipos de sustitución fideicomisaria era crear un instrumento que sirviera para la adecuada protección de la economía familiar y que, sin embargo, careciera de sentido político. Se trataba de proteger a nietos o sobrinos del disponente de los hábitos de disipación de sus progenitores (BOUZAR, op. cit., págs. 26-27), o bien cuando el hijo mismo (llamado como fiduciario) hubiera tenido ya reveses de fortuna o «por su estado se halle expuesto a ellos» (GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 87). En los trabajos preparatorios de los Códigos civiles francés e italiano de 1942 se quiso lograr la protección de los nietos del testador sin tener que recurrir a la sustitución fideicomisaria, y para ello se pensó en la desheredación oficiosa del antiguo Derecho francés que consistía en disponer a favor del hijo el usufructo

fideicomiso de residuo se refiere, se ha sostenido alguna vez que debiera considerársele prohibido, porque el fiduciario, de acuerdo con la legislación justinianea, estaba obligado a conservar la cuarta

de la porción legítima y a favor de los nietos la nuda propiedad de la misma, pero este intento fué abandonado porque abría una brecha en el principio de la intangibilidad de la reserva, y porque se estimó que los nietos tendrían poco interés por la nuda propiedad y era de temer que se deshicieran de ella a bajo precio, con lo que se ocasionaría un mal mayor que el que se trataba de evitar (BOUZAT, op. cit., págs. 27-28; art. 93, párr. 2.º del Proyecto preliminar, y RCR). Para evitar que aun esta sustitución fideicomisaria restringida se utilizase con finalidad política, se establece que con la misma se tiene que proteger a todos los hijos, nacidos o por nacer, del llamado como fiduciario, y por partes iguales (C. c. francés, art. 1.050; Proyecto de 1851, art. 638 i. f.; C. c. italiano vigente, art. 692). Esto se hace no tanto por razones de equidad (que señala BIGOT DE PRÉAMENEU, cf. *Code civil des français*, t. IV, París, 1804, ed. Didot, pág. 265), como para evitar la acumulación de riqueza en una sola mano, como indica BOUZAT (op. cit., págs. 31-32), autor que afirma que para conseguir este fin se derogó, en cuanto a las sustituciones fideicomisarias permitidas, la norma (art. 725 C. c. francés) que declara incapaces de suceder a los no concebidos (v., asimismo, GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 83). En los trabajos preparatorios del C. c. italiano se dijo que de esta manera se evitaría «una odiosa disparidad económica» (RCR) y, sobre todo, la reprimenda del mayorazgo (RCP). El vigente C. c. italiano no dice expresamente que todos los hijos del llamado como fiduciario tienen que suceder por partes iguales; pero, dados los precedentes y la *ratio* del precepto, esto no se duda (GANGI, *La successione testamentaria*, t. I, Milán, 1947, págs. 95 y 117; BRUNELLI y ZAPULLI, *Il libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Milán, 1951, pág. 396).

La diferencia esencial entre el vigente sistema italiano y el francés la constituye la admisión por el primero del llamado fideicomiso de beneficencia, en virtud del cual se permite sustituir al hijo o hermano del testador, llamado como fiduciario, un ente público. La particular relevancia social de este tipo de sustitución fideicomisaria ha conducido a que no se aceptase la propuesta de que no fuese permitido sino cuando el primer llamado careciese de hijos (RCR; GANGI, op. cit., págs. 95 y 118-119, se manifiesta en contra).

Se ha dicho que permitir este tipo de sustitución supone un considerable avance en la regulación de las sustituciones fideicomisarias (PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria nel vigente Diritto italiano*, Milán, 1952, pág. 6), pues está dirigida a secundar el espíritu de beneficencia y de sociabilidad, por razón de los fines superiores a la persona humana que representan los entes públicos (EULA, op. cit., pág. 610). Tanta importancia se concedió a este tipo de sustitución fideicomisaria, que se propuso que en el supuesto de que el ente designado por el testador no existiera ya en el momento de la apertura de la sustitución subentrara en su lugar otro ente público, lo que no fué aceptado (RCP; CICU, *Usserazioni sul terzo libro del Codice civile*, Milán, 1936, pág. 7; ed. sep.). El ente ha de ser público, pero no sólo de beneficencia o cultura, como alguna vez se propuso, sino que puede cumplir cualquier finalidad (RCP; RR), y el término «ente» se debe admitir en toda su latitud, y no solamente en el sentido de persona jurídica pública (MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., v. III, parte 2.ª, Milán, 1952, pág. 127).

En los trabajos preparatorios del vigente Código civil italiano, se propuso, sin éxito, que el testador pudiera nombrar fiduciario al cónyuge superviviente, llamando como fideicomisarios a todos los hijos del matrimonio. Se rechazó esta proposición debido a descarnadas razones de política demográfica fascista, porque se estimó que «no se puede prohibir al cónyuge superviviente contraer nuevas nupcias y tener hijos» (RCP). Como dice BRUNELLI, *L'ammisibilità della sostituzione fedecommissaria nell'ambito familiare*, «Rivista italiana di Diritto matrimoniale», 1942, pág. 211, consintiendo dicha sustitución el cónyuge superviviente

parte de la herencia fideicomitada (57), pero esta opinión no prosperó—como había ocurrido ya en la doctrina francesa—y, por el contrario, la validez del llamado fideicomiso de residuo se afirma diciendo que el citado artículo 899 define la sustitución fideicomisaria (58), lo que resulta fácil dado el texto del mismo (59), y que es nota esencial de ella la obligación de conservar (60). Como en el fideicomiso de residuo dicha obligación no existe (61), no constituye un supuesto de sustitución fideicomisaria (única prohibida) y es válido. Asimismo se afirma, siguiendo el ejemplo de la doctrina francesa, que el legislador ha querido prohibir las sustituciones fideicomisarias, pero no los fideicomisos, como lo es el llamado «de residuo» (62). De esta manera se creó con referencia al Derecho italiano la opinión de que es elemento esencial de la sustitución fideicomisaria la existencia de la obligación de conservar (63), quedando a consecuencia de ello el fideicomiso de residuo fuera de di-

habría evitado un nuevo matrimonio, o por lo menos el nacimiento de hijos en el mismo, para no exponerlos a que se encontraran, una vez él muerto, sin su haber hereditario. Prohibiéndola, por el contrario, se facilita la constitución de una nueva familia por parte del cónyuge que ha quedado viudo.

(57) Esta afirmación la sostiene GUIDI, op. cit., págs. 528-531. Su argumentación se basa en que el artículo 48 de las Disposiciones transitorias para la aplicación del Código civil italiano de 1865 decía que en las materias que constituían el objeto del Código dejarían de tener valor todas las leyes anteriores a las que no hiciera el mismo referencia expresa. Como el fideicomiso de residuo no se hallaba regulado, piensa este autor que no es materia que forme objeto del Código civil, y por tanto, que estaba vigente en este punto la legislación romana (Novela 108), y como consecuencia que el fiduciario tiene obligación de conservar, razón por la que se aplica el artículo 899 del Código.

Ya antes se había señalado SOMMARIVA (op. cit., págs. 90-100) la improcedencia de esta solución.

Como se observará, el problema es paralelo al que suscitó la interpretación del artículo 1.976 de nuestro Código civil. Sobre el mismo, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, 3.ª ed. Madrid, 1955, págs. 304-305.

(58) PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile italiano commentato*, t. VII, 4.ª edición (VENZI), Florencia, 1906, pág. 383, e *Istituzioni di Diritto civile italiano*, t. IV, 2.ª ed., Florencia, 1872, pág. 234; RICCI, *Derecho civil teórico y práctico*, t. VIII, trad. esp., Madrid, s. f., pág. 667; DE FILIPPIS, *Corso completo di Diritto civile italiano comparato*, v. XI, Milán, 1907, pág. 404.

(59) Aunque caben otras interpretaciones, bien pudiera ser que el artículo 899 Código civil italiano de 1865 hubiese intentado elevar a criterio legal el propugnado por la doctrina y jurisprudencia francesas para el art. 896 del Código de Napoleón.

(60) PACIFICI-MAZZONI, *Codice*, cit. págs. 397, 398 y 418, *Istituzioni*, cit., págs. 238; DE FILIPPIS, op. cit., pág. 409.

(61) PACIFICI-MAZZONI, *Codice*, cit., págs. 422 ss., *Istituzioni*, cit., pág. 238; DE FILIPPIS, op. cit., pág. 410. De esta opinión se separa RICCI, op. cit., págs. 682-683, que afirma que en el fideicomiso de residuo existe obligación de conservar, porque ésta está implícita en la de restituir. Lo que a su juicio ocurre es que está establecida condicionalmente: si el fiduciario no enajena tiene que conservar. La teoría no es aceptable, porque no puede hablarse en este supuesto de obligación de conservar, sino de conservación de hecho, hecho que depende de que no se haya dispuesto y no de obligación alguna.

(62) PACIFICI-MAZZONI, *Codice*, cit., pág. 383 y allí n. 1.

(63) Así lo estima la doctrina italiana moderna; cf. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3.ª ed., Milán, 1947, pág. 443, y PIRAS, op. cit., pág. 53.

cha figura jurídica y carente de regulación directamente aplicable (64).

D) *Influencia sobre la doctrina y la jurisprudencia españolas.* — No es extraño que estas opiniones hayan sido acogidas por la doctrina y jurisprudencia patrias, pues fueron formadas en torno a los Códigos civiles que se consideran como modelos del español, y no falta en éste base para mantenerlas. Se ha dicho que la definición de la sustitución fideicomisaria en el artículo 781 de nuestro Código civil no anda muy lejos de las de los Códigos civiles francés e italiano (65) y que el fideicomiso de residuo no se encuentra regulado en el Código (supra, I, 1, A). Por otra parte, es de señalar que actualmente se van acortando las diferencias entre fideicomiso de residuo y sustitución fideicomisaria, y que a la opinión tradicional que estimaba que eran dos instituciones diferentes, si bien presentaban analogías entre sí (66), suceden otras que señalan que el fideicomiso de residuo constituye una modalidad fideicomisaria (67), o bien que se trata en ambos casos de una institución única (68); pero o por haberse planteado el problema de manera incidental no se han proporcionado los argumentos necesarios para probar tal aserto (69), o se funda en la razón que no parece aceptable de que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria porque entraña obligación de conservar (70).

Se han expuesto ya los motivos que originaron la ruptura de la sustitución fideicomisaria tradicional desgajando de ella la figura del fideicomiso de residuo (70 bis). Surge ahora el problema de si nuestro Código civil ha seguido la misma línea, como generalmente se cree, o bien si, por el contrario, acoge una solución original.

2. *La posición del Código civil español.*—Alejada de las que se supone que constituyen sus modelos, la solución del legislador de nuestro Código civil aparece como un remanso de buen sentido al aceptar la continuación de la línea tradicional.

A) *El fideicomiso de residuo antes de la formación del Código civil.*—En esta época se pueden distinguir las siguientes tendencias en orden a la configuración y regulación del mismo: a) En el Derecho común de España la sustitución fideicomisaria utilizada preponderantemente era la creada por el Derecho real con el nombre

(64) Sobre la posición del vigente Código civil italiano sobre el llamado fideicomiso de residuo, cf. *infra*, n. 127.

(65) DE DIEGO, *Naturalista*, cit. pág. 60.

(66) Como ejemplo, cf. DE BUEN, op. cit., pág. 316; DE DIEGO, *Naturalista*, citada, pág. 27.

(67) LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 241.

(68) Así GONZÁLEZ PALOMINO, cf. *supra*, n. 8; ROCA SASTRE, cf. *supra* n. 9.

(69) Tal es el caso de GONZÁLEZ PALOMINO.

(70) Así ROCA SASTRE; cf. *supra* I, 2, B, b, la crítica de su posición.

(70 bis) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 913, los había señalado diciendo que a la doctrina italiana se le presentaba el dilema de admitir que el fideicomiso de residuo era una sustitución fideicomisaria, y estimar por ello que se hallaba prohibido, o bien sostener su validez separándole de su familia putativa (la sustitución fideicomisaria). También ROCA SASTRE, *Estudios*, cit., pág. 76.

de mayorazgo (71), abandonándose el modelo de fideicomiso romano de las Partidas (72). Sin embargo, a partir de la legislación desvinculadora del pasado siglo, la atención se vuelve hacia el modelo romano, porque el mayorazgo suponía el carácter de perpetuidad, y por ello estaba sujeto a prohibición. Los artículos 1.º y 14 de la Ley de 11 de octubre de 1820, que prohibían mayorazgos y fideicomisos, se interpretaban en el sentido de que solamente quedaban prohibidas las vinculaciones perpetuas (73); por ello la práctica y la doctrina se orientan hacia la sustitución fideicomisaria, derivada del fideicomiso romano, que no podía superar cuatro grados o generaciones (Novela 159), y no se hallaba prohibida por no ser perpetua (74). Con razón se dice que «desde la condena a muerte del mayorazgo se despreza la sustitución» (75) y se indica que ambas figuras son análogas porque «en el fondo el mayorazgo no fué más que una sustitución fideicomisaria desbocada» (76), es decir, con carácter de perpetuidad (77). En lo que al llamado fideicomiso de residuo se refiere, se le encuentra en esta época configurado según el modelo que produce el término de la evolución del Derecho romano: esto es, como nombramiento de heredero con encargo de restituir el sobrante de la herencia (o parte de ella) recibida a un segundo heredero, y sin las limitaciones que a las facultades dispositivas del fiduciario imponía la Novela (108) (78), pues lo decisivo en este punto era la voluntad del testador. Presenta nuestro Derecho idéntica posición que la indicada para el Derecho francés anterior al Código de Napoleón (79), y a la que se produjo en el Derecho italiano (80).

b) Al lado de esta configuración del fideicomiso de residuo en

(71) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 858 ss., 867 ss. y 882.

(72) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 863 ss.

(73) PACHECO, *Comentario a las leyes de desvinculación*, 3.ª ed., Madrid, 1847, págs. 9 y 62.

(74) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 882-887.

(75) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 864, n.

(76) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 866.

(77) «Cuando tratan los autores de diferenciar el mayorazgo de la sustitución irracasan sus esfuerzos». GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 866, n. 35; BONEL Y SÁNCHEZ, *Código civil español*, t. III, Barcelona, 1890, pág. 370, dice que las sustituciones fideicomisarias a las que se refiere el artículo 781 del Código civil no son otra cosa que mayorazgos, salvo el carácter de perpetuidad que estos tienen en vez de las limitaciones consignadas en dicho precepto.

(78) Cf. las Ss. T. S. indicadas supra, n. 10. BORRELL Y SOLER, op. cit., páginas 155-156, las recoge asimismo, señalando que se permite en el Derecho común de España que disponga el fiduciario de la totalidad de los bienes fideicomitidos, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano justinianeo.

(79) Cf. supra I. A. a. Existe, naturalmente, la diferencia de que ambos llamados son herederos, mientras que en el Derecho francés el fideicomisario no puede ser sino un sucesor a título universal, dado el sistema francés sobre la designación de heredero.

(80) En el que también se considera que no existen las limitaciones impuestas por la Novela 108, y que el fideicomisario es heredero en el residuo. Cf. BRUGI, *Fidecommesso*, en *Digesto italiano*, vol. XI, parte 1.ª, pág. 648.

el Derecho común de España (81), existen otras propias de los Derechos forales: a') En el Derecho foral de Navarra la forma típica de sustitución fideicomisaria era precisamente el fideicomiso de residuo tal como ahora lo conocemos, pues la Novísima Recopilación de Navarra (Libro III, tít. 7.º, 1, 6.ª) determinaba que no heredasen los llamados en segundo término sino los bienes que quedasen a la muerte del primer llamado (82), salvo que se hubiera establecido por el disponente la prohibición de disponer, lo que tenía como consecuencia que el fiduciario no pudiera enajenarlos sin justa causa y decreto de la justicia (83). Por ello, en la Memoria sobre el Derecho navarro que se redacta en cumplimiento de lo ordenado en el R. D. de 2 de febrero de 1880 (84), y en la que se sigue el articulado del Proyecto de 1851, señalando las diferencias que el Derecho foral navarro tiene con el mismo, se dice que el artículo 636, párrafo 2.º del citado Proyecto, que prohibía el fideicomiso de residuo, debe ser reformado (85) y se propone tal reforma en el sentido de permitirlo (86). Este sistema de sustituciones fideicomisarias que no contienen, en principio, obligación de conservar, es

(81) No resulta fácil la investigación en la época anterior al Código civil, por lo que al Derecho común de España se refiere, porque la institución del mayorazgo había casi ahogado, como se ha dicho, las formas de sustitución fideicomisaria derivadas del Derecho romano. Dada la escasez de la regulación de las Partidas, se indica que respecto a las sustituciones fideicomisarias «casi no se pueden fijar reglas que tengan su apoyo en la ley». (HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Leciones de Derecho español*, t. II, Madrid, 1838, pág. 50), y las dificultades se acrecientan en lo relativo a la forma de «residuo», cuya peculiaridad se originaba precisamente no en virtud de las disposiciones legales, sino por obra de la voluntad del disponente del mismo, mediante la autorización al fiduciario del poder de disponer de los bienes fideicomitidos. (DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1877, página 121). La decadencia que sufre la doctrina jurídica española y la situación, a veces confusa, de lucha entre el Derecho Real y el romano, añaden obstáculos a la búsqueda. Para los fines del presente estudio basta con señalar la situación en el momento anterior al Código civil, como se ha hecho, y no compensa realizar una investigación más profunda, propia de los historiadores del Derecho.

(82) ELIZONDO, *Novísima Recopilación de las leyes de el Reino de Navarra*, t. II, Pamplona, 1735, pág. 596.

(83) MORALES, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1884, pág. 96.

(84) Es la citada en la nota anterior.

(85) MORALES, op. cit., pág. 96.

(86) MORALES, op. cit., pág. 237. En el articulado que sigue a la Memoria, propone que los artículos 629, 635 y 636 del Proyecto de 1851 quedesen redactados de la siguiente forma: Art. 629: Las sustituciones pueden hacerse en testamento o donación: y comprenden los casos siguientes: ... 3.º Cuando se sustituye al heredero imponiéndole condiciones sucesorias, o haciendo llamamientos a la herencia.

Art. 635: Toda sustitución hecha contra lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 599 [que se refiere al nombramiento de heredero de confianza], o con carácter de perpetuidad es nula, cualquiera que sea la forma con que se la revista. Art. 636: No están comprendidas en la prohibición del artículo anterior: ... 2.º Aquella [disposición] por la que es llamado un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero, que es lo que constituye los llamamientos sin prohibición de enajenar.

asimismo el del Derecho foral de Aragón (87); b') Por el contrario, el Derecho foral de Cataluña continúa apegado a la regulación romana justiniana respecto al fideicomiso de residuo. Aunque hubo dudas sobre si se debía aceptar que el fiduciario no pudiese disponer sino de las tres cuartas partes de la herencia, la opinión común es que así sucedía, y se indica que este criterio era necesario elevarlo a ley para evitar que las dudas se reprodujeran (88).

De las observaciones es necesario hacer sobre la situación del fideicomiso de residuo en el Ordenamiento jurídico español antes del Código civil. La primera, que no existe diferencia entre fideicomiso de residuo y sustitución fideicomisaria por razón de la obligación de conservar; ambas figuras constituyen una especie única que se denomina fideicomiso o sustitución fideicomisaria indistintamente, como entonces era aún costumbre hacerlo. Por otra parte, que existían diferencias entre las diversas regulaciones del fideicomiso o sustitución fideicomisaria de residuo, diferencias que se intentó armonizar cuando se pensaba que el futuro Código civil debía tener valor general. A continuación se examina este proceso.

B) *Los acuerdos de 1882.*—En el mes de noviembre de 1882 la Comisión general de Codificación celebró unas reuniones, con asistencia de los senadores y diputados, en las que sus miembros, entre los que se encontraban los representantes forales (89), consideraron las diferencias que existían entre las diversas legislaciones vigentes en España y procuraron llegar a un acuerdo sobre las mismas que pudiera servir de base para la formación de un Código civil que tuviese carácter general (90).

Una de las cuestiones debatidas fué la de los fideicomisos, y entre otros problemas surgió el de si la sustitución fideicomisaria, tal como había de regularse en el futuro Código civil, debía contener o

(87) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, s. 1., pág. 169, dice que «en Navarra no es del todo desconocido el fideicomiso romano, pero lo usual y corriente es lo que allí se conoce con el nombre de «llamamientos», los cuales se distinguen del fideicomiso del Pueblo-Rey, en que su duración no pasa del primero o del segundo grado y en que no llevan consigo prohibición de enajenar. Otro tanto sucede en Aragón».

(88) DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, pág. 263. Este criterio se acoge en el articulado que sigue a la *Memoria*; el art. CCCX, párr. 1.º dice que «el heredero gravado de restitución debe de hacerla de todos los bienes que haya recibido a título hereditario, a no disponer otra cosa el testador y salva la deducción de que habla el art. CCCXIII» (que se refiere al derecho del fiduciario a detraer la cuarta trebeliánica). El art. CCCXI determina que cuando el testador ordene que la restitución se haga de lo que quede a la muerte del fiduciario, éste únicamente puede disponer de los bienes por actos entre vivos y sin exceder de las tres cuartas partes del valor de la herencia.

(89) Los nombrados por R. D. de 2 de febrero de 1880. Eran Durán y Bas (Cataluña), Morales (Navarra), Franco y López (Aragón), Ripoll (Mallorca), Lecanda (Vizcaya) y López Lago (Galicia).

(90) Esta fué la constante aspiración de ALONSO MARTÍNEZ (que presidió dichas reuniones), como señala CASTÁN, *Prólogo* a la obra *El Código*, cit., de dicho autor, pág. XV.

no para el fiduciario prohibición de disponer de los bienes fideicomitidos. Navarros y aragoneses deseaban que se aceptase el criterio, normal entre ellos, de que el fiduciario pudiera disponer o consumir, no teniendo derecho el fideicomisario sino a los bienes que quedasen a la muerte del primer llamado (91), salvo que el testador hubiera determinado otra cosa. A ello se oponía el representante catalán, que deseaba que se acogiese el sistema imperante en el Derecho de Cataluña, en el que el fiduciario estaba obligado a conservar la totalidad de los bienes fideicomitidos, y aún en el supuesto de fideicomiso del residuo, debía conservar para restituir la cuarta parte de los mismos. Ante tan encontradas opiniones se hacía necesario encontrar un criterio de transacción que permitiese formular una norma que pudiera tener carácter general. Por fortuna, hubo en aquellas discusiones un amplio espíritu de concordia y deseo de conciliación (92), y en este ambiente de tolerancia llegar a un acuerdo no fué difícil. El camino seguido para ello fué (93) examinar los fundamentos de ambas posiciones. Por una parte se señala que la tradición jurídica (el Derecho romano justiniano) estaba del lado del representante catalán, y que también la «filosofía del fideicomiso» abonaba su opinión, pues el sistema romano salva la aparente contradicción que existe en el fideicomiso de residuo, ya que no permite pensar que el disponente quiere beneficiar al fideicomisario y al mismo tiempo niega tal posibilidad, permitiendo disponer al llamado como fiduciario incluso de todos los bienes fideicomitidos. Pero también existían razones para no acoger el criterio del Derecho foral catalán, pues—se dice—si se acepta se encontrarían en el futuro Código civil dos instituciones iguales, ya que la sustitución fideicomisaria configurada conforme al mismo vendría a identificarse con la disposición en virtud de la cual el testador deja a una persona el usufructo de la herencia y a otra la nuda propiedad. Todas estas razones no son, ciertamente, de mucho valor, pues el criterio romano justiniano sobre los poderes de disposición del fiduciario de residuo se hallaba totalmente superado en el momento en que la cuestión se plantea, y menos interés presentan todavía los demás argumentos utilizados, porque la pretendida contradicción interna del fideicomiso de residuo no existe; el testador sólo quiere favorecer al llamado como fideicomisario si el fiduciario no ha estimado necesario disponer de los bienes (en el supuesto de que se haya dejado a su criterio el ejercicio del poder de disposición), y solamente en la medida en que no hubiese dispuesto; por último, la supuesta identidad entre la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar y la disposición separada del usufructo y

(91) ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 171.

(92) CÍ. MORALES, *op. cit.*, Prólogo, pág. VI; DURÁN Y BAS, *op. cit.*, págs. 9-10; FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria*, Zaragoza, 1886, págs. 6-7.

(93) ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 171-173. Para la exposición que se hace en el texto se sigue muy de cerca esta obra; las frases entrecorridas en el mismo pertenecen a ella.

la nuda propiedad no puede aceptarse, porque las situaciones del fiduciario (propietario) y del usufructuario no son, naturalmente, iguales (93 bis).

Así las cosas, se piensa y esto resultó decisivo: «Por ventura, ¿no puede suceder que un testador desee dejar sus bienes a una persona querida, no en usufructo, sino en pleno dominio, llamando a otra en segundo lugar para que recoja aquellos de que el primer llamado no haya dispuesto por actos *inter vivos*?» (94). «El fideicomiso en su origen no fué más que una cuestión de confianza» (no tenía otra sanción que la de no faltar a la *fides*), y el testador puede tenerla en que el fiduciario, por su rectitud, afecto al fideicomisario, o por otras causas, no procederá a enajenar los bienes si no le obligan a ello «motivos imperiosos, accidentes fortuitos o sucesos de verdadera fuerza mayor. Basta con que entienda que el fiduciario ha de manejar el caudal con moderación y prudencia, sin espíritu codicioso y sin ánimo hostil al llamado para sucederle». Finalmente se apela «a los principios eternos de la Justicia y del Derecho», con la consecuencia de señalar que «la libertad individual en los actos de la vida civil no debe tener más que dos límites: el derecho de los demás y las funciones esenciales del Estado. Ahora bien, ¿en nombre de qué interés social se puede prohibir a un ciudadano que teste en la manera que es usual en Aragón y Navarra? En virtud de estas consideraciones se llegó al acuerdo de que el futuro Código civil «en punto a la facultad de enajenar los bienes del fideicomiso, debería respetar la voluntad del testador. En el silencio de éste, la presunción de Derecho es que ha querido conservarlos íntegros para el fideicomisario». «Así quedó fallado el litigio entre el fideicomiso *foral* y el *romano*.»

(93 bis) Como se sabe, la jurisprudencia patria comenzó equiparando las posiciones del fiduciario y del usufructuario, pero pronto estableció las diferencias, si bien señalando, con acierto, que son aplicables por analogía al supuesto de la sustitución fideicomisaria muchas de las disposiciones dictadas para el usufructo. En esta línea es de citar la STS 20 octubre de 1954, que señala que «sin dejar de reconocer la analogía existente entre la situación del heredero fiduciario y del usufructuario, en cuanto uno y otro están imposibilitados para enajenar válidamente los bienes que disfrutan, se diferencian sustancialmente ambos conceptos en que en la sustitución fideicomisaria las transmisiones acordadas por el disponente recaen sobre el mismo objeto con efecto sucesivo, es decir, se llama a una misma cosa al fiduciario y al fideicomisario, de tal modo que si por cualquier causa no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habrían de corresponder al sustituto, lo cual no ocurre con el usufructuario, porque el usufructo y la nuda propiedad son cosas diferentes y se producen simultáneamente, adquiriendo el nudo propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario al que no puede corresponder el dominio aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario».

(94) En la segunda parte de este estudio se abordará el problema, expuesto con acierto por ROCA SASTRE (cf. supra I, 1 B, b), de si puede permitir el testador al fiduciario disponer por actos *mortis causa* sin que a consecuencia de ello deje de existir sustitución fideicomisaria de residuo. La opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas es afirmativa, pero exige que el testador otorgue expresamente esta facultad

Dicho acuerdo significa la superación de los sistemas extranjeros entonces vigentes, al continuar la línea tradicional de considerar el fideicomiso de residuo como una sustitución fideicomisaria de residuo, que constituye tan sólo una de las posibles formas de dicha institución puede adoptar (95).

C) *El artículo 783, párrafo 2.º del Código civil.*—Es necesario demostrar cómo esta solución ha llegado a ser acogida en nuestro Código civil. El proceso fué el siguiente: En las discusiones de la Comisión General de Codificación, en el tiempo en que fueron tratados los problemas relativos a las sustituciones fideicomisarias, se utilizaba el sistema de redactar unas Bases que contenían los acuerdos adoptados (96). La Base que hace referencia al problema objeto de examen dice así: «Para que el fiduciario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvo las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador» (97). En virtud de lo dispuesto en la Base 15 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que determinaba que «el tratado de las sucesiones [del futuro Código civil] se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de Codificación, reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adopto en las reuniones celebradas en noviembre de 1882»..., el acuerdo de referencia pasó a formar parte de nuestro Código civil. El artículo 783, párrafo 2.º del mismo, lo copia con leves modificaciones, por lo que su identificación no suscita problema alguno (98).

(95) El fideicomiso romano, y lo mismo la sustitución fideicomisaria no plenamente evolucionada, podía ser de todo o parte de la herencia, del residuo de la misma y de cosa determinada o parte de la herencia sin consideración de cuota. El fideicomiso de residuo constituía antes de la Codificación una sustitución fideicomisaria universal o de herencia, igual que si se hubiese ordenado o pedido restituir el todo o una parte alicuota de la misma. Por el contrario, en el Derecho moderno, y así en el sistema de nuestro Código civil, la sustitución fideicomisaria de residuo puede ser de herencia, de legado y de donación.

(96) Este proceder fué implantado por Alonso Martínez al ser presidente de la misma; antes, según el plan de Alvarez Bugallal, se preparaba la formación del futuro Código civil proponiendo y discutiendo cada uno de los artículos que habían de constituirlo. Alonso Martínez decidió que los acuerdos fuesen recogidos en unas Bases, quedando encargada una subcomisión de redactar el articulado del Código de acuerdo con las mismas, «con lo cual el examen comparativo de las diversas legislaciones podía hacerse con más amplitud y provecho a la par que se abreviaban los trabajos, como dice MORALES, op. cit., Prólogo, pág. V.

(97) Cf. ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., pág. 175. Es de hacer notar que en la transcripción de la citada Base en dicha obra se dice «fideicomisario» en vez de «fiduciario»; lo mismo ocurre en la ed. de 1884, pág. 215. La referida errata no puede suscitar duda alguna.

(98) Los foralistas, una vez que la cuestión foral adquiere de nuevo virulencia, no aceptan los acuerdos de 1882 que habían sido recogidos en el C. c. Así FRANCO Y LÓPEZ, *Adiciones a la Memoria*, Zaragoza, 1893, págs. 51-52, vuelve al sistema aragonés de facultar al fiduciario para disponer *inter vivos* de la herencia fideicomitada, salvo que el testador hubiera dispuesto expresamente otra cosa. En el articulado del Anteproyecto que compuso (art. 86) sostiene e

Queda con ello demostrado que el criterio del Código civil español es regular el llamado fideicomiso de residuo como un tipo de sustitución fideicomisaria.

D) *El problema de la cuarta trebeliánica.*—La doctrina estima que el artículo 783, párrafo 2.º del Código civil, resuelve, en sentido negativo, la cuestión de si el heredero fiduciario tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica (99). No cabe duda de que la frase final de este precepto hace referencia a la sustitución fideicomisaria de residuo; no obstante, la doctrina citada tiene razón, pues ambos problemas reciben solución a través de una fórmula única.

Como es sabido, la cuarta trebeliánica se instituyó en el Derecho romano con objeto de estimular al *heres fiduciarius* a aceptar la herencia y lograr así la eficacia del fideicomiso (100). En los Derechos nacionales, al independizarse la validez del testamento del nombramiento y aceptación del heredero, se dispuso que lo dejado como legado o como fideicomiso tuviera plena validez y eficacia, aunque el heredero instituido no aceptase la herencia. Ello ocurre en el Derecho Real de España a partir del Ordenamiento de Alcalá (101), que dispuso que lo dejado como fideicomiso o como legado se cumpliera aunque el heredero no hubiera querido aceptar la herencia, y la misma evolución se produce en el Derecho francés anterior al Código civil (102) y en el Derecho estatutario italiano (103). Ahora bien, si el fideicomiso era válido, a pesar de la falta de aceptación del heredero fiduciario con el gravado, y el fideicomisario podía adquirir los bienes directamente del testador y sin necesidad de entrega por parte de aquél, ¿por qué hacer participe al fiduciario de la herencia fideicomitada? Se comienza así

mismo criterio (op. cit., pág. 144). Cfr., asimismo, el art. 31, núm. 4.º del Apéndice foral de Aragón.

(99) Cfr. supra, I, 2 B, a).

(100) IGLESIAS, *Derecho romano*, v. II, Barcelona, 1953, 2.ª ed., págs. 387 y siguientes.

(101) O. A., tit. XIX, única. Este precepto viene a variar fundamentalmente el sistema de las Partidas. Dice así: «Et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad heredat, o manda, o mandare que la den, o que la haya otro, e aquel primer a quien fuese dejada non la quisiere, mandamos que el otro ó otros que la pueden tomar e aver». En el Ordenamiento de Montalvo (5. 2. 11): «Y si alguno dexare á otro en su postrimera voluntad por heredero, o le dejare ó le mandare alguna cosa para que la dé a otro a quien sostituye en la herencia o manda: si el tal heredero o legatario no quisiese aceptar o renunciase la herencia o legado: el sustituto o sustitutos lo puedan haber todo». Este precepto fué sustancialmente reproducido en Nueva Recopilación, 5. IV. 1, y Novísima, X, XVIII. 1. En la doctrina: GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a Partidas*, 6. V. 14; A. GÓMEZ, *Variae Resolutiones*, ed. Madrid, 1870, I. 5. 8, pág. 113; TORRES VELASCO, *Institutiones Hispaniae practico-theorico commentatae*, Madrid, 1735, pág. 330, n.; GARCÍA GÓYENA, *Reglas del Derecho romano*, Madrid, 1841, pág. 86.

(102) POTHIER, op. cit., págs. 504-505.

(103) BESTA, *Le successioni nella storia del Diritto italiano*, Padua, 1935, página 161.

a pensar que la detracción de la cuarta trebeliánica carece de razón de ser.

En la doctrina española, cuando la legislación desvinculadora acabó con el mayorazgo y se vuelven los ojos hacia las sustituciones fideicomisarias que se estimaban permitidas (104), se discutió ampliamente el problema de la detracción de la cuarta trebeliánica. En favor de la posibilidad de la detracción se argumentaba que sería una burla y carecería de sentido el título de heredero en quien nada recibe de la herencia, pues se trataría entonces de un título vacío; que no se derogan las leyes por haber desaparecido el motivo de su promulgación, y, finalmente, que la letra de la ley no permite negar el derecho a la detracción, pues dice que si el fiduciario no acepta los sustitutos «lo puedan haber todo» (105), lo cual—interpretado a *contrario sensu*—indica que en el supuesto de aceptación tiene el fiduciario derecho a detraer la cuarta trebeliánica, pues en este caso ya no tienen derecho los fideicomisarios a la totalidad de los bienes del fideicomiso (106). En contra se indica que, no siendo la aceptación precisa para la validez del fideicomiso, el heredero que acepta no realiza un acto necesario y por ello no merece recompensa, y se añade que el fiduciario, una vez restituida la herencia al fideicomisario, queda exento de responsabilidad frente a los acreedores del causante y resulta natural que si no está sujeto a dicha carga no reciba tampoco participación en el activo hereditario (107).

La discusión sobre este problema se mantuvo viva hasta el momento de la formación de nuestro Código civil, y se planteó y fue objeto de examen en las reuniones de la Comisión general de Codificación celebradas en el mes de noviembre de 1882. En el curso de las mismas, los representantes de Aragón y de Navarra se opusieron a que la facultad de detraer la cuarta trebeliánica fuese admitida en la regulación típica de la sustitución fideicomisaria en el futuro Código civil, porque no concedían este derecho al fiduciario

(104) Véase GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 864 en n.

(105) Cf., supra n. 101, el final del texto de la ley citada.

(106) ELÍAS, *Derecho civil general y foral de España*, t. III, Barcelona, 1877, pág. 538; DEL VISO, op. cit., 5.ª ed., t. II, Valencia, 1885, págs. 356-357; MARICHALAR y MANRIQUE, *Recitaciones del Derecho civil de España*, t. III, Madrid, 1916, págs. 510-511; LÓPEZ R. GÓMEZ, *Tratado teórico-legal del Derecho de sucesión*, t. I, Valladolid, 1896, pág. 472; BARRERA, *Noiones de Derecho civil, mercantil y penal*, Valladolid, 1881, págs. 335, 337 y 341; FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, pág. 512; ESCRICHE, *Elementos del Derecho patrio*, 2.ª ed., Madrid, 1840, pág. 108; ALCALDE PRIETO, *Curso teórico-práctico del Derecho civil español común y foral*, Valladolid, 1880, pág. 151; ALVAREZ, *Instituciones de Derecho Real de España*, t. I, Madrid, 1829, págs. 278-279; MORCILLO, *Novísima ilustración del Derecho español*, Madrid, 1848, págs. 324-329.

(107) MONTALVÁN, *Examen histórico-filosófico de la legislación española*, t. III, Madrid, 1845-1846, pág. 480; ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., pág. 175; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALVÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, Madrid, 1877, pág. 53.

ni la legislación de Navarra (108) ni la de Aragón (109). En Cataluña se reconocía (110), y por ello un vocal de la Comisión solicitó que fuese mantenido este sistema en el futuro Código civil, con objeto de poder llegar sin dificultad a un acuerdo con el representante catalán; pero éste no hizo hincapié en su mantenimiento, y sometido a votación el problema se acordó, por escasa mayoría, que no se debía conceder al fiduciario facultad de detraer parte alguna de la herencia, salvo que el testador le hubiera autorizado para ello (111). Este acuerdo se redactó, en unión del relativo a la sustitución fideicomisaria de residuo, en la base que se ha transcrito en el texto (*supra*, C) (112), y ésta es la razón por la que el artículo 783, párrafo segundo de nuestro Código civil se refiere a ambos problemas. El fundamento del indicado proceder es claro: se parte del principio de que el fiduciario está obligado a conservar íntegramente el todo o parte de la herencia que le fué fideicomitada, y como excepción se indica que el testador puede autorizarle «a distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir». En virtud de esta norma, puede el disponente autorizar al fiduciario para detraer una parte determinada de los mismos (supuesto que atiende a suplir el derecho a detraer la cuarta trebeliánica) (113) o autorizarle para disponer o consumir una parte indeterminada (lo que abre paso al supuesto de sustitución fideicomisaria de residuo) (114).

Se realiza de la manera expuesta una afortunada solución de los problemas planteados. Navarros y aragoneses transigen en que la

(108) LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 242.

(109) GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1.ª ed., t. VII, Madrid, 1874, 5, pág. 343, dice que en Aragón es desconocida la cuarta trebeliánica, y cita las opiniones de MOLINO, PORTOLÉS y DIESTE. La razón es que no son necesarias la institución de heredero ni la adición de la herencia para la validez del testamento (cf., sin embargo, MOLINO, allí citado).

(110) Cf. *supra* n. 88, el artículo CCCXIII de los que siguen a la *Memo-ria* redactada por DURÁN y BAS.

(111) ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., pág. 175.

(112) ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., loc. cit.

(113) En la actualidad, y con referencia a nuestro Código civil, no puede hablarse sino por comodidad de expresión de la cuarta trebeliánica. Este derecho no está configurado legalmente, sino en virtud de cada concreto negocio jurídico, y por ello la regulación del mismo depende de la voluntad privada que puede establecerse en variadas formas y concederlo en cualquier supuesto de sustitución fideicomisaria, a diferencia de lo que ocurría en la regulación tradicional.

(114) Las facultades del fiduciario dependen de lo que se haya dispuesto en el negocio jurídico creador de la sustitución fideicomisaria de residuo. De aquí la importancia de las expresiones utilizadas. En los supuestos de la vida real se observan en este punto grandes diferencias: se concede poder al fiduciario para enajenar, para disponer como quiera, como si fuese dueño, en caso de necesidad, para consumir, etc., y al fideicomisario se le otorga el derecho a lo que quede de la herencia, a lo que quede *in natura*, a los bienes no consumidos, etc. Felizmente, la prudencia notarial, al amparo de la que discurre en estas materias la mayor parte de la vida jurídica española, constituye la garantía de la exacta formulación de la voluntad del disponente.

figura típica de la sustitución fideicomisaria en el Código civil contuviera obligación de conservar toda la herencia o parte de herencia fideicomitida (115); por su parte, los catalanes lo hacen permitiendo que se excluya de la regulación legal el derecho a detraer la cuarta trebeliánica (116). Se llega así a un resultado adecuado y prudente que continúa la línea tradicional y completa, dentro de ella, la evolución que lógicamente tenía que producirse respecto a la sustitución fideicomisaria derivada del fideicomiso romano.

III. AMPLITUD DE LA REGULACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. *Consideraciones generales.*—Siendo, como se ha expuesto, el fideicomiso de residuo una forma de sustitución fideicomisaria, como tal se encuentra regulado en nuestro Código civil. La regulación en el mismo de las sustituciones fideicomisarias (y entre ellas de la de residuo) es insuficiente (117), y resulta necesario completarla recurriendo con frecuencia a la analogía. El motivo de que así ocurra es que el Código civil ha seguido demasiado de cerca los acuerdos de la Comisión general de Codificación de noviembre de 1882. En el seno de ésta se trataban solamente las cuestiones acerca de las cuales la divergencia de criterios hacía necesario tener que llegar a un previo acuerdo, pero no se pretendía lograr la regulación completa de las diversas instituciones. En lo que a la sustitución fideicomisaria se refiere, se fijaron tan sólo los princi-

(115) La obligación de conservar derivada de la existencia de la obligación de restituir, es un efecto natural del negocio jurídico en el que la sustitución fideicomisaria se dispone, y por ello no es necesario hacer referencia a la misma.

(116) La voluntad del disponente pasa así a ser el origen de la atribución del derecho a detraer cantidades de los bienes fideicomitidos, mientras que antes era, si declarada «con palabras expresas y no otramente», el origen de la pérdida del derecho a detraer la cuarta trebeliánica. Cf. SABATER, *Notas de Derecho foral catalán. La cuarta trebeliánica*, RGLJ, t. 191 (1952), págs. 33-39. La forma en que se celebró el acuerdo era favorable a los catalanes, los cuales parece que conceden mayor importancia a que exista obligación de conservar en la sustitución fideicomisaria que al derecho a detraer la cuarta trebeliánica. COLL Y RODÉS, *Consideracions i normes generals referents a la successió voluntaria a títol universal* (contin.) RJC, 1912 (XVIII), págs. 358-359, estima que debe conservarse para Cataluña el sistema del Derecho romano justinianeo, lo que supone la conservación de la Novela 108. Por el contrario, el derecho a detraer la cuarta trebeliánica no suele defenderse con mucho interés; se dice que es natural que exista como compensación a la aceptación y para que el fiduciario realice el debido inventario de los bienes fideicomitidos, pero también se indica que la concesión de este derecho merma el patrimonio que precisamente se desea perpetuar, y se señala la necesidad de la revisión de este problema, porque no es sino adjetivo y no afecta a la esencia del fideicomiso, concluyéndose que la supresión de la cuarta trebeliánica significaría una nota de modernismo. Cf. DE CAMPS I ARBOIX, *Modernitat del Dret català*, Barcelona 1953, pag. 224.

(117) Comp. los arts. 781-789 de nuestro C. c. con los del C. c. francés (1.048-1.075) y del vigente C. c. italiano (692-699). Es de hacer notar que, aunque su regulación es incompleta, nuestro C. c. supera en conjunto a estos Códigos en lo relativo a la sustitución fideicomisaria.

pios, aceptados por todos, sobre los que había de descansar la regulación del futuro Código civil; fueron los siguientes (118): «Base A. Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el *segundo grado y siempre* si se hicieren a favor de personas que *vivan* al tiempo del fallecimiento del testador.» (Cf. artículo 781 del Código civil.) «Base B. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recaen sobre las mejoras, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.» (Cf. artículo 782.) «Base C. Los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos.» (Cf. artículo 783, párrafo 1.º) «Base D. Para que el fiduciario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvas las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador.» (Cf. artículo 783, párrafo 2.º) «Base E. Las sustituciones fideicomisarias no hechas con palabras expresas, sea dándoles este nombre, sea imponiendo la obligación de restituir los bienes a un segundo heredero, no serán válidas.» (Cf. artículo 785, principio y párrafo 1.º)

Como se observará, en la regulación de las sustituciones fideicomisarias en nuestro Código civil pocas cosas se han añadido: el artículo 784, que significa un cambio radical de la norma hasta entonces vigente (119), y los artículos 786 y 789. El resto (artículos 785, núms. 2, 3 y 4 y 787 y 788) se refieren a la limitación de las figuras afines a la sustitución fideicomisaria, y no interesan de manera directa en cuanto a la regulación de la misma.

El problema que ahora surge es el siguiente: ¿Cuáles, entre las normas que regulan las sustituciones fideicomisarias, son aplicables en el supuesto de sustitución fideicomisaria de residuo? A la solución del mismo se dedicará la mayor parte del presente estudio.

2. *Interpretación del artículo 785, número 1.* — Como se ha indicado (*supra* I, 2, B, a), este precepto se interpreta considerando que tiene como supuesto de hecho la existencia de la obligación de conservar en la sustitución fideicomisaria. La razón de este modo de pensar consiste en que se supone que este artículo está estrechamente ligado al 781, y que éste define la sustitución fideicomisaria estableciendo como elemento esencial de la misma la existencia de la obligación de conservar. Es natural que si se estima que en la sustitución fideicomisaria se encarga al heredero que conserve y transmita la herencia a un tercero (artículo 781), se llegue a la conclusión de que para establecer válidamente una sustitución

(118) Figuran en las Bases redactadas por Durán y Bas que se transcriben a continuación en el texto. Cf. ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 175-176.

(119) Hasta la publicación del C. c. se entendía que el fideicomisario no tiene derecho a la sucesión si no sobrevive al fiduciario, pues era normal que la restitución se verificase a la muerte de éste, y por eso el llamamiento a favor del segundo heredero estaba sometido a término incierto que tenía (de acuerdo con el Derecho romano) efectos de condición. Se tratará de este problema en la segunda parte de este estudio al determinar la naturaleza jurídica de los llamamientos en la sustitución fideicomisaria.

fideicomisaria o bien se la llama por su nombre o es necesario imponer al fiduciario las obligaciones de conservar y de restituir. Por ello «la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero» (artículo 785, 1.º) se entiende que quiere decir obligación de entregar *todos* los bienes fideicomitidos, y para poder cumplir esta obligación es necesario haberlos conservado en su totalidad, es decir, no haber dispuesto de ellos.

Si se parte del principio de que la sustitución fideicomisaria no requiere en el sistema de nuestro Código civil la existencia de la obligación de conservar, y se ha demostrado que ésta es la posición correcta, la interpretación del precepto es muy diferente. La letra del mismo se refiere sólo a la obligación de restituir, y no se debe forzar la dicción literal, que es clara. Lo que el precepto indicado dice es que el fiduciario está terminantemente obligado a entregar los bienes fideicomitidos; pero, ¿a qué bienes alcanza esta obligación? La respuesta se encuentra en el artículo 783, párrafo segundo, y no en el artículo 781; el fiduciario tiene obligación, en principio, de entregar la totalidad de la herencia o la parte de herencia fideicomitida, sin otras deducciones que las que corresponden por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, permitiéndole detraer una parte de la herencia o bien consumir o disponer indeterminadamente de los bienes fideicomitidos. Existe obligación terminante de entregar los bienes, pero relativa sólo a aquellos que señalan los términos de la ley o el negocio jurídico, y, en el supuesto concreto de sustitución fideicomisaria de residuo, aquellos de los que el fiduciario, en uso de sus facultades, no hubiese dispuesto.

La norma del artículo 785, 1.º del Código civil se aplica tanto a la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar como a la de residuo. Esta consecuencia es lógica, dada su finalidad, pues trata de impedir que las sustituciones fideicomisarias puedan considerarse establecidas cuando no consta en este sentido de manera expresa la voluntad del testador (120); constituye una reacción

(120) Como señala CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. IV, 6.ª ed., Madrid, 1942, pág. 468, «en realidad el requisito [impuesto por el artículo 785, 1.º] del Código es difícil de matizar, pues si se tomase con excesivo rigor formal resultaría absurdo dentro de los principios espiritualistas que el Código civil y en general el Derecho moderno sustentan en orden a la forma de las declaraciones de voluntad». El requisito no tiene que cumplirse utilizando las mismas palabras que emplea el precepto, como ha indicado, con acierto, la doctrina (NÚÑEZ LAGOS, *Comentarios libres*, en IJ, enero 1944, página 3) y la jurisprudencia (cf. STS 25 octubre 1954). En antecedente de este precepto es la Base E de los acuerdos de 1882, que decía que «las sustituciones fideicomisarias no hechas con palabras expresas, sea dándoles este nombre, sea imponiendo la obligación de restituir los bienes a un segundo heredero, no serán válidas»; como se observará el art. 785, 1.º del C. c. dice «manera expresa» y no «palabras expresas», parece que para evitar la posible pero errónea interpretación en el sentido de estimar necesaria la utilización de los mismos términos que indica la ley. En ocasiones se ha manifestado una cierta tendencia a admitir sustituciones fideicomisarias tácitas con el pretexto de que es necesario hacerlo para poder dar cumplimiento a la voluntad

contra la abusiva práctica de las conjeturas (121), que multiplicaba sin motivo el número de las sustituciones fideicomisarias, porque se estimaba que estas eran instituciones favorables (122).

IV. CONFIGURACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

1. *Opiniones acerca de si el fideicomisario sucede a título universal o particular.*—Con referencia al sistema del Código civil español, se ha dicho que el fideicomiso de residuo constituye siempre un legado para el llamado como fideicomisario, aunque el fiduciario hubiese sido instituido heredero, porque el llamado en segundo lugar solamente lo está al eventual residuo; consecuencia de ello es que no existe «continuación de la personalidad del difunto» (sic), ni responde el fideicomisario del total pasivo de la herencia (123).

Análoga opinión se ha mantenido alguna vez bajo el imperio del Código civil italiano de 1865, estimándose que el fideicomiso de residuo constituía un legado o sublegado modal (124), o un legado condicional (125), con objeto de poder sostener la validez del mismo por no constituir sustitución fideicomisaria (126), y se utiliza todavía esta opinión vigente el nuevo Código civil italiano (127).

del testador. Un ejemplo de este proceder se encuentra en DÍAZ COBESA, *Diccionarios*, Madrid, 1919, págs. 181-182, autor que admite, en virtud del citado razonamiento, la existencia de una sustitución fideicomisaria en un caso en que el testador decía «que dejaba heredera de todos sus bienes a su legítima esposa doña M. A. y M., y después del fallecimiento de ésta a la hermana del testador, doña L.», señalando que esta disposición, si no se acepta que constituye una sustitución fideicomisaria, no tiene absolutamente ningún sentido posible y que es incomprensible y contradictoria en sus términos, por lo que la voluntad del testador no podría ser cumplida. La opinión de este autor no puede acogerse, y en el supuesto antedicho se trata meramente de herederos a término.

(121) Sobre las mismas, SERVAT, *Las conjeturas en materia de sustituciones según la doctrina del Cardenal Mantica*, RCDI, XXVII, núms. 282 y 283, páginas 801-830 y 881-896, respectivamente.

(122) Cf. BRUGI, op. cit., pág. 633.

(123) DÍAZ CRUZ, *Los legados*, Madrid, 1951, págs. 493, 495-496.

(124) Tesis de VITALI, op. cit., pág. 88.

(125) Tesis de SOMMARIVA, op. cit., págs. 158-162.

(126) Cf. VITALI, op. cit., págs. 95-116-117, 125, etc.; SOMMARIVA, op. cit., loc. cit.

(127) D'AVANZO, op. cit., pág. 750, n. 4, critica las opiniones de STOLFI (que estima que el fideicomiso de residuo constituye un legado a término o bajo condición) y de BUTERA (que cree que se acerca a una disposición condicional o modal) diciendo que con ella se altera la naturaleza del fideicomiso, de la condición, del modo y del legado.

La norma que prohíbe el fideicomiso de residuo en el Ordenamiento jurídico italiano se halla contenida en el art. 692 *in fine* del Código civil, porque no se permiten las prohibiciones de disponer impuestas al heredero. El artículo 288 del Proyecto preliminar decía que no se admitían las sustituciones fideicomisarias que no estuviesen expresamente dispuestas por el testador y añadía que era, por tanto, nula toda disposición que prohibiera al heredero disponer por testamento de los bienes hereditarios. Es decir, que no se admitían las sustituciones fideicomisarias tácitas (RCR). En el Proyecto definitivo cambia la norma y se señala que es nula toda disposición con la que el testador

En la época anterior a la Codificación, la doctrina clasificaba las sustituciones fideicomisarias en universales y particulares, según que el fideicomisario hubiese sido llamado al todo o a una cuota de la herencia fideicomitada, o a bienes concretos o parte alícuota de la misma sin consideración de cuota (128). La posición romanista no vacilaba en considerar al fideicomiso de residuo como sustitución fideicomisaria universal, porque el fiduciario estaba en principio obligado a restituir la cuarta parte de la herencia fideicomitada, según ordenaba la Novela 108, y el fideicomisario debía por tanto ser considerado como un sucesor a título universal (129). En los Derechos nacionales desde el momento en que se considera que el fiduciario puede disponer incluso de la totalidad de los bienes fi-

prohíbe al heredero disponer por acto entre vivos o de última voluntad de los bienes hereditarios (art. 238, *in fine*), norma que figura en el art. 692 i. f. del C. c. vigente. La RG señala que el artículo 288 del Proyecto preliminar había suscitado dudas. Por ello se verifica el cambio de norma, prescribiéndose explícitamente la nulidad de las prohibiciones de disponer sin ligazón inmediata con las sustituciones fideicomisarias tácitas que son solamente una de las finalidades que pueden conseguirse a través de aquellas. Asimismo indica que no han faltado dudas acerca de la nulidad de las prohibiciones de disponer, pues aunque había general adhesión respecto a las referentes a los actos *inter vivos* parecía excesivo decretar la nulidad de las que afectaban a los actos *mortis causa*, y se observa que de esta manera se viene a prohibir el fideicomiso de residuo, pero no se quiso, a pesar de ello, alterar el criterio rígido del Proyecto preliminar, considerando que el fideicomiso de residuo «responde a sentimientos egoístas no merecedores de tutela».

Como se observará, se parte del supuesto de que el fideicomiso de residuo encierra prohibición de disponer *mortis causa*, opinión que siempre fue y es la dominante en la doctrina italiana (GABBA, op. cit., págs. 332 y ss.; DEgni, op. cit., págs. 136-138; BARASSI, op. cit., págs. 445-446; COSATTINI, *Disposizioni condizionali alternative in frode al divieto della sostituzione fideicommissaria*, «Foro Lombardia», 8 (1933), fascs. 8-9, pág. 642; CICU, *Nota de jurisprudencia en «Rivista di Diritto civile»*, 1942, pág. 344, y también *Il Testamento*, Milán, 1952, pág. 225).

En dicha doctrina se estima por regla general que el fideicomiso de residuo se encuentra prohibido, pero no faltan opiniones discrepantes por estimarse que el fideicomisario puede disponer *mortis causa* si el testador le ha autorizado para ello, o que el fideicomiso de residuo es un legado o sublegado, o bien que la finalidad de la Ley es prohibir el establecimiento de la obligación de conservar y que en el caso del fideicomiso de residuo esta obligación no existe. Finalmente, se sostiene una opinión intermedia que señala que se admite el fideicomiso de residuo en los mismos casos en que se admite la sustitución fideicomisaria, estando en los demás supuestos prohibido.

La jurisprudencia admitió alguna vez, incidentalmente, la validez del fideicomiso de residuo (Ap. Florencia, 24 de marzo de 1942, en *Foro italiano*, 1942, I, col. 919-922), pero se inclina después por la negativa (Cas. 18 de febrero de 1949, número 288, en *Foro italiano*, *Mass.*, 1949, col. 60; Ap. Nápoles, 5 de julio de 1947, en *Foro italiano*, *Rep.*, voz Successione legítima o testamentaria, número 117).

(128) Juan Pedro de MONEDA, *Tractatus de commutationibus ultimarum voluntatum*, Lugduni, 1624, págs. 954-956. Cf., asimismo, IGLESIAS, *Sobre fideicomisos*, cit., págs. 99 y ss.

(129) V. GÓMEZ, op. cit., pág. 119; MARTI DE ETXALÁ, *Tratado elemental de Derecho civil romano y español*, Barcelona, 1838, pág. 330. Naturalmente que en el Derecho romano fuese sucesor a título universal no quiere decir que fuese heredero, dada la aplicación del principio *semel heres, semper heres*.

delcomitados (130), surgió el problema de si el fideicomisario de residuo era llamado a título universal o a título particular. La doctrina se decide por la primera de estas afirmaciones, estimando que el residuo no es una cosa determinada, sino una cuota de la herencia, y que por ello el fideicomisario de residuo es un sucesor a título universal (131).

2. *La cuestión en el Código civil español.*—Nuestro Código civil configura el fideicomiso de residuo como una sustitución fideicomisaria, y en ésta, cuando es universal o de herencia, todos los llamados son herederos (artículo 785, 1.º). La razón de que el fideicomisario de residuo sea en tal supuesto heredero, no debe buscarse a través de la determinación de si el llamamiento en el residuo es o no llamamiento a suceder en una cuota hereditaria, sino que se deriva directamente del concepto de sustitución fideicomisaria que nuestro Código civil acoge. La sustitución fideicomisaria se configura, sobre el modelo de la vulgar, como llamamiento de segundo orden que coloca al nombrado en el mismo en la posición del que fué llamado en virtud de la vocación anterior (cf. artículo 780). Por ello el fideicomisario sucede al testador con el mismo título y en igual situación que el fiduciario. Prueba de lo afirmado es que nuestro Código civil, que regula como modelo las sustituciones en la herencia, determina que todo lo dispuesto para los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios (artículo 789), lo que supone que se puede sustituir en el legado de la misma manera que se sustituye en la herencia, es decir, haciendo un llamamiento posterior de legatario en los supuestos en que el Código civil admite las sustituciones (132).

(130) *Ci. supra* II, 1, A, a).

(131) *Cf. supra* n. 28 y además, del mismo autor y obra, págs. 208, 262 y 276, y tomo XIII (Paris, 1823), págs. 83 y ss.

Es un sucesor a título universal, pero no un heredero, porque en el Derecho francés no se admitía, como se sabe, la institución del mismo en el testamento.

(132) Lo mismo ocurre en la donación. La sustitución fideicomisaria de donación tiene sus antecedentes en el Derecho romano; en el mismo, la aplicación del fideicomiso a las donaciones comenzó por las donaciones *mortis causa* cuando éstas se fueron separando cada vez más de las donaciones *inter vivos* y adquirieron un carácter propio que las acercaba a los actos de última voluntad. El fideicomiso se extendió posteriormente a las donaciones *inter vivos*, a través de la donación modal a favor de tercero (MANNA, *Delle sostituzioni fideicommissarie considerate principalmente nelle donazioni*, Lancia-no, 1887, págs. 27-64). Antes de la época codificadora se consideraba que la carga impuesta al donatario de restituir a un tercero el objeto donado constituía una sustitución fideicomisaria, si bien con una serie de peculiaridades (capacidad, forma, requisitos de la aceptación, etc.), como señala POTAUER, *op. cit.*, t. XII, págs. 210 y ss. El artículo 959 del Proyecto de 1851 preceptuaba que la reversión de las donaciones a favor de tercero estaba sujeta a los mismos límites impuestos para las sustituciones testamentarias, pues, como dice GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., pág. 303, «la reversión es una verdadera sustitución», y por este motivo el artículo 639 del Proyecto determinaba que lo dispuesto para la sustitución fideicomisaria de herencia se aplicase también en los supuestos de legado y de donación. Nuestro C. c. señala

Esta regulación se produce como consecuencia, por una parte, de haberse superado en el Derecho moderno la distinción entre herencia, legado y fideicomiso propia del Derecho romano, lo que produce una división fundamental en herencia y legado, y una forma especial (133) de sucesión sucesiva aplicable a ambos casos: la sustitución fideicomisaria; por otra, por haber evolucionado profundamente el concepto de sustitución. El proceder del legislador del Código civil español constituye la regla general de los Códigos civiles modernos, y en la doctrina se acepta, casi sin excepción (134), que ambos llamados tienen que suceder en virtud de idéntico título (135).

Resulta, por lo expuesto, inadecuado, referirse a la sustitución fideicomisaria de residuo como disposición, cláusula, legado o fideicomiso de residuo (136), pues unas veces no se aclara nada con tal nomenclatura (disposición, cláusula); en otras ocasiones se omite la naturaleza de sustitución que posee (fideicomiso), o, por último, se mezclan instituciones diversas, como ocurre en el supuesto de denominarla legado de residuo, pues éste es diferente no sólo de la sustitución fideicomisaria de residuo, sino también de la sustitución fideicomisaria de legado «de residuo».

V. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO (137)

1. *Las opiniones de la doctrina.*—La cuestión acerca de si el llamado fideicomiso de residuo está sometido a límites temporales

solamente el supuesto de legado (art. 789), porque en la formación del mismo se decidió en un primer momento que no se admitía la sustitución fideicomisaria en la donación, sino sólo la reversión *strictu sensu*, es decir, a favor del donante. Posteriormente se acogió la propuesta de la admisión de reversión en sentido amplio, esto es, de la sustitución fideicomisaria de donación (FRANCO Y LÓPEZ, *Adición*, cit., págs. 41-42), pero entonces se modifica solamente el artículo 641, añadiendo el supuesto de reversión a favor de tercero

La doctrina moderna señala que la reversión a favor de tercero constituye una forma de sustitución fideicomisaria. Así, VALLET DE GOYTISOLO, *La donación amoris causa en el Código civil español*, Madrid, 1950 (ed. sep. de AAMN), págs. 157-159, y *Donación, condición y conversión jurídica material*, ADC, t. V, fasc. IV, págs. 1271-1272; Díez PASTOR, *La donación al no concebido*, Madrid, 1952, (ed. sep. de AAMN), pág. 50, al que sigue NART, *Donación y reversión a personas futuras*, ADC, t. V, fasc. II, págs. 599-600.

(133) Especial, porque no es el único supuesto de sucesión sucesiva.

(134) COSATTI, *Sostituzione*, cit., pág. 641, opina que el heredero fiduciario puede ser sustituido un legatario fideicomisario; BUTERA, *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Turin, 1940, pág. 403, cree posible que después de un fiduciario llamado como legatario suceda un heredero fideicomisario.

(135) FADDA, *Pareri giuridici*, 3.^a ed., Turin, 1928, pág. 23. En general se expresa esta opinión mediante una fórmula no muy adecuada, diciendo que: el fiduciario y fideicomisario deben suceder en los mismos bienes.

(136) Como hace, por ejemplo la STS 13 noviembre 1948.

(137) Por no ser necesario para la finalidad que este estudio persigue no se tratará aquí de la solución que deba recibir el problema del significado de: «termina»

ha recibido en la doctrina jurídica española solución afirmativa; se estima aplicable al mismo el artículo 781 del Código civil, que señala los límites de las sustituciones fideicomisarias y figuras afines (138). Las razones de esta afirmación son muy diversas, y pa-

«grado» que el art. 781 del C. c. utiliza para limitar las sustituciones fideicomisarias a favor de no concebidos. Como se sabe, se ha sostenido que quiere decir: 1.º Llamamiento, lo que supone que se puede nombrar sólo un fideicomisario (pues el llamamiento a favor del fiduciario es ya el primero). 2.º Llamamiento de sustitución, es decir, que solamente se computan los nombramientos de fideicomisarios. Constituye la opinión común y es la mantenida por el Tribunal Supremo a partir de la S. 23 junio 1940. 3.º Llamamiento de sustitución a favor de no concebidos; se tienen en cuenta para el cómputo sólo estos llamamientos, que no pueden pasar de dos, aunque puede contener al mismo tiempo la sustitución un número indefinido de llamamientos a favor de personas vivas. 4.º Generación; se puede hacer un número indeterminado de llamamientos, siempre que sean a favor de personas que no excedan de la segunda generación de parentesco, computado en relación al testador. 5.º Opiniones eclécticas, que adoptan una de las teorías de que «grado» significa llamamiento, cuando se refiere a personas que no están unidas por lazos de parentesco al testador y el significado de generación en el caso contrario (con diversas formulaciones).

La doctrina cree que en la actualidad se ha resuelto definitivamente el problema a favor de la teoría señalada, supra 2.º (Así, DE LA CÁMARA, *Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, RDP, 1958, pág. 637; LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 114), pero esta opinión no puede ser aceptada. Todavía no se ha indicado ningún argumento que tenga valor definitivo, y muchas argumentaciones posibles no se han esgrimido aún. Por otra parte, quizá se trate de una solución diferente de las expuestas, como por ejemplo, que «grado» signifique grado de parentesco, pero no computado con relación al testador, sino respecto al primer llamado o fiduciario. Sobre el tema preparo un estudio en el que se abordarán también otros problemas, como es el de los límites de las sustituciones fideicomisarias a favor de personas jurídicas.

(138) Límites impuestos de una manera indirecta, a través de la duración de la vida de las concretas personas llamadas (lo que tiene su importancia, pues la duración de la vida humana está actualmente en aumento), y que se refieren a las sustituciones fideicomisarias de herencia (art. 781), de legado (art. 789) y de donación (art. 641), y también a una serie de instituciones que presentan parecido con aquéllas (y sobre todo con ciertos tipos históricos hoy superados de sustitución fideicomisaria y de fideicomiso, de los que en ocasiones se derivan), o bien que producen análogos resultados prácticos. Así, el usufructo sucesivo (arts. 640 y 787)—figura que se tratará detenidamente en la segunda parte de este estudio con objeto de determinar si existe posibilidad de sustitución fideicomisaria en el usufructo—; prohibición de disponer (art. 785, 2.º); obligación impuesta al heredero de pagar cierta renta o pensión (art. 785, 3.º). Este proceder de nuestro Código civil no debiera suscitar dudas como las que ha producido, pues incluso se ha llegado a afirmar que el Código civil considera como sustituciones fideicomisarias a todas aquellas figuras jurídicas a las que impone la limitación del art. 781. (GALINDO PARDO, *Explicación doctrinal y práctica del libro III del Código civil*, Salamanca, 1896, pág. 441.)

El motivo expuesto de tratarse de instituciones que presentan analogía o producen parecidos efectos prácticos ha llevado también al legislador a tratarlas conjuntamente con las sustituciones fideicomisarias, como es regla general hicierlo en los Códigos civiles (cf. C. c. it. de 1865, arts. 895-902; C. c. it. vigente, arts. 692, 698 y 699). Por no tener en cuenta estas razones, se ha podido decir (LEZÓN, *Institución conjunta de herederos en usufructo y en nuda propiedad según el artículo 787 del Código civil. Su naturaleza y problemas de hermenéutica jurídica que plantea*, RCDI, 1928, págs. 334-335) que el art. 787 está «coo-

rece que pueden ser sintetizadas de la siguiente forma: A) La limitación es aplicable porque si queda un sobrante de la herencia se produce en cuanto al mismo la sustitución fideicomisaria (139). Se atiende, según esta opinión, a que los efectos son los mismos, tanto si el fiduciario cumple la obligación de conservar (propia de la sustitución fideicomisaria), como si conserva de hecho en el supuesto de fideicomiso de residuo; B) El fideicomiso de residuo en traña obligación de conservar, por lo cual el artículo 781 del Código civil es directamente aplicable (140); C) Se ha dicho también que «en el fideicomiso de residuo falta la *ratio legis* de la limitación al segundo grado del artículo 781 y concordantes, mas no tan absolutamente que no siga habiendo razones para mantenerla en pie» (141), es decir, no existe en el fideicomiso de residuo obligación de conservar, pero como de todas formas supone el establecimiento de un orden sucesivo de herederos, debe estar sometido a límite, y éste es el señalado en el artículo 781 del Código civil (142).

2. *Consideraciones críticas.* — Respecto a las opiniones expuestas cabe señalar lo siguiente: A) Por lo que se refiere a la indicada en primer término, es de observar que la norma del artículo 781 tiene por objeto limitar las sustituciones fideicomisarias «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia». La finalidad de la norma no es prohibir el resultado (conservación), sino que dicho resulta-

cado incongruentemente en la sección de las sustituciones, lo que parece suponer que el Código civil le otorga carácter de sustitución. No se trata de tal cosa; el proceder del legislador en este punto no tiene significado normativo, pues es solamente un criterio sistemático, que, además, es acertado.

(139) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 606; CASTÁN, *Derecho civil*, cit., página 464; BONET, op. cit., pág. 506. En la doctrina extranjera, VENZI, *Manuale di Diritto civile*, Turín, 1937, pág. 708, sostiene igual opinión, diciendo que en el fideicomiso de residuo hay un verdadero supuesto de sustitución fideicomisaria, que se realiza conservando y restituyendo el fiduciario aquello que dejó de enajenar. DE DIEGO, *Naturaleza*, cit., págs. 86-92, se expresa con cierta vaguedad sobre el problema; parece que puede concluirse que su opinión es que se aplicará el artículo 781 porque en el supuesto de fideicomiso de residuo existe—como en la sustitución fideicomisaria—establecimiento de un *ordo successivus*, y aunque no hay en el mismo obligación de conservar pudieran sentirse los fiduciarios sucesivos obligados en conciencia a hacerlo, o lo hicieran por delicadeza, produciéndose un resultado análogo al que se deriva del establecimiento de una sustitución fideicomisaria.

(140) Cf. supra I, I, B, b. ROCA SASTRE, *Estudios*, cit., págs. 77 y 49, no afirma directamente esta consecuencia, pero parece que no cabe duda de que éste es su pensamiento.

(141) LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 241.

(142) VILLAR Y ROMERO, *Derecho civil*, Madrid, 1943, pág. 338, dice que el Tribunal Supremo ha declarado la validez del fideicomiso de residuo siempre que no vaya más allá del segundo grado y deje al primer llamado el poder de disponer por lo menos *inter vivos*, tanto a título oneroso como gratuito. Como el autor no cita la sentencia o sentencias donde tal opinión se mantiene y su definición del fideicomiso de residuo es además muy original, no ha parecido prudente recoger sus afirmaciones en el texto, que queda de esta manera circunscrito al estudio de la doctrina.

do se consiga a través de la imposición de la obligación de conservar; es el medio y no el fin lo contrario a la norma (143). Por tanto, parece que no puede seguirse la opinión citada, pues en el supuesto del llamado fideicomiso de residuo, tal medio (la obligación de conservar) no se emplea y no puede tenerse en cuenta que el resultado sea el mismo; B) Tampoco puede aceptarse la tesis de que el artículo citado se aplica directamente al fideicomiso de residuo, pues está fundada en la afirmación de que éste contiene obligación de conservar, y ya se ha dicho (*supra* I, 2, B, b) que este punto de partida no es correcto; C) Queda así planteado el problema en torno a la última de las opiniones expuestas, porque los presupuestos de la misma son exactos; la solución, sin embargo, suscita dudas. ¿Es suficiente la existencia del orden de sucesión sucesiva para determinar la limitación de las sustituciones fideicomisarias? Y en el supuesto de que así sea, ¿puede aplicarse el artículo 781 del Código civil a las sustituciones fideicomisarias de residuo?

3. *El límite de la sustitución fideicomisaria de residuo. Interpretación del artículo 781 del Código civil.*—A) En la época de la Codificación se adujeron, por regla general, dos tipos de razones que aconsejaban prohibir o limitar las sustituciones fideicomisarias. Por una parte, que producían la inmovilización de los bienes que el fiduciario tenía que conservar para restituir, con efectos perniciosos para la vida económica de los pueblos; por otra, que suponían un orden de sucesión sucesiva en los mismos bienes determinado por la voluntad privada.

De las dos razones fué sin duda la primera la más importante, debido al caldeado clima de liberalismo económico dentro del que nacen los Códigos civiles de la pasada centuria, pero influyó asimismo de modo decisivo la consideración de que el legislador no podía conceder un margen ilimitado a la autonomía de la voluntad para crear un orden de sucesión sucesiva que, en ocasiones, se intentaba hacer para que tuviera valor perpetuo. Con razón se dice que si se admitiera esta posibilidad se podría originar en el futuro un estado de cosas repudiable, ya que el disponente no puede prever los resultados que pueden producir en siglos sucesivos las sustituciones fideicomisarias que establece (144), y se señala además que si éstas se admiten ilimitadamente el testador legisla para toda la eternidad (145). Frente a las consecuencias que pueden crear

(143) Así lo señala claramente la letra del precepto, que es de interpretación estricta, en cuanto limitativo de la autonomía de la voluntad.

(144) Refiriéndose a las sustituciones fideicomisarias, decía F. SILVELA, en la discusión parlamentaria del Proyecto de la Ley de Bases de nuestro Código civil, que se reconoce a la persona privada el poder de realizar y disponer la organización de la propiedad en el futuro, pero que es necesario limitar esta facultad, porque la previsión del hombre y su juicio y apreciación de las necesidades de los suyos y de su país es limitada en el tiempo. («Diario de Sesiones de las Cortes», Senado, legisl. 1884-1885, t. V, págs. 2224-2225 y 2232).

(145) COSTA, *De los fideicomisos de confianza y sus relaciones con el Código civil español*, Madrid, 1884. Introducción, pag. 16

las sustituciones fideicomisarias si se admiten con excesiva amplitud, destaca la moderación que representa la sucesión testamentaria normal, que al determinarse de persona en persona permite adecuar el destino de los bienes conforme a las circunstancias, y la sucesión legal, con su carácter general y abstracto basado en consideraciones de Derecho de familia y con posibilidad de ser moderada, en su caso, a través de la sucesión testamentaria.

Determinar si el legislador considera como motivo suficiente de prohibición o limitación la existencia del *ordo successivus*, o si estima necesario además que se haya impuesto la obligación de conservar para restituir plantea un difícil problema de interpretación. En la doctrina y jurisprudencia francesas e italianas (146) se consideró por regla general que la existencia del *ordo successivus* no era razón suficiente, pero no deja de haber opiniones discrepantes (147). Afortunadamente, la cuestión ha sido resuelta de manera directa por el legislador de nuestro Código civil.

B) La solución del problema nos la ofrece el artículo 781. Como se ha dicho (*supra*, I, 1, A), la doctrina y la jurisprudencia creen que este precepto define la sustitución fideicomisaria, suponiendo que en la misma existe obligación de conservar y de restituir los bienes heredados. Si así fuera sería contradictorio con el artículo 783, párrafo segundo, que admite que el llamado fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria de residuo, porque ésta no contiene dicha obligación.

En realidad no existe contradicción alguna. Lo que ocurre es que la finalidad del artículo 781 del Código civil no es definir las sustituciones fideicomisarias, lo que no ofrece duda porque literalmente dice: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia...», y añade los límites a que se encuentran sometidas. Si el intento del legislador hubiera sido definir las sustituciones fideicomisarias, se habría expresado de otra forma diciendo: «las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia», etc. Como se observará, ambas versiones difieren solamente en que en la segunda se encuentra una coma a continuación de la frase «las sustituciones fideicomisarias», hecho que

(146) Cf. *supra*, II, 1, B y C.

(147) En la doctrina francesa, DEMANTE opina que el fideicomiso de residuo debe considerarse prohibido por el primer párrafo del art. 896 C. c. francés, que prohíbe en general las sustituciones de cualquier clase que sean. BERTAULD cree que el motivo esencial y suficiente de la prohibición de las sustituciones fideicomisarias es la derogación del orden sucesorio que las mismas entrañan. (MÉNIN, op. cit., págs. 88-89 y 92-93). En la doctrina italiana se ha dicho que lo que la Ley ha querido impedir es que el testador disponga dos veces de sus bienes, por lo que basta que exista *ordo successivus* para que se trate de una sustitución prohibida. (LOSANA, *Successioni. (Diritto civile italiano). Delle successioni testamentarie*, en Digesto italiano, vol. XXII, pte. IV, pág. 388). Prevalece sin embargo, la opinión contraria, favorable a la validez del fideicomiso de residuo, como se ha señalado ya.

tiene la mayor importancia. La frase «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia» constituye una oración de relativo, y éstas, como se sabe, pueden ser de dos tipos: explicativas y especificativas. De acuerdo con las reglas de la Gramática (148), la oración de relativo explicativa va separada del antecedente por una pausa, representada por coma; la especificativa, no. Si el propósito del artículo 781 del Código civil hubiera sido definir las sustituciones fideicomisarias, tendría que hacerlo—dada su redacción—mediante una oración de relativo explicativa, y por ello separada por una coma de su antecedente; por el contrario, emplea una oración de relativo especificativa, porque su finalidad es otra: distinguir entre las sustituciones fideicomisarias, las que contienen obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia de aquéllas (las de residuo) que no presentan esta característica.

Ha sido el prejuicio (nacido por influencia extranjera) de que las sustituciones fideicomisarias tienen como una de sus notas esenciales la existencia de la obligación de conservar, lo que ha conducido a la doctrina a creer que el artículo 781 las define, prejuicio que ha prevalecido sobre la dicción literal del precepto, quizá por que se ha pensado que si no se procedía así era imposible otra interpretación del mismo. La última consecuencia de este proceder consiste en modificar al citarlo el texto del artículo 781, añadiéndole indebidamente la coma que se supone que le falta, para lograr de esta manera una expresión correcta de la definición de las sustituciones fideicomisarias (149).

C) El origen del artículo 781 es la Base A de los acuerdos de 1882. En ella se establecían idénticas limitaciones temporales para todas las formas de sustitución fideicomisaria, y lo mismo se preceptúa en la Base 16 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 (150). Surgen por ello las preguntas acerca de las razones y los motivos

(148) Cf. *Gramática de la Academia Española de la Lengua*, Madrid, 1931, págs. 212-213; GILI GAYA, *Curso superior de sintaxis española*, Barcelona, 1948, págs. 274-275.

(149) Así, por ejemplo, lo hacen: MORELL Y TERRY, op. cit., pág. 668, MAURA, *Dictámenes*, t. III, Madrid, 1930, págs. 388 y 444; DE BUEN, op. cit., página 315; MARÍN MONROY, *Fideicomisos*, RCDI, 1927, pág. 740; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 693; TRAVIESAS, *Sustituciones hereditarias*, RDP, XIV, 1927, pág. 414; RAMOS, op. cit., pág. 302; M. SAEVOLA (ORTEGA LORCA), *Comentarios al Código civil*, t. XI, v. II, 5.ª ed., Madrid, 1943, pág. 845; PASO Y DELGADO, *Derecho civil español*, Madrid, 1890, pág. 335. El antiguo Código civil filipino, que es el nuestro, conservaba idéntica redacción; el nuevo la ha cambiado en el sentido de hacer que el precepto defina la sustitución fideicomisaria. En la actualidad, el art. 863 de este Código dice: «A fideicommissary substitution by virtue of which the fiduciary of first heir instituted is entrusted with the obligation to preserve and to transmit to a second heir the whole or part of the inheritance»... etc. La doctrina filipina señala, ahora con razón, que el artículo antedicho define la sustitución fideicomisaria; cf. PADILLA, *Civil Code annotated*, Manila, 1951, vol. I, pág. 965.

(150) La Base A, decía: «Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado y siempre»... etc. La Base 16 de la Ley de Bases dice:

que pudo tener el legislador del Código civil para alterar este criterio y no seguir las indicaciones de la Ley de Bases.

a) Las razones.—El Código civil español distingue dos formas básicas de sustituciones fideicomisarias: una, la típica que supone obligación de restituir el todo o parte de la herencia; otra, que obliga solamente a restituir el residuo del todo o parte fideicomitida de la misma. Este residuo es eventual; puede llegar a no existir sobrante alguno; puede, asimismo, ocurrir que el fiduciario no haya dispuesto o consumido nada y que la herencia se transmita íntegra al fideicomisario, y, naturalmente, existen supuestos intermedios. La característica de este tipo de sustitución es que el fiduciario no tiene en principio derecho a suceder en el todo o en parte alicuota determinada de la herencia, pues solamente está llamado a suceder en el residuo. La sustitución fideicomisaria del primer tipo asegura la sucesión del fideicomisario en todo o en parte de la herencia; la de residuo tiene como presupuesto la indeterminación en la cuantía, y aun en la misma existencia, del sobrante de los bienes hereditarios.

El precepto básico en este aspecto es el artículo 783, párrafo segundo del Código civil, que determina que el fiduciario estará obligado a entregar la herencia (toda la herencia o parte alicuota y determinada de la misma) al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras. El Código civil establece de esta manera como efecto natural del negocio jurídico en el que la sustitución fideicomisaria se dispone que (salvo las detracciones autorizadas) el fiduciario está obligado a entregar la totalidad de los bienes fideicomitados.

Como es lógico, el citado precepto determina que el testador puede disponer otra cosa. La voluntad del testador puede originar multitud de variantes que se engloban en dos supuestos básicos: 1.º Autorizar al fiduciario para detraer una parte de los bienes que debe restituir (recuerdo de la cuarta trebeliánica del Derecho romano); y 2.º Permitirle disponer o consumir, llamando al fideicomisario al sobrante de la herencia. En el primer caso se trata de sustituciones fideicomisarias en las que el fiduciario está obligado a restituir toda la herencia, salvo la cantidad que se le permite detraer, o parte de la misma (la porción fideicomitida), de la que se deducirá la cantidad autorizada. Por el contrario, en el segundo supuesto examinado no existe sino obligación de restituir el eventual residuo; hay obligación de restituir los bienes (cf. artículo 785, número 1), pero sólo aquellos que el fiduciario no hubiese consumido o de los que no hubiera dispuesto.

La diferencia fundamental entre ambos casos, en el aspecto que aquí interesa, es que para cumplir la obligación de restituir en el primero de los indicados supuestos es necesario no haber dispuesto de los bienes, mientras que en el supuesto analizado en segundo

«Materia de las reformas indicadas [en la Base 15] serán las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán...», etc.

lugar se parte precisamente de que no se restituye sino el eventual sobrante.

En el artículo 781 de nuestro Código civil se contemplan las sustituciones fideicomisarias correspondientes al primer tipo de los indicados. Las que limita el legislador son aquellas «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve (151) y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia».

Parece que viene así nuestro Código civil a acoger el criterio, absolutamente dominante en su época, de que solamente deben ser prohibidas o limitadas las sustituciones fideicomisarias que obligan a restituir necesariamente el todo o parte de la herencia.

Son, en efecto, las que ofrecen más inconvenientes, pues contienen mayores limitaciones para el fiduciario (152), encierran una vinculación ineludible y producen los más graves y perniciosos efectos económicos. Todas estas razones faltan, en cambio, o aparecen debilitadas en el supuesto del llamado fideicomiso de residuo. Sería lógica, por tanto, la solución del legislador que somete a limitaciones temporales las disposiciones que producen mayores restricciones a la figura normal de su propiedad (artículos 781, 640, 787, 785, números 2 y 3, C. c.) (153).

(151) Pueden surgir dudas acerca del sentido en que el legislador emplea la expresión encargo de conservar en el artículo 781 C. c. (con fórmula poco afortunada, pues se trata de una obligación; lo que ocurre es que este precepto sigue demasiado de cerca el fideicomiso romano, y por ello dice también encargo de transmitir, siendo así que el segundo llamado adquiere directamente del testador. Cf. ROCA SASTRE, *Estudios*, cit., pág. 30 y *Notas*, cit., pág. 77; GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación*, cit., 900). Se ha evitado en el texto, al tratar de la interpretación del artículo, la referencia a la obligación de conservar, porque cualquiera que sea el significado con que el legislador la emplea, no se alteran las conclusiones que en este estudio se mantienen.

De todas formas, parece conveniente señalar que no parece que pueda sostenerse que el legislador quiere decir prohibición de disponer. Debe suscribirse plenamente la tesis defendida por GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación*, cit., de que la obligación de conservar no es otra que la obligación aneja a la de restituir, y que el fiduciario está legitimado para disponer con fines conservativos.

La equiparación entre obligación de conservar y prohibición de disponer nació—quizá debido al ejemplo de múltiples sustituciones fideicomisarias dispuestas a través de la imposición de la misma—con finalidad dialéctica, para exagerar los inconvenientes de las sustituciones fideicomisarias. El significado tradicional no es ese, sino el que defiende GONZÁLEZ PALOMINO, con referencia al mayorazgo, y es el mismo que se aplica en el supuesto de sustitución fideicomisaria derivada del fideicomiso romano, como ha señalado BALBI, *La posizione del chiamato a succedere con vincolo di sostituzione nella riforma del Codice civile*, «Anuario di Diritto Comparato», 1940, pág. 325.

(152) Cf. PAFICCI-MAZZONI, *Istituzioni*, cit., pág. 244. BALLESTER, *La Costituzione y las sustituciones testamentarias*, RGLJ, 164, 1934, pág. 39.

(153) Se ha indicado que el usufructo sucesivo produce para el nudo propietario los efectos de inmovilización que acompañan a la sustitución fideicomisaria, y por ello debe recibir análogo trato en cuanto a limitaciones temporales (COSATTINI, *Disposizioni*, cit., pág. 326). Las prohibiciones de disponer deforman la institución de la propiedad (CICU, *Osservazioni*, cit., pág. 30) y mediante ellas se logran indirectamente parecidos fines que los que a través de la sustitución fideicomisaria se consiguen. (DE LA CÁMARA, op. cit., pág. 648). Finalmente, las obligaciones impuestas al heredero de pagar cierta renta o pensión significan una carga para la propiedad que no puede ser ilimitada en el tiempo.

b) Los motivos.—Más difíciles de determinar y de escasa importancia el hacerlo, son los motivos que pudieron llevar al legislador a acoger la tendencia indicada. Parece que en el supuesto del Código civil español se pueden cifrar en torno a la lucha que surgió contra los límites que a todas las sustituciones fideicomisarias imponía la Base 16 de la Ley de Bases para la formación del Código civil. La nobleza española veía en la limitación de las mismas el ocaso de su ya justamente mermada posición de privilegio y contra ella se desencadenaron todas las críticas (154). Quizá como criterio de transacción (uno de los muchos que entre reducidos grupos se produjeron durante la formación del Código civil, y que raras veces afloraron a la discusión general) se acogió la fórmula del artículo 781. De todas maneras, la redacción de este precepto es clara, y la *ratio* que lo informa conocida; por ello no merece la pena profundizar más en el posible motivo que contribuyó a la formación del mismo.

D) Parece, por lo expuesto, que solamente se hallan sujetas a limitaciones temporales las sustituciones fideicomisarias que imponen al llamado en las mismas como fiduciario la obligación de entregar todo o parte de la herencia o bienes fideicomitados. Sin embargo, no es así; hubiera sido extraño que se admitiese en el sistema de nuestro Código civil establecer un orden ilimitado de sucesión sucesiva, aunque tuviera como característica depender en último término de que los fiduciarios sucesivos no hubieran dispuesto de los bienes o no los hubiesen consumido (155).

Es cierto que el Código civil no somete a límite temporal la sustitución fideicomisaria de residuo, pero la misma se encuentra limitada por la legislación desvinculadora (arts. 1 y 14 de la Ley de 11 de octubre de 1820), que está vigente, porque, en lo relativo a la sustitución fideicomisaria de residuo, el Código civil como *lex posterior* no la modifica (al contrario de lo que ocurre respecto a la sustitución fideicomisaria típica, para la que se establece un criterio de mayor severidad, artículo 781), ni le afecta tampoco la disposición derogatoria del artículo 1.976, por tratarse de materia política y no

(154) Sobre la posición de la nobleza española ante la limitación de las sustituciones fideicomisarias, cf. J. López, *Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal*, ADC, t. III, fasc. II, pág. 510, n. 27.

(155) Es de hacer notar que siempre tiene que quedar al arbitrio de la voluntad del fiduciario (no a su arbitrariedad, naturalmente), la posible disposición de los bienes que constituyen el objeto de la sustitución fideicomisaria de residuo, pues si ocurre de otro modo (por ejemplo, autorización para disponer en caso de necesidad apreciada objetivamente) se tratará de una sustitución fideicomisaria con obligación de conservar, que deja paso a una de residuo si se cumple la condición bajo la que ésta fue establecida (en el supuesto, que se produzca caso de necesidad objetivamente considerado). Caben muchas limitaciones al poder dispositivo del fiduciario, que acercan en la práctica ambos supuestos.

Indica MÉNIN, op. cit., págs. 90-91, que la jurisprudencia francesa admitía por regla general las trabas impuestas al fiduciario siempre que no se coartase de modo excesivo su facultad dispositiva y no se situasen los bienes enteramente fuera del comercio.

civil (156). La ley de 11 de octubre de 1820 determinaba: «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra clase de vinculaciones...» (art. 1), y que «nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna...» (art. 14). Según quedó de manifiesto durante los trabajos preparatorios de esta ley (157), y opinaron después unánimemente doctrina y jurisprudencia (158), los citados preceptos no se refieren a toda clase de fideicomisos, sino solamente a los perpetuos y fideicomisos perpetuos se entendía que eran no sólo los destinados en principio a durar hasta el fin de los siglos, sino también aquellos que se pretendía durasen un largo lapso de tiempo. Antes del Código civil (159) se estimaba que por lo menos debían de considerarse como permitidos los fideicomisos hasta la cuarta generación, por influencia del Derecho romano (Novela 159). En la actualidad, parece que este flexible criterio, que permite la perfecta acomodación a las circunstancias para mejor cumplimiento de los fines de la ley, debe entenderse en el sentido de que la sustitución fideicomisaria de residuo será nula cuando haya sido establecida para durar un tiempo superior al señalado en el artículo 781 para la sustitución fideicomisaria típica, una vez que haya superado este límite y su mantenimiento se revele pernicioso (160).

(156) Sobre la vigencia de la legislación desvinculadora: CASTÁN, *Derecho civil*, t. I, vol. I, 8.ª ed., Madrid, 1951, pág. 189; F. DE CASTRO, *Sobre la pretendida validez*, cit., pág. 544.

(157) GUTIÉRREZ, op. cit., 5.ª ed., Madrid, 1881, t. II, págs. 350-351.

(158) Cf. MAURA, op. cit., págs. 441 y 433; cita muy completa de jurisprudencia en págs. 383 y 441. V. supra, n. 73.

(159) F. DE CASTRO, *Sobre la pretendida validez*, cit., loc. cit.

(160) La amplitud de los límites que dispone el Ordenamiento jurídico español para las sustituciones fideicomisarias es sumamente elogiabile frente a los criterios restrictivos de otras legislaciones, porque «actualmente se trata de desplazar la preponderancia casi absoluta de las relaciones del tráfico, impuestas por el capitalismo mercantilista...», «incluso volviendo a la vinculación de la tierra en las familias, con función parecida a la originaria de los mayorazgos.» F. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., pág. 626 y allí n. 5. Sobre la vinculación de la tierra. FUENMAYOR CHAMPIN, *La mejora de labrar y poseer* ADC, t. I, fasc. 3, págs. 890-897; SAPENA, *En torno a la Ley del Patrimonio familiar*, RDP, 1953, pág. 705 y ss.

Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión

CARLOS VIADA LOPEZ-PUIGSERVER

SUMARIO: 1. Fijación del tema.—2. La protección posesoria en Roma, 3. El Derecho germánico y la «Gewere».—4. El Derecho canónico y la «actio spolii».—5. Derecho histórico español.—6. Derecho vigente: Ley de Enjuiciamiento. Código civil.

I. FIJACIÓN DEL TEMA

Ningún derrotero más incierto e inquietante para el jurista que el posesorio. En el terreno de la pura dogmática de esta institución todo es discutido: su concepto; su ámbito; si la posesión es signo y exteriorización de un derecho o, solamente, de un derecho real, su naturaleza: si la posesión es un hecho nada más (tesis de Windscheid) o un derecho subjetivo (Ihering); su fundamento: si se protege para mantener la paz, el orden jurídico, posición clásica o savigniana, amparando en aras de ésta, incluso al usurpador frente al propietario o titular del derecho o para dotar de un medio expeditivo de protección a los propietarios a cuyo amparo se pueden escurar incluso los usurpadores, como consecuencia de la simplicidad de los presupuestos necesarios para la protección (posición de Ihering); su alcance; si se protege solamente al que se halla en una situación posesoria, derivada de una relación dominical, real o si mulada, o en una relación jurídica no dominical, más digna de jurídica protección—acreedor prendario, secuestrador, precarista, enfiteuta, etc.) o se protege a toda persona que se encuentre en relación de contacto sensorial con la cosa suficientemente revelador de una mínima pretensión jurídica sobre la misma.

No es nuestro propósito llevar a cabo una revisión ni siquiera elemental de estas cuestiones, sino simplemente elegir una, sin duda de la más alta significación en el derecho vivido: la determinación—si es posible—de quién es el titular protegido por los interdictos. Esta cuestión no es un problema mínimo, ni menos una visión particularista o procesalista del tema posesorio, sino que en

él reside, en nuestro sentir, toda la esencia misma de la institución.

La cuestión propuesta tiene dos caras, en íntima corrección, a saber: la del titular activo de la acción interdicial y la del titular pasivo de la misma; es decir, dicho con técnica ya consagrada en nuestra literatura procesal los problemas de la legitimación activa y pasiva de los interdictos.

Naturalmente, nuestro estudio tiende al examen de la cuestión desde el punto de vista de los textos de nuestro Derecho positivo y, aún más, desde el plano de la actuación judicial de los mismos. No nos proponemos, pues, un estudio de los problemas posesorios ni en su contemplación histórica, ni en su consideración dogmática, sino una interpretación de los textos legales con vista a las cuestiones suscitadas en la práctica diaria de la actuación procesal de los derechos.

Mas, pese a lo limitado de nuestro propósito, no es posible prescindir en nuestro trabajo, ni de la historia, ni de la dogmática de la institución. De ésta, porque la posesión es, quizá, la más conceptual de las instituciones del derecho privado; de aquélla, porque sólo la Historia puede explicar la contradicción aparente o real de los textos.

2. LA PROTECCIÓN POSESORIA EN RÓMA

Conocidísimos el concepto, las clases y el procedimiento de los interdictos romanos, no vamos a descender aquí a su examen. Sólo nos proponemos destacar la línea evolutiva de la protección interdicial romana y las enseñanzas que se deducen de aquélla. Si contemplamos la evolución institucional de la protección posesoria romana observamos el hecho de la protección creciente del «*statu quo*» posesorio.

Este proceso evolutivo se explica por otro más general, la afirmación del sistema de justicia pública frente al de defensa privada de los derechos, y cuyos jalones legislativos vienen marcados en el Derecho Romano por la «*lex Julia de vi publica et privata*», el *Decretum «Divi Marci»* y la Constitución de Valentiniano, Teodosio y Honorio (1).

(1) La «*Lex Julia de vi publica et privata*», que P. F. Girard, *Manuel Elementaire de Droit Romain*, 7.^a edición, 1924, págs. 322, n. 1, y 1022, n. 2, atribuye al Emperador Augusto, recogiendo en sus disposiciones otra ley menos importante propuesta por César y reproduciendo las contenidas en otra ley, «*Plantia de vi*», que dicho autor situaba entre la Dictadura de Sila y la Conjura de Catilina, castigaba con penas públicas al que usaba de la violencia para hacer efectivos sus derechos.

El «*Decretum Divi Marci*», del que hay dos versiones un tanto diversas en D. 48, 7, «*Ad Leg. Julia de Vi priv. 7 y D. 4, 2, q. m. c. 13*», sancionaba con la pérdida del crédito al acreedor que pretendía por la fuerza hacerse pago con la cosa de su deudor e imponía la restitución del duplo de lo injustificadamente adquirido por tales medios.

La Constitución de Valentiniano, Teodosio y Honorio del año 389 castigaba con la pérdida del derecho de propiedad al titular que arrebataba la cosa por la violencia de manos del que la poseía.

Se comprende cómo había de influir esta evolución progresiva del sistema público del proceso, la afirmación del principio de orden público, en una institución tan lindante con la legítima defensa cual es la posesoría en donde a veces es tan difícil marcar la línea divisoria del ejercicio legítimo de los derechos con las vías de hecho no autorizadas.

Es la posesión, por otra parte, concepto lindante con problemas jurídicos penales e institución que está en la brecha misma de los dos principios antagónicos—justicia pública, defensa privada—y por ello no es de extrañar que el tema concreto de la legitimación activa interdictal atormente al intérprete, pues esa línea polémica, como tal, está sometida a las naturales mudanzas que la lucha de ambos principios impone.

Nadie duda que el sistema de defensa privada de los derechos privados tiene supervivencias reconocidas en cuerpos legales positivos (2) y un fuerte arraigo en la conciencia jurídica popular, pues es lógica y humana la reacción justa frente al ataque infundado. No se puede exigir—ni aun por la ley punitiva—que nadie acepte pasivamente el ataque a su persona o derechos a la persona o derechos de aquellos que están a él ligados por vínculos de sangre o simplemente por lazos de altruismo.

Hay, pues, un derecho de defensa privada, un derecho de la necesidad, fundado en la insuficiencia del orden jurídico para impedir el desafuero. Mas, ese derecho de la legítima defensa tiene sus límites (en el orden penal bien definidos: problemas del exceso de la defensa, ya en la causa, ya en los medios) y en su determinación en el orden posesorio constituye, a nuestro juicio, una de las cuestiones básicas de la protección interdictal.

Examinando este problema en el Derecho Romano, se observa la línea evolutiva que antes señalábamos, en el sentido de la afirmación creciente del principio de justicia pública frente al de defensa privada, y por tanto, el acotamiento cada vez más estrecho en que la legítima defensa del «statu quo» posesorio puede actuarse.

A primera vista, pudiera obtenerse una conclusión contraria observando la evolución del interdicto «uti possidetis». Este en su primitiva fórmula decía simplemente: «Uti nunc possidetis eum fundum, ita possideatis. Ad versus ea vim fieri veto», de la que pudiera deducirse una protección a ultranza del poseedor actual, si no se considerase que tal fórmula ha de referirse al momento en que el interdicto citado sirve al único fin de preparar un juicio petitorio sobre la propiedad de un fundo, otorgando la posesión interina del mismo al que la tiene en el momento de entablarse el litigio, en vez de dejar la atribución de aquélla a la decisión arbitraria del magistrado.

.. (2) BECEÑA, en sus *Explicaciones de Cátedra*, citaba los arts. 592, 612 del Código civil y los numerosos supuestos de *ius retentionis* de dicho Cuerpo legal y del Código de Comercio. Véanse, entre otros, los artículos 453, 1.730 y 1.922. 5.º del Código civil.

Mas cuando el interdicto cumple su función más generalizada de proteger el «status» posesorio, a la fórmula se le incorpora la cláusula de posesión viciosa—«uti nuc eas aedes, quibus de agitur nec vi nec clam nec praecario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vinc fieri veto»—, que impide pueda ampararse en la posesión al usurpador.

Cuál es la fórmula del Derecho clásico y postclásico, del interdicto «uti possidetis» y la misma excepción de posesión viciosa, se inserta en el interdicto recuperatorio de «vi quotidiana».

Ambas formas, primera del interdicto «retinendae possessionis uti possidetis» y la del «recuperandae possessionis de vi quotidiana» constituyen la expresión del sistema posesorio romano clásico, justamente calificado de aristocrático. Sólo se protege al poseedor cualificado («dominus, non domino») que ostenta una posesión no viciada por la violencia, la clandestinidad o la precariedad.

En caso contrario, la protección se hace reversible y el detentador pierde el interdicto.

No parece exacto entender este sistema protectivo como válido para todas las épocas del Derecho romano. A este fin importa destacar del Derecho justiniano dos hechos de la más alta significación y que implican, de una parte, una concepción más perfilada de los conceptos de adquisición y pérdida del estado posesorio, y de otra, una afirmación del principio del mantenimiento a ultranza del orden público.

El primer hecho que importa destacar es el constituido por las disposiciones del Derecho imperial que luego se recogen en el Digesto—D. 41, 2, 6, 1—y que marcan de manera bien definida la línea divisoria entre defensa privada y acción pública (3).

Es justa la defensa privada, las vías de hecho, cuando no traspasan los límites de la estricta necesidad—proporcionalidad del medio. Por ello está permitido al poseedor de un inmueble (que no pierde su posesión por la cesación del contacto físico con la cosa, mientras no ceda de igual modo su intención de aprovechamiento económico de la misma) que encuentra la cosa invadida clandestinamente arrojar al usurpador, para lo cual puede emplear la energía adecuada para ello. La cuestión estará en no traspasar el límite de la justa defensa—problema del exceso en la defensa—. Si no aporta la entereza necesaria para hacer cesar el despojo, pierde la posesión «corpore» como la pierde «animo» si enterado de ello no acomete la empresa de recuperarla por acción directa.

Esta disposición excepcional contenida en el Digesto parece contradecir la Constitución citada de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Honorio, que castigaba con la pérdida del derecho

(3) «Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et dum ille e nunciis redit, aliquis occupaverit, possessionem, viveri etiam clam possidere, Labeo scribit: retinent ergo possessionem is qui ad nundi num abiit. Verum si revertetes dominum no ad miserit, vi magis intellige possidere, non clam.»

de propiedad al titular del mismo que la arrebatava con violencia a un poseedor; mas cabe conciliar ambas disposiciones considerando que la Constitución citada contempla el supuesto de verdadera posesión, en tanto que la disposición del Digesto se refiere al supuesto de detentación (usupador clandestino), o bien entender que se refiere a las vías de hecho tardías, cuando el usurpador ha pasado a la categoría de poseedor por haber perdido el despojado la posesión «animo» o «corpore», o a las vías de hecho no autorizadas («vi hominibus coactis armatisve»).

El otro hecho que importa señalar es altamente significativo: la desaparición en el Derecho justiniano en la fórmula del interdicto recuperatorio «de vi», de la cláusula de posesión viciosa (4). Este hecho, sitúa, a nuestro juicio, en un plano totalmente distinto el sistema romano de la protección posesoria.

Tal supresión marca un nuevo rumbo a ésta. Se protege al poseedor actual aun contra el despojado, sin que éste pueda alegar la naturaleza viciosa de la posesión de aquél. Se ampara, pues, al poseedor sin más, no importando que se acoja a una adquisición viciosa, violenta o clandestina—de la posesión—, porque el sistema se coloca bajo el nuevo signo que luego ha de acentuar el Derecho canónico. Hay que hacer prevalecer, ante todo, el orden público, el mantenimiento de la paz. El poseedor despojado pudo, en su momento, defender su posesión dentro de los límites legítimos de la defensa privada. Si cedió ante el ataque, si le faltó ánimo o energía para resistir o para reintegrarse no puede luego, con una actividad tardía, pretender entrar de su propia autoridad en el goce de la cosa usurpada y esperar que frente a la acción interdictal del usurpador «consolidado»—permítasenos la expresión— prospere la excepción de posesión viciosa.

Obsérvese cómo ha cambiado el ángulo de la protección y tengamos esta línea evolutiva como guía de la interpretación de los textos de nuestro derecho positivo, de cuya aparente contradicción se han pretendido deducir conclusiones un tanto precipitadas.

3. EL DERECHO GERMÁNICO Y LA «GEWERE»

La distinción entre la posesión y propiedad no fué problema que inquietara en el Derecho germánico. Al que poseía la cosa se le consideraba propietario de la misma, pues sólo se tenía en cuenta el hecho externo y visible de la posesión, hecho que se suponía unido al derecho. Este derecho o, mejor, esta apariencia de derecho sobre las cosas se llamó «Gewere», vocablo traducido

(4) Inst. 4, 15, 6: «Recuperandae possessionis causa solet interdicti, si quis ex possessione funde vel aeditum vi deiectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi; per quo is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet in ab eo qui vi deiecit vi vel clam vel precario possidebat.»

en las fuentes latinas como «vestidura» o «investidura», y en las italianas y francesas como «saisine». Don Jerónimo González (5) deriva «Gewere» de la raíz «were» (gótico «wasjam»), que significa «invertir» o «vestir».

Sobre el concepto de «Gewere» ha reinado gran oscuridad a causa de lo fragmentarias que son las fuentes. Una monografía de Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutsche Sachen recht*, publicada en 1828, inició su estudio, y si bien su trabajo no fué muy concluyente logró atraer sobre la «Gewere» la atención de los germanistas. Para Albrecht, la «Gewere» significa la base del Derecho real germánico, su exteriorización, que se confundía con el mismo derecho real y lo absorbía. Sobre el mismo tema publicó Laband una monografía en 1869. Más tarde, Heusler, aproximando el concepto de la «Gewere» al romano justiniano de la posesión de un derecho real, la considera el ejercicio de un derecho real (6). Por último, Huber sentó la doctrina que hoy pasa por definitiva. Para él la «Gewere» es la manifestación de un derecho real que produce por sí mismo efectos de una relación jurídica definida. Su concepto, pues, no es del todo distinto del romano justiniano de la posesión; la «Gewere» no es tanto una situación producida por una relación de hecho sobre la cosa, cuanto la exteriorización o investidura de la relación del derecho real que queda manifestada en especial por los hechos de la adquisición o enajenación (7).

Dos especies se distinguen de «Gewere»: la de hecho («leibliche Gewere») y la ideal («ideelle Gewere»).

La «Gewere» de hecho—«saisin de fait» en el Derecho francés—consistía en la exteriorización de hecho del ejercicio de un derecho real, es decir, en su tenencia material. Su diferencia con la «possessio» romana estriba en que ésta, la posesión, fué hasta el Derecho justiniano, sólo ejercicio de la propiedad, mientras que la «Gewere» de hecho fué, desde un principio, la manifestación del ejercicio de hecho de cualquier derecho real.

Por esto era posible que sobre una misma cosa pudieran existir y escalonarse varias «Geweres», mientras que en el Derecho romano nunca pudo haber más de un poseedor sobre la cosa. Había, pues, «Gewere» tanto en el caso de aprovechamiento total como en el de aprovechamiento parcial; pero no por ello se trataba de un «corpus» romano, sino de un aprovechamiento meramente económico. Dicha «Gewere» se atribuía sólo al que exteriorizaba un derecho real y, por tanto, no se concedía a los criados y administradores que cogían los frutos para el amo (de aquí puede arrancar precisamente el concepto de «Besitzdiener» o servidor de la posesión reconocido en el parágrafo 855 del Código civil alemán, los cuales no gozan de la protección interdicial por

(5) *Estudios de Derecho Hipotecario*.

(6) *Die Gewere*.

(7) HUBER: *Die Bedeutung der Gewere in deutschen Privatrecht*.

no haber la cosa independientemente). Esto en cuanto se refiere a los inmuebles, pues en los muebles la «Gewere» se adquiriría simplemente por el «habet» o tenencia de la cosa.

La «Gewere» ideal obedece a que la «Gewere» genéricamente, no es tanto el ejercicio material de un derecho real, cuanto su exteriorización y publicación. Por ello tiene tanto o más «Gewere» el que es llamado públicamente a ejercerla como el que la ejerce de hecho. Claro que siempre es mejor que a la publicación se una la exteriorización por el ejercicio. La «Gewere» ideal surge en cuatro casos:

1. En la transmisión formal por «*auflassung*». Transmisión en acto público y solemne en forma tal que quede claramente exteriorizada y publicada dicha transmisión; no significa aún la toma material de posesión, pero sí origina, desde luego, una «*reelle Gewere*».

2. En la adjudicación de un derecho real por sentencia. Instantáneamente y sin necesidad de toma de posesión surge una «*Gewere*» ideal.

3. En la sucesión *mortis causa* el heredero adquiere *ipso iure* por la muerte del causante, la «*Gewere*» ideal conforme al aforismo «*de mort saisif le viv*».

4. El que es privado de la «*Gewere*» corporal adquiere por tal motivo la ideal, pues subsiste el derecho real.

Se habla también de «*Gewere*» yacente—la que corresponde a la mujer, cuando se casa y le es concedida una pensión vitalicia sobre los bienes del marido para cuando éste muera, cobrándola desde luego sin nueva investidura—y de «*Gewere*» expectante la que nace de una «*auflassung*» condicional: al ser cumplida la condición pasa la «*Gewere*» expectante a ser actual, sin precisar nueva investidura.

Tres son los efectos que produce la «*Gewere*», denominados por Gierke, defensivo, de ataque y de realización.

El defensivo se basa—así como el ofensivo—en la idea de que el Derecho germánico tolera el ejercicio de la fuerza para la defensa de los derechos propios con más latitud que el romano. Esta idea se plasma en el vocablo «*selbshilfe*», cuya traducción literal es «autoayuda», traducción que, como observa un autor, no nos hace comprender claramente lo que «*selbshilfe*» quiere decir. D'ez Pastor lo traduce como «acción propia» y Pérez y Alguer como «acción directa». Además del efecto defensivo directo produce la «*Gewere*» otro de carácter judicial: el derecho a realizar la prueba (8) que puede consistir en un simple juramento el cual da a quien

(8) A este tópico de la prueba como derecho le pone serias objeciones MERRA en su trabajo «sobre a posse de año e dia nos foros da idade media peninsular.» (Bol. Univ. Coimbra, 1947, págs. 5-23). Afirma, con razón, que la prueba representa una carga ya que el poseedor ha de justificar su posesión bajo pena de ver destruida la presunción existente a su favor. Por eso algunos (MAYER-HOMBERG: *Beweis u. Wahrscheinlichkeit*) insisten en el «deber de probar».

la posee y le presta la victoria. Todo lo contrario de lo que sucede en Derecho romano donde el poseedor es el demandado y no tiene que hacer más que esperar que el demandante pruebe su derecho.

El segundo efecto —ofensivo— es el propio de la «Gewere ideal» y consiste en que el que tenga ésta puede arrebatar por sí mismo la cosa a cualquier poseedor. Goza además el titular de la «Gewere» ideal, de idénticas ventajas procesales que el de la «Gewere» corporal, o sea, el derecho a realizar la prueba.

El tercer efecto—efecto de realización o traslativo—proviene de la especialidad de la transmisión de los derechos reales en el Derecho germánico, que tenía lugar mediante la transmisión de la «Gewere» que los representaba. Si se trataba de una cosa mueble, se requería simultáneamente la entrega de la misma; si de la transmisión de un derecho real, se requería la transmisión de la «Gewere» ideal por medio de la «Auflassung». En principio, el transmitente debía ser dueño de lo que transmitía, pero pronto la «Gewere» se transformó en algo más que una simple apariencia de derecho, ya que pasó a ser un medio de legitimación. El que tenía la «Gewere» podía disponer de ella y el adquirente quedaba a salvo de toda posible impugnación que pudiera tener su causa en la falta o insuficiencia del poder dispositivo del transmitente y las propias deficiencias de la investidura transmitida, quedaban subsanadas por el goce pacífico de la finca durante año y día.

De esta particularidad arrancó una institución que había de tener enorme resonancia en el Derecho francés, alemán, inglés, flamenco y español: la investidura legítima («rechte Gewere»).

Nacida probablemente a principios del siglo IX en las capitulaciones de los Reyes Francos, que declaraban caducadas en los procedimientos ejecutivos (confiscación) todas las acciones de terceras personas que no hubieran sido ejercitadas dentro de año y día, se extendió a los demás supuestos de transmisión judicial (Auflassung), de forma que los derechos reales o gravámenes de la finca enajenada que no se hubieren hecho valer tras la notificación judicial, quedaban caducados.

Por este camino llegó el Derecho sajón a admitir que, quien siendo demandado probara con testigos la posesión pacífica durante un año, podía hacer uso del juramento para demostrar su investidura y rechazar la petición del adversario. Según indica Heusler, no se contaba ya desde la transmisión formal con efectos liberatorios, sino que se alegaba la posesión pacífica durante el año anterior a la demanda.

La «Gewere» no era, termina Hübner, ni el mero señorío de hecho, ni la protección del acto que traducía la voluntad del propietario, ni como Albrecht imagina un característico derecho de disposición (Vertretung), sino más bien un concepto formal, cuya función más importante, abstracción hecha de sus efectos traslativos, consistía en servir de legitimación formal para ejercitar los derechos reales que en ella se presumían y a los cuales sólo era necesari-

rio retroceder cuando se ponían en tela de juicio. La recepción del Derecho romano-canónico, sin conocimiento de la consecuencia y utilidad práctica de la investidura, llevó la confusión a sus preceptos fundamentales, pero, finalmente, dentro del Derecho inmobiliario, el pensamiento dominante de la institución, o sea, la incorporación de los derechos reales a una forma visible y trascendental, fué una vez más reconocido en el ordenamiento registral (8 bis).

4. EL DERECHO CANÓNICO Y LA «ACTIO SPOLII»

Es corriente en la doctrina la afirmación de que el Derecho canónico marca el ángulo máximo de protección al estado posesorio. Su principio, «spoliatus ante omnia restituendus est», se considera como una exaltación del orden público, inspirador de la mayor parte de los sistemas legislativos de la época moderna. Pero éste es extremo que requiere mayor esclarecimiento y por ello nos vamos a detener, siquiera brevemente, en el examen de esta institución en el Derecho canónico.

En el siglo IX empieza la era de las falsificaciones de textos eclesiásticos: aparecen las Falsas Decretales del pseudo Isidoro, publicadas por Isidoro Mercator o Pescator; las Falsas Capitulares de Benedicto Levita y los Capítulos de Angilramí. Estas colecciones, que tuvieron gran importancia en la evolución del Derecho canónico, la tuvieron aún mayor respecto a la doctrina de la posesión. Su clarísimo fin, ellas mismas lo confiesan: fué el de privilegiar a los Obispos y acoger la idea de que aquellos que eran expropiados, ante todo debían ser repuestos. Recogían, pues, la idea de la «exceptio spoli», a la que no daban aún este nombre, dándole el carácter de privilegio político de los Obispos y refiriéndola exclusivamente a éstos. Tenía además no propiamente carácter de excepción, sino de «officium iudicis», y, finalmente, no se refería a la posesión de cosas singulares, sino sólo a la de un oficio y su correspondiente beneficio.

Posteriormente la práctica va desarrollando este principio que pierde el carácter de privilegio político de los Obispos y adquiere mayor amplitud, extendiéndose a todos los Oficios eclesiásticos y aún legos, y abarcando no sólo ya Universidades como los Oficios y Beneficios eclesiásticos, sino también cosas singulares. Pero en el canon «Redintegranda», del Decreto de Graciano, se vuelve a restringir su concepto a los Obispos. «Redintegranda sunt omnia spoliatis vel electis Episcopis praesentialiter ordinationes pontificum, et in eo loco unde abscesserant funditur revocanda quaquumque conditione temporis aut captivitate aut dolo violentia maiorum et per quasquumque iniustas causas rea ecclesiae vel proprias id et suas substantias perdidisse nascuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum».

Si en su origen la «exceptio spoli» no era siquiera una excepción, es lo cierto que sobre su base se configuró poco a poco una excepción y más tarde una acción. Se crea una excepción al admitir la posibilidad de que el despojado impidiese el litigio hasta tanto se le restituyese conforme al aforismo «spoliatus ante omnia restituendus est». Cuando surge la «actio spoli», la «exceptio» pasa a ocupar un lugar secundario. Ya en el Decreto de Graciano podríamos ver en embrión separarse, incluso formalmente, ambos aspectos, pues son tratados en lugares distintos; con la afirmación de que a nadie puede moverse juicio sin antes ser restituído, se establece la «exceptio» y con la afirmación de que el juez de oficio debe restituir, se establece la «actio».

Más adelante la Decretal «Saepe contingit» concede una verdadera acción—«actio spoli»—contra cualquier poseedor de la cosa usurpada, aunque no sea el mismo usurpador. Esta acción canónica, en lo sustantivo no es otra cosa que el interdicto «unde vi» del Derecho romano, hecho extensivo a terceros detentadores de mala fe de la cosa usurpada. Su texto es el siguiente: «Saepe contingit quod spoliatus iniuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationem iuris proprietatis amittit efectum».

En el año 1230 Gregorio IX encargó formar una nueva colección eclesiástica al español. San Raimundo de Peñafort, llamando a ésta «compilatio nova», en contraposición a las cinco Compilaciones antiguas. Posteriormente esta Colección recibió el nombre con que hoy se la conoce de Decretos de Gregorio IX o simplemente Decretales. En ellas se regulan los interdictos, principalmente en el título XIII, libro II, «De restitutione spoliatorum».

Conviene advertir que las Decretales, siguiendo en esto a la jurisprudencia romana, llamaban interdicto «unde vi» al de recobrar, en el caso de que el poseedor hubiera sido expulsado de su posesión a la fuerza y con violencia. Establece además el Derecho de Decretales las reglas siguientes:

1. No se puede oír al despojante, aunque alegue ser dueño de aquello que despojó, a no ser que el despojado quiera ceder su derecho (9). Parece ser que a este capítulo se opone el XII del mismo título, en que se permite al dueño expulsar al intruso que se entrometió sin saberlo él, y no por eso podrá el expulsado interponer interdicto posesorio (10). Pero este supuesto que contemplan las Decretales no es sino el ya citado del Digesto (D. 41. 2, 6, 1).

(9) *Decretales de Gregorio IX*, cap. I, título XIII.

(10) «Ingressus possessionem, ignorante domino ad quem pertinet potest per ipsum dominum, statim cum sciveret, repelli etiam violenter nec ex tali repulsione competit repulso contra dominum interdictum possessorium.» *Decretales. Capítulo: XII, tit. XIII, libro II.*

2. Más difícil es el Capítulo «Patenti restitutionem beneficii; questio institutionis non canonicas referri non potest (11).

Las Decretales entienden aquí por «praedo» al que, poseyendo injustamente una cosa, es despojado por el dueño a la fuerza y violencia, tomándose la justicia por su mano.

3. Consecuentemente con esto añaden las Decretales que no puede el despojante alegar que el despojado sea criminal (12).

La razón que para ello da Alejandro III es que se puede conjeturar que aquella acusación es interesada como hija de enemistad y malevolencia (13).

4. Ni aun el mismo Juez puede despojar a nadie sin oírle judicialmente (14). Claro está que se trata aquí del poseedor legítimo, pues al despojante se le despoja a su vez sin oírle.

5. No sólo se le despoja al despojante, sino que se le obliga a restituir frutos y rentas y resarcir los que hubiera podido cobrar o percibir el poseedor, aunque el despojante no los haya percibido o cobrado (15).

6. No se puede interponer interdicto de despojo contra el que no despojó ni se complicó en el despojo (16).

7. A su vez, el que recibió del despojante la cosa ocupada no la debe restituir al despojante, sino al despojado (17).

Si el sistema posesorio canónico hubiera de interpretarse por el examen de los citados textos de las Decretales, se obtendría la fácil conclusión de que el sistema protector era amplísimo, tanto en el aspecto de la legitimación activa interdictal, como en el objeto de la misma. Mas si entramos en el examen de las excepciones del sistema, aquella conclusión ha de ser profundamente rectificada.

En efecto, la «exceptio spolii» establecida en el célebre canon «Redintegranda» citado, puede ser enervada por la elección viciosa del despojado. A decir de Martí Miralles (18), «no es necesario para

(11) «Cum quis dicit sede possessionem violenter ejectum, et adversarius dicit cum non fuisse canonicae institutum, respondem prius de violenta ejectione, quam de canonica institutio agi debere, quia praedo etiam secundum rigorem iuris restituendus. Decretales. Cap. V, tit. XIII, libro II.

(12) «Non obstat exceptio criminis agentis interdicto unde vi, vel quod v. aut clam.» Decretales. Cap. VI, tit. XIII, libro II.

(13) «Quoniam criminaliter adversus eum ante restitutionem agere non potest cum praesumatur ejus existere inimicus.» Decretales. Cap. VI, libro II, título XIII.

(14) «Spoliatus iudice iuris ordine praetermisso ante omnia restituatur.» Decretales. Cap. VII, tit. XIII, libro II.

(15) «Violentibus rem cum fructibus etiam qui percipi potuissent restituere, damna resarcire et de injuriis satisfacere compellitur.» Decretales, Cap. IX, título XIII, libro II.

(16) «Interdictum unde vi non competit contra eum qui non spoliavit nec spoliari mandabit, nec spoliatorem ratanc habuit.» Decretales. Cap. XV, tit. XIII, libro II.

(17) «Recipis scien ter rem invam a spoliatore, tenetur eam spoliato restituere, licet non probet dominicum.»

(18) «Spoliatus ante omnia restituendus. Excepciones a este principio. «Revista Jurídica de Cataluña», vol. XVII.

demostrarlo acudir a documentos de carácter meramente doctrinal o científico de dudosa eficacia jurídica; basta fijarse en las notas o comentarios auténticos del mismo Decreto y en las glosas del texto entre las cuales se ve la que sigue al Capítulo IV de la citada causa (tercera de la segunda parte del Decreto), que dice: «Patet ergo, quod spoliati prius sunt praesentialiter restituendi ante quam ad causam sint vocandi sed obiicitur ubi non fuit legitima institutio, ibi non potest restitutio. Non enim probatur destitutus, qui prius non fuit institutus; ac per hoc nec restorationem postulare potest: illi ergo, quorum electio vitiosa est, vel qui a claro non sunt electi, vel a populo expediti, vel qui per simoniam irrepserunt, non sunt habendi inter episcopos; et ideo, si a sedibus quas tenere videbantur expulsi fuerint, non possunt restitutionem peterere a tequem vocentur ad causam.»

La elección viciosa—concluye Martí Miralles—por las diversas causas que en la nota se relacionan, haría ineficaz la «exceptio spoliis», examinada en los citados textos del Decreto, únicamente para los casos en que el Obispo despojado hubiese sido legítimamente instituido.

No se crea—sigue diciendo Martí Miralles—que esta excepción al principio «spoliatus...», desaparece con las sucesivas transformaciones que sufrió esta institución dentro del Derecho canónico, pues si bien es verdad que sufrió algún eclipse momentáneo y que algún precepto de la legislación eclesiástica pretendió borrarla para siempre... cuando la «exceptio spoliis» se convirtió en verdadera acción de despojo y extendió el radio de su aplicabilidad, paralelamente a su desarrollo fué acompañada de esas mismas excepciones que, al compás de la acción a la cual condicionaban, fueron extendiéndose a otros supuestos y otros medios hasta llegar a la verdadera «exceptio dominii».

Dentro ya del campo propio de la «actio spoliis», evidentemente esta «actio» es paralela al interdicto romano de «unde vi», cumpliendo análogas finalidades protectivas. Pero entre una y otro median profundas diferencias.

La «actio spoliis» implica una protección más amplia que el interdicto recuperatorio «unde vi» en los siguientes aspectos:

1. El «unde vi» se da únicamente en los casos de despojo violento—deiecto—; la «actio spoliis» en toda clase de desposesiones violentas o no.

2. En aquél está legitimado pasivamente sólo el despojante; en éste cabe dirigir la acción también contra terceros poseedores de mala fe—*consciis spoliis*—. Si a esto se agrega que, según Martí Miralles, este nuevo paso dado por el Derecho canónico para extender el círculo de la «actio spoliis», fué seguido de otro debido a la práctica de los Tribunales eclesiásticos, en mérito del cual y en atención a que constituía un obstáculo a muchos interdictos contra terceros poseedores la dificultad en que el actor o interdictante

se había forzosamente de encontrar, al pretender probar que el tercer poseedor conocía la procedencia de la cosa objeto del despojo, se aplicó a la acción de este nombre, sancionada por la «Saepe contingit», la misma amplitud de criterio que para la excepción había adoptado el «Redintegranda» de manera que, según esta innovación por la doctrina canónica, la acción de despojo vino de hecho aplicándose en todos los interdictos contra terceros poseedores, tanto si conocían como si ignoraban la circunstancia del despojo cometido en la cosa que poseían, como se comprueba por Ferrari en «Practica aurea», en donde afirma que ésta es una «communis opinio» entre los decretalistas. «Communis decretalistarum opinio est quad sic ; sive si bona fide seum titulo, sive sine titulo possessor...» y se comprenderá la extensión que tiene la «actio spoli» desde el punto de vista de la legitimación pasiva interdictal.

3. Mientras en el Derecho romano el interdicto «unde vi» se daba únicamente para la recuperación de bienes inmuebles,—«fundi vel aedium»—el canónico lo extendió a toda clase de bienes, tanto inmuebles como muebles ; a toda clase de derechos reales, a los derechos honoríficos de supremacía o preeminencia ; a los derechos concernientes a los oficios o beneficios eclesiásticos ; a los de patronato o elección ; a los de rentas y diezmos, y aún a los de familia en general, y en especial..., a los dimanantes del matrimonio (Martí Miralles).

4. Por último, la protección por la «actio spoli» al simple detentador es el rasgo en que la doctrina se apoya más fuertemente para marcar la separación de ambos sistemas romano y canónico.

Pero esta exposición escueta de las diferencias que separan al interdicto romano «de vi» de la «actio spoli» podrían llevarnos a la conclusión del valor absoluto en el sistema canónico del principio «spoliatus ante omnia restituendus», por lo que se hace preciso exponer siquiera sumariamente, las excepciones al mismo. Seguimos en este punto, y en general, en este apartado de nuestro trabajo a Martí Miralles (obra ya citada).

La excepción admitida al canon «Redintegranda» de la ilegitimidad del título canónico no pasó a las Decretales. Por el contrario, el texto ya citado demuestra concluyentemente su abrogación.

Conviene advertir que «jamás la doctrina canónica ha interpretado estos preceptos de la citada Decretal en términos absolutos ; antes al contrario, la calidad de ladrón del despojador podría servir de excepción o justificación del despojo en algunos casos ; porque como dice la glosa al comentar la palabra «rigorem» de la Decretal, hay ocasiones en que la equidad se sobrepone al rigor del derecho, y ello sucede cuando es el mismo dueño robado el acusado de despojo». «No obstante no se crea que siempre el ladrón, a tenor del derecho canónico, puede ser despojado impunemente por el dueño de la cosa robada. Es necesario distinguir los casos para establecer la verdadera doctrina sobre este punto.» «Por de pronto, los canonistas descartan de toda cuestión o duda, el perfectísi-

mo derecho que tiene el dueño de arrebatarse al ladrón «in continenti» de realizado el hurto, la cosa objeto de él: «non loquimur de occupatione incontinenti facta a domino—dice Francisco de Santsi—nom tunc esset potius justa defensio proprietatis, et dominus in re sua tuenda potest vim vi repellere.»

La cuestión debatida por los canonistas «es el caso de que el dueño pretenda recuperar la cosa robada en poder del ladrón, no «incontinenti», sino «ex intervallo» y entonces, siguiendo al nombrado canonista, diremos: «et distinguendum est inter proedonem notorium et occultum»: distinguiremos entre el ladrón notorio y el oculto, o sea, entre aquel que comete manifiestamente robo, del que no se encuentre en ese caso y resolveremos la duda en el sentido de entender exenta de la responsabilidad del despojo la reivindicación en el primer caso y alcanzando al segundo supuesto.

Inútil resulta pretender destacar cómo esta doctrina recorta el ámbito de aplicación de la «actio spoli», admitiendo una excepción que ni el Derecho romano justiniano ni el Derecho moderno acogen.

Aún más limita dicho ámbito la llamada «exceptio dominii» que viene a desvirtuar el tema posesorio desplazando la contienda desde el examen de las cuestiones de puro hecho a las declarativas de derecho, desde el plano del juicio posesorio al petitorio o plenario.

¿Los motivos por los cuales fué admitida por la jurisprudencia eclesiástica la «exceptio dominii» en los juicios posesorios, desnaturalizándolos y convirtiéndolos, como dice Menocchio, en juicios mixtos?—se pregunta Martí Miralles—: «De una parte según Ruffini, el retroceso que en los principios de la Edad Media sufrieron los estudios jurídicos; de otra, la influencia del derecho germánico, en el cual no se distinguía entre juicios petitorios y posesorios; las relaciones jurídicas, además de índole especial que en Derecho canónico se presentaban en las cuales no podían tratarse separadamente los conceptos de propiedad, posesión y tenencia, como sucedía en la materia beneficiaria y en las cuestiones de Patronato, y, por último, la misma organización política de aquella civilización con su multiplicidad de jurisdicciones, que hacían tanto más necesaria y apetecible la brevedad en los procedimientos, debieron ser, entre otras, las causas de que esta excepción fuera admitiéndose en los juicios posesorios, constituyendo una modificación trascendentalísima de los principios rigoristas de la legislación romana sobre la materia.»

«No interesa a los fines de nuestro estudio entrar en el examen del fundamento de la «exceptio domii»—si se deriva o no del principio «dolo facit qui petit quod rediturus est»—ni en la contienda teórica sobre su justificación. Sólo importa que destaquemos que esta excepción a la «actio spoli», desarticula totalmente el sistema invirtiendo el orden procesal; transforma la contienda sobre el hecho de la posesión en una contienda sobre el derecho de que la po-

sesión dimana, haciendo inútil la protección sumaria que el interdicto procura.

Y es que no siempre en la Historia del Derecho se ha visto con claridad la función propia de la acción interdicial que tiende a restaurar de modo inmediato el «statu quo» posesorio por la necesidad de mantener el orden público; lo que tiene de función policial la intervención del magistrado, como lo demuestra el origen mismo del interdicto romano, que es un acuerdo del Pretor tomado «extra ordinem».

Conviene advertir que la «exceptio domini», según concordantes testimonios de los canonistas y especialmente de Menocchio, el Abad Panormitano, el Valense, no puede oponerse en los casos de despojo violento.

No nos detendremos en el examen de otras excepciones que, según los expositores de Derecho canónico (entre los cuales no reina precisamente la unanimidad en este punto), cabe oponer al ejercicio de la «actio spoli». Entre ellas citaremos la de presunción de derecho, contraria al despojado; la de «periculum animae», aplicable solamente en las causas matrimoniales y la de daño irreparable, derivado de la reintegración posesoria.

En suma, el Derecho canónico, después de haber ensanchado extraordinariamente el ámbito del interdicto recuperatorio «unde vi», otorgando la acción de despojo no sólo al poseedor sino al detentador, haciéndola eficaz contra terceros poseedores, protegiendo no ya el despojo violento, sino cualquier privación ilegal de la posesión y ampliando su ámbito objetivo a los bienes muebles y al ejercicio de los derechos, acabó por desvirtuar el neto problema posesorio interfiriendo en el mismo otras cuestiones ajenas al simple problema que el interdicto se propone, que es la vuelta sin más al «statu quo» anterior al despojo, sin perjuicio de las acciones sobre el mejor derecho a poseer, que el interdicto no prejuzga.

5. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Pretender seguir la línea evolutiva de nuestra institución en el Derecho histórico patrio, es tarea que excede a nuestras posibilidades. En él desembocan las corrientes de los tres sistemas—romano, germánico y canónico—mezclándose y entrecruzándose de tal manera que resulta difícil encontrar un puro venero en el que aflore la simple sustancia de uno de los sistemas citados.

Por ello nos vamos a limitar a entresacar algunos textos que estimamos dignos de meditación como base para el esclarecimiento de las cuestiones que estudiamos en nuestro derecho positivo.

En primer lugar es digna de tener en cuenta la reiteración con que nuestros textos repiten la norma punitiva del Derecho prejustiniano, concretamente la disposición de Valentiniano, Teodosio y Honorio. (Véase nota 1 de este trabajo) y ello desde el Fuero

Juzgo a la Novísima Recopilación. «Quien echa a otro omne por fuera de lo suyo, ante que el juicio sea dado, pierda toda la demanda, magüer que aya buena razón. E aquel que fué forzado, reciba su posesión, e todo lo suyo que tenia entréguelo en paz e qui toma por fuerza la cosa que non puede venger por iudizio pierda lo que demanda y entregue el tanto a qui fué forzado» (19).

«Si algún home entrare o tomare por fuerza alguna cosa eu otra tenga en juro, o en poder, y en paz, si el forzador algún derecho y había, piérdalo; e si el derecho non había, entréguelo con otro tanto de lo suyo o con la valia a aquél a quien lo forzó; más si alguno tiene que ha derecho en alguna cosa que otro tuviere en juro de paz, demángelo por el fuero» (20).

«Si alguno entrare o tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador algún derecho hai piérdalo; e si derecho hay non había entréguelo con otro tanto de lo suyo o con la valia a aquél a quien lo forzó, mas si alguno entiende que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en juro y en paz, demándelo» (21).

«Si alguno entrare o tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador algún derecho ahí había piérdalo e si el derecho ahí non había, entréguelo con otro tanto de lo suyo, o con la valia, a aquél a quien lo forzó, mas si alguno entiende que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en juro o en paz demándelo» (22).

Nuestra Ley de Partidas contiene un verdadero ordenamiento de la posesión y de los medios de protección de la misma. La Partida III, tit. II, en su Ley XXX concede la posibilidad de demandar a aquel que tuviere la cosa, aunque no hubiera sido el despojante. Sigue por tanto en este caso el sistema canónico. (Nos volveremos a referir a ella al tratar de la legitimación pasiva.)

El título fundamental sobre la posesión es el título XXX de esta misma Partida. Su ley primera es conocidísima.

«Possession tanto quier dezir como ponimiento de pies. E según dixeron los sabios antiguos, possession es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, e del entendimiento. Ca las cosas que non son corporales, así como las seruidumbres que han las unas heredades en las otras, e los derechos porque demanda ome sus deudas, e las otras cosas que no son corporales semejantes destas, propiamente non se pueden poseer nin tenér corporalmente, más vsando dellas aquél a quien pertenece el vso consintiéndolo aquél en cuya heredad lo ha, es como manera de possession.»

A continuación alude a la cuasi posesión al decir que las cosas no corporales son tenidas como manera de posesión. Entre las co-

(19) Fuero Juzgo. Ley 2, tit. I, libro VII.

(20) Fuero Real. Ley 4, tit. IV, libro IV.

(21) Ordenanzas Reales. Ley 2, tit. XIV, libro III.

(22) Nueva Recopilación. Ley 1, tit. XXXIV, libro XI.

sas no corporales cita las servidumbres y «los derechos porque demanda vn ome sus debdas». Sigue, pues, un criterio de máxima amplitud en cuanto a la clase de derechos que pueden ser objeto de posesión. La siguiente ley establece dos maneras de posesión: una natural y otra civil, aunque no da a estos conceptos el significado del Derecho romano.

«Ciertamente dos maneras y ha de possessión. La vna es natural y la otra es por otorgamiento de derecho a que llaman en latín *ciuil*. E la natural es, que ome tiene la cosa por sí mismo, corporalmente, assi como casa o su castillo, o su heredad, e otra cosa semejante, estando en ella. E la otra que llaman *ciuil* es, quando algund home sale de casa, de que el es tenedor, o de heredad, o de castillo o de otra cosa semejante, no con entendimiento de la desamparar, mas porque non puede ome siempre estar en ella. Magüer ca estonces non sea tenedor de la cosa corporalmente, serlo ha en la voluntad o en el entendimiento, et valdrá tanto como si estuuiese en ella por sí mismo.»

En la Partida séptima, dedicada al derecho punitivo, vuelve a reaparecer la disposición que ya hemos visto reiterada, de modo constante en otros Cuerpos de nuestro Derecho.

«Entrando o tomando alguno por fuerza, por sí mismo, sin mandado del juzgador, cosa agena, quier sea mueble, quier rayz, dezimos que si derecho o señorío auia en aquella cosa, deue pechar aquel que tomo, o entro quanto valia la cosa forçada, e demas deuelo entregar della, con todos los frutos e esquilmo que dende tomo. E si por aventura aquella cosa que assi, tomo, se perdiesse o se empeorasse o muriesse después, el peligro del empeoramiento o de la pérdida, pertenesce al forçador, en manera que es tenuto de pechar la estimación della a aquel a quien la tomo o la forçó, e está pena a logar contra todos los omes que tomaren e furtaren lo ageno, assi como sobredicho, fueras ende, si el que lo fiziessse fuere menor de catorze años, o loco, o desmemoriado, o si fuesse padre el que entrasse la heredad de su fijo, o señor que entrasse la heredad que ouiesse aforrado. Pero cualquier destos sobredichos, magüer no caya en esta pena, tenuto es de desamparar, e de tornar libremente, aquello que tomo o entro como non deuia, 3 aquellos cuyo era. E como quier que el menor de catorze años nin el loco, nin el desmemoriado, non caerian en la pena sobre dicha, si aquellos que los touiessen en guarda, entrassen en la manera que de suso diximos, o tomassen cosa agena en nome de aquellos que touiessen en guarda, entonce los guardadores caerian en la pena, también como si lo fiziessen de otra guisa por sí mismo, pechándolo de lo suyo e non de los bienes de los huérfanos» (23).

Pero según la ley siguiente no incurren en esta pena aquellos que atenten contra el que tuviere la cosa no como verdadera posesión, sino por otro concepto que podemos considerar como de

(23) Ley 10. tit. X. Partida VII

tenencia ; en este último caso al despojante se le obliga a devolver la cosa con los daños y menoscabos, pudiendo imponer el juzgador alguna pena.

«Alegando, o emprestando, o encomendando un ome a otro alguna cosa señalada, como quier que el que la tuuiere de alguna destas maneras, se puede servir e aprouechar della, fasta el tiempo que señalaron que la tuuiesse, con todo esso, el señorío, e la pössession de la cosa, siempre finca en saluo al señor della, porque aquel que la tiene por alguna destas razones non la tiene por si mas en nome de aquel que gela dio en guarda o a loguero. E por ende dezimos, que magüer el que la auia assi dado, tomasse aquella cosa por si mismo, o otro alguno por el, sin mandamiento del judgador, a aquel que la touuiese del de alguna de las maneras sobredichas, que non caeria en la pena que diximos en la ley ante desta como quier que es tenuto de gela tornar, que se sirva dellá hasta aquel plazo que le señaló que la touuiesse, cuando gela dió. Otro si dezimos, que si alguno fuesse metido en tenencia de alguna cosa por mandado del judgador por mengua de respuesta : o si alguna mujer fincasse preñada de su marido que se muriesse fuesse entregada en la possession de los bienes que fincaron de su marido, porque los touuiesse en guarda, e en nome del fijo, o fija que touuiesse en el vientre, o en otra manera semejante desta ; si después que tuuiesse la tenencia, gela tomassen algunos por fuerça, non caerían por ende en la pena que diximos en la ley antes desta. Porque ninguno destes, que son assi apoderados en las cosas de otro, non ha verdadera possession en las cosas de que son entregados como quier que ayan la tenencia dellas. Pero el que gela tomasse assi, deuele tornar lo quel tomo con los daños, e con los menoscabos que viniere por esta razón. Otrosí el judgador le puede poner alguna pena de su oficio, si entediente que la meresce por el atrevimiento que fizo» (24).

La doctrina tradicional se reitera poco después :

«Empeñando un ome a otro alguna cosa, entregándolo de la possession della en razón de empeño, si después desso gela tomasse con fuerça e por si mismo pierde por ende el derecho, e el señorío que auia en ella. Ca, aquel que tiene la cosa que assi es empeñada, como quier que non a el señorío della, con todo esso, ha verdadera tenencia e por ende non gela deuen tomar, fasta que sea pagada la debda que auia sobre ella.»

«Atrevidos son a las vegadas omes y ha, de tomar por fuerça, como en razón de prenda, o de paga algunas cosas de aquellos que les deuen algo : e como quier que aquellos seanles debdores, tenemos que facen desaguisado. Ca por aquesto son puesto los judgadores en los lugares, porque los omes alcancen derecho por mandamiento dellos, e non lo pueden por ellos mesmos facer. E por ende dezimos, que si alguno contra esto fiziere, tomando alguna

(24) Ley 11, tit. X, Partida VII.

cosa de casa o de poder de su deudor, que si algún derecho auia en aquella cosa que tomó que lo deue perder por ende; e si el derecho non auia, debe tornar lo que tomó e por la osadía que fizo, deue perder el deudor que auia de auer de aquel a quien la forçó; e de allí en adelante, non es tenuto el deudor de responder por ende. E ha lugar a esta pena, quando aquel que prendó a su deudor, lo fizo por fuerça o de otra manera sin derecho, e sin plazer del» (25).

De estos textos se deducen inmediatamente dos consecuencias:

Primera: El claro influjo del sistema romano de la última época; esto es, afirmación del principio de justicia pública, y en consecuencia, que a nadie le es lícito tomarse la justicia por su mano. A salvo, naturalmente, los supuestos de defensa legítima.

Segunda. La influencia asimismo del derecho canónico en cuanto a la extensión de la protección posesoria activamente al deudor y pasivamente a los terceros usurpadores.

Pero este sistema, fundamentalmente romano-justiniano, con vetas canónicas, no representa la síntesis del sistema histórico español. Para que lo fuera, sería preciso completarlo con el estudio de los fuertes estratos germánicos que representan los Fueros municipales y particularmente con el examen de una institución de indudable arraigo en éstos. Nos referimos, claro es, a la llamada posesión de año y día, en la que, en opinión de don Jerónimo González (26), se refleja claramente la influencia de la *Rechte Gewere* germánica.

Esta institución, que tiene su origen en los embargos de bienes por los Jueces reales, en los que se concedía al ejecutado el plazo de año y día para recuperarlos, se aplicó a los casos de enajenación judicial (*Auflassung*), o tipos de transferencia asimilados, y se extendió, en virtud de las Capitulares de los Reyes francos, durante el siglo x, apareciendo ya en el Fuero de Santa María de Alquezar (1075) y Miranda de Ebro (1091).

El sentido general de los Fueros en este punto está reflejado en la disposición del Fuero de Soria, Códice A (Edic. Galo Sánchez), que dice: «Todo aquel que fuere tenedor de algún hereditat. non responda por ella, pues que anno y día fuere pasado.» Además de los citados responden a este sistema los de Logroño, San Sebastián, Santo Domingo de la Calzada, Brihuega y Usagre. Se contraponen por los señores Alas, De Buen y Ramos (27), los de Jaca, Estella, Molina de los Caballeros, Medinaceli, Antofñana, Bercedo, Cuenca, Plasencia, Zorita de los Canes y Alcázar que añaden la exigencia de un título de compra o de adquisición, es decir, de un título hábil para transmitir la propiedad.

Frente a las conclusiones que los autores citados obtienen, Jerónimo González opina: «Sin negar las posibles orientaciones que

(25) Leyes 13 y 14 del tit. X de la Partida VII.

(26) J. GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho Hipotecario*, pág. 97.

(27) *De la usucapion*, Madrid, 1916.

los precedentes romanos e indígenas hayan impuesto al derecho popular, creo deficientes las investigaciones aludidas y equivocado el valor que en los mismos se concede al título adquisitivo cuando se sostiene, no sólo que los Fueros del segundo grupo exigen una especie de prueba, sino que los del primero no autorizan para «afirmar con fundamento que se diese en ello a la institución que nos ocupa el carácter de modo de adquirir la propiedad.»

«Debe tenerse en cuenta—continúa J. González—para enfocar la materia desde un punto de vista adecuado, que así como los romanos sentaron la energía del procedimiento en los modos de adquirir y formaron con rígido tecnicismo tal doctrina, desconocían los germanos estos desenvolvimientos de la ciencia jurídica y colocaban el eje de la protección a la propiedad directamente en el Derecho procesal, dejando, en cierto modo, al margen los preceptos sustantivos.

El principio que examinamos recibe su consagración definitiva en la conocida ley I, tít. XI del libro II del Fuero Real: «Todo home que demandare heredad a otro, o a otras cosa cualquier, si el tenedor de la heredad, o de aquella cosa que la demandan, quisiere ampararse por tiempo, e dixere qué año y día es pasado que lo tuvo en paz y en faz, entrando y saliendo en la tierra o en la villa el demandador, no le responda el tenedor de la cosa.»

¿Cómo evolucionó el principio? ¿Cómo se concilia con los derivados del sistema romano tan antagónicos?

La autorizada palabra de don Jerónimo González, que titula el párrafo 14 de sus «Estudios de Derecho Hipotecario» así. «Triunfo de la posesión romana», nos da la réplica.

«La enorme preponderancia que el Derecho Romano adquirió en nuestra Patria durante el siglo XII se refleja, no sólo en las Partidas, sino en las mismas Leyes del Estilo que interpretan los preceptos del Fuero Real. Reproduce, es cierto, la Ley 211, aquella disposición de las Capitulares de los reyes franceses que confirmaban las ventas de los bienes del deudor, hechas por los jueces reales, cuando no se hubiere reclamado contra ellas dentro de año y día; pero, en cambio, la 192 preceptúa que «si el tenedor de la cosa se defiende por tiempo de año et día, et el alcalde por presunción derecha sospechase contra el tenedor que non tenga la cosa derechamente, puédele preguntar et apremiar que diga el título por do ovo la tenencia de aquella cosa»; y sobre todo la 242 acepta con la doctrina procesal romana, la separación del posesorio y del petitorio al indicar cómo interpretaban la citada Ley del Fuero real los alcaldes de la Corte: «E entiénde que non sea ténudo de responder este tenedor quanto en la *tenencia*, et finca el tenedor por el año et día en la verdadera tenencia desta cosa más a la propiedad que es el señorío de la cosa, en salvo finca a la parte que la puéde demandar.» «Empero si este que tiene la cosa, mostrase que la compró, o otro título o derecho, et mostrase que la tovo año et día en

faz et en paz del demandador, non será tenuto de responder, sobre la posesión nin sobre la propiedad.»

La Ley del título IX del Ordenamiento de Alcalá todavía sostiene la doctrina que contienen los «fueros de algunas Cidades et logares»: «El que touiere la cosa anno et día que non se excuse de responder por ella, salvo si touiere la cosa anno et día con título e buena fe». Aparecen terminantemente separadas la prescripción de la propiedad y la de la posesión en la Ley 65 de Toro, y a través de la Novísima Recopilación (Ley 3, tit. VIII, libro XI) llega la institución a la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 1.658, y al Código civil, artículo 460, 4, y 1.968, 10) completamente desfigurada, por la equiparación del año y día del Derecho franco al año en que debían ejercitarse los interdictos romanos (Obra citada, página 122 y ss.).

6. DERECHO VIGENTE

A) La terminología.

Como precedentes legislativos inmediatos de nuestros textos vigentes en la materia, citaremos:

El artículo 44 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia que establece: «Toda persona que fuere perturbada o despojada de alguna cosa corporal o espiritual, sea lego, eclesiástico o militar, el despojante o perturbador podrá acudir al Juez para que le restituya y ampare y dicho Juez conocerá de estos recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda.»

Y los artículos 709, 710, 711, 712 y 724 de la LEC de 1855 que son del tenor siguiente:

Art. 709. «El interdicto de retener la posesión sólo tiene lugar cuando ha habido conatos manifestados por algún acto exterior de turbar o inquietar en ella al que la tuviere.»

Art. 710. «El que intente el interdicto de retener la posesión al formular su demanda, ofrecerá su información para acreditar:

1. Que se halla en posesión.
2. Que se le ha tratado de inquietar en ella expresando el acto que se lo haya hecho temer.»

Art. 711. «Admitida la demanda el Juez mandará recibir y recibirá la información ofrecida.»

Art. 712. «Si dada la información resultaren acreditados los dos extremos referidos, declarará el Juez no haber lugar al interdicto.»

Art. 724. «El que solicite que se le restituya en la posesión de que haya sido despojado debe ofrecer la información sobre los hechos siguientes:

1. Hallarse él o su causante, en la posesión o tenencia de la cosa de que haya sido despojado.

2. Haber sido despojado de esta posesión o tenencia designando el autor del despojo.»

La Ley vigente de Enjuiciamiento Civil acepta la denominación de interdictos que acoge la Ley de 1855 y que ni es clásica en nuestros derechos, ni adecuado a su contenido, pues como dice el profesor Prieto Castro, nada tienen que ver con los de esta denominación del Derecho Romano, ya que éstos obedecían a principios completamente distintos y en el fondo constituían un medio rápido de dictar providencias más bien de carácter administrativo municipal.

En la exposición de motivos que don Pedro Gómez de la Serna había redactado para la LEC de 1855 decía que, bajo el nombre de interdictos comprende la Comisión, todos los juicios civiles que reclaman con urgencia una medida que los termine, por interesar inmediatamente al orden público, etc. Ha seguido—dice refiriéndose a la Comisión de Codificación—la nomenclatura romana adoptada entre nosotros sin contradicción desde el siglo XIII.

No obstante estas afirmaciones, es lo cierto que en los textos legales no se encuentran los interdictos con el nombre actual. Por otra parte, en las obras anteriores a la Ley tampoco se ve empleado dicho nombre.

Nada hemos encontrado en nuestros clásicos Barbosa, Cepola, Celso Gutiérrez, etc., que nos hable de la existencia de «interdictos».

Bastante posterior es Hevia Bolaños, el que en su «Curia Filipica» tampoco nos habla de interdictos, sino de acción de despojo.

El Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 es de bastante interés al respecto; en su artículo 44 nos habla del juicio sumarísimo que corresponda y es en la Real Orden de 8 de mayo de 1839 donde por vez primera se vuelve a emplear el nombre de interdicto, si bien no con la denominación clásica, sino con la de «manutención o restitución». En la Instrucción del Marqués de Gerona de 30 de septiembre de 1853, en su artículo 52 se habla de interdictos de despojo y amparo. Y, por lo tanto, es precisamente en la LEC de 1855 donde por vez primera vuelve a emplearse la denominación clásica romana de interdictos de *retener* y *recobrar*.

En realidad, los interdictos que nos ocupan son verdaderas «acciones posesorias» en el recto sentido en que interpretando el artículo 937 del Código civil suizo la emplea Wieland (28) y Rossel y Mentha (29) y cuyas diferencias con las acciones de derecho posesorio perfila von Thur (30) para que los caracteres diferenciales entre acciones propiamente posesorias (Besitzschutzklage) y acciones de derecho posesorio (Besitzrechtklage), son los siguientes:

1. La acción protectoria se da contra un hecho prohibido: esto

(28) *Les droits réels dans le Code civil suisse.*

(29) *Manuel de droit civil suisse.*

(30) *Das neue Recht.*

es, por un ataque positivo a la esfera de la posesión del actor. La acción de derecho posesorio, es además posible, en casos en los cuales la pérdida de la posesión no es motivada por un acto injusto. Se concede, por ejemplo, cuando pierdo mi reloj en el bosque y el que lo halla se niega a devolverlo, o cuando he confiado mi cosa a una persona que la enajena a un tercero de mala fe.

2. La acción protectora se funda tanto para los muebles como para las fincas, en el hecho de posesión como tal. La acción de derecho posesorio solamente se une a la posesión en los muebles, pues respecto a las fincas la presunción de que existe el derecho afirmado, solamente puede ser invocada por titular inscrito en el Registro (31). El mero arrendatario está obligado a ejercer la acción protectora de la posesión.

3. A la acción protectora, salvo una ligera variante, no puede oponerse la excepción de mejor derecho, mientras ha de permitirse sin limitación contra la presunción jurídica. No siempre triunfa el poseedor, sino quien ha demostrado el mejor derecho.

4. El plazo para el ejercicio de la acción protectora de la posesión es muy corto. La acción jurídica de presunción tiene, por el contrario, largo plazo. No caduca, sobre todo, cuando se dirige contra un poseedor de mala fe, por ejemplo, contra un ladrón o un encubridor; caduca a los cinco años, cuando se trata de cosas robadas, extraviadas o cuya posesión se ha perdido involuntariamente.

Nuestra ciencia jurídica de mediados del siglo XIX no pudo alcanzar esta depurada técnica cuyo desenvolvimiento es, sin duda, posterior a la época de formación de nuestras leyes generales. Por ello, puestos a adoptar una denominación, nuestros legisladores, abandonando las tradicionales de acción de despojo, de juicio sumarísimo de expolio, etc., vuelven a la técnica romana (que es posible fuese práctica en el foro) lo que, si se tiene en cuenta el contenido del título XX del libro II de la LEC., no es enteramente correcto, pero es seguramente acertado, pues si bien en el Derecho Romano no hubo interdicto de obra nueva ni otro de obra ruinosa, la «operis novi nunciatio», antecedente del primero y la «cautio damni infecti», base del segundo, son disposiciones adoptadas por el Pretor («extraordinem»), lo mismo que los interdictos y al acogerlos y reglamentarlos en un título unitario, si no muy acordes con la terminología, nuestros legisladores mostráronse muy respetuosos y conocedores de la naturaleza del Derecho procesal romano.

B) Legitimación activa

a) *Los textos positivos.*—Yendo al campo propio de nuestro tema y proyectando ya la primera de las cuestiones que nos propo-

(31) Inútil parece aclarar que el autor establece el paralelismo con referencia al Derecho civil suizo.

mamos en nuestros textos vigentes, la cuestión se centra en dos textos fundamentales de nuestro derecho positivo: el artículo 446 del Código civil, a cuyo tenor: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado y restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen», y el artículo 1.651 de la LEC., según el que: «El interdicto, de retener y recobrar, procederá cuando el que se halla en la posesión o la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia.»

Poniendo en relación los preceptos citados con el total concepto que de la posesión se induce del título V, libro II del Código y especialmente del artículo 430 que encabeza el mismo, se obtiene «prima facie» la conclusión de que la protección posesoria en nuestro sistema es amplísima y que uniendo o sintetizando los sistemas romano-justiniano y canónico y acentuando aún más que ellos, el principio de justicia pública, llega al máximo de protección subjetivamente amparando toda situación de contacto sensorial con la cosa, y objetivamente, trayendo dentro de la órbita interdictal no sólo relaciones jurídicas reales, sino las relaciones jurídicas obligatorias.

¿Será fundada tal conclusión? Veamos las opiniones de los autores poniéndoles en contraste con los precedentes históricos de que nos hemos ocupado sumariamente en los anteriores apartados.

b) *La doctrina.*—Llama la atención la unanimidad con que nuestros comentaristas de Derecho procesal del siglo XIX, anteriores y posteriores a la Ley de 1855, perfilan el interdicto de retener y recobrar la posesión en el amplio sentido que hemos visto deducido de los textos positivos de nuestro derecho. Ello responde, sin duda, a una trayectoria de la doctrina que, embebida de las fuentes romanas justinianas y del Derecho canónico en parte, se conjuga con el principio de orden público con la afirmación del público proceso. No se puede negar a esta doctrina—pese a las opiniones de Martí Miralles—, un fuerte apoyo en nuestro derecho histórico. Los textos de nuestros Cuerpos legales que hemos transcrito reflejan una constante: la repulsa de las vías de hecho para restituir por propia autoridad la cosa al despojado y estos textos, sin duda entroncan, según hemos visto, con el Derecho imperial prejustiniano y con la fórmula del interdicto «unde vi» del Derecho justiniano.

Veamos esta «communis opinio» tomando las citas—luego de compulsadas—del propio Martí Miralles (obra citada).

En primer término, citaremos como autor inmediatamente anterior a la Ley de 1855, a don Juan María Rodríguez que en sus «Instituciones de práctica forense», dice refiriéndose al interdicto de recobrar la posesión:

«Es este interdicto el que se concede al tenedor de una cosa para recuperar la posesión o tenencia de ella de que ha sido privado por otro, de su propia autoridad. El Derecho civil estableció un interdicto «unde vi» que, aunque semejante al de despojo introducido por el canónico, se diferencia, sin embargo, en varias cosas:

1. Que el de despojo es más amplio y de consecuencias más favorables que el «unde vi», porque éste sólo tenía lugar para recobrar las cosas raíces, y aquél, aún para los muebles, derechos y acciones.

2. El primero era personal y no procedía, por tanto, sino contra el forzador de la cosa, y el segundo es real y se concede contra cualquier tenedor de ella.

3. En el «unde vi» se podía admitir al reo alguna excepción y en el de despojo ninguna absolutamente se le recibía, negándosele toda audiencia; y de aquí el sabido principio «spoliatus ante omnia restituendus».

«Comprende este interdicto al que ha sido despojado de una cosa que tuviera en su poder, aunque no sea verdadero señor o poseedor de ella y aunque la retenga «vi. clam, vel praecario», o sea, por fuerza, a ocultas de su dueño, o por ruego o encargo del mismo, dándose dicha reclamación aun contra el que se diga señor, que por su sola autoridad se administrase justicia despojando de la cosa violentamente a su tenedor. Y es la razón, porque en este caso no se trata de atribuir ni quitar ningún derecho, ni se declara que la cosa o su posesión pertenezca a éste ni aquél, sino que se manda únicamente hacer la restitución para que todo vuelva a estar como se encontraba antes del despojo...: la posesión, pues, objeto de este interdicto, es de mero hecho y por esto se concede a todo tenedor de la cosa contra cualquier forzador de la misma, aunque se tenga por dueño de ella. Cuando la ejecución o lanzamiento fuese hecho por el señor a uno que le arrojara de su heredad en el momento mismo de recibir la fuerza, no procederá este interdicto porque «vim vi repellere licet».

Comentando la LEC de 1855, los señores de la Serna y Montalbán, en su «Tratado de procedimientos», dicen: «De propósito se han puesto en la ley las palabras posesión o tenencia, conservando así el espíritu de las antiguas Leyes de Partida, que hacen extensivo este interdicto al caso de que el despojado tenga de su contrario la cosa objeto del litigio, aunque la haya obtenido por fuerza, clandestinamente o por ruego. Y con razón, porque es necesario hacer que los particulares no se hagan por sí mismos justicia, sino que la pidan y obtengan de los Tribunales establecidos para administrarla. De otro modo la anarquía más espantosa reemplazaría al orden social» (32).

De Vicente y Caravantes se expresa así (33):

(32) *Procedimientos judiciales*. Tomo II, pág. 287, 2.ª edición.

(33) *Procedimientos judiciales según la nueva L.E.C.*, 1855, vol. III, 251.

«El interdicto, de recobrar la posesión, es un juicio sumarísimo que tiene por objeto reintegrar y reponer inmediatamente en la posesión o tenencia de una cosa al que gozaba de ella, y de que otro le ha despojado violenta o clandestinamente por su propia autoridad.»

«Este interdicto se funda en el principio de eterna razón de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, sino recurriendo a las autoridades judiciales instituidas para administrarla a cada uno. Su objeto es evitar las luchas y vías de hecho a que recurriría el despojado para recobrar la posesión, si no tuviera un medio legal y expedito para ello»... «El Derecho romano concedió el interdicto «unde vi» al despojado de una cosa inmueble contra el despojante, aunque aquél la hubiese adquirido violenta, clandestina o precariamente»...

«El derecho canónico, en su anhelo de dar la mayor extensión a los medios más suaves y pacíficos para conseguir la reparación del perjuicio causado, adoptó el interdicto «unde vi» con el nombre de *interdicto de despojo*, concediéndole aún para el recobro de las cosas muebles y derechos y contra cualquiera que las detentase, aunque no fuese el mismo despojante, previniendo que no se admitiera excepción alguna al demandado, sino que se reintegrara inmediatamente al despojado en la posesión o tenencia de aquello de que se le despojó, siendo desde entonces máxima en el foro, «spoliatus ante omnia restituendus»; véase la Decretal de Inocencio III de 1216, can. 3.º, causa 3.ª, Quaest. y Cap. «De restituti spoliati».

Este interdicto, con más ventajas que el «unde vi», se adoptó en nuestras antiguas leyes y prevaleció en la práctica (v. las leyes 2.º título 1, libro VIII del Fuero Juzgo; i, IV, IV del Fuero real y 30, II, III de las Partidas) al paso que se consignaron también las disposiciones de las Constituciones imperiales romanas en las leyes V, VII, del Fuero Juzgo, 4 IV, 4 del Fuero Real; 10, X, VII de Partidas y 1.º XXXIV. II de la Novísima Recopilación.

«Este interdicto se da no solamente al que se halla en la posesión de la cosa de que se le despoja, como el propietario, sino aún al que se halla en la tenencia o mera ocupación de la misma que no constituye la posesión legal como los depositarios, comodatarios, prendarios, y, en su consecuencia, aunque no sea señor de la cosa y asimismo, aun cuando la posesión o tenencia fuese viciosa, esto es, se hubiese adquirido «vi. clam. vel precario.» «Esto se funda en que en este interdicto se trata de reponer las cosas al estado que tenían antes del despojo, para que no tengan efecto alguno los actos violentos o clandestinos del despojante, en castigo de su exceso y sin prejuzgarse sobre el mejor derecho de los contendientes a la posesión de la cosa, el cual le queda a salvo para alegarlo después en el juicio correspondiente.»

Y Manresa, el más autorizado exegeta de nuestras leyes de enjuiciar, dice comentando el artículo 724 de la LEC. de 1855:

«En todos nuestros Códigos se encuentran disposiciones encaminadas a impedir el que uno se apodere por propia autoridad de bienes que otro está poseyendo, y a que sea reintegrado prontamente en su posesión el que haya sido despojado de ella violenta o clandestinamente, pero no se detallan los requisitos, los casos ni la fórmula de estos procedimientos, aunque se les da el carácter de breves y sumarios. De aquí el que los expositores acudieran al Derecho romano para suplir el vacío de nuestras leyes y aceptando su doctrina introdujeron en nuestro foro el interdicto «unde vi» de las palabras con que el pretor encabezaba la fórmula del edicto.»

Vino luego el Derecho canónico, y no satisfecho con las condiciones de este interdicto, introdujo otro llamado de despojo que, aunque semejante al anterior, tenía más amplitud y ofrecía resultados más favorables, pues aquél, como personal, sólo se concedía contra el forzador de la cosa, y éste como real, se dirigía contra cualquiera, en cuyo poder se encontrara; aquél se daba para recobrar las cosas raíces y éste alcanzaba también a los muebles, derechos y acciones; y en el «unde vi» se permitía alguna excepción al paso que en el despojo se llevaba desde luego a efecto la restitución, sin citación ni audiencia del despojante. No es extraño, por tanto, que prevaleciera en nuestro foro la doctrina de los canonistas y que se tuviera como axioma de derecho el principio por éstos proclamado de «spoliatus ante omnia restituendus».

En sus Comentarios a los artículos 1.651 y 1.652 de la ley vigente de Enjuiciamiento civil, dice Manresa:

«El que posee en concepto de dueño tiene la posesión natural o la civil, o ambas a la vez, la verdadera y legítima posesión en el sentido estricto de esta palabra. El que posee en concepto de tenedor de una cosa o derecho, cuyo dominio pertenece a otro, no tiene más que la *tenencia*; también en el sentido estricto de esta palabra, con la obligación de conservarlos o el derecho de disfrutarlos, para entregarlos oportunamente a su dueño. En el primer concepto se tiene la posesión, y, en el segundo, la tenencia a que se refieren los artículos de este comentario.»

«Los expositores de nuestro antiguo derecho aceptaron también esta distinción, y si bien estaban conformes en que el interdicto de retener sólo competía al que era perturbado en la posesión y no en la mera tenencia de la cosa, no había igual acuerdo respecto del de recobrar. Los edictos del Derecho romano concedían este interdicto únicamente al que tenía la posesión legítima o jurídica de la cosa, y no al simple detentador; al paso que otros, siguiendo la doctrina del Derecho canónico y el espíritu de nuestras leyes, lo concedían a todo el que era despojado de una cosa que obraba en su poder, sin atender al derecho o título con que poseía, esto es, a todo el que se hallaba en la tenencia o posesión de hecho.»

«Para poner fin a esta diversidad de pareceres y uniformar la jurisprudencia, se declaró en el artículo 724 de la ley anterior y se ha repetido en los de este comentario, que corresponde el inter-

dicto de recobrar a todo el que se halla en la posesión o tenencia de la cosa, lo mismo al legítimo poseedor que al mero detentador. Y al declararlo así, no sólo se ha seguido la opinión más autorizada, sino también la más conveniente, pues siendo el despojo un atentado contra el orden público, debe reprimirse instantáneamente sin atender al título con que poseía el despojado para evitar las perturbaciones consiguientes e impedir que nadie se tome la justicia por su mandó.»

«De lo expuesto se deduce que el interdicto de recobrar no sólo compete al propietario y usufructuario que son los que tienen la posesión jurídica, sino también al inquilino, arrendatario, colono, depositario, comodatarios, al que tiene la cosa en prenda, y aún al que la tiene por fuerza, clandestinamente o por ruegos, los cuales sólo se hallan en la tenencia de la cosa. Puede entablarlo siempre que sean despojados de dicha posesión o tenencia, y contra el que haya causado el despojo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que en el caso de violencia o intimidación en las personas pueda alcanzar a los que hubieran ayudado o ejecutado el hecho por orden de aquél.»

Frente a esta doctrina se vuelve airadamente Martí Miralles considerándola falta de fundamentación histórica y contraria a los rumbos seguidos en la materia por la mayor parte de las legislaciones modernas.

En orden a la fundamentación histórica estima dicho autor que no es cierto el valor absoluto del principio «*spoliatus ante omnia restituendus*», en el Derecho canónico, sino que es objeto de fuertes correctivos mediante las excepciones ya examinadas en el apartado correspondiente de este trabajo.

No les habría sido preciso a los aludidos expositores de nuestro Derecho procesal—dice Martí Miralles—hacer muy fatigosas exploraciones por el olvidado campo de la doctrina canónica, ni emplear mucho tiempo desentrañando el alcance de las glosas, ni esfuerzos extraordinarios para cerciorarse del criterio de la jurisprudencia antigua, les habría bastado el no haber olvidado el verdadero sentido de una Ley de Partidas que algunos de ellos citan en apoyo de su errónea doctrina y para demostrar que el principio no falla jamás, sino que es regla sin excepción. Me refiero a la Ley 27, II, III que dice: «E si por aventura alguno demandasse a otro que le entregase de la tenencia de alguna cosa, e el que la tuiesse, o otro cualquier que la razonasse por suya, dixesse que gela non había porque entregar. porque es suya, o auia otro derecho en ella o otro alguno que dice que es suya aquella cosa, en tal razón como ésta, ante deue ser oyda la demanda, e librada del que demandasse la tenencia, que la del otro que demandasse el señorío.»

«Esta es la regla, pero regla que va seguida inmediatamente de la excepción, que nuestros procesalistas olvidan: «Fueras ende si aquel que demandasse el señorío de la cosa, quissiesse ante mostrar que era suyo luego, e tuiesse sus pruevas ciertas para pro-

varlo, ca entonces ante deue ser oydo e librado que el otro que demandasse la tenencia.»

«Y aún habrían podido nuestros procesalistas precisar el alcance de la excepción que nos ocupa, hasta distinguir los casos en que es aplicable de aquellos en que no lo es. Si hubiesen tenido a la vista otra Ley de Partidas interesantísima para nuestro objeto. Me refiero a la última del título X de la Partida 7.^a, cuyo epígrafe y texto conviene tener a la vista y que son como sigue:

«Como se deue librar el pleyto de la fuerza, ante que los otros pleytos que nascen sobre la cosa forzada.»

«Acaescen a las vegadas pleytos y contiendas, entre los omes, sobre las fuerzas que fazen unos a otros, de manera que aquellos a quien toman algunas de las cosas por fuerza, piden que les entreguen de la possession dellas; e las otras que las tomaron así, dizen que gelas non darán que son suyas e que han derecho en ellas, e que lo quieren provar. E por ende dezimos que quando así acaezca, que tales demandas vengan de consuno sobre una cosa, que la demanda de aquel que dice que seyendo el tenedor se la tomaron por fuerza, deue ser oyda primeramente e librada según derecho; e de si, oyan o libren las demandas de los otros, así como fuera derecho.»

«Con estos textos queda demostrado—concluye Martí Miralles—que la «exceptio domini» en materia de interdictos de despojo, no sólo fué aceptada por la Jurisprudencia canónica, sino que su doctrina pasó a formar parte del derecho secular obteniendo carta de naturaleza en el Derecho regio de Castilla.»

En apoyo de esta opinión, cita Martí Miralles el siguiente pasaje de la «Curia Filipica» de Hevia Bolaños:

«La restitución del despojo hecho por persona privada de su autoridad, o con la del juez, sin ser citado, oído y vencido por derecho el despojado, si ha de hacer sin citar al adversario, con sólo contar (aunque sea por sólo sumaria información), de que teniendo el despojado la posesión fué despojado de ella, como consta en dos leyes de la Recopilación: porque lo que de hecho se hace, de hecho es de derecho sea rescindido, como se dice en él.»

«La restitución del despojo hecho por persona privada, de su autoridad o con la del juez, sin ser citado, oído y vencido el despojado, se hace «ante omnia»: sin embargo, la oposición que haga el despojador u otro tercero, diciendo que los bienes son suyos o que tiene derecho a ellos, aunque se ofrezca a probar, y lo pruebe luego incontinenti, si no es probando por instrumento ejecutivo, porque esta exención no impide la restitución, sino que después de hecha se ha de tratar de la causa de ella, como lo dice una Ley de Partida, y su glosa gregoriana: salvo cuando el despojador reconociera al despojado de otro despojo precedente en la misma cosa, probándolo, porque entonces se ha de admitir la oposición e impi-

de la restitución del segundo despojo hasta que, vista la causa de uno y otro, se determine cuál ha de ser restituido» (34).

Doctrina que, en esencia, repite Ferrero en su «Librería de Jueces, Abogados y Escribanos...», etc. (35).

«De las cosas raíces se pierde igualmente la posesión por tres causas: 1) Si se despoja por fuerza de ellas al poseedor; 2) Si en su ausencia entra alguno en ellas y cuando vuelve no quiere el intruso recibirle y 3) Cuando sabe que alguno se introdujo en ellas, y no quiere ir a recuperarlas, temiendo que le eche por fuerza o no quiera admitirle; pero le queda su derecho a salvo para demandarlas, y justificada la intrusión debe ser restituido a su goce, y el intruso despojado ante todos, ya sea hecho el despojo por propia autoridad o por la del Juez sin previo citación del despojado, aunque el despojador u otro tercero haga oposición y prueba, a menos que sea con instrumento ejecutivo o que entre despojado y despojador haya reconvencción sobre otro despojo precedente en las mismas cosas, pues, probado éste, se admitirá la oposición e impedirá la restitución hasta que se decida el litigio.»

Desde el punto de vista de los derechos extranjeros Martí Miralles estima que nuestras leyes y nuestra doctrina van muy allá en orden a la afirmación del principio público en materia interdicial citando al efecto:

a) El artículo 23 del Código procesal francés el que dice: «Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées, dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou les leurs, a titre non précaire.»

b) El artículo 613 del Código civil holandés que dispone: «La acción posesoria procede contra cualquiera que intente perturbar al poseedor en la posesión que disfruta, hasta contra el propietario, salvo el derecho que éste tiene para pedir la cosa. Sin embargo, cuando se trate de posesión precaria, clandestina o usurpada violentamente, el poseedor no tendrá acción contra quien fué despojado de esta manera.»

c) El Código procesal del Ecuador, en su artículo 739, dice: «En este juicio (de recuperación de la posesión), no se podrán alegar sino las siguientes excepciones; haber tenido la posesión de la cosa por el año inmediato anterior; haberla obtenido de un modo judicial; haber precedido otro despojo causado por el mismo actor antes de un año contado para atrás desde que le propuso la demanda; o ser falso el despojo.»

d) El Código civil argentino, cuyos artículos 2.470, 2.473, 2.477, 2.478, 2.479 y 2.480 son del tenor siguiente:

Artículo 2.470. «El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia y repulsar la fuerza con el empleo de

(34) HEVIA BOLAÑOS: *Cursus Filipinas*. Parte II, pág. 28, 4, 5. edic. 1797.

(35) FERRERO: *Librería...* Parte I, cap. X, pár. V, núms. 87-88.

una fuerza suficiente, en tales casos, en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo con tal de que no exceda los límites de la propia defensa.»

Art. 2.473: «El poseedor de la cosa no puede entablar acciones posesorias si su posesión no tuviere a lo menos el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta o clandestina.»

Art. 2.477: «La posesión no tiene necesidad de ser anual, cuando es turbada por el que no es poseedor anual y que no tiene sobre la cosa ningún derecho de posesión.»

Art. 2.478: «Para que la posesión dé acciones posesorias debe haberse adquirido sin violencia; y aunque no haya sido violenta en su principio por no haber sido turbada durante el año en que se adquirió por violencia reiterada.»

Art. 2.479: «Para que la posesión dé lugar a las acciones, debe ser pública.»

Art. 2.480: «La posesión para dar derecho a las acciones posesorias no debe ser precaria, sino a título de propietario.»

En opinión de Martí Miralles estos textos extranjeros demuestran cuán desorbitada es la doctrina española en lo que se refiere al periodo anterior a la publicación del Código civil y como es demasiado apegada a la interpretación literal de los textos de las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 que están en evidente desacuerdo con la doctrina de nuestro derecho histórico.

Con todos los respetos a su autoridad, creemos que no aduce una prueba concluyente fundada en textos de sus afirmaciones. El texto de las Leyes de Partidas en que fundamentalmente se apoya, o sea, el de la Ley 27, II, III, no es concluyente, pues aparte su ambigua expresión, no parece referirse a un supuesto de contradicción en el ejercicio de la acción interdictal y en cambio el otro texto de la Partida Séptima que también cita (ley última, X, VII) es terminante en cuanto a la precedencia absoluta de la acción posesoria:

Por otra parte los textos de nuestro Derecho histórico, según hemos visto en la breve exposición que le hemos dedicado, reiteran hasta la saciedad el principio de justicia pública, la repulsa de las vías de hecho, repitiendo con una constancia perfecta las sanciones de la Constitución valentiniana para quien por la fuerza trata de recuperar una cosa de su propiedad, real o supuesta.

Transportando la cuestión a nuestro derecho vigente el absoluto precepto del artículo 446 del Código civil trata de paliarlo Martí Miralles con las disposiciones del artículo 444 del mismo Cuerpo legal que en su opinión establece las excepciones clásicas. Mas ni la interpretación literal ni lógica del precepto, ni su colocación sistemática, ni sus antecedentes históricos, abonan tal conclusión.

En efecto, dicho artículo habla de actos meramente tolerados, lo que en ningún modo autoriza a pensar que contempla el supues-

to de precario (concesión graciosa y revocable de una cosa), sino a lo sumo su contrafigura del comodato (relación obligatoria que no altera la situación real o titularidad, al no transferir la posesión en el sentido clásico), al usuario o todavía mejor, a las llamadas tolerancias de uso, que no llegan ni a ser una relación jurídica obligatoria por su escasa trascendencia en el campo del derecho.

Asimismo habla de actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, lo que dejando aparte la redundancia en que incide el texto legal, no autoriza a pensar que el precepto se refiera a los supuestos de ocupación total clandestina de una cosa. Sabido es, por otra parte, que la clandestinidad, aunque se enuncia tradicionalmente como vicio posesorio, es en realidad un primer acto de la usurpación, que sólo se consolida en el supuesto de fracaso del intento de recuperación—*propria auctoritate*—del poseedor (pérdida «corpore» de la posesión) o de que éste se resigne a la ocupación clandestina y no intente siquiera restablecer el estado posesorio (pérdida «animo» de la posesión). No obstante, al referirse el precepto a actos clandestinos, parece contemplar un supuesto distinto de la clandestinidad como sinónimo de ocupación clandestina y referirse más bien a actos aislados de goce o disfrute de la cosa ejecutados clandestinamente.

En cuanto a los actos ejecutados con violencia, último supuesto preceptivo del artículo que comentamos, la redacción del precepto demuestra claramente que el legislador está contemplando verdaderamente actos aislados, pues el supuesto de violencia, por decirlo así, total, está tratado en tres artículos antes (36).

La interpretación sistemática del precepto confirma también que no está el legislador refiriéndose a los tradicionales vicios posesorios en el sentido de enervar la acción recuperatoria de la posesión, pues de ser así hubiera colocado el precepto dentro del capítulo III «De los efectos de la posesión», en el que se inserta el artículo 446 y no en el capítulo II «De la adquisición de la posesión».

Históricamente, ni los textos de nuestro Derecho abonan otra cosa, ni el Código civil italiano de 1865, cuyos artículos 688 y 689 son antecedente inmediato de nuestro artículo 44 y los 695 y 696 que lo son del artículo 446, se apartan tampoco de la interpretación que defendemos.

Para terminar el tema de legitimación activa trataremos de un problema que ha venido preocupando a la doctrina de estos últimos tiempos y que aún es objeto de jurisprudencia varia y contradictoria. Nos referimos a las acciones posesorias derivadas de relaciones arrendaticias.

En realidad, el problema comprende la doble cuestión de la determinación de la naturaleza de la relación del arrendatario con la

(36) Art. 441: «En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se creó con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de la cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente.»

cosa arrendada, si el poseedor «nomine proprio o alieno» y el relativo al de si la existencia de las acciones derivadas de la relación arrendaticia—*locati-conducti*—obstan a la concesión de las interdictales que fueran procedentes entre los mismos elementos personales de la relación.

La primera de las cuestiones referidas a nuestro Derecho tiene hoy un mero valor histórico, pues según nuestro derecho positivo, la conjugación de los artículos 430, 432 y 445 del Código civil no dejan lugar a dudas sobre el carácter de poseedor de hecho del arrendatario, ya se refiera la posesión a la totalidad de la cosa, sin perjuicio del derecho de dominio del arrendador (art. 432), ya como titular del derecho de uso y disfrute de la cosa arrendada (artículos 430, 1.543 y 1.546).

La duda, sin embargo, existió históricamente y la vemos reflejada en la consulta que se formula y contesta en el tomo VIII de la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», correspondiente a 1856, en la que se planteaba el tema relativo a la protección interdictal de los arrendatarios. Dudaba del consultante y fundaba su duda en el texto de la ley 5, XXX, Partida III: «Labradores o yugueros o los que tienen arrendadas o alogadas cosas ajenas, como quier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera possession es de aquellos en cuyo nombre tienen el heredamiento. E por ende, quanto tiempo quier que ellos las tuviessen assí, non ganarian el señorío de ello. Pero aquellos que tienen a feudo algund heredamiento, o han ende el vsufructo dello, o lo tienen a censo, dando cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos heredamientos, ganan la posesión dellos, pero en salud, finca el señorío a sus dueños; de manera que estos atales por tal tenencia como ésta non ganaban la propiedad dellas quanto tiempo quier que las tengan.»

Aunque este texto de la Ley de Partidas sólo es concluyente en cuanto a negar a dichos sujetos (labradores, yugueros, colonos), la «*possessio ad usucapionem*», disposición consecuente a la carencia de uno de los presupuestos prescriptivos, la duda que la consulta de referencia planteaba quedó fuera de la cuestión, pues al publicarse el citado tomo de la revista en 1856, el ponente para la consulta—don Ignacio Miquel—, la resolvió en sentido afirmativo, de acuerdo con los textos de la LEC. de 1855 y el proyecto de Código civil de 1851.

Resuelta esta primera cuestión y reconocida la cualidad de poseedor de hecho del arrendatario, parece prejuzgada la cuestión segunda. No obstante la concesión de las acciones posesorias al arrendatario sigue preocupando a la doctrina (37) y no acaba de encontrar un criterio uniforme de resolución en la jurisprudencia de los Tribunales inferiores.

(37) Profundamente estudia la cuestión RODRÍGUEZ SOLANO en «Rev. Der. Privado» 1944, págs. 921 y ss: «El interdicto de recobrar y las relaciones arrendaticias.»

La cuestión se adversifica en otras varias. Rodríguez Solano las cataloga así: a) Acción del arrendador; b) Acción del locatario; c) Acción del primero contra el segundo, y d) Acción del arrendatario contra el «locator».

En realidad las tres primeras cuestiones se reducen a una y pueden resolverse por un simple silogismo de la primera figura; los interdictos posesorios sólo se confieren para proteger la posesión de hecho; es así que la posesión de hecho corresponde al arrendatario y no al arrendador; luego solamente el primero está legitimado activamente para el ejercicio de las acciones interdictales posesorias.

La cuestión no ofrece duda en nuestro derecho positivo. Aparte los artículos citados del Código civil—430, 432, 445 y concordantes—el artículo 1.560 es concluyente en el sentido de conceder al arrendatario acción directa para defenderse de las perturbaciones de mero hecho.

En cuanto a la procedencia o improcedencia de las acciones interdictales del arrendatario contra el arrendador, doctrina y jurisprudencia se muestran divididas.

Los que se oponen a la concesión de esas acciones esgrimen como argumentos principales los dos siguientes:

1. La existencia de la relación misma arrendaticia, ya que la perturbación que pueda provenir del arrendador, implicará una violación de la relación arrendaticia por su parte, y frente a ella tiene el arrendatario la «actio conducti» para hacer efectiva la obligación de aquél de asegurar el goce pacífico de la cosa arrendada (*proestare uti, frui*).

2. Implicar una colisión entre la «*possessio in ius*» del arrendador y la «*possessio in facto*» del arrendatario, colisión que no puede resolverse en un juicio interdictal en el que no caben sino pronunciamientos sobre el mero hecho posesorio.

Esta segunda objeción se resuelve por sí misma, pues precisamente no se trata en el proceso interdictal de poner en colisión ambas posesiones, y no se discuten ni rozan las cuestiones de derecho y precisamente la sentencia contiene, por imperativo del artículo 1.658 de la LEC, la fórmula de «sin perjuicio de tercero» y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente.» Sostener opinión contraria equivaldría a resucitar la «*exceptio domini*» del Derecho canónico y su confusión de las cuestiones posesorias y petitorias.

En cuanto al obstáculo proveniente de la existencia de las acciones contractuales entre las partes, tampoco constituye un serio argumento y ello por varias razones.

a) Porque una cosa es la relación jurídica y otra la situación jurídica. La primera engendra en el arrendamiento como en los demás contratos bilaterales un juego de acciones para hacer efecti-

vas las obligaciones recíprocas. Mas la relación arrendaticia crea en el arrendatario una situación jurídica, un «status» posesorio, defendido por las acciones interdictales.

b) Porque es más rápida y eficaz y segura y, en todo caso, más adecuada a la defensa del citado estado posesorio, la acción interdictal que la «actio conducti», acción personal que exige el planteamiento de un proceso declarativo ordinario.

c) Porque, supuesto que las dos acciones condujeran al mismo fin, estaríamos en el caso de acciones concurrentes y la facultad de elección corresponde a su titular.

d) Porque históricamente se comprueba la existencia de obligaciones extracontractuales perfectamente compatibles con las que nacen de los contratos. Las agrupadas por Gayo, bajo la rúbrica de obligaciones *ex variis causarum figuris*, son típicas en este sentido. Entre ellas figuran las obligaciones nacidas de la vecindad (*actio aquae pluviae arcendae; actio finium regundorum*) de la comunidad de bienes (*communi dividundo; familiae erciscunde*) de la tutela, de la gestión de negocios, del parentesco, etc.

En los Juzgados vienen manteniéndose criterios opuestos, si bien parece predominar últimamente nuestra tesis. Citaremos la interesante sentencia dictada por el Juzgado número 12 de Madrid, de fecha 11 de enero de 1947, que en su tercer Considerando dice «que en el terreno doctrinal se oponen reparos (no propuestos en el caso de debate) a la acción de interdicto ejercitada por el arrendatario frente al arrendador, negándola en términos absolutos, porque—se dice—el primero cuenta con el contrato para hacer respetar al segundo la posesión arrendaticia, y por otro lado, posee a nombre del dueño y no puede en su virtud actuar contra éste por confusión de sujetos (litigaría consigo mismo); pero también en el plano especulativo, ofrecen débil consistencia estos argumentos, frente a otros que estimamos de más densidad lógica, a saber: a) Si el inquilino ostenta el nexo del vínculo de arrendamiento con acción personal contra el arrendador (sea o no propietario) para exigir su fiel cumplimiento (mantenimiento de la posesión, número 3, artículo 1.554 C. c.), ello no quiere decir que la consagración de tal derecho excluya necesariamente la acción interdictal en los casos de perturbación simple y de despojo, pues el arrendador, obligado más que nadie al respeto del derecho transmitido al arrendatario, sería de mejor trato jurídico que el tercero, ajeno al pacto al quedar al margen de la rapidez y eficacia inmediata del proceso sumario y especial de interdicto (una vía legal de efectivar derechos ante los Tribunales no empece a otra admitida por los ordenamientos jurídicos en cuanto expresamente no se vede); y b) No es rigurosamente exacto sostener que por el hecho de tener el locatario una posesión representativa del arrendador (art. 432 del Código civil), carece así de otra propia, puesto que en nombre propio suyo, es titular y usa (y hasta puede gozar excepcionalmente) del derecho de arrendamiento—posesión arrendaticia—que jamás le servirá por pro-

longada que sea para alcanzar la propiedad de tracto de usucapión (artículo 447 C. c.), yuxtaposición de posesiones.

Más inciertas aún se nos ofrecen las resoluciones judiciales en orden a la concesión de la acción interdictal al subarrendatario frente al arrendador, al ser lanzado aquél por virtud del ejercicio de la acción de desahucio seguido contra el arrendatario-subarrendador.

El Juzgado número 2 de Madrid dictó en 16 de noviembre de 1945 una sentencia muy comentada de la que copiamos los siguientes Considerandos:

Considerando que está probado el hecho posesorio comprendido en el artículo 430 del C. c., es suficiente conforme al artículo 446, para ejercitar la acción interdictal, ya que este precepto ampara a todo poseedor para que sea mantenido o restituído en su posesión por medio de los interdictos, por lo que es de estimar como cumplido por el demandante, como poseedor inmediato y de acuerdo con la sentencia del T. S. de 21 de noviembre de 1904 el primero de los requisitos del artículo 1.651 antes citado, sin que sea procedente, dado el carácter de estos autos, enjuiciar sobre la validez de las escrituras, base del hecho de la posesión, porque de ello se derivarían pronunciamientos acerca del derecho a poseer a lo que no hace referencia el artículo 446 y que la ley procesal, en su artículo 1.658, reserva para juicio distinto del interdicto.

Considerando que alegado por el demandante como hecho constitutivo de despojo de la posesión el lanzamiento llevado a cabo por el Juzgado Municipal de los de esta capital, de la indicada tienda, cuya posesión se reclama en este interdicto, diligencia que se practicó a instancia de los demandados en ejecución de sentencia dictada en juicio de desahucio instado por éstos contra la Sociedad, se hace preciso enjuiciar si la ejecución de tal sentencia tiene el carácter de expoliación para quien no fué parte en los autos.

Considerando que es principio de derecho recogido en reiteradas sentencias del T. S. como las de 13 de junio de 1928 y 2 de febrero de 1929, por no citar más que las más modernas, que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio y de este principio jurídico se deriva la consecuencia, también declarada por el T. S. (sentencias de 22 de octubre de 1887 y 22 de diciembre de 1910) de que la sentencia dictada en un pleito no perjudica por lo general al que no ha litigado, salvo los casos que expresamente determina la ley, sin que los derechos del que no ha sido parte dejen de subsistir, no obstante el fallo que, al parecer, los contradice y niega, por lo cual viene la sentencia a resultar inoperante para el tercero.

Considerando que esta hermenéutica está fortalecida por los preceptos de la ley procesal que atañen al caso debatido en estos autos como son el 1.599 y 926, ya que el primero no autoriza más que al lanzamiento del inquilino o colono que, naturalmente, han sido los contendientes con el arrendador en el juicio, y el segundo

que preceptúa que, cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá a ponerlo en posesión de la misma; pero este precepto es aplicable sólo cuando la cosa está en poder del condenado a entregarla como ha declarado el T. S. en muchas sentencias, desde la de 29 de diciembre de 1893 a la de 5 de mayo de 1917, pues si la tiene en posesión otro, el poseedor no puede ser desposeído sin antes ser vencido y oído en juicio (sentencia de 15 de febrero de 1901); y el que ganó la ejecutoria tendrá que acogerse para pedir la ejecución de la sentencia a lo dispuesto en el último párrafo del indicado artículo 926 (sentencia de 10 de junio de 1914).

Considerando que por los fundamentos dichos hay que calificar como acto de despojo realizado por los demandados el instar y conseguir en el procedimiento rogado de ejecución de sentencia el lanzamiento del demandante del local que ocupaba, pues la privación forzosa de la posesión, sin precepto legal que la autorice, no puede estimarse como incluida en el orden jurídico.

Considerando que cumplidos los dos requisitos que el artículo 1.651 de la LEC. exige para que se dé lugar al interdicto de recobrar la posesión procede dictar el fallo con los pronunciamientos señalados en el artículo 1.658 de la citada ley, omitiendo la devolución de frutos por no haber sido objeto de petición en la súplica de la demanda. «El fallo de la sentencia declaró haber lugar al interdicto de recobrar.» Dicha sentencia fué revocada por la de la Audiencia de Madrid de 16 de diciembre de 1946, basándose en que los actos o motivos jurídicos no son acto de despojo y en la falta de legitimación del actor que es el punto que aquí particularmente nos interesa. A este efecto dice un Considerando de dicha sentencia lo siguiente: Considerando que el interdicto de recobrar la posesión, presupone dos hechos fundamentales: un poseedor y un despojante; una tenencia de la cosa y un acto de despojo, tan esenciales y unidos entre sí que la falta de uno impide el nacimiento de la acción interdictal y así como no en toda tenencia o posesión material de la cosa, puede fundarse interdicto ya que es necesaria la posesión de buena fe y con título más o menos eficaz en derecho, porque los Tribunales no pueden amparar posesiones clandestinas, toleradas o violentas, de igual manera no toda perturbación o despojo puede servir de base a aquel juicio posesorio, etc.

Si los fundamentos de la sentencia del Juzgado número 2, con vista al derecho vigente en materia de arrendamientos urbanos en la época en que se dictó son discutibles, los que desde luego no pueden aceptarse—en tema de legitimación activa interdictal—son los de la Audiencia, en el sentido de que sea necesaria la posesión de buena fe con título más o menos eficaz en derecho (?).

Hoy, después de la regulación de subarrendos, consentidos en el capítulo III de la ley de 31 de diciembre de 1946 sobre arrendamientos urbanos, y de las disposiciones transitorias segunda a séptima de dicha ley, en orden a los supuestamente tolerados de fecha

anterior en seis meses a la de 1 de octubre de 1946 a que dichas disposiciones amparan, no es dudoso que la doctrina antes expuesta en orden al arrendatario sea aplicable a los subarrendatarios y por consiguiente tengan éstos también los interdictos posesorios.

C) *Legitimación pasiva.*

Según Prieto Castro, sólo está legitimado pasivamente quien haya ejecutado por propia decisión el acto atentatorio a la posesión o lo haya mandado ejecutar, aunque el beneficio no sea para él, y no la persona que haya sido mero instrumento de la inquietación o perturbación. Persiguen estos principios facilitar el juicio evitando al demandante complicadas averiguaciones.

El artículo 1.652 no excluye que se halle legitimado pasivamente el sucesor a título universal del perturbador o despojante; antes bien, esta legitimación resulta del artículo 659 del Código civil y a ello se opone el 442 del mismo texto legal.

Mayores dificultades ofrece el problema de la legitimación pasiva en caso de sucesión a título singular, hereditario o de otra clase, y que ya se vió no existía en cuanto a la activa. A la vista del precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se examina, la acción posesoria parece asumir carácter personal, pero ello no puede oponerse a la legitimación pasiva del sucesor singular del despojante «*spolii conscius*», que es la doctrina canónica (para la que la acción tiene carácter real) recogida en nuestro derecho histórico (38).

Este precepto aparece también recogido en nuestro Código de las Partidas (39).

Por el contrario, no parece que pueda dirigirse la acción contra el sucesor a título singular adquirente de buena fe, a diferencia del criterio seguido por el Código portugués que autoriza en su artículo 504 a ejercitar la acción de restitución intentándola «no sólo contra el despojante, sino contra sus herederos y representantes o contra tercero a quien se hubiere transferido la cosa por cualquier título. En nuestro Derecho la acción deberá dirigirse contra el causante del acto de perturbación o despojo, si bien, sus efectos se extenderán a los que de él traigan causa; pero claro está

(38) LEONARDO PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, vol. II, pág. 79.

(39) Forçado seyendo algund ome de cosa que quissiesse después demandar en juizio, en su exigencia es de fazer esta demanda aquel que la fallaren o al otro que la forço por si, o mandó a otro forçarla o a aquel que la recibió del que sauia la auia forçado. Otro si dezemos que si alguno temiendo que le demandare en juizio alguno cosa que tiene la enajenare a otro más poderoso que si, o que sea de otro fuero, por fazer más trabajar al que entiende que le quiere mouer pleyto sobre ella que puede el demandado demandar al que la touiere. Otrosí puede demandar al que la enajenó quanto daño le vino por aquel enajenamiento. Pero si non quisier fazer la demanda a aquel que tiene la cosa, bien puede demandar la valia della a aquel que la enajenó. Mas después que este previo que diximos, lleuare del enajenador, non puede después demandar al que la cosa tiene. Código de las Partidas: ley 30. tit. II. Partida III.

que si la posición del primer despojante es inatacable por vía interdictal por haber transcurrido el plazo legal de un año y un día, no podrá ejercitarse la acción recuperatoria contra el adquirente de buena fe, aunque sus actos sean de fecha reciente.

Por último, un problema relacionado con el de la legitimación pasiva es el planteado por Manresa en sus *Comentarios* de si además de la acción interdictal, cabe la acción criminal contra el despojante, en todo caso. Cuestión es esta que fué tratada en el volumen I de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, donde se aborda por dos veces este tema del entonces llamado interdicto de despojo.

Examinaba el autor estos artículos publicados en la citada revista, que no era otro que el propio Manresa, las relaciones de este interdicto con el proceso criminal en el Código penal de 1848, en su artículo 441, «caso de usurpación de cosa mueble o de derecho real de ajena pertenencia» ya que este Código prescindía del requisito de la violencia que luego ha vuelto a exigirse en el de 1870 y posteriores. Comentando este autor otros artículos publicados en el *Foro Español* (revista que dejó de publicarse en 1850) a consecuencia de una cuestión entre un alcalde y un juez de primera instancia del mismo Partido de la provincia de Burgos resuelta por la Audiencia de dicha capital, llegaba Manresa a la conclusión de que no todo interdicto de despojo llevaba consigo necesariamente una usurpación criminal, pues el artículo 441 del Código penal de 1848 definía este delito como el que existía «cuando se usurpaba cosa inmueble o derecho real de «ajena pertenencia»; esta pertenencia no es posesión, sino propiedad; por consiguiente, para que exista responsabilidad criminal no basta que haya despojado, sino que es necesario que la cosa sea de ajena pertenencia. Con la legislación penal vigente, la cuestión no ofrece la mayor duda: la acción interdictal es más lata que la criminal, caso de usurpación, y, por lo tanto, siempre que se comete este delito hay despojo, pero no al contrario.

El avalista y la ejecución (a propósito de la Ley de 16 de diciembre de 1954)

MARCOS GUIMERA PERAZA

Notario

La sumaria regulación del aval en el Código de comercio, que sólo le dedica dos preceptos —arts. 486 y 487—, ha planteado a la doctrina y a la práctica notarial y judicial gran cantidad de cuestiones, de las que es reflejo la numerosa bibliografía producida desde hace muchos años hasta la fecha. De entre tales problemas destaca singularmente la postura del avalista frente a la acción ejecutiva cambiaria, aspecto que dicha escasa e insuficiente normación no llegó a atisbar siquiera. Extremo muy importante para los notarios en ejercicio, cuando se encuentran con el requerimiento para levantar protesto de letra de cambio en la que figura avalista.

La reciente Ley de 16 de diciembre de 1954—por la que se modifican el artículo 521 del Código de Comercio y los números 4.º y 6.º del 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil—ha venido a solucionar indirectamente este último e interesante punto, con una solución acorde con la mayor parte de la doctrina producida en España. Sin que podamos decir lo mismo del problema fundamental que dicha reforma estudia y resuelve, como más adelante hemos de referir.

Para el mejor desarrollo del comentario que la indicada Ley nos sugiere, será conveniente que expongamos primero las diversas soluciones dadas a la cuestión por los autores y la jurisprudencia con anterioridad a su publicación, para luego confrontar con ellas la regulación legal.

* * *

Ante una letra de cambio con aval, la doctrina se preguntó a menudo si al tenedor se le exigía alguna actividad con relación al avalista, una vez llegado el vencimiento y producido el impago de la cambial: ¿Habrá necesidad de levantar protesto con él? ¿Bastará la mera notificación como al librador y los endosantes? ¿Deberá dársele el trato que a los indicatarios? O, por el contrario, ¿no será precisa formalidad alguna con respecto al avalista, siendo suficientes las que se

hayan practicado con el librado? Aún dentro de este caso, ¿será necesario, al menos, el reconocimiento judicial de la firma del avalista?

Soluciones para todos los gustos dieron los diferentes autores que se ocuparon del particular. Y casi lo mismo hizo la jurisprudencia antigua y reciente. Una vez más, como hemos puesto de relieve al tratar de otros aspectos del protesto de letras de cambio, una verdadera anarquía preside esta materia. Y como allí, llegamos a la consecuencia de que en nada se benefician el crédito mercantil ni los profesionales que tienen actividades relacionadas con él ante ese mosaico de soluciones, que aparte la confusión que engendran, dejan siempre en la duda de si se habrá acertado, o al revés, en el procedimiento ejecutivo va a prevalecer criterio opuesto, con el consiguiente perjuicio para la letra, para su tenedor y en definitiva, para la seguridad jurídica.

Analicemos las distintas posturas, siguiendo un orden de mayor a menor rigorismo de formalidades.

- 1) PROTESTO CORRIENTE, CÓMO PARA EL LIBRADO PRESCRIBE EL ARTÍCULO 504, NÚMERO 1.º, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, REFORMADO POR LA LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1945.

Este sector entiende que es necesario levantar, además del protesto contra el librado, otro contra el avalista; dentro del plazo que termina a las veinte horas del día siguiente al en que se hubiere negado el pago, y si aquél fuere feriado, en el primer día hábil. Este segundo protesto, de conformidad con lo prevenido en el artículo 508 del Código, se practicará por diligencia a continuación del protesto al librado, en la misma acta.

En este grupo debe incluirse a VIVANTE, que sostuvo esta tesis en su primera época (1), al decir: "Sólo se revela la índole accesoria del aval, en que el tenedor de la letra de cambio no puede ejercitar sus acciones contra el avalante si no cumple también con él, aquellos deberes que tenga con el avalado; y, por consiguiente, por ejemplo, si no le compele al pago en el término fijado por la ley para exigírselo al avalado, si no saca el protesto contra él cuando sea necesario hacerlo contra el avalado para conservar los derechos cambiarios." Añadiendo: "Debe hacerse constar en una sola escritura de protesto la prueba de que la letra fué presentada a todos cuantos estaban obligados principalmente a su pago y por consiguiente, al librado, hubiere o no aceptado, contra el interventor necesario, haya o no aceptado, contra el que aceptó interviniendo por honor, y contra los respectivos avalantes de cada uno de ellos." Sin embargo, posteriormente ha rectificado esta postura, según hemos de ver más adelante.

(1) CÉSAR VIVANTE, *Derecho Mercantil*, traducción, prólogo y notas de FRANCISCO BLANCO CONSTANS. Madrid, La España Moderna, s. f., págs. 295 y 304.

En España militan en este campo numerosos autores. Por primera vez mantuvo este punto de vista LASTRES (2), y entendemos que cabe incluir en él a GUILLÉN (3) y CRUSSELLS (4).

SANCHO TELLO (5) sostiene que "cuando la letra está avalada, consideramos indispensable la *notificación* al avalista, el requerimiento, al pago, la consignación de la respuesta que diere y la conminación referida, hecho todo antes de la puesta del sol, porque en realidad el avalista está en el *mismo lugar que el librado, y deben cumplirse respecto a él idénticos trámites.*" Aunque emplea el término *notificación*, parece evidente que se está refiriendo al protesto corriente, según se comprueba con el resto de sus afirmaciones.

PELAYO (6), partiendo de una bien enfocada distinción, lo aconseja en el supuesto más corriente, como es el de ser avalista del librado-aceptante, por considerarlo muy prudente, y porque es indudable que podrá oponer la falsedad de su propia firma de avalista; añadiendo: "Por ello, estimo que dada la absoluta equiparación entre la posición del librado y la de su avalista, cabe *levantar el protesto, primero, con respecto a uno, y después, con respecto al otro...* No admito la objeción que pudiera hacerse de que sea ineficaz el protesto contra el avalista, pues en rigor la posición suya es intermedia entre la del aceptante y la de los indicatarios, y el Código permite, o mejor dicho, exige que contra uno y otros se levante el protesto."

ES OMAR y GELPI quien más se ha significado en la defensa de este criterio. En un primer trabajo (7), ha sostenido la necesidad de protesto al avalista, cuando lo sea del aceptante, porque no puede aquél ser de peor condición y por analogía con la indicación e intervención; y si el avalista tiene el domicilio en plaza distinta del aceptante, debe aplicarse el art. 507 del Código de Comercio. Reiterando esta afirmación en otro trabajo posterior (8) al decir: "Es necesario el reconocimiento expreso de la *autenticidad de la obligación del avalista* en el documento público que *es el acta del protesto.*"

Por su parte, la Ley Uniforme de Ginebra de 7 de junio de 1930 no alude concretamente a este problema. Sólo al regular los efectos

(2) FRANCISCO LASTRES, *Eficacia del aval en las letras de cambio*. Revista de los Tribunales y de Legislación Universal. Madrid, 9 de febrero de 1907, página 81. (Citado por OMAR, Revista de Derecho Privado, tomo XXXIV, enero-diciembre 1950, pág. 44.)

(3) BARTOLOMÉ GUILLÉN E IGUAL, *La Letra de cambio*, 2.ª edición. Barcelona, Bosch, 1947, pág. 109.

(4) JOSÉ CRUSSELLS INGLÉS, *Letra de cambio*, 2.ª edición. Barcelona, 1950, página 310.

(5) VICENTE SANCHO-TELLO Y BURGUETE, *Redacción de Instrumentos Públicos*, 3.ª edición. Valencia, Imprenta José Nácher, 1943, tomo II, pág. 502.

(6) SANTIAGO PELAYO HORE, *Cambiales y Protestos*. Curso de Conferencias de 1946. Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Imprenta Diana, pág. 85.

(7) JOSÉ M.ª OMAR Y GELPI, *Letra de cambio. La acción ejecutiva contra el avalista*. Revista de Derecho Privado, tomo XXXIV, enero-diciembre 1950, página 38.

(8) *Letra de cambio. El aval en documento separado*. Misma Revista, año XXXVIII, número 445, abril 1954, pág. 300.

de la cláusula *sin gastos* dispone en su artículo 46 (9): "Mediante la cláusula de "devolución sin gastos", "sin protesto", o cualquiera otra indicación equivalente escrita en el título y firmada, el librador, el endosante o un *avalista podrán dispensar al tenedor de hacer que se levante protesto por falta de aceptación o por falta de pago para poder ejercer sus acciones...* Si la cláusula procediere de un endosante o de un *avalista*, los gastos del protesto, en caso de que se levante, podrán ser reclamados de todos los firmantes." Lo que como se ve, parece siempre referirse al protesto que habrá de levantarse al librado, no al *avalista*.

Anotemos que la práctica seguida en Las Palmas de Gran Canaria, al menos durante estos últimos ocho años, ha sido la de levantar protesto con el *avalista*, en la misma acta de protesto de la letra al librado, por diligencia a continuación de ella, y antes de las veinte horas del mismo día. Sin embargo, es de observar que esta actuación ha pasado por dos fases: La primera, hasta mediados del año 1950, en todo caso, por estimarse que era una diligencia interesada por el portador con carácter tácito, por el solo hecho de figurar el aval en la letra. Y otra, a partir de dicha fecha, en que sólo se practicaba el protesto cuando había sido expresamente interesado por el tenedor, lo que ha tenido lugar escasas veces. En Santa Cruz de Tenerife, aún hoy se suele requerir al notario para que levante *protesto* al *avalista*; cuya diligencia se practica por este funcionario como mera *notificación*, análoga a la del artículo 517, que luego estudiaremos.

2) PROTESTO ESPECIAL, POR CONSIDERAR AL AVALISTA COMO UN INDICATARIO DE LOS COMPRENDIDOS EN EL ART. 507 DEL CÓDIGO.

En este grupo se aplican al aval las normas de la indicación, y por tanto, se exige protesto, que habrá de levantarse, si es dentro de la misma plaza, antes de las once horas de la mañana siguiente al día del protesto al librado; siguiendo las normas del indicado precepto, para los casos de indicación en plaza diferente. Dicha diligencia se practica en la misma acta de protesto.

Opina en este sentido TIRSO DE LA TORRE (10), quien, con su particular manera de expresarse, aconseja que "si no se consigna el domicilio del *avalista*, al vecino de casa abierta con el cuento". Y también NART (11) que engloba en una sola fórmula la diligencia con el *avalista* o con el indicatario, distinguiéndola de la notificación a los endosantes, aunque sin expresar el día en que se ha de realizar.

Según PELAYO (12), ésta es la práctica seguida en Madrid, donde

(9) Inserta en GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I. Madrid, Aguirre, 1936, pág. 734.

(10) TIRSO DE LA TORRE E IZQUIERDO, *Exemplarium o Colección de ejemplos y plantillas de escrituras y documentos notariales*, tomo II. Valencia, Imprenta de Manuel Pan, 1907, págs. 199 y 520.

(11) IGNACIO NART, *Formulario para la práctica notarial*. Barcelona, Bosch, 1952, pág. 24.

(12) Loc. cit., pág. 86.

“se suele extender a continuación de la diligencia de protesto y en el mismo instrumento, otra diligencia, en la cual o se reproduce el protesto con respecto al avalista o simplemente se le notifica el protesto ya levantado. En ambas hipótesis los Bancos suelen interesar que estas diligencias con el avalista se practiquen antes de las once de la mañana del día siguiente al del protesto, cual si se tratase de un indicatario”.

3) NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 517 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, COMO AL LIBRADOR Y LOS ENDOSANTES.

Dice así el primer párrafo del artículo 517:

“Si el portador de la letra protestada dirigiere su acción *contra el aceptante* antes que contra el librador y endosante, hará notificar a todos ellos el protesto por medio del Notario público, dentro de los plazos señalados en la Sección quinta de este Título, para recoger la aceptación; y si se dirigiere *contra alguno de los segundos*, hará dentro de los mismos plazos igual notificación a los demás.”

Algunos autores y la Audiencia Territorial de Cataluña aplican por analogía este precepto al caso del avalista. Así, LANFRANCO (13) afirma que “el requisito de la notificación es común a todos los responsables de la letra... Basta la notificación y huelga un segundo protesto”. Y GAY DE MONTELLÁ (14) sostiene: “Para ejercitar y conservar los derechos cambiarios contra el avalista, el tenedor de la cambial no tiene necesidad de cumplir con ninguna formalidad contra él, como no sea la de la imprescindible notificación del protesto por falta de pago...”

Tal es también la práctica que se sigue en Barcelona, cuya notificación se lleva a efecto por medio de acta notarial separada (15). Es decir, hay dos intervenciones notariales, dos actas: una, de protesto al librado; y otra de notificación a los demás interesados en la cambial.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Segunda de lo Civil de la citada Audiencia. Así, en la Sentencia de 25 de junio de 1948 (16) declara, entre otras cosas:

“Que... el tenedor no tiene que cumplir respecto a él (avalista) ninguna otra formalidad que la imprescindible notificación del protesto por falta de pago, cuya formalidad fué cumplida...”

“Que... el protesto se dirige contra el librado, y aun en el su-

(13) ENRIQUE LANFRANCO, *Cuestiones mercantiles. El aval en las letras de cambio*. Revista Jurídica de Cataluña, año XVIII, enero de 1912, núm. 1, página 15.

(14) R. GAY DE MONTELLÁ, *Código de Comercio español comentado*, 2.ª edición. Barcelona, Bosch, 1948, tomo III, volumen II, pág. 561.

(15) Según nos dice PELAYO, loc. cit., pág. 86. En esta línea figuran la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Granada (ver su *Boletín* núm. 25, correspondiente al mes de mayo de 1953, pág. 7) y JULIÁN DÁVILA (*Boletín* citado, núm. 38, junio 1954, pág. 131).

(16) Inserta en la *Revista General de Derecho*, año IV, 1948, Valencia, página 444.

puesto negado de que hubiera de dirigirlo también contra el avalista, como trámite previo para ejercitar contra él la acción ejecutiva..."

Y en la Sentencia de 27 de mayo de 1953 (17) lo confirma cuando dice:

"... No pudiendo de tal suerte prescindirse de un conocimiento por el avalista, previo al ejercicio de la acción, que dé certeza a la legitimidad de la firma que suscribió el aval, debiendo en consecuencia... o aportarse con la letra y el protesto por falta de pago, *notificación fehaciente al avalista, sin tacha puesta por éste de falsedad en su firma* o, en otro caso, ya en el ámbito procesal, el reconocimiento judicial a que se refiere el número 2 del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil, *puesto que no puede haber título ejecutivo sin que conste con certeza la existencia de la obligación* que se trate de ejecutar: ..." Nótese cómo ya en esta resolución se colocan alternativamente la notificación de este grupo con el mero reconocimiento de que trataremos seguidamente, lo que marca ya como una línea de transición entre un sector y otro.

4) AUSENCIA DE TODA FORMALIDAD DE CARÁCTER EXTRAJUDICIAL.

En puridad, los autores y resoluciones que vamos a contemplar en este epígrafe pueden ser, a su vez, clasificados en dos subgrupos: quienes aun estimando que no es necesaria formalidad notarial de clase alguna, exigen, sin embargo, el reconocimiento judicial de la firma del avalista como trámite previo a la ejecución, en las diligencias preparatorias de la misma; y aquellos que ni siquiera ese trámite judicial exigen. De éstos, unos por responder a una conciencia cierta; otros porque ni siquiera se han planteado la cuestión, limitando su afirmación al estudio de los requisitos extrajudiciales, a las actividades de carácter notarial.

Como ejemplo de esta postura de carácter genérico, que no exige requisito alguno, se suele citar la autoridad indiscutible de VIVANTE, quien rectificando anterior postura (18) afirma: "1.228. Para ejercitar y conservar los derechos cambiarios contra la persona que prestó el aval, el tenedor de la letra *no tiene que cumplir ninguna formalidad especial respecto a aquélla*; habrá cumplido su deber cuando haya realizado todos los actos necesarios para conservar la acción cambiaria contra la persona por la cual dió el aval (art. 275): las formalidades que preservan su derecho contra el avalado son suficientes para poner a cubierto el que tiene contra el avalista, *sin que la ley conozca formalidad de protesto que deba formularse contra los avalistas*" (artículo 304.: (19).

Pasemos ahora al estudio de la doctrina y jurisprudencia españolas, formando para ello los dos subgrupos antes mencionados.

(17) Inserta en la *Revista Jurídica de Cataluña*, año 1953, noviembre-diciembre, núm. 6, año LII, volumen LXX, pág. 566.

(18) Ver *supra*, apartado 1).

(19) CÉSAR VIVANTE, *Tratado de Derecho Mercantil*, traducido por MIGUEL CABEZA Y ANIDO, volumen III, 1.ª edición. Madrid, Reus, 1936, pág. 350.

A) *Con reconocimiento judicial de la firma del avalista:*

Sostiene este punto de vista la Redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (20), al opinar:

“... *Es indispensable proceder al previo reconocimiento de la firma del avalista, ya que la excepción del número 4 del artículo 1.429 de la Ley Procesal, ratificada en el artículo 521 del Código de Comercio, no les alcanza, por referirse taxativa y personalmente a los aceptantes que reconocen tácitamente su firma ante el Notario, desde el momento en que no oponen tacha de falsedad al ser requeridos de pago y levantarse el oportuno protesto.*”

MOLINA (21), después de distinguir entre acción cambiaria y acción ejecutiva, afirma: “El ejercicio de la acción cambiaria por vía ejecutiva contra el librador, endosantes y sus avalistas requiere la preparación de la misma con el oportuno *reconocimiento de las firmas*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.429, 1.430, 1.431 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 521 del Código Mercantil, de tal modo que *si no se llevase a cabo dicho reconocimiento pierde el acreedor su derecho a ejercitar la acción cambiaria que le compete frente a dichos obligados por la vía del juicio ejecutivo.*”

Lo estiman, asimismo, ESCOBAR (22) y HUGUET (23).

LANGLE participa también de esta opinión. En su monografía sobre el aval (24), nos dice:

“Lo que si consideramos preciso para despachar la ejecución, es el *reconocimiento judicial de su firma* (la del avalista), incluso cuando haya garantizado al aceptante...”

Y recientemente reitera (25) dichas afirmaciones “porque la identificación de ambas personas no puede ser total y absoluta, extensiva incluso al terreno procesal: son dos firmas distintas y tiene que ser legitimada la del garante, con quien no se entendieron las diligencias del protesto por falta de pago. Sin constancia de la autenticidad de una suscripción, no tiene la letra fuerza ejecutiva contra el suscriptor”.

La Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Granada, en nota a la Sentencia de dicha Audiencia que luego se dirá, estima: “que el protesto no es útil a los efectos ejecutivos, porque... no es título ejecutivo, *sin el reconocimiento de firma...*”

(20) Dictamen publicado en la misma, año LXXXI, tomo 160. Madrid, Reus, 1932, *Sección de Consultas*, núm. 265, *Aval*, pág. 724.

(21) ENRIQUE MOLINA, *Posición del avalista cambiario frente a la acción ejecutiva*. Revista de Derecho Procesal, año VII, núm. 2, abril-mayo-junio 1951, página 311.

(22) ELOY ESCOBAR, *¿Puede la letra de cambio serle protestada al avalista?* Revista Jurídica de Cataluña, núm. 5, noviembre-diciembre 1945, pág. 77.

(23) PEDRO HUGUET Y CAMPANÁ, *La letra de cambio*, 3.ª edición. Editorial Mayo, Madrid, 1953, pág. 205.

(24) EMILIO LANGLE Y RUBIO, *El aval de la letra de cambio*. Barcelona, Bosch, 1954, pág. 95.

(25) LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español*, tomo II. Barcelona, Bosch, 1954, pág. 315.

Pasando ahora al estudio de la jurisprudencia recaída, es fundamental la Sentencia de la Audiencia de Madrid de 28 de noviembre de 1906 (26), que declara: "... Al otorgar el artículo 1.429 la vía ejecutoria, cuando se trata de letras de cambio, *no reviste a éstas del carácter de título ejecutivo sin necesidad de preparación previa de reconocimiento judicial más que en el caso de que la acción se dirija contra el aceptante*, que de modo directo y principal viene obligado al pago, una vez levantada el acta de protesto, *pero no contra el avalista o fiador subsidiario*, a quien el protesto no afecta de modo personal, porque no se entiende está formalizado, sino con el aceptante..."

Y, así mismo, la reciente sentencia número 227 de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada, de fecha 15 de noviembre de 1954, declara, entre otros interesantes extremos, que "... no es admisible la acción ejecutiva contra el avalista por el simple protesto hecho al aceptante... porque... *el avalista a quien su firma no se presentó* podría ver embargados sus bienes con una *firma estampada en un documento privado que no habría reconocido*", y que "... ni aun con ese protesto se hubiera debido despachar la diligencia porque no se debe protestar la letra del avalista, sino únicamente al aceptante, y que contra el *avalista para ejercitar la acción ejecutiva era necesario el reconocimiento de la firma en diligencias preparatorias ante la Autoridad judicial*..."

B) Sin formalidades de clase alguna.

Uno de los primeros autores que estimaron no había necesidad de cumplir con requisito alguno para proceder a la ejecución contra el avalista, fué FONT (27).

GARRIGUES, en su conocida obra (28), afirma escuetamente: "Puesto que el avalista asume la misma posición que el avalado, *los actos previos al ejercicio de la acción cambiaria ha de realizarlos el tenedor sólo frente al deudor principal (verbigracia, levantamiento de protesto)*."

VICENTE Y GELIA (29) dice a su vez: "Por ser en realidad la obligación del avalista la misma deuda de la persona a quien avaló, para conservar el tenedor de la letra las acciones cambiarias contra dicho avalista *no necesita cumplir frente al mismo ningún requisito o formalidad especial, bastando con que tales requisitos o formalidades sean llenados con respecto al avalado*..."

(26) Tomada del primeramente citado trabajo de OMAR, pág. 43.

(27) RAMÓN FONT Y VIÑALS, *Del aval*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 85, Madrid, 1894, pág. 7.

(28) JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I. Madrid, Aguirre, 1936, pág. 670.

(29) AGUSTÍN VICENTE Y GELIA, *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo*, 2.ª edición. Zaragoza, La Académica, 1942, pág. 254.

Dentro de esta misma línea de opiniones, figuran GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI (30), VIADA y COMELLAS (31) y PINTÓ (32).

Por último, es de mencionar dentro de este subgrupo, y en el campo de la jurisprudencia, el Auto número 41 de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, de fecha 16 de noviembre de 1949 (33), que declara:

“Es doctrina casi general de los autores españoles y extraños que puesto que el avalista asume la misma posición que el avalado, los actos previos al ejercicio de la acción cambiaria, y que la revisten de carácter ejecutivo, ha de realizarlos el tenedor de la letra sólo frente al deudor principal, o sea, levantamiento del protesto sólo frente al aceptante, cuando el aval se prestó para éste, pues nuestro Código de Comercio no conoce formalidad de protesto que deba formularse contra el avalista, es decir, que la obligación del avalista surge sólo por el protesto hecho al aceptante, ya que por la propia naturaleza solidaria de ésta la fianza mercantil responde el avalista de la misma manera y a la vez con la persona a quien avaló; ahora bien, la práctica notarial en materia cambiaria es varia en las diversas plazas españolas, en unas se hace el protesto, en otras notificación, pero no tiene ella fundamento jurídico, sino más bien el de *ex abundantia* o de conveniencia u oportunidad, para evitar, si es posible, el proceso de ejecución por el pago del avalista, pero la Ley uniforme de Ginebra de 7 de junio de 1930 tampoco exige que el tenedor levante protesto contra el avalista...

* * *

La aludida Ley de 16 de diciembre de 1954 es de una trascendencia grande, por los varios problemas que abarca y por las soluciones que arbitra. No podemos entrar en el análisis de toda su regulación, debiendo limitarnos en este trabajo a lo que haga referencia al avalista ante la acción cambiaria por vía ejecutiva. Pero no debemos silenciar que, además, trata de la importante excepción de la *tacha de falsedad*, restándole toda eficacia cuando la letra haya sido intervenida por Agentes mediadores del Comercio, o las firmas estén legitimadas por Notario; novedad peligrosa aquélla que quizá pudo haberse obviado, configurando la tacha incierta de falsedad como delito, derogando la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de di-

(30) JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI y VIVANCO, *Comentarios al Código de Comercio*, 2.^a edición, tomo IV, Valladolid, pág. 283.

(31) CARLOS VIADA y MANUEL COMELLAS, *El ámbito judicial en el despacho de ejecución*, Revista de Derecho Procesal, enero-febrero-marzo 1949, año V, núm. 1, pág. 65.

(32) JOSÉ J. PINTÓ RUIZ, *Aval*, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo III. Barcelona, Francisco Seix, 1951, pág. 189.

(33) Inserto en parte y brevemente comentado por la Revista del Foro Canario, núm. 1, Las Palmas, 1952, pág. 29, bajo el título *Sobre acción ejecutiva a base de una letra de cambio contra el avalista del aceptante de la misma*.

ciembre de 1904 y el contenido de la Circular de la Fiscalía de dicho Alto Tribunal de 22 de septiembre de 1929 (34).

Como dijimos, la Ley en cuestión modifica la redacción del artículo 521 del Código de Comercio (35), y los números 4.º y 6.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil (36), los cuales quedan ahora del siguiente tenor:

“Artículo 521 (Código de Comercio).—La acción que nace de las letras de cambio para exigir en sus casos respectivos, del librador, aceptante, avalista y endosantes el pago o el reembolso, será ejecutiva, debiendo despacharse la ejecución en vista de la letra y del protesto, sin otro requisito que el reconocimiento que de su firma hagan ante el Juez el librador, avalista o endosantes demandados. Igual acción corresponderá al librador contra el aceptante para compelerle al pago.

No será necesario el reconocimiento de firma para despachar la ejecución contra el aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad en el acto del protesto por falta de pago.

Tampoco será necesario el reconocimiento de firma para despachar la ejecución contra el librador, aceptante, avalista y endosantes, ni aun en el caso de haberse puesto tacha de falsedad en la aceptación, cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha, por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, o las respectivas firmas estén legitimadas por Notario.”

“Artículo 1.429 (Ley de Enjuiciamiento civil):

Cuarto. Las letras de cambio, sin necesidad de reconocimiento judicial respecto al aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la aceptación hubiese sido intervenida o la firma del aceptante estuviere legitimada, de conformidad con el artículo 521 del Código de Comercio,

(34) MANUEL OTERO PEÓN (Nota final a su trabajo *El protesto de la letra de cambio con varios domicilios*. Revista de Derecho Mercantil, núm. 51, mayo-junio 1954, pág. 369) puntualiza la distinción entre *falsedad de la aceptación y falsificación de la firma de un supuesto aceptante*, entendiendo que se esto último lo que en realidad pueda alegarse como una de las causas de aquella falsedad.

Como dice LANGLE (Conferencia en el Colegio Notarial de Granada, Boletín número 47, mayo 1955, pág. 607), dicha ley “no impide la indefensión de quienes no han sido verdaderos aceptantes y no han podido alegarlo a su tiempo”.

(35) Que decía: “La acción que nace de las letras de cambio para exigir en sus casos respectivos del librador, aceptantes y endosantes el pago o el reembolso, será ejecutiva, debiendo despacharse la ejecución en vista de la letra y del protesto, sin otro requisito que el reconocimiento judicial que hagan de su firma el librador o endosantes demandados. Igual acción corresponderá al librador contra el aceptante, para compelerle al pago.

El reconocimiento de la firma no será necesario para despachar la ejecución contra el aceptante, cuando no se hubiere puesto tacha de falsedad en el acto del protesto por falta de pago.”

(36) Que rezaban como sigue: “4.º Las letras de cambio, sin necesidad de reconocimiento judicial respecto al aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago.

la mera tacha de falsedad opuesta por el aceptante, no impedirá el despacho de la ejecución, sin perjuicio de que dicha excepción pueda alegarse en el juicio.

Con la misma salvedad, tendrá aparejada ejecución la letra de cambio, sin reconocimiento judicial de firma, respecto del librador, avalista y endosantes, si sus actos hubiesen sido intervenidos o sus firmas legitimadas en la misma letra, de acuerdo con el último párrafo del artículo 521 del Código de Comercio, siempre que se haya notificado notarialmente el protesto por falta de pago a las personas a que se refiere el artículo 517 del mismo Cuerpo legal.

Sexto. Las pólizas originales de contratos mercantiles, firmadas por las partes y por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado que los intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dichos Agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su Libro-Registro y la fecha de éstos.”

Con referencia al avalista, presenta la Ley las siguientes novedades:

1) En el Código de Comercio: Tiene una regla general y una excepción, a saber:

A) *Regla general: Inclusión del avalista al lado del librador, aceptante y endosantes:*

Al mencionar ahora al avalista en el primer párrafo del artículo 521, junto al librador, al aceptante y a los endosantes, proclama que la acción contra aquél es ejecutiva, sin más formalidad que el *reconocimiento judicial de su firma*; con lo cual, el texto legal viene a confirmar lo sostenido por aquellos autores que encuadrábamos anteriormente en el apartado 4), epígrafe A), que si bien prescindían de toda formalidad extrajudicial, exigían el reconocimiento ante Juez competente.

B) *Excepción: Hacer innecesario hasta el propio reconocimiento de la firma, cuando el aval haya sido intervenido o la firma legitimada:*

He aquí la innovación fundamental de la ley. Aunque se haya alegado tacha de falsedad a la aceptación, se despachará la ejecución contra el avalista si *el aval ha sido intervenido* por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, de un lado, con expresión de la fecha; o *la firma del avalista ha sido legitimada por Notario*, de otra parte. Entonces, y en cierto modo, estamos dentro de aquel subgrupo que no exigía formalidad alguna para el ejercicio de la acción ejecutiva contra el avalista (ver supra, 4, B).

No consideramos justa la equiparación que se realiza en la Ley de reforma entre la intervención de Agente mediador del Comercio y la legitimación notarial. No vemos esa pretendida igualdad. Porque,

6.° Las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de Agente de Bolsa o Corredor Público, que estén firmadas por los contratantes y por el mismo Agente o Corredor que intervino en el contrato, con tal de que se comparecen, en virtud de mandamiento judicial y con citación contraria, con su registro, y éste se halle arreglado a las prescripciones de la Ley.”

como dice muy bien OTERO (37), la nota genérica que reza "Con mi intervención" no afirma nada en concreto, mientras que la legitimación notarial supone la concurrencia de dos requisitos: 1.º Que el fedatario haga constar de manera expresa, y bajo su personal responsabilidad civil y penal, que conoce o ha identificado a quien se dice avalista. 2.º Y que éste ha puesto su firma en presencia de tal fedatario.

En efecto, el vigente Reglamento Notarial, en su artículo 263, dispone:

"Las firmas de letras de cambio y demás instrumentos de giro, de pólizas de seguro y de reaseguro, talones del ferrocarril y, en general, de los documentos utilizados en la práctica comercial o regidos por disposiciones especiales, podrán ser legitimadas siempre que tales documentos reúnan las condiciones legales y sean puestas aquéllas a presencia del Notario."

Aparte de los requisitos generales de toda legitimación, este artículo, dictado precisamente para los efectos de carácter mercantil, exige que sean puestas las *firmas* a presencia del Notario, formalidad que es la que, a nuestro juicio, presta la garantía máxima en cuanto a su identidad. El COLEGIO NOTARIAL DE GRANADA (38) parece anhelar el que en futura reforma reglamentaria se permita la legitimación "por propio conocimiento del Notario, sin necesidad de presencia del suscriptor, declarando sólo el Notario que reconoce la firma y la considera legítima (verdadero juicio notarial análogo a un acta de notoriedad). La facilidad del tráfico mercantil exige una norma más ágil y rápida que la exigida por el citado art. 263 del Reglamento, sin perjuicio de que los interesados opten por la otra forma". Sin embargo, los fines de garantía que con la legitimación se van buscando, creemos se cumplen mejor con la diligencia de presente. Con ella, la posibilidad de una falsificación queda disminuída notablemente, y, por tanto, mejor servido el tenedor de la letra, el crédito mercantil y, en suma, la seguridad del tráfico (38 bis).

Por otra parte, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento exige que la intervención o legitimación esté puesta "en la misma letra", lo que con el actual modelo de clisé legal de la cambial hará difícil en la práctica estampar en la misma la legitimación notarial, con sus requisitos generales de sellos, cajetín en forma extensa, signo, firma y rúbrica. Pero como así interpretada la Ley procesal está en pugna con el tenor del artículo 521 del C. de c. a que se remite expresamente, esta dificultad puede salvarse practicando la legitimación en pliego

(37) Loc. cit., pág. 370.

(38) *Boletín de Información*, enero de 1955, núm. 45, pág. 447.

(38 bis) Puede verse en este sentido la postura de J. D. en el *Boletín* de dicho Colegio, núm. 36, abril de 1954, pág. 69; y el artículo de DÁVILA publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, tomo VII, enero-marzo 1955, pág. 239, "El testimonio notarial de legitimidad de fincas".

(39) Ver, en este sentido, la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de julio de 1947* (Anuario, pág. 300).

La Academia Matritense del Notariado, en reuniones celebradas los días 8 y

aparte o distinto, unido a la letra de cambio, tal y como ahora viene haciéndose con las certificaciones del Registro Civil extendidas por extenso que no dejan claro a su pie para la legitimación (39).

2) En la Ley de Enjuiciamiento civil: núm. 4.º del art. 1.429:

Tiene fundamentalmente por objeto desarrollar la excepción que hemos estudiado antes, plasmada en el C. de c., añadiendo dos requisitos:

A) *Dejar a salvo la posibilidad de alegar la tacha de falsedad en el juicio.* Con lo cual se desvirtúa bastante la fuerza de la intervención o legitimación. La tacha de falsedad, en su actual regulación, merecería un detenido estudio en el que ahora no podemos entrar.

B) *Exigir que el protesto haya sido notificado notarialmente a las personas que menciona el artículo 517 del C. de c. cuando se trate de ejercitar la acción ejecutiva contra el librador, avalista o endosantes.*

Como antes hemos visto (supra, apartado 3), este precepto menciona al aceptante, al librador y al endosante. Será preciso, pues, para mayor claridad, distinguir entre unos y otros supuestos:

a) *Que la acción se dirija contra el avalista.* En este caso, aparentemente, la reforma se adhiere al sector de doctrina y jurisprudencia estudiado en aquel epígrafe que entendía era necesaria y suficiente la notificación al avalista para ejercitar contra él la acción cambiaria por vía ejecutiva. Decimos sólo en apariencia, porque, como observa muy bien el COLEGIO NOTARIAL DE GRANADA (40), esa notificación tenía antes "efectos diferentes y bien conocidos"; mientras que esta otra notificación, que cumple una función de garantía complementaria del ejercicio de la acción ejecutiva, cuando ésta va contra el avalista no supone más que el tener que dar conocimiento al librador, aceptante y endosantes del protesto realizado, pero sin que se notifique nada al propio avalista, como aquel grupo propugnaba: con lo que se desvanece aquella primera impresión (41).

b) *Que la acción se dirija contra el librador o alguno de los endosantes.* Hay que hacer una nueva distinción:

1.º Si en la letra no existe aval, basta cumplir el artículo 517, notificando el protesto al aceptante y a los demás contra quienes no se dirija la ejecución.

15 de febrero de 1955, aconseja extender la legitimación al dorso de la letra, con expresión de la firma que se legitima; y si no hubiere espacio suficiente, empezarla al dorso y continuarla en un pliego de clase 6.ª unido a la letra. En este caso, la legitimación extensa deberá contener, al menos, la clase y número del impreso, la fecha de expedición y de vencimiento, la cantidad y el nombre del librado. Puede verse también la Circular de la Academia Granadina del Notariado, inserta en el *Boletín* núm. 48, abril de 1955, pág. 655.

(40) Loc. cit., pág. 447.

(41) La Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Granada —loc. cit.— recuerda que esta notificación debe hacerse por acta independiente separada.

2.º Que en la letra exista avalista. Aquí se plantea la siguiente cuestión: ¿Debe también notificarse a éste el protesto? Este interrogante no lo contesta el texto reformado; y, por su parte, el artículo 517 —que no ha sufrido modificación alguna— tampoco menciona para nada al avalista. He aquí otro caso de reforma parcial del C. de c. que crea una laguna en la regulación de la letra de cambio.

Sin embargo, racionalmente pensando, no cabe suponer que se haya omitido deliberadamente al avalista en la obligación de notificar a los interesados en la letra. Si hay que hacerlo con el aceptante, el librador y los endosantes, según los casos, es evidente que el avalista tiene el mismo interés que aquéllos en conocer el impago de la cambial. Por ello creemos que en el caso de dirigirse la acción contra el librador o alguno de los endosantes, habrá que notificar al avalista el protesto de la letra de cambio, supliendo así la laguna dejada por la Ley de reforma que en parte hemos comentado (42).

(42) Este es también el criterio de la Audiencia Territorial de Valencia, que en Sentencia número 10 de 25 de enero de 1955 (ver *Revista General de Derecho*, abril-mayo de 1955, Valencia, pág. 302) después de declarar que es innecesario el nuevo protesto, añade: “Es, por tanto, *indispensable la notificación al avalista* del protesto hecho al aceptante e impago por éste *en forma fehaciente...* y de autos no aparece debidamente acreditado tal requisito, incumpléndose con ello *uno de los precisos para la ejecución contra el avalista...*”

Sucesión en los Arrendamientos Rústicos

JOSE FERRANDIS VILELLA

Doctor en Derecho, Profesor A. de Derecho Civil en la Universidad de Madrid

La primera dificultad con que se tropieza al enfrentarse con cualquier problema relativo a los arrendamientos rústicos radica en la falta de unidad de que adolece la legislación sobre esta materia. La coexistencia de varias leyes sobre el particular hace intrincado y difícil el manejo de los textos y poco segura su interpretación; y como, por otra parte, la aparición de una nueva ley ni deroga las anteriores ni las mantiene en todo su vigor, el resultado es una legislación defectuosa, a veces incoherente y nada sistemática, que por fuerza—y esto es quizá lo más grave—ha de aparecer rodeada de un indudable aire de provisionalidad.

No es nuestro propósito hacer aquí una crítica de la legislación arrendaticia, ya sobradamente comentada y censurada. Ni es—justo es reconocerlo—del legislador toda la culpa, pues la cuestión tiene repercusiones económicas e implicaciones políticas y sociales tan graves que hacen difícilísima una verdadera y completa reforma. Lo que aquí se pretende es más bien aportar algunos puntos de vista para la interpretación y, a la vez—aunque esto pueda parecer pretencioso—hacer un llamamiento o advertencia a la doctrina más o menos especializada que se está formando en torno a la materia de arrendamientos rústicos, para salir al paso de un error en el que frecuentemente se incurre. Porque se está cayendo en la inconsecuencia de comenzar señalando los múltiples defectos de que adolece esta legislación especial, para terminar extrayendo de ella efectos y consecuencias tan importantes como para justificar un cambio total en la naturaleza de la relación arrendaticia. Un ejemplo podría ser la extendida corriente doctrinal que quiere ver en el arrendamiento actual un derecho real. No hemos de entrar en esta cuestión, pero tampoco podemos dejar de advertir que si para justificar esa importantísima consecuencia no hay más razones que las que puedan derivarse de una legislación defectuosa, apresurada y, sobre todo, provisional, la justificación es insuficiente, máxime cuando los mismos autores que defienden esta posición han partido precisamente—como ocurre muchas veces—del reconocimiento de aquellos defectos y de aquel carácter provisional.

Lo que tal vez haya en el fondo de esta cuestión es que el arrendamiento se manifiesta en nuestros tiempos como una insti-

tución inadecuada a las concepciones sociales dominantes, pero no inadecuada porque sus principios sean injustos o porque su regulación jurídica esté mal construída, sino porque los resultados que se producen en la práctica están bastante lejos de alcanzar el ideal propuesto en orden a una justa distribución de la riqueza. El problema es tanto más grave cuanto que el régimen arrendaticio es casi el modo normal de explotación de la tierra, y afecta, por tanto, a una fracción importantísima de la población española. Ante esta situación se acepta como ideal político el llegar a conseguir que la tierra pertenezca a quien la cultiva; la meta está clara y la finalidad es justísima, pero el modo de llegar al fin propuesto aparece difícil y problemático. Entonces se acudirá al expediente de reformar el régimen arrendaticio de tal suerte que se utilice la misma institución del arrendamiento como instrumento para hacer desaparecer precisamente los arrendamientos. No tienen otro sentido las normas que han establecido el derecho de adquisición preferente por parte de los arrendatarios.

De esta manera, con lo que nos enfrentamos no es con un cambio en la naturaleza de la relación arrendaticia, sino con una desviación o desvirtuación de dicha relación, bien que tal desvirtuación pueda justificarse por las graves razones apuntadas. Por lo demás, sólo nos incumbe aquí el estudio de la sucesión en los arrendamientos rústicos, y a este problema concreto hemos de limitarnos ahora.

Hemos de tomar, como punto de partida, la afirmación de que la muerte del arrendatario no extingue el contrato de arrendamiento (1). Así se admitía cuando la relación estaba regida por el Código civil, en virtud de las reglas generales contenidas en los artículos 1.112 y 1.257. Así ha de admitirse igualmente bajo la vigencia de las leyes especiales sobre arrendamientos rústicos, que han *modificado* la regla de la transmisión «mortis causa» de los derechos y obligaciones del arrendatario, pero que en modo alguno han llegado a *derogarla*.

La Ley de 15 de marzo de 1935.

Sin embargo, la Ley de 15 de marzo de 1935, en su artículo 18, parece imponer una regla contraria, al decir que «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 continua-

(1) Cfr. FERRANDIS, *Sucesión en los arrendamientos. Transmisión mortis causa de los derechos y obligaciones del arrendatario*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo VII, fascículo 2.º, 1954, págs. 405 y ss. Aquel trabajo se refería propiamente a la sucesión en los arrendamientos urbanos, pero las consideraciones hechas en la introducción (págs. 405-411), son válidas también para los arrendamientos rústicos.

ción con todos los derechos y obligaciones que, emanados del arrendamiento, correspondían a su causante».

Tal como está redactado este artículo, pudiera pensarse que en él se establecen una regla general (extinción del arrendamiento por muerte del arrendatario) y una excepción (facultad de opción para el caso en que los herederos sean el cónyuge y los parientes citados). Pero, como acertadamente se ha observado, es lo cierto que tiene tal importancia en la práctica la excepción que se establece, que pasa a ser la regla general (2).

Así es, en efecto. El artículo 18 de la Ley de 1935 diría lo mismo—y sería más exacto—si hubiera sido redactado así: «Por fallecimiento del arrendatario *no se extingue* el arrendamiento siempre que los herederos sean...», etc. Tal vez pueda justificarse la dicción empleada en el precepto al decir que el arrendamiento *se extingue* por fallecimiento del arrendatario, pensando que el legislador, consciente de que iba a establecer una regla de excepción, no advirtió, sin embargo, que la excepción no se refería a la regla de la transmisión «mortis causa» del arrendamiento, sino al círculo de personas (herederos) a quienes pudiera favorecer dicha transmisión.

No deja de ser significativo que, a pesar de que en el artículo 18 se dice que por fallecimiento del arrendatario se extingue el arrendamiento, cuando después en el artículo 24 de la misma Ley de 1935 se enumeran las causas de extinción de los arrendamientos no se incluye entre ellas la muerte del arrendatario (3).

Así pues, en virtud de la ley de 1935, la muerte del arrendatario no es por sí misma una causa de extinción del arrendamiento. La regla sigue siendo la transmisibilidad «mortis causa» de los derechos y obligaciones del arrendatario (4). Lo que ha hecho

(2) Así se expresan MARTÍN ARTAJO y FERNÁNDEZ SALCEDO, en *Arrendamientos rústicos*, Madrid, 1942, pág. 95.

(3) La frase «se extingue el arrendamiento» no puede admitirse—dice FERNÁNDEZ VIVANCOS—en términos tan absolutos. La Ley sienta esa afirmación para el caso en que el arrendamiento esté vencido en su plazo y venga prorrogado por voluntad del arrendatario, pero en forma alguna para los arrendamientos cuyo plazo esté vigente a la muerte del arrendatario (*La sucesión mortis causa en materia de arrendamientos*, en «Revista General de Derecho», 86, 1951, pág. 586). El argumento es sugestivo, pero no parece que pueda apoyarse en la legislación de arrendamientos rústicos. Las Leyes especiales han concedido al arrendatario el derecho a las prórrogas sin hacer ninguna distinción entre el contenido del arrendamiento durante el plazo contractual y durante las prórrogas. Creemos, pues, que ni siquiera cuando el arrendamiento esté en fase de prórroga podrá admitirse la afirmación de que se extingue por la muerte del arrendatario.

Añade FERNÁNDEZ VIVANCOS, que mucho menos puede referirse aquella afirmación a los casos en que el arrendamiento esté inscrito en el Registro, ya que la inscripción le ha dotado de efectos reales oponibles «erga omnes»; por tanto, estando vigente el plazo contractual, este derecho de arrendamiento forma parte de la herencia como otro cualquiera.

(4) El Código italiano de 1942 ha introducido en este punto una reforma que hay que poner en relación con la más amplia reforma en la regulación del arrendamiento. Siguiendo el precedente del Derecho alemán, el nuevo Código italiano

en realidad esta Ley es modificar en cierta medida el sistema, estableciendo un límite para el mecanismo sucesorio del Código civil. El artículo 18 de la Ley de 15 de marzo de 1935 impone dos restricciones:

a) Una restricción a la libertad de testar, en cuanto se impide la disposición del arrendamiento en favor de herederos extraños o de parientes que no sean los mencionados en dicho artículo.

b) Una restricción a la sucesión legítima, que afecta solamente a los parientes en tercero y cuarto grado de la línea colateral.

Es lógico que, pensando que el artículo 18 de la Ley de 1935 establecía como regla general la extinción del arrendamiento por fallecimiento del titular, se haya podido decir que la excepción reconocida en el mismo artículo respondía al criterio de proteger a la familia natural del arrendatario. Pero después de las consideraciones que acabamos de hacer podemos afirmar que, tal como en el citado artículo viene regulada la sucesión en los arrendamientos, lo que se hace es más bien favorecer al arrendador.

En efecto, admitiendo la sucesión en la relación arrendaticia en virtud de aquellas normas generales de la contratación —artículos 1.112 y 1.257—aplicables a falta de otras disposiciones concretas, y aplicando el régimen sucesorio del Código civil, nos encontraríamos con que cualquier heredero (testamentario o legítimo) podía subrogarse en la posición del arrendatario. Esto no era particularmente grave cuando el arrendamiento se regía exclusivamente por las normas del Código; pero al producirse la legislación especial, orientada principalmente a la protección del arrendatario, podía resultar injusto y desproporcionado que cualquier heredero de éste se beneficiara al suceder en una relación tan desigualmente configurada (5). Es decir, que precisamente porque el arrendatario

distingue entre arrendamiento de cosa improductiva y arrendamiento de cosa productiva (*affitto*) que puede ser mueble o inmueble. En caso de muerte del arrendatario de cosa productiva, sus herederos y el arrendador pueden desistir del contrato dentro de los tres meses siguientes a la muerte (art. 1.627, párrafo 1.º). La misma regla se aplica al *affitto* de fundos rústicos, pero en este caso la denuncia producirá efecto al terminar el año agrícola (párrafo 2.º del mismo artículo).

Los comentaristas del Código italiano entienden que la muerte del arrendatario no extingue el contrato y que lo único que se establece en el artículo 1.627 es una facultad de resolución sometida a término, que pueden ejercitar tanto el arrendador como los herederos del arrendatario. La razón de este precepto la encuentran en la consideración de que en el arrendamiento de cosa productiva el contrato se ha constituido *intuitu personae* (vid. D'AMELIO-FINZI, *Codice civile. Commentario. Libro delle Obligazioni*, Firenze, 1947, vol. II, parte I, páginas 331-332. También MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, octava edición. Milano, 1952, vol. II, parte 2.ª, pág. 500).

(5) Acertadamente señala CASTÁN, al referirse a la transmisión *mortis causa* del arrendamiento y después de observar que tal transmisión estaba implícita en el Código civil, que la legislación de arrendamientos rústicos ha tenido que modificar en parte el indicado régimen *para no conceder a los herederos un beneficio que en muchos casos sería excesivo* («Derecho Civil Español...», 7.ª ed. Madrid, 1953, tomo IV, pág. 268).

está tan protegido es por lo que ha parecido conveniente limitar el círculo de herederos que podrían suceder en una posición tan privilegiada, admitiendo la sucesión en el arrendamiento sólo en favor del cónyuge y de los herederos de sangre dentro de los grados de parentesco previstos en el artículo 18 de la Ley de 1935. En estas condiciones podemos decir que lo que en este artículo se ha hecho no ha sido proteger a la familia del arrendatario, sino proteger más bien al arrendador, puesto que, dejando a salvo la transmisibilidad del arrendamiento, se ha limitado la posibilidad de sucesión a los casos en que deba producirse en favor de determinados familiares del arrendatario (6).

Por lo demás, podemos afirmar que todo el alcance de la reforma efectuada en la Ley de 1935 sobre este punto se ha reducido a dicha limitación en el círculo de personas que pueden suceder en el arrendamiento. En virtud de dicha Ley, insistimos una vez más, el arrendamiento no se extingue por muerte del titular. Hasta aquí estamos igual que bajo la aplicación del Código civil. No se extingue, sino que se transmite a los herederos, siempre que éstos sean el cónyuge o los parientes citados en el artículo 18. En esto consiste la reforma; sólo pueden suceder en el arrendamiento el cónyuge y dichos parientes. Pero la reforma no pasa de aquí y no afecta para nada a ningún otro principio de los que gobiernan la sucesión hereditaria en el Código civil.

Orden de prelación.

Así, por ejemplo, el artículo 18 de la Ley de 1935 no establece en modo alguno un orden de prelación entre los parientes que cita. Sin embargo, algunos comentaristas han sostenido lo contrario. Así Bellón, según el cual en dicho artículo se establece una *preferencia parental*, según la cual ha de suceder primero el cónyuge, siguiéndose después un orden similar al de la sucesión abintestato (7). Así también García Royo, quien entiende que no habiendo designación testamentaria o nombrando sucesor que no pertenezca a las categorías parentales señaladas, opera el mandato legal para deferir la sucesión al cónyuge, ascendientes o descen-

(6) Con alcance muy parecido, aunque con técnica distinta, se regula la sucesión en los arrendamientos rústicos en el Derecho francés. Se ocupa de esta cuestión el artículo 24 del *Statut du fermage* (ley de 13 de abril de 1946, que modificó en parte a la Ordenanza de 17 de octubre de 1945). En principio, el fallecimiento del arrendatario deja subsistente el arrendamiento; pero en ciertas condiciones, el artículo 24 permite a una y otra parte pedir la resolución por fallecimiento del arrendatario. Estas condiciones son amplias si la demanda emana de los causahabientes del arrendatario: estos tienen completa libertad para exigir la resolución del contrato. Más estrechas si la pretensión viene del arrendador: este sólo puede pedir la resolución cuando el cónyuge fallecido no deje cónyuge ascendientes o descendientes que hayan habitado y cultivado la tierra con él (Vid. SAVATIER, *Manuel juridique des Baux Ruraux*, 2.ª ed. París, 1952, págs. 121, 205-206).

(7) BELLÓN, *Arrendamientos rústicos. Su actual regulación. Comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 1942, pág. 208.

dientes y hermanos, *no cabiendo duda de que el orden en que son citados por la Ley implica preferencia preclusiva*. Viviendo el cónyuge—añade—será éste el sucesor arrendaticio, ya que, además de ser enunciado en primer lugar, ello se aviene con la comunidad de vida y trabajo que mantuvo con el fallecido (8).

El mismo criterio ha seguido la Sala quinta del Tribunal Supremo en alguna sentencia. La más destacada, dentro de esta línea, es la sentencia de 30 de diciembre de 1947, en uno de cuyos considerandos y refiriéndose al artículo 18 de la ley de 1935, se razona así: «ciertamente la aludida facultad aparece otorgada a la parentela que menciona sin señalar ordenación individual, pero como parece absurdo suponerla global o en modo que fuere para todos al par, lo cual saltaría por las preferencias de grado y llegaría a una confusión de intereses inexplicable, tiene que creerse guiada por el método seguido en su exposición que lleva a la *prioridad del cónyuge...* y después la proximidad en grado...». La sentencia de 2 de febrero de 1953 se expresa en parecidos términos: el artículo 18 «no concede tal derecho en comunidad o copropiedad a todos los parientes que cita, sino que establece prelación entre ellos, por el orden en que aparezcan designados y con carácter excluyente de los parientes posteriores por los anteriores, que determina la *preferencia en la sucesión del cónyuge viudo* y a falta de éste la de los sucesivos parientes por grados...».

Estas opiniones, pese a la autoridad de los comentaristas que las mantienen y no obstante haber sido aceptadas por el Tribunal Supremo, nos parecen inexactas. El artículo 18 de la ley de 1935 no señala un orden de prelación entre los parientes que cita. No se establece preferencia entre las personas citadas, porque el artículo 18 *no hace llamamientos* a la sucesión. Obsérvese bien en qué forma se alude a dichas personas; dice la Ley: «salvo el caso en que *los herederos sean...*», etc. Es decir, que ante la muerte del titular arrendatario lo primero que hay que averiguar es quiénes son los herederos. Si es heredero alguno de los parientes citados o el cónyuge, entonces tendrá derecho a optar por la rescisión del contrato o su continuación. Pero para saber si son o no herederos no nos sirve de nada la Ley de 1935; serán herederos quienes hayan sido instituidos en testamento o, a falta de éste, quienes resulten llamados según el orden de suceder que el Código establece para la sucesión legítima (9).

(8) GARCÍA ROYO, *Tratado de Arrendamientos Rústicos*, 2.ª ed. Soria, 1950, página 315.

(9) Acierta, a nuestro juicio, FERNÁNDEZ VIVANCOS, al decir que el artículo 18 de la Ley de 1935 «en modo alguno establece un orden de sucesión ni modifica para nada el establecido en el Código civil, siempre sobre la base de *unidad del arrendamiento y extinción si no quedan parientes hasta dentro del segundo grado de la línea colateral*» (en loc. cit., pág. 586).

A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1947, que vino a confirmar la de primera instancia dictada precisamente por el señor FERNÁNDEZ VIVANCOS, nos dice este autor que no comparte su doctrina en tér-

Esta puede parecer quizá una interpretación excesivamente gramatical del artículo 18. Pero creemos que no es tal, porque es la única interpretación que permite dar a este artículo el mismo sentido tanto si ha de aplicarse a la sucesión testada como si debe referirse a la sucesión legítima.

Los autores que creen que el artículo 18 establece un orden de prelación, invocan tal prelación solamente para el caso de que no haya designación testamentaria o de que, habiéndola, se haya hecho en favor de persona que no pertenezca a las categorías parentales citadas en dicho artículo. De modo que si hay testamento, el artículo 18 solamente juega como limitación al grupo de personas en cuyo favor puede producirse la transmisión de la telación; y si no lo hay, además de establecer la misma limitación al grupo de parientes llamados a la sucesión abintestato, sirve para determinar el orden según el que tal sucesión ha de ser deferida.

Creemos, sin embargo, que no puede hacerse esta diversificación en la aplicación del artículo 18 de la Ley de 1935. El precepto debe ser igualmente aplicable a la sucesión testada y a la intestada y lo que en él se hace es señalar un límite al grupo de personas (herederos) que pueden suceder en el arrendamiento. El reconocimiento de la facultad concedida en este artículo —optar por la rescisión o la continuación del contrato— presupone que se tiene la cualidad de heredero y para esto habrá que estar a lo que diga el testamento, o a las normas que en el Código regulan la sucesión legítima. Una vez sepamos quién es heredero, sabremos si le corresponde o no aquella opción según pertenezca o no a alguna de las categorías parentales señaladas.

El artículo 18 puede negar a un heredero el derecho a continuar en el arrendamiento. Pero no puede negar a una persona el carácter de heredero que le atribuya un testamento o el Código civil. Un pariente de tercero o cuarto grado llamado abintestato, o un extraño instituido en testamento son herederos del causante, sólo que no tienen derecho a suceder en el arrendamiento, porque el artículo 18 ha limitado este derecho a los parientes que cita.

Es interesante hacer constar que el Tribunal Supremo en alguna reciente sentencia ha rectificado el criterio mantenido en las dos anteriormente citadas (las de 30 de diciembre de 1947 y 2 de febrero de 1953) en cuanto al orden de prelación. Nos referimos a la sentencia de 24 de marzo de 1954 —también de la Sala quinta— en la que al aplicar el artículo 18 de la Ley de 1935 se dice que el arrendamiento no se extingue y puede mantenerse «cuando así lo deseen el cónyuge, los parientes en cualquier grado de la línea directa o en la colateral hasta el segundo, *si son herederos*, condición ésta que ha de entenderse en el sentido de que la opción que

minos generales, aunque la estima acertada para aquel caso concreto, entre otras razones, porque la viuda era la real continuadora del arrendamiento ya que como bien ganancial le correspondía la mitad y era, por tanto, quien más participación había de tener (ibid., pág. 587).

el precepto otorga para rescindir el contrato o proseguirlo se atribuye a todas las personas llamadas, *pero como en el orden legal de la sucesión puede haber unas cuyo derecho a suceder excluya el de las otras*, a éstas no alcanza la opción por no ser herederos».

Quizá la redacción de este considerando no sea lo suficientemente inequívoca como para hacer que salte a la vista el cambio de criterio que representa en relación a las sentencias anteriormente citadas. Pero creemos, sin embargo, que tal cambio de criterio existe, en cuanto que, al menos, esta sentencia de 24 de marzo de 1954 plantea la cuestión en sus justos términos al destacar que las personas citadas en el artículo 18 pueden suceder en el arrendamiento *si son herederos* y al remitirse al *orden legal de la sucesión* para determinar la preferencia que existe entre las distintas personas en favor de las que se ha reconocido en la Ley especial el derecho a suceder en el arrendamiento. De acuerdo, pues, con el criterio que hemos mantenido, las citadas personas podrán suceder (mediante el ejercicio de la opción prevista) *si son herederos*; para saber si son herederos ya no sirve absolutamente de nada el artículo 18 de la Ley de 1935. Serán herederos en virtud del testamento o del llamamiento a la sucesión legítima que resulte *del orden legal de la sucesión*, es decir, de las normas que regulan la sucesión intestada en el Código civil.

¿Sucesión forzosa?

Si el significado del artículo 18 de la Ley de 1935 es el establecimiento de una limitación en las personas que pueden suceder en la relación arrendaticia, podríamos inclinarnos a pensar que esta sucesión funciona en cierto modo como una especie de sucesión forzosa, necesaria o legitimaria. Diríamos que con el arrendamiento rústico viene a suceder lo que con la parte de la herencia que constituye la legítima: no puede salir de la familia, entendida además la familia en un sentido restringido. Pérez Tejedor y Serrano Moreno insinúan este criterio al decir que, puesto que el arrendatario puede haber designado sucesor, pero sólo entre los parientes que la Ley señala, se trata, por tanto, de «una especie de sucesión forzosa» (10).

Sin embargo, no parece que pueda aceptarse tal criterio. La sucesión en el arrendamiento rústico y la sucesión forzosa, necesaria o legitimaria, tienen distinto fundamento y diverso modo de funcionar. Basta tener en cuenta que cuando no haya legitimarios se puede disponer libremente de toda la herencia; en cambio, cuando no exista ninguno de los parientes citados en el artículo 18 no se puede disponer del arrendamiento, sino que queda extinguido en virtud de lo que dispone el mismo artículo. No hay, pues, equiparación posible con la sucesión legitimaria.

(10) PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, *Arrendamientos Rústicos*, Gerona, 1951, vid. pág. 541, nota 94.

Cuestión acerca de la división del arrendamiento.

El artículo 18 de la Ley de 1935 dispone en su párrafo final: «El arrendador no estará obligado a dividir el arrendamiento aunque sean varios los herederos del arrendatario» (11).

La razón del precepto es fácil de comprender. Es evidente que se funda exclusivamente en la tutela del interés del arrendador, para quien podría resultar perjudicial e incómoda la división del arrendamiento que convirtiera el primitivo contrato único en dos o más relaciones arrendaticias distintas e independientes entre sí. Queda a salvo, sin embargo, la posibilidad de que el arrendador acceda a la división; la dicción empleada en el texto legal al decir que «no estará obligado a dividir» no deja lugar a dudas sobre este punto. Si los varios herederos pretenden la división del arrendamiento entre ellos, el arrendador puede, si le conviene, acceder a esta pretensión, pero *no está obligado* a ello y, por tanto, puede igualmente rechazarla.

Con todo, a pesar de la claridad de esta disposición, tampoco este punto ha quedado libre de una interpretación desacertada. La imposibilidad de imponer la división del arrendamiento al arrendador, ha sido entendida por algún autor en el sentido de que «una sola persona» ha de optar por las facultades que concede este artículo, de modo que el arrendador «puede exigir que figure y negocie exclusivamente un heredero» (12). En el mismo sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1953, a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos, después de señalar que la facultad de continuar en el arrendamiento corresponde a los parientes según el orden de prelación establecido en el artículo 18, añade: «con obligación, en caso de que los llamados en un mismo grado sean varios, de nombrar un cabezalero que resulte el obligado, *como único medio de evitar la división del arrendamiento* que prohíbe el mismo precepto en su último párrafo» (13).

(11) NART ha querido utilizar este precepto en apoyo de su afirmación de que el arrendamiento es un derecho real. El último párrafo del artículo 18 de la Ley de 1935 es—según este autor—trasunto del 1.618 del C. c., según el cual: «No pueden dividirse entre dos o más personas las fincas gravadas con censo, sin el consentimiento expreso del censalista, aunque se adquirieran a título de herencia.» (Ex-arrendamientos), en «Anuario de Derecho Civil», 1951, pág. 947).

No hemos de entrar ahora en la discusión sobre la naturaleza real del colonoato. Pero sí que importa advertir que no hay tal «paralelismo» entre uno y otro precepto. Según el artículo 1.618 del C. c. se requiere el consentimiento del censalista para dividir la finca gravada con censo. Es una fuerte limitación al derecho del censatario, es decir, del propietario de la finca. En el artículo 18 de la Ley de 1935 se impone (implícitamente) la autorización del arrendador, o sea, del propietario, para dividir el arrendamiento. Es, pues, una limitación al derecho del arrendatario y un robustecimiento del derecho del propietario. Si este artículo fuera trasunto de aquél, se habría referido a la división de la finca arrendada, pero no, como lo hace, a la división del arrendamiento.

(12) Así se expresa GARCÍA ROYO, ob. cit., pág. 316.

(13) También la sentencia de 30 de diciembre de 1947 abona esta interpretación al señalar que cuando sucede el cónyuge la unidad queda guardada, mien-

No parece aceptable tal interpretación. Por más vueltas que se le den al último párrafo del artículo 18 —y no pueden dársele muchas a un precepto tan simple y conciso— no aparece por ninguna parte esa pretendida imposición legal de que sea «una sola persona» la que suceda en el arrendamiento y en tal concepto sea la única que figure y negocie. Y, desde luego, lo que de ningún modo puede admitirse es que el nombramiento de ese cabezalero que resulte el exclusivo obligado sea «el único medio de evitar la división del arrendamiento», como se dice en la sentencia de 2 de febrero de 1953.

El medio de evitar la división del arrendamiento es, sencillamente, no dividirlo, por más que esto pueda parecer una redundancia. ¿Qué inconveniente puede haber en que si suceden varios herederos de un mismo grado —pensemos, por ejemplo, en varios hermanos— sean todos ellos en común quienes continúen el arrendamiento? (14) ¿Es que también el artículo 18 de la Ley de 1935 ha venido a introducir modificaciones revolucionarias en la teoría de la indivisión hereditaria?

Lo único que puede negar el arrendador es la división del arrendamiento, por las razones apuntadas, y esto es lo único que establece en este sentido el artículo 18 en su párrafo último. Pero nada tendrá que objetar —tal como ha sido regulada esta situación— frente a la pretensión de varias personas que deseen continuar el arrendamiento, si se trata de personas que reúnen la cualidad de herederos del causante y pertenecen al mismo grado dentro de alguno de los órdenes de parientes a los que en el citado artículo se reconoce el derecho a suceder (15).

tras que cuando suceden los demás parientes, si hay varios de un mismo grado ha de determinarse especie de cabezalero que resulte el obligado para que no surja la división que ha querido impedirse.

(14) No parece que la sucesión conjunta de varios parientes en el arrendamiento deba considerarse incompatible con la naturaleza de la relación. Incluso podemos citar en nuestro Derecho un precedente, al menos, en el Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929, cuyo artículo 21 la admitió expresamente diciendo: «Los contratos de arrendamiento de fincas rústicas podrán ser continuados por la viuda y descendientes del arrendatario, si *solidariamente* asumen la responsabilidad de su cumplimiento en la misma forma y dentro de los mismos plazos que se garantizan en este Decreto-ley para aquél.»

(15) En otras sentencias, el Tribunal Supremo ha tratado con más acierto esta cuestión. Así en la de 31 de enero de 1951, en un caso en el que se discutía la legitimación activa para el ejercicio del derecho de retracto, se negó esta circunstancia a los recurrentes porque (aparte de negarse la realidad del contrato de arrendamiento), los herederos del supuesto arrendatario eran además de su viuda sus cuatro hijos y la demanda había sido presentada solamente por la viuda y dos de los hijos. Quedaba admitida, por tanto, la posibilidad de que varias personas hubieran sucedido conjuntamente en el arrendamiento.

En la de 2 de junio de 1952, el Tribunal Supremo reconoce—aunque el supuesto no se daba en el caso debatido—que los herederos podían haber continuado el arrendamiento en régimen de comunidad.

La Ley de 23 de julio de 1942.

Hasta aquí, lo relativo al ordenamiento establecido en el artículo 18 de la Ley de 15 de marzo de 1935. El régimen de sucesión en el arrendamiento instituído en dicho precepto era aplicable a todos los arrendamientos rústicos, hasta la aparición de la Ley de 1942, que vino a modificar el sistema.

La Ley de arrendamientos rústicos de 23 de julio de 1942 introduce en nuestro Derecho una importante innovación al establecer el requisito de fijación de la renta en trigo (art. 3.º). Pero quizá la más destacada novedad de este ordenamiento sea la que se cifra en la distinción que se hace dentro de los arrendamientos rústicos con el designio de proteger especialmente al pequeño cultivador. De esta forma, se crea un régimen especial para los arriendos cuya renta anual venga regulada por una cantidad de trigo que no exceda de 40 quintales métricos anuales y en cuya explotación se realice el cultivo de modo directo y personal por el arrendatario.

Prescindiendo de las demás particularidades de este régimen de protección especial, lo que aquí nos interesa es la forma en que la Ley de 23 de julio de 1942 regula la transmisión «mortis causa» de los derechos y obligaciones del arrendatario. Tal regulación está concebida en los siguientes términos:

«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». (Párrafo tercero del artículo 4 de la Ley de 23 de julio de 1942.)

Así pues, a partir de la Ley de 1942 coexisten dos regímenes distintos de sucesión en el arrendamiento rústico (16). De una parte, el régimen instaurado por dicha Ley para los arrendamientos especialmente protegidos; de otra, el que hasta ese momento había venido aplicándose a todo supuesto de sucesión arrendaticia, es decir, el establecido en el artículo 18 de la Ley de 1935, que

(16) Estos regímenes siguen vigentes en el momento actual. La reciente Ley de 15 de julio de 1954, que regula importantes efectos de los arrendamientos rústicos especialmente protegidos, no ha introducido ninguna novedad en punto a la sucesión en los arrendamientos.

en la actualidad ha de aplicarse solamente a los arrendamientos con renta superior a 40 quintales métricos de trigo, o a los de renta inferior a dicha cantidad en los que la explotación no se realice de modo directo y personal por el arrendatario, puesto que la especial protección concedida en la Ley de 1942 requiere la concurrencia de ambas circunstancias (cuantía de la renta y forma de explotación), como se deja expresamente sentado en los párrafos primero y último del mismo artículo 4 de la citada Ley (17).

Por de pronto, comparando el párrafo tercero del artículo 4 de la Ley de 1942 con el artículo 18 de la Ley de 1935, hay que señalar un acierto de la nueva Ley al decir que los derechos del arrendatario *no se extinguirán* por su fallecimiento.

Ya nos hemos referido a la frase: «se extingue el arrendamiento» empleada por la Ley de 1935 y hemos tenido ocasión de afirmar que no hay tal extinción, a pesar de lo que dice el artículo 18. La dicción del precepto que comentamos ahora evita toda duda sobre este particular.

También aquí se establece una restricción a la libertad de testar. El causante puede designar en su testamento al que deba sucederle en el arrendamiento, pero tal designación ha de hacerse precisamente en favor de un *familiar cooperador del causante en el cultivo de la finca*. Restricción que, según García Royo, se justifica «porque el espíritu de esta Ley irradia a todo su articulado haciendo del arrendamiento patrimonio familiar de cuantos contribuyen a la realización material de las operaciones o faenas agrícolas y del que nunca pueden ser desposeídos» (18).

(17) También el nuevo Código italiano ha establecido reglas especiales para el arrendamiento con cultivo directo (*piccola affitto*), incorporando lo dispuesto en la Ley de 3 de abril de 1933. Pero la solución es contraria a la de nuestro Derecho; según el artículo 1.650, en caso de muerte del arrendatario el arrendador puede inmediatamente sustituir a los herederos en la explotación de la finca. Los comentaristas, insistiendo en la idea del *intuitu personae*, que «domina radicalmente el contrato» dicen que en este caso el mantener a los herederos podría resultar perjudicial a los intereses del arrendador e incluso a los superiores de la agricultura (vid. D'AMELIO-FINZI, ob. cit., pág. 358).

(18) GARCÍA-ROYO, ob. cit., pág. 84. En cambio, este autor juzga ilógica la otra limitación que se establece en cuanto se impone la necesidad de que la designación del sucesor deba hacerse precisamente en testamento, con lo que se excluye la posibilidad de hacerla en escrito público o privado, ante testigos o de cualquier otra manera fehaciente, sistema este último que concordaría con el régimen de autonomía establecido en el artículo 2 de la misma Ley respecto a la forma de contratación (*ibid.*).

Esta crítica no nos parece aceptable. En este punto la Ley de 1942 no impone limitación ninguna, sino que sigue el principio vigente en nuestro Derecho, según el cual el testamento es el único instrumento válido para designar al sucesor *mortis causa*. El respeto a este principio no tiene nada que ver con la libertad de forma que la Ley admite para la celebración del contrato de arrendamiento. En este terreno la Ley de 1942 ha podido introducir una reforma, pero hubiera sido inadmisiblemente que una Ley de este alcance viniera también a reformar los principios fundamentales del Derecho Sucesorio.

GARCÍA ROYO llega a afirmar que «la designación de sucesor en la relación

Puesto que sólo puede designarse en el testamento como sucesor en el arrendamiento a uno de los familiares cooperadores, surge inmediatamente la pregunta: ¿qué debe entenderse por *familiar cooperador*?

Flórez de Quiñones da a este término una interpretación restrictiva. Entiende que la Ley de 1942 habla de familiares en sentido amplio, «o sea hasta el cuarto grado, en que desaparece el parentesco civil» (19). Es decir, que este autor al comparar la norma de la Ley de 1942 con el artículo 18 de la Ley de 1935 señala la mayor amplitud de aquélla, puesto que en la Ley de 1935 sólo se reconoce derecho a suceder en el arrendamiento a los parientes hasta el segundo grado mientras que en la de 1942 se reconoce tal derecho a los familiares «en sentido amplio», pero sin que tal amplitud pueda extenderse más allá del cuarto grado, pues en este grado desaparece el parentesco civil.

Esta interpretación parece excesivamente restrictiva. Para fijar el concepto de *familiar cooperador* hemos de partir del párrafo segundo del mismo artículo 4, que al establecer lo que debe entenderse por cultivo «directo y personal» lo caracteriza diciendo que es aquél en que las operaciones agrícolas se realicen materialmente por el arrendatario (o por el arrendador si se refiere a él) o por los familiares *en su más amplio sentido* que con él convivan bajo su dependencia económica. La frase «familiares en su más amplio sentido» no se compagina con la pretendida limitación a los parientes hasta el cuarto grado; pero es que además no puede admitirse la afirmación hecha por Flórez de Quiñones de que el parentesco civil desaparece en el cuarto grado. No es así. Lo único que ocurre es que más allá del cuarto grado «no se extiende el derecho de heredar abintestato», como textualmente dice el artículo 954 del Código civil. Más adelante veremos si la Ley de 1942 ha modificado el límite de la sucesión abintestato en cuanto a la sucesión en el arrendamiento. Pero el concepto de «familiar cooperador» no nos interesa solamente para el supuesto de sucesión intestada en el arrendamiento, sino también para el de sucesión testamentaria, puesto que la Ley admite la designación de sucesor hecha en el testamento del arrendatario precisamente con la limitación de que ha de recaer en uno de los familiares cooperadores del causante.

Cierto pues, que más allá del cuarto grado no se extiende el derecho de heredar abintestato (art. 954 C. c.). Pero sí que se extiende el parentesco civil (20), porque además de los grados ul-

arrendaticia es totalmente extraña a las propias y específicas disposiciones de última voluntad. (¿?).

(19) FLÓREZ QUIÑONES, *Notas sobre la ordenación actual de los Arrendamientos Rústicos*, en «Revista de Derecho Privado», 1942, págs. 611 ss. (vid. página 630, nota 70).

(20) Por ejemplo, los artículos 204 y 1.341 del Código civil hacen referencia a parientes sin establecer ninguna limitación de grado.

rios del parentesco por consanguinidad hay que tener en cuenta el parentesco por afinidad y el parentesco por adopción. Creemos que a todas estas clases de parientes les puede beneficiar la sucesión en el arrendamiento, dada la frase «familiares en su más amplio sentido» empleada por el legislador (21).

Resumiendo pues: lo primero que se requiere para tener la condición de «familiar cooperador» es un vínculo familiar con el arrendatario causante de la sucesión. Este vínculo puede nacer del parentesco por consanguinidad o por adopción, o del matrimonio (sucesión del cónyuge y de los parientes por afinidad).

Sin embargo, no basta con esto. Se requiere, además, por definición, que el familiar en cuestión haya sido *cooperador* del causante en el cultivo de la finca. Y se exige que haya *convivido* con él y precisamente *bajo su dependencia económica* (22). En realidad, estos requisitos los fija la Ley de 1942 en su artículo 4, pero no en el párrafo tercero, que es el que regula la sucesión en los arrendamientos especialmente protegidos, sino en el párrafo segundo al establecer lo que ha de entenderse por «cultivo directo y personal». Pero queda fuera de duda que han de aplicarse para precisar el concepto de «familiar cooperador» a los efectos del párrafo tercero, es decir, de la sucesión. Téngase en cuenta que si la relación de estas personas con el arrendatario no se hubiera ajustado a lo que preceptúa el párrafo segundo, se habría desnaturalizado el cultivo directo y personal y, por tanto, ni siquiera surgiría la aplicación del párrafo tercero del mismo artículo, reservado

(21) De acuerdo con esta amplia interpretación del concepto de «familiares». BELLÓN dice que al aludir la Ley a «familiares en su más amplio sentido que con él convivan bajo su dependencia económica», parece dejar significado que no es lo más característico la proximidad del vínculo, sino la dependencia económica y, por lo tanto, deben creerse comprendidos, quienes, aun con parentesco de sangre no muy próximo o siéndolo por adopción o acogimiento, integran la familia campesina y rinden todo su esfuerzo al acervo común de ella, dirigidos por su jefe natural, sin percibir salario concreto; es decir, un concepto análogo para la familia al enunciado en la Ley del contrato laboral cuando en la misma los excluye de su ámbito (ob. cit., págs. 22-23). Véase también BALLARÍN, *Sobre el concepto de cultivo directo y personal*, en «Revista de Derecho Privado», 1954, páginas 281 y ss.

(22) En Francia, según la Ley de 13 de abril de 1946 (*Statut du fermage*), basta con que el descendiente del arrendatario fallecido tenga dieciséis años para que pueda oponerse a la resolución del contrato intentada por el arrendador. También en esta Ley se exige que el pariente sucesor en el arrendamiento haya convivido y cultivado la explotación con el arrendatario; pero se dispensa de estos requisitos al cónyuge o a los hijos que justifiquen, dentro de ciertas condiciones, tener un conjunto suficiente de conocimientos agrícolas. El que pretenda suceder en el arrendamiento ha de tener una parte en el derecho a este arrendamiento, sea como miembro de una comunidad de bienes, sea como heredero o legatario del difunto. A juicio de SAVATIER, la cualidad de arrendatario puede ser conservada por una comunidad en la que uno solo de sus miembros reúna las condiciones previstas en el artículo 24. (*Manuel juridique Baux Rurales*, páginas 205-206.)

como sabemos a la sucesión en arrendamientos especialmente protegidos (23).

Después de examinar todos estos requisitos se comprende que la restricción que la Ley de 1942 impone a la libertad de testar es bastante importante. Se permite al arrendatario designar sucesor en la relación, pero se exige que tal designación recaiga en uno de los familiares cooperadores. Los requisitos de convivencia y dependencia económica respecto del causante, pueden hacer que quede excluida la posibilidad de designar como sucesor a un pariente próximo en quien no concurren tales circunstancias. Pero no nos olvidemos del requisito de que el familiar designado para suceder en el arrendamiento haya sido cooperador del causante. Requisito cuyas consecuencias son importantísimas; pensemos que en su virtud podrán quedar excluidos los hijos del arrendatario que por su corta edad no hayan tenido ocasión de cooperar con su padre en el cultivo de la finca; es indudable que en este caso, pese a la proximidad del vínculo, los hijos (que han convivido con el causante bajo su dependencia económica) no pueden considerarse «familiares cooperadores». Podrá decirse que esta interpretación es en exceso literal, pero ¿qué otra cabe hacer ante una Ley tan casuística que, precisamente por querer ser tan minuciosa, plantea tantos y tan graves problemas?

Esto en cuanto a la designación testamentaria del sucesor del arrendatario. Veamos ahora qué ocurre a falta de esa designación. El artículo 4 de la Ley de 1942 (párrafo tercero) establece que si no se hubiese hecho esa designación los familiares cooperadores elegirán por mayoría entre ellos al que haya de figurar como titular del arriendo; y si no hacen dicha elección, será el arrendador quien deba designar entre todos los familiares cooperadores al sucesor del arrendatario (24).

(23) Dentro del conjunto de requisitos señalados hay que prestar especial atención a la condición de *familiar*. La exigencia de un vínculo de esta índole excluye a otras personas que pueden reunir, en cambio, los demás requisitos (criados, etc.). Como dicen KIPP y WOLFF, «no se constituye relación familiar alguna por la *mera comunidad doméstica*; así como un sujeto puede ser miembro de la familia sin convivir en la casa, de igual modo el que comparte permanentemente el techo con otros puede ser y continuar siendo siempre un sujeto extraño a la familia». (En el *Tratado*, de ENNECERUS, tomo IV, vol. I, pág. 6.) No obstante, apuntan PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, el vínculo familiar puede ser más riguroso por la convivencia bajo un mismo techo; sirven de ejemplos los artículos 160 y 321 del C. c. (en las notas de adaptación a la obra, vol. cit., páginas 9-10). A estos ejemplos de situaciones familiares especialmente calificadas por la circunstancia de la convivencia, podemos añadir el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1946 y el que estamos comentando de la Ley de Arrendamientos rústicos de 1942.

(24) La intervención que se da en esta cuestión al arrendador hace pensar que el arrendamiento debe considerarse como una relación concertada *in iure personae*. La idea de *in iure personae* ha sido utilizada por la doctrina italiana para explicar los artículos 1.627 y 1.650 del Código de 1942 (en particular MESSINGO y D'AMELIO-FINZI, vid. supra, notas 4 y 17). Ya antes de la promulgación del nuevo Código se había acudido frecuentemente a esta idea y se afirma-

Este mecanismo es el que viene a sustituir a la sucesión intestada. Resulta un tanto difícil calificar este supuesto como sucesión legítima o abintestato. Pero es indudable que parte del hecho de no haberse nombrado un sucesor por testamento. En cierto modo, estamos, pues, en presencia de una delación legítima: la ley defiere la sucesión a los familiares cooperadores, aunque esta delación se complica con el procedimiento electivo que se establece.

Podemos preguntarnos: ¿Significa también el artículo 4 de la Ley de 1942 una restricción a la sucesión legítima o abintestato? Por una parte, habrá que responder afirmativamente: significa una restricción en cuanto que alguno de los parientes a los que el Código reconoce el derecho a suceder abintestato puede quedar excluido de la sucesión en el arrendamiento por no ser «familiar cooperador». Pero, por otra parte, habrá que pensar que no hay aquí restricción, sino verdadera ampliación respecto a la sucesión legítima, pues dada la amplitud con que se ha concebido la condición de familiar cooperador (recuérdese que la Ley habla de «familiares en su más amplio sentido») resulta que pueden tener esta condición parientes que no sean de los llamados en el Código civil a la sucesión legítima (incluso afines y adoptivos) con tal de que reúnan aquellos requisitos a los que ya aludimos: coopera-

ba que la prohibición de subarrendar, en los casos en que se pactara, revelaba el carácter *intuitu personae* e implicaba pacto de resolución en caso de muerte; a esto hubo de oponerse FUBINI, diciendo que tal prohibición suponía solamente una prohibición de especulación por parte del arrendatario, pero no podía afectar al caso único y excepcional de su muerte. FUBINI creía que no puede afirmarse *a priori* que el *intuitu personae* domine el contrato de arrendamiento, aunque algunas veces se dará este matiz en los arrendamientos de fundos rústicos (*Il contratto di locazione di cose*, 2.ª ed., Milano, 1910, vol. II, págs. 726 y sigs.). También PLANIOL afirma que en principio el contrato de arrendamiento no se concluye *intuitu personae*. Como opinión intermedia es interesante la mantenida por BAUDRY-LACANTINERIE a base de la siguiente distinción: con relación al arrendatario, el arrendamiento está hecho *intuitu personae*, pues el arrendador habrá tomado en cuenta la aptitud personal y la honorabilidad del colono; en cambio, el contrato no tendrá ese carácter de personalidad en relación con el arrendador, porque el colono ha celebrado el contrato más en vista de la finca que del propietario (*Del contratto di locazione*, trad. ital. con notas de BARASSI, vol. I, núm. 1.265).

En todo caso, y con referencia a nuestro Derecho, no tiene gran importancia la cuestión del *intuitu personae*. La tendría si de ello dependiera la extinción o la subsistencia del arrendamiento a la muerte del arrendatario. Pero no es este el caso, puesto que está expresamente regulada en las leyes especiales la sucesión en la relación arrendaticia. Ahora bien, parece que en la Ley de 1942 se reconoce en cierto modo al arrendamiento el carácter de contrato *intuitu personae*, puesto que se deja en manos del arrendador—aunque subsidiariamente—la facultad de elegir entre los familiares cooperadores al sucesor del colono fallecido, con lo que se pone de manifiesto la importancia que para él pueden tener las condiciones personales del arrendatario. E indudablemente tiene este carácter la aparcería; en consecuencia, el art. 47 de la Ley de 1935 dispone que «la muerte del aparcerero da derecho al propietario para rescindir el contrato si no le convinieren la continuación del mismo por los herederos de aquél». Aquí sí que se manifiesta plenamente el *intuitu personae*.

ción, convivencia y dependencia económica respecto del causante.

Parece, por lo demás, que esta amplitud está conforme con el criterio que ha movido al legislador al establecer la favorable y ventajosa regulación de los arrendamientos con cultivo directo y personal. En el preámbulo de la Ley de 1942 se dice que «por conveniencias de orden social se otorga especial protección a aquellos arrendatarios para los que la tierra constituye un instrumento de trabajo que absorbe su actividad o la de sus familiares». Es indudable que hay en todo este sistema una valoración del elemento *trabajo* que, si en los demás aspectos de la relación arrendaticia, justifica un trato de favor frente al elemento *capital*, justifica también que en cuanto a la sucesión en el arrendamiento se atienda más al vínculo creado por la colaboración en el trabajo que al nacido estrictamente del parentesco de sangre. En este sentido pues, la norma de la Ley de 1942 significa una ampliación de la esfera de personas con derecho a suceder abintestato.

La elección del sucesor del arrendatario.

Pero observemos un detalle importantísimo: la Ley de 1942 no establece un orden de prelación entre los familiares cooperadores para suceder en el arrendamiento. Tampoco se hace remisión ninguna al orden de suceder previsto en el Código para la sucesión legítima, orden que, por otra parte, difícilmente podría seguirse aquí, puesto que, como ya hemos indicado, el concepto de «familiar cooperador» tiene una amplitud tal que permite incluir a parientes que no sean de aquellos a los que el Código civil reconoce el derecho a suceder abintestato.

Ni establecimiento de un orden de prelación, ni remisión al orden legal previsto en el Código. En lugar de esto la ley establece un procedimiento electivo, concediendo a los familiares cooperadores la facultad de designar al que haya de figurar como titular del arriendo y previendo incluso que estos familiares no procedan a hacer esa elección, en cuyo caso es el arrendador quien debe designar al sucesor del arrendatario.

Ahora bien, ¿qué valor tiene esa elección? A primera vista, cabe pensar que de la elección depende precisamente la determinación de la persona del sucesor. Así lo han entendido algunos autores (25); la generalidad de la doctrina, por otra parte, no se detiene en este problema e interpreta el mecanismo electivo establecido en la Ley de 1942 como un procedimiento dirigido a impedir la división del arrendamiento. Se dice que la Ley de 1942 no ha modificado la facultad que tiene el arrendador para oponerse

(25) Por ejemplo, y citando solamente a los que más rotundamente afirman esta idea, PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO. A juicio de estos autores, el familiar cooperador *para convertirse en heredero abintestato* necesitará ser *designado como tal* por los familiares cooperadores o por el arrendador (ob. cit., página 544).

a que el arrendamiento se divida ; tampoco pues, en los arrendamientos especialmente protegidos debe ser permitido el fraccionamiento entre los herederos del arrendatario (26).

Con todo, el interrogante que hemos planteado sigue sin respuesta. Aunque la elección, hecha por los familiares cooperadores o por el arrendador, tenga como finalidad la de evitar la división del arrendamiento ¿puede decirse que dicha elección tenga virtualidad suficiente como para determinar quién debe ser el sucesor?

Basta considerar con atención esta pregunta para comprender lo dura que resultaría la respuesta afirmativa. Porque si admitimos que lo que en esa elección se decide es la determinación del sucesor en el arrendamiento, hemos introducido una verdadera revolución en el Derecho sucesorio. Hasta ahora solamente había dos caminos por los que se pudiera llegar a la determinación de la persona que ha de suceder en los derechos de otra cuando ésta fallece. Primer camino: la voluntad del mismo causante, expresada mediante uno de los negocios jurídicos más revestido de formalidades solemnes. Segundo camino: el llamamiento hecho por la ley para el caso de que aquella voluntad no se hubiera manifestado o se manifestara en forma inadecuada o incompleta. Pensemos ahora lo anómalo que sería introducir en este equilibrado sistema una tercera forma de designar al sucesor que confiara esta decisión trascendental al voto de una asamblea de parientes. Pensemos, además, que en el precepto que nos ocupa se ha atribuido también subsidiariamente al mismo arrendador esa facultad de designar al sucesor del arrendatario ; con lo que nos encontramos ante una relación jurídica en la que uno de los sujetos puede designar libremente al que ha de suceder en la posición jurídica del otro sujeto. ¿Podemos imaginar que, en una relación nacida de un contrato de compraventa, fuera el vendedor quien hubiera de designar al heredero del comprador?

Podría aceptarse la tesis de que la designación hecha por los familiares cooperadores o por el arrendador confiere al elegido la cualidad de sucesor en la relación, si la Ley de 1942 hubiera limitado este supuesto al caso de que concurrieran varios familiares del mismo grado. O sea, si se hubiera establecido un orden de prelación y solamente se reservara ese mecanismo electivo para designar el sucesor entre varios parientes del mismo orden y grado y, por lo tanto, con igual derecho a la sucesión unos y otros. Pero como la Ley no ha establecido orden ninguno, nos encontramos con que en la votación hecha por los familiares cooperadores puede perfectamente suceder que habiendo un hijo del causante resulte elegido un sobrino, un cuñado, etc. ¿Habría que entender que di-

(26) La sentencia del T. S. de 30 de diciembre de 1947, aunque se refiere a un caso de aplicación exclusiva de la Ley de 1935, hace referencia al sistema establecido en la Ley de 1942 para reforzar el argumento de que ha de ser una sola persona la que suceda en el arrendamiento.

cha elección confiere a este pariente la cualidad de sucesor exclusivo en el arrendamiento?

Creemos que bastan estas consideraciones para desechar la idea de que la elección que en la Ley de 1942 se confía a los familiares cooperadores (o al arrendador en su caso) tiene la finalidad de designar al sucesor del arrendatario. Dicho en otros términos: la cualidad de sucesor en la relación jurídica arrendaticia no puede depender de lo que decidan por votación los familiares del arrendatario o por su libre arbitrio el arrendador.

Por lo tanto, hay que buscar otra explicación para ese procedimiento electivo, lo que implica en realidad otra interpretación del precepto contenido en el párrafo tercero del artículo 4 de la Ley de 1942.

La interpretación que proponemos puede resumirse de la siguiente manera: si el causante no ha designado en testamento al familiar cooperador que deba sucederle en el arrendamiento, *sucedarán en la relación conjuntamente todos los familiares cooperadores* (27).

De modo que el derecho a suceder en el arrendamiento corresponde aquí a la familia, entendida la familia en el sentido que impone al término lo que se dice en la misma Ley al establecer qué ha de entenderse por cultivo directo y personal. Es decir, familia cultivadora, compuesta por los familiares en su más amplio sentido que hayan convivido y cooperado con el causante bajo su dependencia económica (28).

Resulta, pues, que nos encontramos ante una situación en la que la familia adquiere un especial relieve puesto que se la hace destinataria de un beneficio sucesorio, precisamente en cuanto tal familia. En este punto es de gran interés la tesis mantenida por Roca Sastre en su trabajo titulado «La necesidad de diferenciar lo rural

(27) BELLÓN parece aceptar esta interpretación cuando al estudiar la sucesión regulada en la Ley de 1942 dice que a falta de testamento va *conjuntamente* a cuantos sean familiares cooperadores por ordenación legal (ob. cit., página 23). Pero no está claro su criterio, porque poco después afirma que se impone al arrendador nombrar el sucesor. Y, por otra parte, en la sentencia de 30 de diciembre de 1947, de la que él fué ponente, se hace una referencia al párrafo 3.º del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942 en la que se dice que este precepto autoriza, en algunos casos, al arrendador para designar entre los familiares del arrendatario al sucesor arrendaticio y que bien se ve que no predomina en la institución el carácter corporativo y que no van por la misma concedidos derechos que impliquen participaciones a cuantos figuren llamados.

(28) PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO entienden que al regular esta sucesión el legislador se ha dejado influir por la idea del patrimonio familiar no como derecho exclusivo del *pater familias*, sino como derecho de la familia misma. Parece—añaden—que el legislador parte de la idea de que, si bien puede haber sido el causante el que otorgó el contrato de arrendamiento, lo hizo en representación de la asociación familiar que presidía y su muerte no puede llevar consigo la extinción de los derechos de la asociación toda (ob. cit., pág. 543). No obstante, estos autores consideran que la elección hecha por los parientes o por el arrendador confiere al designado la cualidad de heredero abintestato (vid. supra, nota 25).

de lo urbano en el Derecho Sucesorio» (29). Trabajo que no se refiere a la materia de arrendamientos ni alude para nada a la Ley que comentamos, pero que contiene apreciaciones muy valiosas que nos parecen conveniente reproducir aquí.

Señala Roca Sastre la íntima ligazón existente entre el Derecho sucesorio y la organización específica de la familia. Y puesto que la tónica o sentido que deba adoptar la regulación del destino del patrimonio relicto está fuertemente influida por el criterio imperante en materia de organización familiar, se hace necesario considerar las dos concepciones distintas de la familia.

Familia rural, troncal o estable.—Es una entidad permanente sitoria que sólo dura mientras vive el padre o los padres. Actúa puramente el régimen de propiedad privada e individual. La muerte del jefe familiar provoca la liquidación y reparto de sus bienes. En cuanto a la herencia pues, el criterio que preside es el de liquidación del patrimonio familiar y no el de continuación del mismo.

Familia rural, troncal o estable.—Es una entidad permanente y continuada. En realidad, el jefe de la familia es un simple administrador o gestor con poderes plenos, pero ejercidos a título de órgano directivo de la familia. Por tanto, reputándose los bienes como vinculados a la entidad familia, órgano permanente y duradero, la muerte del «pater» es suceso importante, pero que sólo provoca una sustitución en los cargos de director o gestor familiar y no, fundamentalmente, una cuestión de transmisión de bienes. Si los bienes están adscritos a la entidad familia, es lógico que la muerte del «pater» no implique en rigor cambio de titular del patrimonio, sino una simple mutación de gestor o prefecto doméstico. Así pues, por la propia esencia de este tipo familiar, no hay división o reparto a la muerte del «pater», puesto que ello implicaría la disolución de la entidad familia, impidiendo la continuidad o permanencia de la misma.

Hasta aquí la doctrina de Roca Sastre (30). No se le oculta al insigne tratadista —y así lo reconoce— la dificultad que representa que en los Códigos civiles se establezcan o regulen dos sistemas distintos de sucesión hereditaria. Pues bien, creemos que a pesar de esa dificultad, lo que se ha hecho en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1942 ha sido precisamente eso: establecer un sistema sucesorio distinto al regulado en el Código civil y basado en la especial configuración de la familia labradora, aunque limitado a los llamados arrendamientos especialmente protegidos, en los

(29) Publicado en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo I, 1945, págs. 335 y ss.

(30) El mismo ROCA SASTRE advierte en su trabajo que la diferenciación y la terminología no son radicales. «Los conceptos de rural y urbano—dice—deben ser entendidos con cierta licencia o tolerancia, pues son utilizados únicamente para mejor comodidad y tipificación y no en sentido estricto y riguroso.»

que quizá se manifiesta de modo más evidente esa íntima vinculación recíproca entre la tierra y la familia que la cultiva (31).

En virtud de este sistema, se ha reconocido a la familia cultivadora el derecho a suceder en el arrendamiento cuando éste reviste la forma especial que la Ley de 1942 configura en función de la cuantía de la renta y de la forma de explotación. Y se ha reconocido tal derecho, como ya apuntábamos, conjuntamente a todos los miembros de la familia. De ahí que el precepto que comentamos no haya establecido un orden de prelación para designar al familiar sucesor; realmente sería difícil atribuir esta omisión a un olvido del legislador.

Por tanto, correspondiendo a la familia el derecho a suceder en el arrendamiento, resultará que a la muerte del arrendatario el verdadero titular será el grupo familiar. La elección prevista en la Ley no tiene más finalidad que la de designar un familiar *que aparezca* como titular. En cierto modo, el párrafo tercero del artículo 4 de dicha Ley apoya esta interpretación, pues al referirse al supuesto de que no se haya hecho en testamento la designación del sucesor, dice que los familiares cooperadores elegirán por mayoría entre ellos *al que haya de figurar* como titular del arriendo. Es decir, que la elección no atribuye la cualidad de sucesor, que como hemos visto es asunto demasiado importante para confiarlo a la voluntad de los familiares, sino que designa al que ha de figurar como titular, al que ha de ostentar el cargo de administrador, director o gestor familiar, podríamos decir utilizando la terminología de Roca Sastre. Aunque, por otra parte, la frase utilizada en la Ley no puede ser un argumento decisivo en favor de esta interpretación, porque casi a renglón seguido, al prever la posibilidad de que los familiares no procedan a hacer esa elección, dice que deberá el arrendador designar entre todos los familiares cooperadores *al sucesor del arrendatario*. He aquí una muestra más de la imprecisión terminológica y la falta de claridad de esta legislación.

A pesar de todo, creemos que debe prevalecer la primera interpretación, apoyada en la frase «al que haya de figurar», por estar más conforme con el sentido del precepto. Adviértase además que, en el mismo párrafo del art. 4 y precisamente al conceder la facultad de elección al arrendador, se dice que «cuando dichos *arrendatarios* no procediesen en el plazo fijado a hacer esa elección...». Con estas palabras, el legislador manifiesta que los familiares cooperadores, facultados para hacer la elección, ya son *arrendatarios* y lo único que hace falta es que ellos o el arrendador designen al que ha de figurar como titular del arriendo. Realmente, de no admitirlo

(31) Las ideas de ROCA SASTRE que hemos transcrito no hacen mención del arrendamiento y parecen pensadas más bien para la propiedad rural. Pero nos parecen igualmente válidas para aquellas familias cuyo patrimonio se nutre de los beneficios del cultivo de una tierra arrendada. Al fin y al cabo el arrendamiento tiene un indudable valor patrimonial y puede, por tanto, constituir el principal elemento del patrimonio del arrendatario.

así habría que preguntarse en qué concepto se les reconoce el derecho a hacer la elección.

No se trata, pues, de elegir al sucesor en la relación; lo que ocurre es que siendo todos sucesores en ella, pueden elegir al que ha de asumir la dirección de la explotación.

En la Ley de 1942 no se pretende, como se ha dicho por algunos autores, que haya un sucesor único. Se requiere que una sola persona figure como titular del arriendo. Y este designio se justifica por la conveniencia de que sea una persona quien aparezca legitimada para ejercitar los derechos concedidos al arrendatario dentro de este régimen de protección especial. Además, y esto es importante, interesa que entre los familiares cooperadores se destaque uno para que con relación a él se pueda determinar en todo momento la efectividad del «cultivo directo y personal» del mismo modo que en vida del arrendatario causante de la sucesión se determinaba con relación a su persona. No hay que perder de vista que precisamente la especialidad de esta forma de explotación en unión de la cuantía de la renta es lo que tipifica la figura de arrendamiento especialmente protegido, para la que se ha dictado toda esta regulación especial.

Por otra parte, se explica también la exigencia de que una sola persona figure como titular teniendo en cuenta que en nuestro Derecho no se suelen reconocer derechos subjetivos a la familia como tal, por la sencilla razón de que para ello habría que presuponer una personalidad jurídica en la familia (32). Esta tendencia a no reconocer derechos a la familia se manifiesta incluso en normas recientes decididamente orientadas a una concepción social y familiar. Así ocurre, por ejemplo, en la Ley de 15 de julio de 1952 sobre Patrimonios familiares. Establece el art. 2 de dicha Ley (en su inciso 2.º) que «la propiedad de cada patrimonio familiar habrá de quedar atribuida, en todo caso, a una persona física, como único titular del mismo». Es decir que, pese a ser un «patrimonio familiar», pese a servir «de soporte a una familia campesina a la que presta continuidad»—como dice el preámbulo de la Ley—el ar-

(32) En Francia algún autor ha iniciado la tendencia a admitir a la familia como sujeto de derecho. SAVATIER dice que la familia tiene uno de los rasgos de la personalidad moral que es la personalidad interna (*Du Droit civil au Droit Public*, 2.ª ed., Paris, 1950, págs. 23 y ss.) En otra de sus obras señala que hay varias categorías de derechos subjetivos que no pertenecen, propiamente hablando, a ninguna de las personas físicas que componen una familia, sino a la familia considerada como cuerpo. Y concretamente, refiriéndose a los arrendamientos rústicos, afirma que la nueva legislación sobre esta materia está impregnada de la idea latente de que la «familia cultivadora» es una entidad duradera representada por aquel de sus miembros que explota la tierra. A la muerte de éste, la explotación debe pasar a la familia; el representante de la familia ejerce el derecho preferente a la adquisición y el de renovación del contrato, deteniéndose aquí la familia no solamente por su composición, sino por su vinculación al suelo (*Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, 2.ª ed., Paris, 1952, págs. 108 y ss.).

título 2 deja bien claro que la familia no es sujeto de los derechos sobre ese patrimonio; sujeto es siempre la persona física.

A esto se reduce, pues, el significado y la función que cumple la elección hecha por los familiares del arrendatario fallecido o por el arrendador en su caso. Con todo, la solución dada por la Ley de 1942 no es plenamente satisfactoria, porque aunque solamente se trate de decidir quién ha de ser el que figure como titular, resulta desproporcionado e injusto en muchas ocasiones que tal decisión dependa absolutamente del criterio de los parientes o del arrendador. Puede suceder—caso al que ya hemos aludido—que quedando cónyuge o un hijo del causante, resulte elegido un pariente lejano que figure entre los familiares cooperadores. El supuesto sería sin duda extraño, pero hay que reconocer que estaría completamente dentro de la legalidad establecida por la Ley de 1942. Tal vez hubiera sido más justo excluir la elección en el caso de que sobrevivieran al arrendatario su cónyuge o hijos mayores de edad, reservándola sólo para cuando no existieran tales personas (33).

Cuestión acerca de la capacidad

No se señalan en la Ley de 1942 los requisitos de capacidad que ha de reunir el designado para figurar como titular del arriendo. Lo único que se exige es que se elija a un «familiar cooperador», lo que presupone, como ya sabemos, las circunstancias de parentesco, convivencia, dependencia económica y cooperación. Ahora bien, estas circunstancias pueden darse en un menor de edad. La ley no fija una edad mínima. ¿Cómo resolver esta cuestión?

En la Ley de 1935 se establece que «podrán ser arrendatarios todos los que tengan capacidad para contratar» (art. 3, párrafo último). Pero este precepto, que se refiere a la capacidad para celebrar el contrato de arrendamiento ¿ha de aplicarse también a la capacidad para suceder en la relación ya concertada?

Veamos, para buscar un término de comparación, lo que ocurre en el contrato de compraventa. Se exige una determinada capa-

(33) En este sentido hubiera podido seguirse el precedente del Decreto de 20 de septiembre de 1934. Con referencia a las Comunidades de Campesinos que estableciera la Ley de Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932, el citado Decreto disponía en su artículo 44 que en caso de muerte de un campesino le sustituiría en la Comunidad la viuda, si quedaba como cabeza de familia, o, en otro caso, el hijo labrador designado por el padre en testamento, y, a falta de testamento, el mayor de los hijos labradores que permanentemente hubiera auxiliado al padre o a la madre en el cultivo. Por cierto que FLÓREZ DE QUIÑONES señala este precepto como un precedente próximo de la libertad de designar a su sucesor que se reconoce al arrendatario en la Ley de 1942 (en loc. cit., pág. 630, nota 72). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en todo caso habrá servido de precedente sólo en cuanto a la designación testamentaria, no en cuanto al supuesto de que falte tal designación, porque la Ley de 1942 lo ha regulado de bien distinta manera y, desde luego, sin mejorar aquella fórmula.

cidad para ser comprador o vendedor. Ahora bien, nada impide que a la muerte del comprador o del vendedor suceda en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de compraventa una persona que no tenga aquella capacidad. Extremando el ejemplo, podríamos decir que un recién nacido puede perfectamente suceder en tales derechos y obligaciones. Es decir, lo que aquí ocurre es que para celebrar el contrato se requiere capacidad de ejercicio, mientras que para suceder en él basta con la capacidad de goce.

Y, sin embargo, esta solución no parece aplicable al arrendamiento regulado en la Ley de 1942. Porque precisamente de lo que se trata en el precepto que estamos estudiando es de determinar la persona que ha de figurar como titular del arrendamiento y en tal concepto sea quien ejercite los derechos inherentes a la condición de arrendatario. Aquí no tendría sentido designar a quien sólo tuviera capacidad de goce y recurrir al suplemento de capacidad de su representante legal para el ejercicio de sus derechos, porque lo que se pretende es precisamente designar al que ha de ejercitar esos derechos comportándose como titular del arrendamiento. Por tanto, creemos que en este caso habrá que exigir que el designado tenga la misma capacidad que se exige en la Ley de 1935 para celebrar el contrato: capacidad para contratar.

La Ley de 18 de marzo de 1944 (que regula la acción de desahucio en arrendamientos rústicos con cultivo directo y personal), emplea los términos *capacidad de labrador* y *capacidad de trabajo* para labrar directa y personalmente las fincas. Fácilmente se comprende, sin embargo, que esto no es capacidad en el sentido técnico que la palabra tiene, sino que se trata de una *aptitud*. Con todo, esta aptitud habrá de exigirse también al designado para suceder en el arrendamiento y, por tanto, se requerirá que tenga capacidad de labrador y que entre él y los demás familiares que con él convivan posean capacidad de trabajo para labrar directa y personalmente la finca arrendada (véase el art. 1, núm. 2.º de la citada Ley de 18 de marzo de 1944).

Sin embargo, algunos autores no lo han entendido así. Apoyándose en que el párrafo 3.º del artículo 4 de la Ley de 1942 comienza refiriéndose a «los derechos conferidos en esta Ley a los arrendatarios...», han afirmado que en los arrendamientos especialmente protegidos no se transmiten a los sucesores los derechos y deberes del arrendatario, sino *solamente los derechos conferidos por la Ley*. Esta tesis ha sido mantenida por Gusano Herrero (34) como la interpretación más acorde con el sentido social de la Ley, para el supuesto de que los sucesores, cooperadores del arrendatario fallecido sean incapaces por sí mismos de explotar la tierra.

(34) GUSANO HERRERO. *Consecuencias de la muerte de los cultivadores directos y personales para sus sucesores cooperadores incapaces por sí mismos de explotar la tierra*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1947. págs. 501-506.

En el mismo sentido se han expresado Cerrillo (35), Pérez Tejedor y Serrano Moreno (36) y Santos Pastor (37).

Según esta interpretación, pues, se transmiten los derechos, pero no las obligaciones. Naturalmente, se transmitirán las obligaciones generales del arrendamiento (pago de la renta, etc.), pero no las obligaciones especiales que corresponden a los arrendatarios directos y personales, como es, entre otras, la obligación de realizar las operaciones agrícolas directa y personalmente, por sí o por los familiares cooperadores. Resumiendo: el sucesor, familiar cooperador, recibirá: a), los derechos y obligaciones correspondientes al arrendamiento en general; b), los derechos particularmente señalados para los arrendatarios especialmente protegidos (pero no las obligaciones de estos últimos).

A juicio de Pérez Tejedor y Serrano Moreno, esta interpretación gramatical es también lógica, pues de no entenderse así, el sucesor quedaría en peor condición que si el arrendatario no hubiera tenido la condición de especialmente protegido; podría quedar desposeído del arrendamiento que, en caso de ser ordinario, hubiera conservado.

No creemos que pueda admitirse este criterio. Contra el parecer de los autores citados, la generalidad de la doctrina entiende que se transmiten no sólo los derechos, sino, como en todo supuesto de sucesión, derechos y obligaciones. Si el artículo 4 de la Ley de 1942 se ha referido sólo a los derechos, es, sin duda, porque estableciéndose en dicha Ley un régimen de favor para ciertos arrendamientos, el legislador ha pensado más en los derechos que concedía que en las obligaciones correlativas a esos derechos, pero precisamente tales obligaciones—y señaladamente la del cultivo directo y personal—son las que condicionan el régimen de protección especial.

Como acertadamente observa López Alarcón, la Ley insiste a lo largo de su articulado en la dependencia de los derechos que concede de que el colono sea cultivador directo y personal, sin establecer excepción para los arrendatarios sucesores. Para que le sean aplicables los beneficios que atribuye la Ley de 1942 el sucesor ha de continuar el cultivo directo y personal y ello—según el citado autor—porque nadie puede transmitir más derechos que los que tiene y porque si la Ley de 1942 con relación a la de 1935 sacrifica la proximidad parental al carácter de cooperador, esto es por alguna razón evidente que no es otra que el aseguramiento del cultivo directo y personal (38).

(35) CERRILLO, *La sucesión en el arrendamiento*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1950, págs. 541-548.

(36) PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, op. cit., págs. 545-546.

(37) SANTOS PASTOR, *Propietarios, colonos, inquilinos*, tomo I, *Arrendamientos rústicos*, 3.^a ed., Valladolid, 1952, pág. 154.

(38) LÓPEZ ALARCÓN, *La transmisión de derechos del artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos rústicos de 23 de julio de 1942*, en «Boletín de Justicia Municipal», 1947, págs. 1844-1847.

Puestos a hacer una interpretación gramatical como la que proponen los autores antes citados, podríamos llevarla a sus últimas consecuencias y entender entonces que se transmiten los derechos «conferidos en esta Ley» a los arrendatarios, pero no los demás derechos del arrendatario que no deriven precisamente de la Ley en cuestión. Lo cual no tendría sentido.

Por otra parte, si tenemos en cuenta que para ejercitar el desahucio se impone al arrendador la obligación de cultivar directa y personalmente la tierra nos encontraríamos con que el arrendador quedaba obligado a cultivar de esta forma su propia tierra, sin que tal obligación afectara para nada al arrendatario. Por fuerte que sea la tendencia social de esta Ley, y por mucho que se quiera extremar la protección al arrendatario, estas consecuencias serían de evidente injusticia.

¿Qué ocurrirá, pues, en el caso de que los familiares cooperadores supervivientes no puedan cultivar directa y personalmente la finca? Creemos que la solución para este caso estará en la aplicación del artículo 18 de la Ley de 1935, que según criterio general entre los comentaristas, no ha sido derogado por la Ley de 1942 (39). Esta Ley sólo ha venido a modificar el régimen anterior otorgando una preferencia a los familiares cooperadores (y sólo, naturalmente, para los arrendatarios especialmente protegidos). Así, si los familiares cooperadores no pueden continuar el cultivo directo y personal, pero reúnen los requisitos previstos en el artículo 18 de la Ley de 1935 (ser herederos y parientes en cualquier grado de la línea directa o hasta el segundo de la colateral) sucederán en el arrendamiento, pero entonces la relación dejará de estar sometida al régimen de protección especial y se le aplicarán en todo las reglas de los arrendamientos comunes. De esta forma, se salvará la situación de los hijos o de la viuda del arrendatario, mientras que quedará extinguido el arrendamiento cuando los familiares cooperadores, imposibilitados para seguir cultivando directa y personalmente la tierra, sean parientes de grado más lejano al señalado en el artículo 18.

A la misma solución hay que acudir en el caso de que no queden familiares cooperadores a la muerte del arrendatario. En tal caso, la generalidad de la doctrina entiende que sucederán las personas citadas en el artículo 18 de la Ley de 1935. Pero creemos que

(39) Véase especialmente, GARCÍA ROYO, ob. cit., págs. 314-315. También PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, ob. cit., pág. 541; SANTOS PASTOR, ob. cit., pág. 152, y otros. En contra de este criterio, CERRILLO afirma que la Ley de 1942 ha derogado el sistema establecido en el artículo 18 de la Ley de 1935 (loc. cit., pág. 547). Hay que entender que tal derogación afectaría sólo a los arrendamientos especialmente protegidos. La misma idea sostiene NART. «No se trata—dice—de una preferencia, sino de una exclusión: si el colono especialmente protegido fallece sin familiares cooperadores, el colonato se extingue, aunque deje esposa, padres, hijos o hermanos; su derecho no es transmisible sólo por el hecho del parentesco, sino que exige la convivencia cooperadora: se trata de una comunidad de disfrute.»

entonces se perderán también los beneficios del arrendamiento especialmente protegido y la relación quedará sometida al régimen de los arrendamientos ordinarios.

Herencia y sucesión en el arrendamiento.

Por último, importa señalar que el régimen establecido en la Ley de 1942 para la sucesión en la relación arrendaticia afecta exclusivamente a la transmisión de esta relación. En modo alguno es aplicable a la *herencia* del arrendatario, que sigue regida por las normas del Código civil. No cabe duda de que el arrendatario puede disponer de sus bienes por testamento en favor de quienes no sean familiares cooperadores; la limitación impuesta en la Ley de 1942 sólo juega en cuanto a la libertad de disposición *de la relación arrendaticia*; para el resto de la herencia no hay otras limitaciones que las determinadas por la existencia de herederos forzosos. Y a falta de testamento no se nos ocurriría ordenar la sucesión abintestato según el mecanismo de elección previsto en dicha Ley; la elección no puede servir para designar al *heredero* abintestato, sino que se reduce a determinar quién ha de figurar como titular del arrendamiento (40).

Por lo tanto, cabe perfectamente la posibilidad de separar herencia y sucesión en el arrendamiento. Una y otra pueden seguir distintos caminos; pensemos que el arrendatario ha podido instituir heredero a quien no sea familiar cooperador y designar a uno de éstos para suceder en el arrendamiento. Y que, a falta de testamento, la herencia será deferida según las reglas de la sucesión legítima, pudiendo suceder que corresponda a un pariente que no sea familiar cooperador o que, aun siéndolo, no sea el elegido para figurar como titular del arriendo.

La Ley de 1942 deja en pie un grave problema. ¿Cómo se compagina el régimen de sucesión en el arrendamiento con el sistema de legítimas? Tengamos en cuenta que se trata aquí de pequeños cultivadores y que el arrendamiento constituirá un elemento patrimonial importante, cuando no el más valioso elemento del patrimonio del arrendatario. Dada la forma en que se ha regulado su transmisión «mortis causa» puede suceder que algunos legitimarios no puedan hacer efectivo su derecho a una parte de la herencia cuando el elemento principal de ésta sea el arrendamiento y queden ellos excluidos por no tener la cualidad de familiares cooperadores. Parece que el criterio de la Ley en este punto haya sido sacrificar a los legitimarios en beneficio de los familiares cooperadores. O,

(40) Por error o por simple imprecisión terminológica, PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO se refieren repetidamente al designado para continuar el arrendamiento, llamándole heredero (ob. cit., págs. 544-546). Insistimos en que la cualidad de heredero no puede depender de las limitaciones impuestas en la Ley de 1942 ni estar a merced de la elección hecha por los familiares o por el arrendador.

en otros términos, crear una nueva esfera de sucesores forzosos que puede en ocasiones excluir a algunos de los herederos forzosos reconocidos en el Código civil (41). Bien entendido que los nuevos sucesores forzosos lo son solamente para la relación arrendaticia, aunque en la práctica pueda suceder que tal relación tenga económicamente más valor que el resto de la herencia. La solución podrá ser, tal vez, un sistema de compensaciones en metálico, aunque hay que reconocer que, en ocasiones pueda resultar difícil.

(41) Cuando aludimos aquí a esta nueva esfera de sucesores forzosos no olvidamos lo que decíamos al referirnos a la Ley de 1935; la equiparación con la sucesión legitimaria no es posible porque ésta no tiene ni el fundamento ni la función que tiene la sucesión en el arrendamiento. Pero les llamamos así para mejor poner de manifiesto que la Ley les ha concedido el derecho a suceder en el arrendamiento en tales circunstancias que pueden anteponerse y excluir, en ocasiones, a los verdaderos y propios legitimarios.

La muerte del arrendamiento urbano

RAMON FERRAN POCH

SUMARIO: I. Límites de las posibilidades de transformación de los contratos.—II. Contrato de arrendamiento urbano y situación de inquilinato. Diferencias.—III. Naturaleza de la situación de inquilinato.—IV. Conclusiones.

I. Las posibilidades de modificación de los contratos típicos de contenido patrimonial son limitadas. No es factible alterar sustancialmente sus elementos y conservar al propio tiempo su esencia jurídica. Ello es así, tanto por razones lógicas como por exigencias materiales, que son consustanciales al propio concepto jurídico de cada instituto.

Los contratos típicos de naturaleza patrimonial, deben su tipicidad en gran parte a la "frecuencia" de las situaciones económicas aisladas, que son causa eficiente de su otorgamiento. El contenido económico que encierran, unido a su estructuración formal en la dogmática del Derecho, caracteriza conceptualmente cada uno de los institutos civiles patrimoniales. La propia exigencia de "causa" contractual—tratándose de esta clase de negocios—, se confunde con la esencia económica de los convenios que las crean y con los fines que cumplen. El carácter nominado de muchos contratos es producto de una tipicidad, fruto de una repetición permanente, directamente motivada por la normal existencia de unas necesidades puramente económicas, constantemente repetidas, que deben ser satisfechas dentro del ámbito de una ordenación normativa. Esta última es consecuencia de la necesidad social que la crea y ello conduce a que su validez jurídica dependa casi exclusivamente de su eficacia como medio ordenador e impulsor de conductas económicas particulares.

En el derecho patrimonial privado, tan íntima es la unión de sus elementos normativos formales con la causa económica de que han derivado, que la desaparición de ésta, en cualquiera de sus instituciones, las dejaría sin sentido, sin razón de ser y totalmente inoperantes.

Los tipos de contratos onerosos y nominados corresponden, en general, a una determinada clase de necesidad económica, cuya satisfacción regulan normativamente. Cada clase de necesidad económica subjetivamente considerada, genera en derecho privado un me-

dio óptimo de satisfacción, que cuando es justo, permanente y adecuado a Derecho, adquiere rango de tipo contractual (1).

Todo ello lleva a la conclusión que hemos anunciado desde un principio de imposibilidad material de transformación ilimitada de los elementos fundamentales de cada tipo de contrato. Su concepto formal es siempre derivado de una realidad económica previa y casual. La transformación de éste al margen de lo que constituye su propia razón de ser puede conducir, y conduce siempre que es excesiva, a la desaparición de hecho del instituto, ocasionada por la pérdida de su utilidad para el cumplimiento de los fines que le eran propios. En tales casos, cuando desaparece el medio jurídico óptimo de satisfacción de una necesidad económica concreta, el tráfico para no detenerse, tiene que recurrir a fórmulas de recambio, de rendimiento normalmente inferior (2).

Las transformaciones económicas y jurídicas sufridas por el derecho positivo especial de arrendamientos en el curso de los últimos treinta años, y especialmente a partir de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, justifican un examen analítico de la nueva situación arrendaticia, que, de acuerdo con las precedentes consideraciones, es obligado realizar partiendo de la esencia económica del contrato de arrendamiento. Desde este punto de vista el contrato de arrendamiento se nos manifiesta como una institución jurídica nacida de la conveniencia de regular normativamente una solución económica aceptada voluntariamente por dos economías privadas para satisfacer temporalmente necesidades de uso y disfrute de bienes, mediante el pago periódico de un precio cierto al titular de su dominio. La relación jurídica así creada es consecuencia de una voluntaria y consentida coordinación de intereses económicos particulares complementarios. Los fines económicos de la institución quedan cumplidos por el hecho de que cada parte queda enriquecida por la mayor utilidad que normalmente le reportará la efectiva adquisición del bien económico que se propuso obtener: renta el arrendador y disfrute de la cosa el arrendatario. El enriquecimiento de cada parte, motiva el frecuente otorgamiento del contrato, justifica su elevación en la dogmática del Derecho a figura nominada típica, y es a la vez causa jurídica esencial del mismo. Su trascendencia económica es tal que no sólo origina una mejor distribución y un más intenso aprovechamiento de la

(1) El que haya un medio jurídico óptimo para la satisfacción de una necesidad económica concreta no excluye el que ésta pueda ser satisfecha menos perfectamente por otro medio jurídico, por otro tipo contractual. Si el deseo común es enajenar mediante dinero y no hay dinero, cabe permutar. Si el deseo común de las partes es enajenar temporalmente la posesión de la cosa y el Derecho no permite la enajenación temporal, cabe vender.

(2) El contrato de compraventa permite obtener el efecto económico derivado de la transmisión de la posesión de la cosa vendida, pero no sustituye a la perfección unos fines económicos arrendaticios, si estos eran los que las partes se habían propuesto obtener, por considerarlos más adecuados para la satisfacción de una determinada necesidad.

utilidad de los bienes económicos creados, sino que en muchas ocasiones determina la inversión de capitales para la creación de bienes nuevos. Todo depende, en cuanto a esto último, de la existencia de tales capitales potenciales y del estímulo que tengan sus poseedores para invertirlos en la creación de más riqueza material destinada a ser utilizada en esta forma.

De ahí que consideremos precisada la función social del contrato de arrendamiento como fórmula jurídica de contenido económico concebida para la obtención del mejor uso y disfrute de los bienes existentes, y la creación de nuevos elementos de riqueza por quienes cuentan con los capitales necesarios para producirlos.

Las consideraciones que anteceden son fundamentales para una realista comprensión y recto examen crítico de las situaciones posesorias de fundos urbanos, llamadas impropriamente arrendamientos por nuestra legislación positiva, y que para diferenciarlos de estos últimos denominaremos, en el curso de la presente exposición "situaciones de inquilinato".

Si la dogmática civil llama arrendamiento a la cesión temporal del uso y disfrute de una cosa mediante pago de una renta, creemos evidente que la relación jurídica posesoria que legitima la inmensa mayoría de las ocupaciones de fundos urbanos por los inquilinos, no puede merecer tal denominación (3).

Hemos llegado a las anteriores conclusiones contrastando los preceptos positivos contenidos en la impropriamente llamada Ley de Arrendamientos Urbanos con los elementos característicos del contrato de

(3) La errónea equiparación de la actual situación de inquilinato con el contrato de arrendamiento clásico, tiene, a nuestro entender, dos causas fundamentales. En primer lugar, muchas de las actuales situaciones posesorias de uso y disfrute de viviendas se crearon y fueron durante un tiempo verdaderas relaciones arrendaticias. El contrato que permitió su iniciación fué efectivamente un contrato de arrendamiento de fundo urbano que dió vida a una situación verdaderamente arrendaticia. Esta dejó de serlo, sin embargo, cuando por imperativo legal la correlación de derechos y deberes entre los dos sujetos de la relación quedó tan fundamentalmente alterada, que la situación arrendaticia se novó radicalmente por la Ley al margen de la intervención consensual de las partes.

Otra de las razones que ha ayudado a perpetuar la errónea equiparación del arrendamiento con la situación de inquilinato, ha sido la postergación u olvido de la decisiva importancia jurídica que, a través del elemento causal, tiene para la fijación del concepto de arrendamiento el contenido económico de la relación que este tipo de contrato regula, y que nos hemos esforzado en poner al descubierto desde un principio.

La denominación dada con propiedad a la relación originaria se ha aplicado erróneamente, impropriamente y como por inercia, para la designación de la posterior situación de inquilinato ocasionando la presente confusión conceptual.

Ha ayudado a ello la aplicación en la esfera jurídica de una metodología excesivamente formalista, que ha impedido ponderar la decisiva importancia que tiene para perfilar cada uno de estos conceptos, la función económica que los caracteriza y que constituye su verdadera razón de ser.

arrendamiento, a saber: a) el pago de una renta o merced; b) la temporalidad del uso y disfrute de la cosa, y c) la conservación del derecho de disposición del arrendador sobre la cosa arrendada.

II. a) *Obligación del pago de una renta al propietario del fundo.*

En el verdadero contrato de arrendamiento urbano, regulado por el derecho común, la obligación de pago de una renta al arrendador estaba causalmente justificada por su doble carácter de premio a una voluntaria cesión temporal de la utilidad de una cosa (su uso y disfrute), y de retribución al esfuerzo económico de inversión de unos capitales privados en la construcción de la finca.

En la presente situación de inquilinato parece muy dudoso que la obligación de pago de una renta por el inquilino tenga el mismo fundamento causal que en el verdadero contrato de arrendamiento, si tenemos en cuenta los resultados económicos a que en la mayoría de los casos conduce el cumplimiento de tal obligación. Nuestra riqueza urbana es casi toda anterior al año 1936, dados los pocos años transcurridos desde entonces. El principio de congelación de las rentas recogido en el artículo 118 y siguientes del texto articulado de la Ley de 31 de diciembre de 1946, tasa la de todas estas edificaciones en la cuantía que entonces tenían. No se toma en consideración que el coste de la conservación ha aumentado extraordinariamente en relación con el año 1936 (4), y que el envejecimiento de los locales ha hecho, por otra parte, necesarias inversiones del arrendador que cada vez han ido creciendo en importancia.

El concepto de renta neta o real era equivalente a la diferencia entre la percibida menos los gastos de conservación ("huecos y reparos"). La Ley fiscal estimaba la cuantía de éstos en un veinticinco por ciento de la renta bruta percibida antes de la guerra por el arrendador (5). Si el criterio legal era correcto y ello no parece dudoso, fácil es concluir que las rentas actuales percibidas por los arrendadores, en la mayoría de los casos, no cubren más que una parte de los gastos que, según criterio legal fiscal, exige la adecuada conservación del edificio. El arrendador que cumple con su obligación de conservar queda obligado a cubrir la diferencia deficitaria mediante aportación de capitales de refresco independientes de la rentabilidad de la finca (6). De ahí que, siguiendo el criterio realista que hemos

(4) Mayor información, véase en *Información sobre coste de obras*, cuaderno número 5, tercer trimestre 1952. Publ. del Instituto Técnico de la Construcción y del Cemento, del Patronato Juan de la Cierva.

(5) Reglamento del Catastro de la riqueza urbana de 15 de septiembre de 1932.

(6) El actual interés de ciertos propietarios en perder el título jurídico de propiedad de una cosa, que resulta gravosa para su dueño a consecuencia de la obligación de repararla y conservarla, plantea el problema de la "derelictio" de bienes inmuebles. En la práctica puede quedar resuelto mediante la enajenación a un insolvente.

elegido, no pueda confundirse la causa legitimadora del cobro de una merced arrendaticia verdadera con el cobro de las cantidades que satisfacen los inquilinos de casas construidas antes del año 1936. Lo que se pagaba en concepto de premio y de compensación a la cesión del uso y disfrute del local tiene posiblemente en la situación de inquilinato una naturaleza distinta que no parece fácil definir.

Otros puntos de la Ley de Arrendamientos Urbanos confirman que el actual derecho al cobro de la renta tiene carácter completamente nuevo. En la legislación vigente, paralelamente a la facultad del propietario de percibir el importe de ésta se crea a favor del inquilino, en ciertos casos, la posibilidad de no satisfacerla. Aludimos a la facultad de disfrutar el local sin pagar merced y a la facultad de reducir definitivamente, a veces, el importe de la renta a la que efectivamente hubiese sido declarada a la Administración con fines fiscales.

La facultad del inquilino de seguir usando y disfrutando del local sin pago de merced tiene su reconocimiento legal en el apartado d) del artículo 161, relativo a los desahucios por falta de pago. En él se establece que la ejecución de la sentencia de desahucio no podrá instarse antes del transcurso de dos meses, a contar de la fecha en que hubiera alcanzado firmeza, salvo que el juez, por razones de equidad o personales del demandado, considerara procedente prorrogar la situación posesoria por otros dos meses suplementarios. El plazo mínimo de disfrute del local sin pago de merced queda con ello legalmente garantizado al inquilino, durante un periodo nada despreciable, que tiene todas las probabilidades de ser prorrogado por el juez. El total de cuatro meses de ocupación sin pago, habida cuenta de que sigue existiendo el deber de conservación y los gravámenes fiscales a cargo del propietario, resulta también significativo para probar la evolución extraordinaria de la naturaleza de la primitiva obligación arrendaticia de pago de renta.

Paralelamente a la facultad de hecho de cesar y disfrutar gratuitamente de la posesión de la casa durante el plazo aludido, el inquilino tiene también, en determinados casos, la facultad de revisar el canon que se había comprometido a satisfacer. Este derecho de revisión queda concretado en el artículo 133 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos y permite reducir el importe de la renta pactada, a la que dentro de los plazos reglamentarios haya declarado el propietario con fines fiscales. El principio de supeditación de la realidad civil a la veracidad de la declaración fiscal quedó entronizado por la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, con la evidente finalidad de estimular la sinceridad del contribuyente en sus relaciones con el Fisco. En la mayoría de los supuestos civiles no existe tal principio jurídico de subordinación a la realidad fiscal y por ello mencionamos el derecho de revisión del artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como otra de las diferencias existentes entre el instituto arrendaticio y la situación de inquilinato. La

redacción de este precepto y la interpretación dada al mismo por la Jurisprudencia hace, no obstante, de difícil catalogación la esencia de la institución del derecho de revisión. Su naturaleza puramente fiscal parece innegable si se tiene en cuenta su precedente legislativo, pero, por otra parte, resulta verdaderamente contradictorio con tal naturaleza —tendente, en definitiva, a aumentar la recaudación del impuesto—, el que el propietario del fundo que no ha declarado la verdadera renta dentro de los plazos legales, no tenga ningún incentivo para rectificar su inexacta declaración. Lo cierto es que de nada le valdría declarar más renta, si por descuido o por fraude hubiera dejado transcurrir el plazo legal, dado que el derecho a revisar del inquilino no perdería con ello ninguna efectividad. Por esta razón parece más adecuado calificar el derecho de revisión de renta de verdadera norma penal de contenido económico, fundamentalmente destinada a castigar un moroso cumplimiento de una obligación administrativa. Habida cuenta de que lo verdaderamente castigado, y sin posibilidad legal de perdón, es el “retraso” o morosidad del contribuyente, parece obligado concluir que la naturaleza penal de la norma se caracteriza además por tener unos fines más expiatorios que represivos o correccionales (7).

Como consecuencia del artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el propietario que por morosidad de su declaración ha dado pie a la sanción de revisión, queda a tenor de la Ley perpetuamente condenado a percibir como renta una cantidad menor que la que en caso de mayor diligencia hubiese podido cobrar. La expiación de su falta se prolonga todo el tiempo que dure la titularidad del derecho de propiedad. La magnitud de la sanción no guarda la debida relación con la gravedad de la falta. El artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos castiga, con la misma dureza, el simple e involuntario retraso de un día en la formulación de la declaración, que la deliberada ocultación de la misma. No tiene en cuenta, en su extremado rigor, la atenuante material contenida en la circunstancia de que por efecto de la congelación de las rentas, las cantidades percibidas por el propietario, declaradas o no, cubren en muchos casos sólo una parte de los gastos de conservación del edificio, y que para conseguir una disminución del fraude fiscal basta con la imposición de multas y una intensificación de la función inspectora.

La aplicación del precepto provoca en otro aspecto un enriquecimiento sin causa del inquilino que lo invoca, que resulta totalmente inconciliable con la dogmática del verdadero contrato de arrendamiento con los fines de la pena, con la esencia del Derecho tributario y del Derecho penal y con los principios generales de Derecho.

(7) De todas formas el carácter público de la pena queda inexplicablemente diluido, dado que la decisión sobre la efectividad de su imposición se reserva al inquilino, el cual queda libremente facultado para castigar o absolver.

b) *Temporalidad del uso y disfrute.*

La determinación temporal de la cesión del uso y disfrute por el arrendatario de la cosa arrendada constituye otro de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento que no es posible descubrir a través de un examen realista de la situación de inquilinato. La introducción del principio general de prorrogabilidad automática de la situación posesoria, equivale prácticamente a quitar casi toda trascendencia a la fijación de un plazo. No obstante, conceptualmente, el sistema de prórrogas forzosas no hubiera tenido efectos decisivos en la desvirtuación de la esencia arrendaticia de la relación posesoria si, después de la finalización del plazo, el propietario hubiera seguido conservando realmente la efectividad del derecho a ocupar personalmente el local o el de cederlo a sus más próximos familiares. En la primera causa legal de excepción a la prórroga del contrato se recoge expresamente esta posibilidad, si va acompañada del requisito de la "necesidad" de la ocupación. En la práctica, sin embargo, se hace tan difícil su ejercicio, que poca trascendencia tiene esta facultad, más nominal que real, para caracterizar la presente situación de inquilinato. Las dificultades de ejercicio del derecho a la negación de la prórroga del contrato por causa de necesidad derivan fundamentalmente de la exigencia de un preaviso, desmesuradamente largo y formalista, que, a causa de su duración, obliga a quien la invoca a adoptar soluciones provisionales que en definitiva sirven de excepción al inquilino cuando se opone a la existencia de "necesidad" que justifique la negación de la prórroga. Si el intento de negación de prórroga tiene por objeto la posesión de un local de negocio, las dificultades quedan aumentadas por la existencia del pago de una indemnización que casi siempre resulta cuantiosa y por la exigencia de que el que aspire a ocupar el local se halle establecido en actividad de comercio, de industria o de enseñanza con fin lucrativo en la finca que ocupa a título de arrendatario, con un año de antelación cuando menos a la fecha en que el requerido reciba la notificación. ,

El sólo hecho de tener que pagar una indemnización al inquilino por ejecutarse el derecho a negar la prórroga de la situación posesoria, en los casos que de esta manera se recupere la posesión del local, contradice totalmente la naturaleza del concepto clásico del contrato de arrendamiento. No es concebible que el ejercicio de un derecho dominical a la recuperación de la cosa arrendada después del transcurso del plazo convenido contractualmente lleve aparejada la obligación de indemnizar a quien, por causa del propio contrato de arrendamiento, viene obligado a ceder la posesión del fundo después de expirar el plazo durante el cual tuvo derecho a poseerlo. La obligación de satisfacer una indemnización por la mera circunstancia de ejercitar una facultad que el Derecho declara lícita y que es consustancial de la institución encerraría en el contrato de arrendamien-

to un contrasentido análogo al que resultaría de imponer a la generalidad de los acreedores la obligación de indemnizar a sus respectivos deudores por el hecho de exigirles el pago de las deudas que se obligaron a satisfacer.

De ahí que la existencia de este requisito en la situación de inquilinato permita afirmar que el derecho que tiene el inquilino a la posesión del local no deriva solamente del contrato originario que posibilitó su ocupación, sino de alguna otra razón cuya verdadera naturaleza parece imposible precisar.

Si las causas de negación de prórroga del contrato tienen en la Ley de Arrendamientos Urbanos tales dificultades de realización que las hacen prácticamente inoperantes, no sucede lo propio con algunas de las causas de resolución de la situación de inquilinato recogidas en la propia Ley. Es curioso observar cómo, a diferencia de lo que sucedería si nos halláramos en presencia de un contrato de arrendamiento, en la situación de inquilinato resulta más fácil en ciertos casos resolver el vínculo contractual que obtener la estimación de una causa de excepción a la prórroga. Dada la redacción del artículo 149 de la Ley es, por ejemplo, más viable resolver la situación de inquilinato por el mero hecho de clausurarse un local de negocio que por necesitar la vivienda su propietario. En el contrato de arrendamiento tradicional, muchas de las actuales causas de resolución contenida en el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no hubieran sido concebibles dada su nula o escasa trascendencia económica para el arrendador, si éstas no hubiesen sido previstas de un modo expreso como tales en el contrato.

El que procesalmente ciertas causas de resolución sean más fácilmente invocables que las causas taxativas de negación de la prórroga, tiene como consecuencia el que muchos proyectos de ejercicio de éstas se actualicen a través de las primeras, siempre que haya un pretexto para ello. Mediante este fraude legal se consigue que los inconvenientes del preaviso queden superados, la carga onerosa de la prueba de la "necesidad" quede suprimida y se eluda el pago de la indemnización establecida por la Ley a favor del inquilino.

c) Derecho de disposición del arrendador sobre la cosa arrendada.

En el contrato de arrendamiento clásico, el arrendador enajena temporalmente el uso y disfrute de la cosa, pero conserva la facultad de libre disposición de la misma. A través del arrendamiento, el dominio queda desintegrado durante un tiempo por la cesión al arrendatario de dos de los elementos que lo constituyen, pero queda en poder del titular arrendador la facultad de disposición plena, justificada por la nota de temporalidad de la cesión de la posesión de la cosa arrendada.

El derecho de disposición del arrendador sobre el ejercicio y el contenido económico de su titularidad dominical, sufre importantes

restricciones en la situación de inquilinato y, también aquí, se aprecian notables diferencias con el contrato de arrendamiento. Las restricciones al derecho de disposición se manifiestan especialmente en los siguientes aspectos de la relación de inquilinato: En el derecho de recuperación de la cosa, después de resuelta la situación posesoria, en el valor en venta del fundo, en la facultad de traspasar el local de negocio y en la facultad de subrogar a los hijos del arrendatario en las situaciones de inquilinato relativas a viviendas.

La primera restricción importante al derecho de disposición de la cosa, consiste en la imposibilidad de recuperarla automáticamente en los casos de resolución por sentencia de las situaciones de inquilinato. En el artículo 162 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se establece un plazo de seis meses, prorrogables por otros seis a discreción del juez, para desalojar la vivienda o local de negocio en los casos en que figure en la sentencia pronunciamiento que obligue a desalojar. Todo ello sin perjuicio de que el juez acuerde más aplazamiento si las circunstancias del caso así lo aconsejaren. Es evidente que a tenor de los principios que integran el concepto tradicional del contrato de arrendamiento, no cabría justificar la prolongación legal de una situación posesoria, que legalmente se ha considerado resuelta. A la luz de esta institución civil clásica resultaría contradictorio que el arrendatario, que ha dejado de serlo por haber incurrido en causa de resolución, pudiera seguir usando y disfrutando de la finca durante tiempo tan prolongado. No se justificaría que el arrendador tuviera que soportar sin compensación alguna y sin exenciones fiscales las gravosas consecuencias económicas de la prolongación por ministerio de la Ley de una situación que la propia Ley ha considerado ilegítima y contraria a derecho.

Otra de las restricciones al derecho de disposición del arrendador sobre la cosa arrendada está recogido en el artículo 67 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que regula el novísimo y singular derecho del inquilino a impugnar en ciertos casos el precio de venta de la vivienda que habita cuando ésta es aisladamente enajenada. Esta restricción no afecta a la cosa físicamente considerada, sino a las posibilidades de realización de su valor económico en el mercado. Contiene una modalidad de tasa del precio de venta, cuya aplicación confía discrecionalmente al inquilino, el cual tiene la facultad de instar la anulación del contrato transmisorio dentro del plazo de sesenta días desde la fecha en que pudo ejercitar la acción de retracto, si el precio de venta excede del que resultaría capitalizando la renta a determinados tipos de interés, los cuales varían según la fecha de construcción del edificio. La aplicación del precepto tiene unas consecuencias extraordinarias sobre la facultad de disposición del efectivo valor en venta de la finca. Plantea un grave problema hipotecario en los casos en que el gravamen o responsabilidad real del fundo sea de cuantía superior al del precio legal de venta, e imposibilita en muchas ocasiones que la cosa pueda alcanzar un precio determinado

por la calidad de su construcción, por su situación geográfica y por cualquier expectativa de razonable aumento de su renta. En virtud de la concesión del derecho a anular ventas consideradas excesivas por la Ley, el inquilino ha adquirido indirectamente la facultad que, por injusta, no quiso dársele: la de comprar la finca mediante el retracto a precio inferior al de su valor en el mercado. Ello, en el mejor de los casos, pues el ejercicio al derecho de anular el contrato de compraventa brinda al inquilino una excelente ocasión para condicionar su renuncia mediante el cobro de una prima, cuya cuantía en la práctica suele ser equivalente, por lo menos, a la mitad del exceso de precio que con la pasividad del inquilino se obtiene sobre la tasa creada por el sistema de porcentajes del artículo 67.

Este enriquecimiento del inquilino a costa del valor intrínseco de la edificación y, en definitiva, del dueño de la misma, no hubiera podido justificarse tampoco bajo el régimen del verdadero y tradicional contrato de arrendamiento.

La tercera e importante restricción al derecho de disposición de la cosa arrendada, en la situación de inquilinato, la constituye el derecho del inquilino a subrogar en la situación a sus parientes dentro del segundo grado que viven con él habitualmente (artículo 34 de la Ley) y al arrendatario de local de negocio a traspasarlo con los requisitos establecidos (artículo 44 y siguientes de la Ley).

Ambos derechos confieren al poseedor de la finca facultades de disposición de la cosa arrendada en beneficio de terceras personas, al margen de la voluntad del titular del dominio y sin tomar en consideración si la subrogación de los derechos se efectúa o no dentro del ámbito temporal normal del contrato. La naturaleza jurídica de estas facultades de disposición ejercitadas por el inquilino en la situación de inquilinato, tienen tal analogía con los derechos típicamente dominicales, que no es posible hacerlas compatibles con el verdadero contrato de arrendamiento. No sucedería lo mismo con la facultad de subarrendar, dentro del plazo de vigencia del contrato, la cual sería natural consecuencia del derecho a la posesión del uso y disfrute de la cosa arrendada siempre que no se prolongara más allá del plazo expresa y voluntariamente convenido por las partes para el arrendamiento. Paradójicamente el derecho a subarrendar, característico del contrato de arrendamiento regulado en el Código civil, necesita, sin embargo, en la situación de inquilinato, autorización expresa y escrita del titular del dominio y cierta entrega de mobiliario, para que pueda tener validez jurídica y no sea causa de resolución.

III. *Naturaleza de la situación de inquilinato.*

De las consideraciones que preceden se desprende ciertamente que la situación de inquilinato, ni siquiera por analogía, puede relacionarse o equipararse con el concepto clásico del contrato de arrenda-

miento. El único parentesco que conserva con él, salvo la identidad de denominación legal, es acaso de filiación, dado que su nacimiento deriva normalmente del otorgamiento de una verdadero contrato de arrendamiento que por imperativo legal queda irrecognoscible y automáticamente transmutado en "situación de inquilinato", en cuanto las partes lo han perfeccionado. Pero esta simple circunstancia no es suficiente para justificar la confusión cuando son tan numerosas e importantes las diferencias que los separan.

El concepto sustantivo de situación de inquilinato y la determinación de su esencia jurídica no queda, sin embargo, suficientemente precisada por el simple hecho externo del establecimiento de unas diferencias fundamentales con el contrato de arrendamiento. Su estudio desde otro ángulo encierra dificultades casi insuperables derivadas de las contradicciones inmanentes que caracterizan su ordenación positiva.

Muchos de sus preceptos resultan de difícil justificación, tanto desde un punto de vista estrictamente formal como partiendo de consideraciones sociales o económicas.

La presente escasez de viviendas, unida a la situación económica general mundial explica y justifica perfectamente la adopción de medidas de intervención de las rentas y de establecimiento de prórrogas forzosas. El fenómeno no es solamente nuestro y afecta a toda Europa. El concepto jurídico penal de "estado de necesidad" con su correlativo civil de situación de "fuerza mayor", justifica que a falta de soluciones mejores se sacrifiquen provisionalmente legítimos y respetables intereses de los propietarios, en evitación de mayores males. El estado de necesidad explica—incluso dentro del concepto clásico del contrato de arrendamiento—el que durante un período duradero, pero excepcional, el propietario no tenga una renta verdadera y se limite a percibir lo estrictamente necesario para hacer frente a los gastos de conservación y pago de impuestos. También cabe con idéntico fundamento que ante una escasez pavorosa de medios de habitación se inserte en la dogmática clásica del contrato de arrendamiento un sistema de prórrogas forzosas de naturaleza provisional y llamado a desaparecer en cuanto se produzca una mejora de situación que permita el normal y fecundo funcionamiento de la institución arrendaticia. Todas las instituciones civiles admiten excepciones, a través de conceptos jurídicos de "estado de necesidad" o de "situación de emergencia", que junto con la virtud extrajurídica de la caridad sirven para mitigar y suavizar los efectos de un mecanismo que por exigencias de la vida social y económica tiene que guardar siempre incólumes las bases de su firmeza y de su rigor. No obstante, el estado de necesidad como concepto jurídico, caracterizado por el carácter excepcional y la provisionalidad de su aplicación, no puede afirmarse que integra la esencia de la situación legal de inquilinato. La sola promulgación con aspiraciones codificadoras de todo un cuerpo legal, articulado con vivos de permanencia y de carácter de verdadera fuente reguladora del uso

y disfrute de la propiedad urbana, es prueba de que la situación de inquilinato no ha sido creada legislativamente con ánimo de volver al contrato de arrendamiento. Lo corrobora en la ley la desorbitada extensión de su articulado, la regulación de unos nuevos tipos de proceso, de dudosa justificación, y la presencia de unas normas llamadas transitorias, cuya nota de provisionalidad es el mejor exponente del carácter definitivo del resto de la disposición.

Por otra parte, como se ha visto, además de la aceptación del sistema del prórrogas forzosas y del principio de congelación de rentas, la Ley de Arrendamientos urbanos contiene muchos otros preceptos caracterizados por su novedad y absoluta incompatibilidad con la naturaleza del contrato de arrendamiento (por ejemplo, art. 67, derecho de traspaso, derecho a una indemnización por negación de prórroga, facultad de exigir obras en cantidad superior al importe de la renta satisfecha, ejercicio del derecho de retracto, facultad de permanecer gratuitamente en el local determinado período de tiempo, etc.), que nada tiene que ver con la presente situación de escasez de viviendas ni con la imposibilidad de los inquilinos de satisfacer una renta normal. Este conjunto de elementos que caracterizan la situación de inquilinato no podrían explicarse ni justificarse partiendo del concepto clásico del contrato de arrendamiento. Han servido de base a nuestra conclusión sobre la incompatibilidad conceptual de las dos instituciones. Lo más grave, sin embargo, es que desgraciadamente la mayoría de las normas aludidas no parecen de posible justificación si las analizamos partiendo de otros puntos de vista, sean estos puramente jurídicos, económicos o sociales. El conjunto de sustanciales modificaciones, creadas en la Ley de Arrendamientos Urbanos, al margen de la situación de escasez de viviendas y de la presente conjuntura económica, conducen a la desarticulación integral del contrato de arrendamiento, sin que la nueva situación de inquilinato implique ventaja alguna para la solución del grave problema de la escasez. La naturaleza jurídica de la situación de inquilinato se agota por ello en su mero aspecto formal externo y gramatical, dado que sólo en él se apoya su fuerza de obligar.

IV. Conclusiones:

La promulgación de la Ley de 31 de diciembre de 1946 impropia-mente llamada de Arrendamientos Urbanos, tiene como consecuencia la muerte del contrato de arrendamiento urbano como institución jurídica positiva y también como fórmula de financiación de inversiones privadas en la construcción de viviendas. La primera consecuencia, la puramente conceptual, resulta probada mediante el cotejo de características elementales recogido en la presente exposición. La muerte de la fórmula arrendaticia como medio de inversión de capitales privados para la construcción de viviendas, resulta además de los inconvenientes económicos que la nueva situación de inquilinato presenta

para una de las partes del contrato. En el arrendamiento clásico se armonizan intereses distintos, pero complementarios. El concepto jurídico era la expresión formal de una equivalencia de prestaciones material y sustantiva. Económicamente tal equivalencia ha dejado de existir en la situación de inquilinato, y requiriendo su nacimiento un contrato libremente consentido, éste no llega nunca a perfeccionarse porque, si bien hay un inquilino a quien siempre convendría contratar, ha desaparecido la necesaria figura del arrendador a quien interese invertir sus capitales bajo este régimen en la creación de nuevas viviendas. También moriría en el tráfico el contrato de compraventa si algún día tuviera el comprador la posibilidad legal de recibir la cosa sin cumplir con la correlativa obligación de pagar un precio a la otra parte, y moriría el préstamo si se le quitara el derecho a exigir la devolución de la cosa prestada.

Los efectos de los contratos, como hemos expuesto, sólo pueden modificarse dentro de unos límites, dado que si éstos se rebasan dejan de ser una solución para el cumplimiento de la finalidad económica, que ha provocado su nacimiento como institución jurídica típica y nominada. La falta de interés del elemento arrendador en concertar contratos de arrendamiento, que por imperativo legal quedan convertidos en situación de inquilinato ha obligado a las insuficientes inversiones privadas que todavía se destinan a la edificación urbana, a adoptar la fórmula jurídica—también de origen económico—del contrato de compraventa. A través de este instituto, que no ha sido desfigurado, cabe obtener un premio a la inversión de capitales, que resultaría aleatorio en el arrendamiento a pesar de la libertad de fijación de rentas en locales de nueva construcción. La dificultad legal de concertar cláusulas estabilizadoras en caso de alteración del poder adquisitivo de la moneda y la serie de derechos de difícil justificación que la Ley de Arrendamientos Urbanos concede al inquilino en la situación legal de inquilinato, quitan todo aliciente a este tipo de contrato. Ni las desgravaciones fiscales ni los aumentos de renta serán en ningún caso suficientes para restablecer la confianza en la fórmula legal, si ésta no recupera la esencia de su antigua naturaleza arrendaticia con todas las consecuencias jurídicas y económicas que le eran propias y sin perjuicio de que en ciertos momentos, por causa de fuerza mayor o por atravesarse “un estado de necesidad social”, se mitiguen provisionalmente algunas de ellas.

Los matices críticos de este trabajo requieren en su deseo de ser fecundos la expresión de la sugerencia de una solución jurídica al problema planteado. Esta podría consistir en la derogación pura y simple de la Ley de Arrendamientos Urbanos de fecha 31 de diciembre de 1946 y disposiciones complementarias, y la adopción de una solución mixta consistente en la reinstauración de la vigencia de las normas de derecho común, sin otra modificación que la aplicación provisional a las mismas de una limitación de las rentas basadas en un estudio realista de las necesidades de conservación de cada casa, y el

establecimiento de un sistema de prórrogas forzosas mejor instrumentado que el actual vigente. Ello, por lo que hace referencia a la riqueza urbana creada con anterioridad al momento actual. La que se creara a partir de ahora, habría de regirse fundamentalmente por el Derecho civil común, sin otras variantes que las que resultarían de la necesidad de impedir abusos de derecho por parte de los arrendadores. De esta manera es probable que los capitales privados se invertirían nuevamente, como sucedió en el pasado, participando también en la gran tarea colectiva de dotar de vivienda a los que carecen de ella.

No es posible olvidar que el verdadero contrato de arrendamiento ha sido la fórmula jurídica que ha permitido y estimulado la canalización de capitales hacia la creación de la casi totalidad de nuestra riqueza urbana. Tampoco hay que dejar de tener en cuenta que la existencia de la institución arrendaticia es perfectamente compatible con otras formas de capitalización, inmobiliaria, sean públicas o privadas. La coexistencia de una pluralidad de sistemas de financiación ningún perjuicio puede irrogar. Las soluciones jurídicas no pueden por sí solas, por perfectas que sean, crear riqueza si las posibilidades económicas de inversión son insuficientes o toman derroteros más lucrativos, pero lo cierto es que sin una adecuada y justa regulación de las formas de inversión, por muchos que sean los capitales existentes, o emigrarán o permanecerán inactivos e improductivos en espera de una situación jurídica que garantice la propia conservación de su valor económico y la obtención de un rendimiento real y verdadero. El Derecho no puede sustituir la riqueza económica, pero cuando ésta existe, se convierte en su vehículo de expansión encauzándola hacia la consecución de unos objetivos que en definitiva redundan en beneficio de la sociedad y de la riqueza nacional. La presente situación de inquilinato ni siquiera con importantes modificaciones podrán en ningún momento servir de estímulo a la inversión de capitales privados en la construcción de nuevas viviendas o en la conservación de las existentes. La supresión legal de una fórmula jurídica milenaria de financiación de la construcción, cuyo eficaz rendimiento ha sido históricamente probado, perjudica especialmente a las economías privadas más modestas, las cuales, si bien hubieran podido adquirir el uso y disfrute de un piso mediante el pago de una merced arrendaticia, carecen del capital necesario para comprarlo. De ahí que la solución jurídica del problema por nosotros apuntada tenga preponderadamente en cuenta que la función del Derecho no es la de garantizar un más intenso disfrute de los bienes económicos por sus actuales poseedores, sino el hacer compatible dicho disfrute con las exigencias de unos principios de justicia inmutables y con la apremiante necesidad de proporcionar habitación a una gran masa de población que vive hacinada o no tiene donde cobijarse (8).

(8) El presente trabajo no hace alusión a la existencia en fase de discusión de un importante proyecto legislativo de reforma de la Ley de Arrenda-

mientos urbanos, por haber sido redactado y entregado para su publicación antes de conocerse la presentación del mismo. Hubiera escapado, no obstante, a los fines limitados y estrictamente jurídicos que nos hemos fijado pasar a considerar en este lugar, un texto que no ha alcanzado valor formal de Ley y cuya redacción definitiva sólo quedará precisada a través de su promulgación. Baste consignar la acusada tendencia legislativa al reformismo de la situación de inquilinato, mediante la reinstauración, dentro de las posibilidades actuales, de los principios que informan el verdadero contrato de arrendamiento. En este sentido resultan significativos y del mayor interés los artículos 28 y 29 de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre viviendas protegidas, en los que se acepta el principio de estabilización de rentas mediante revisiones periódicas en función de las variaciones que puedan experimentar sueldos y jornales.

La nueva regulación de las quiebras en Francia

(Decreto de 20 de mayo de 1955)

El Decreto "relativo a las quiebras y arreglos judiciales y a la rehabilitación" de 1955 (1), será sin duda estudiado, analizado y comentado por todos los especialistas del Derecho mercantil; pues su importancia y novedad es tanta que, sin grande riesgo de equivocación, cabe predecir será considerada crucial en la historia del Derecho francés de quiebras. Mientras se publican esos estudios, parece útil dar cuenta de la publicación del Decreto y, en forma periodística y apresurada, subrayar la noticia de actualidad, llamando la atención sobre lo que contiene de verdadera y hasta revolucionaria novedad.

Estamos, se dice y se repite, en tiempos de crisis o de decadencia del Derecho (2): y, en efecto, venerables reglas, dogmas autorizados y seculares instituciones se derrumban con estrépito, ante el asombro y dolor de muchos juristas. Ahora, parece le ha tocado a la figura del concordato en la quiebra. Desde hace siglos, se ha considerado indiscutible que terminado el reconocimiento de los créditos y hecha la calificación de la quiebra, en cualquier estado del juicio, los acreedores y el quebrado podrán hacer los convenios que estimen oportunos (artículo 808 C. de c.) y que aprobados por la mayoría (art. 901 C. de c.) serán obligatorios para todos los acreedores, cuyos créditos quedarán extinguidos en la parte que se hubiese hecho remisión al quebrado, aun cuando le quedase algún sobrante de los bienes de la quiebra o posteriormente llegase a mejor fortuna (arts. 904, 905 C. de c.). El Decreto francés de 20 de mayo de 1955 establece un principio contradictorio: "*pas de concordat possible en cas de faillite*". ¿Otra prueba de crisis o decadencia del Derecho moderno? Más bien debería de-

(1) La frase "règlement judiciaire" se traduce "arreglo judicial" (como en arreglo amistoso), a pesar de la degradación que ha sufrido la palabra arreglo, como preferible a los términos reglamentación y regulación.

(2) LÓPEZ DE OÑATE: *La crisis del Derecho*, pág. 63 sig., en *La certezza del Diritto*, 1950. CARNELUTTI: *La crisi della Legge, La crisi del Diritto. Discorsi intorno al Diritto*, 1937, I, pág. 167; II, pág. 65. PUGLIATTI: *Crisi della scienza giuridica. Diritto civile. Saggi*, 1951, pág. 602, sig. FACOLTÀ GIURIDICA DI PADOVA: *La crisi del Diritto*, 1953. RIPERT: *Le declin du Droit*, 1940.

cirse que el Derecho se va liberando, que abandona, por inservibles, reglas repetidas por mera inercia, creaciones abstractas del pandectismo e instituciones propias del viejo régimen individualista; formas anacrónicas ya y perturbadoras para la adecuada regulación de las nuevas realidades sociales (3).

Si nos enfrentamos con la disciplina jurídica de ese convenio del quebrado con sus acreedores, a cara descubierta, sin las andaderas de los prejuicios aprendidos, resulta más que extraña, parecerá monstruosa e injustificada (4). ¿Por qué unos extraños tienen poder para reducir los créditos de los acreedores minoritarios? Ese despojo de la posibilidad de cobrar la totalidad de su crédito algún día, sólo se explica cuando se busca sanear una empresa—sacrificio al interés común—y respecto de ciertos créditos, los que tienen ese matiz de especulación (préstamo, apertura de crédito, venta con pago aplazado) que permite hablar de participación implícita en los riesgos del negocio. No, en cambio, cuando las empresas se han hundido sin remedio, ni respecto de las demás deudas (por daños dolosos y culposos, alimentos etcétera). Con el sistema hasta ahora general, mayorías amañadas o de acreedores pusilánimes o impacientes, expropiarán a los acreedores minoritarios, y los deudores hábiles, poco escrupulosos, se aprovecharán del sistema; hechos tan ciertos, que han popularizado el dicho: “ningún hombre de negocios puede decirse rico hasta después de su tercera quiebra”. Verdad, que hoy pierde importancia la quiebra del comerciante y son las quiebras de las sociedades y la responsabilidad de administradores y consejeros, lo que más interesa prácticamente; pero este es otro cantar (5).

El Derecho francés de quiebras tiene un glorioso pasado: primero, el título XI de las Ordenanzas de Savary de 1673; después, el Código de comercio de 1807 (arts. 437-614) y la ley de 4 de marzo de 1889 sobre liquidación judicial para los acreedores que prueban su buena fe. En el siglo XX se había quedado retrasado con respecto a otras legislaciones, a pesar de las leyes de 30 de diciembre de 1903 y 23 de marzo de 1908 sobre rehabilitación del quebrado, y del Decreto-ley de 8 de agosto de 1935, que hizo varias reformas importantes al libro 3.º del Código de comercio. El Decreto número 55-583 de

3) Recientemente se ha dicho: “el Derecho no declina, el Derecho se adapta”. CALAMANDREI: *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, “Riv. trim. D. e proc. civ.”, 9, 2.º (1955), pág. 252.

(4) Nace y se desarrolla en un ambiente poco claro, con la enemiga de ciertas ciudades (Estatuto de Pistoia de 1295) y mediante una insostenible analogía con el “pactum ut minus solvatur” entre los acreedores de la herencia y el heredero antes de la adición (D. 2, 14, 7, 17). Se hace general con la autoridad de STRACCHA: *De decoctoribus*, 6, §§ 4, 6. Recogido ya en las Ordenanzas de Bilbao, 17, 20.

(5) Sobre ello, últimamente, BIGIAMI: *L'imprenditore oculto*, 1954; ASCARELLI: *Disciplina della società per azione e legge antimonopolistica*. “Riv. trimestrale D. c. proc. civ.”, 9, 2.º (1955), pág. 273 sig. Comp. art. 10 del Decreto, vide nota 7.

20 de marzo de 1955, ha vuelto a poner al Derecho francés en la primera línea del movimiento legislativo en materia de quiebras.

Según se dice en la exposición de motivos, el Decreto tiene por origen un anteproyecto de la Comisión para la reforma del Código de comercio y del Derecho de Sociedades; sometido al examen del Tribunal de Casación, Tribunales de apelación, Facultades de Derecho, y a la Conferencia general de los presidentes y miembros de los Tribunales de Comercio y de la Unión francesa, ha sido revisado por la antedicha Comisión. Después, ha sido sometido a las comisiones de justicia de la Asamblea Nacional y del Consejo de la República, y ha sido examinado por el Consejo de Estado. Se publica conforme a la ley de 14 de agosto de 1954, prorrogada en 2 de abril de 1955, autorizando al Gobierno para realizar un programa de equilibrio financiero, expansión económica y progreso social.

El Decreto deroga los arts. 437 a 583 y 604 a 614 del Código de comercio, a las leyes antes citadas de 1889, 1903, 1908 y al D. de 1935. No ha sido posible, dados los términos de la ley de autorización de 1954, substituir el título sobre la bancarrota; pero sus disposiciones (artículos 584-603 del C. de c.) se espera serán modificadas pronto por una ley. Por ello, también, no se ha llevado al Código de comercio el nuevo articulado y, mientras tanto, se mantiene separado como ley especial.

El Decreto se divide en títulos, capítulos y secciones: Título I: de las quiebras y arreglos judiciales. Cap. I. De la declaración de la suspensión de pagos. Cap. 2. De los juicios de quiebra y arreglo judicial. Cap. 3. Recursos. Cap. 4. Organos de la quiebra y del arreglo judicial: Sec. 1. Del Juez comisario. Sec. 2. De los síndicos y administradores del arreglo judicial. Sec. 3. De los controladores (6). Capítulo 5. De los efectos de la sentencia declarando la quiebra o el arreglo judicial. Sec. 1. Respecto al deudor. Sec. 2. Medidas conservatorias. 3. Del sellado. Sec. 4. Del inventario. Sec. 5. De la gestión de los bienes del deudor en caso de quiebra. Sec. 6. De la gestión de los bienes del deudor en caso de arreglo judicial. Sec. 7. De la continuación del comercio o de la industria y de la continuación o cesión del arrendamiento. Cap. 6. De la verificación de los créditos. Sección 1. Procedimiento de verificación de los créditos. Sec. 2. De los codeudores y de las garantías. Sec. 3. De los acreedores prendarios y de los acreedores privilegiados sobre bienes muebles. Sec. 4. De los derechos de los acreedores hipotecarios y privilegiados sobre inmuebles. Sec. 5. De los derechos del cónyuge. Sec. 6. De la reivindicación. Cap. 7. Del fin de la quiebra y del arreglo judicial. Sec. 1. Convocatoria de los acreedores y de la asamblea de acreedores en caso de quiebra. Sec. 2. De la formación del convenio. Sec. 3. Efectos del convenio. Sec. 4. De la conversión del arreglo judicial en quiebra.

(6) Se utiliza este neologismo para traducir "Des contrôleurs", porque parece preferible a inspectos o vigilante.

Sección 5. De la anulación y de la resolución del convenio. Sec. 6. Convenio por abandono del activo. Sec. 7. De la unión de los acreedores. Cap. 8. De la venta de inmuebles. Cap. 9. Del reparto de activo entre los acreedores. Cap. 10. Del cierre por insuficiencia de activo. Cap. 11. Del cierre por falta de interés de la masa. Título II. De la rehabilitación. Título III. Disposiciones diversas.

El texto del Decreto está formado por 188 artículos. De ellos, los más mantienen el espíritu de las antiguas disposiciones, con nuevo orden, con redacción más clara y completa, y teniendo, además, en cuenta las soluciones jurisprudenciales. También contiene importantes innovaciones, y sólo las más importantes serán las que aquí se podrán examinar; y, como antes se ha dicho, sin pretensiones de precisión técnica ni de estudio detallado.

El comerciante que cesa en sus pagos, *debe* declararlo en el plazo de 15 días, al Tribunal de Comercio, a efectos de iniciar el procedimiento de quiebra o de arreglo judicial (art. 1). Este deber tiene una sanción eficaz aunque indirecta, pues el que no hace la declaración queda siempre expuesto a la quiebra, mientras que el que la hizo debidamente, y con los requisitos y condiciones señalados (arts. 2 y 12) gozará del beneficio del arreglo judicial (art. 12). Puede, además, iniciarse el procedimiento por solicitud de cualquier acreedor, y de oficio por el Tribunal de Comercio (art. 4). Ahora, "el estado de quiebra" no surge al cesar los pagos (como disponía antes el artículo 437 C. de c.) y la quiebra y la regulación requieren una previa sentencia declarativa; aunque, puede llegarse a la condena por bancarrota simple o fraudulenta sin que el cese de los pagos sea objeto de previa sentencia declarativa. (art. 11.)

Se advierte también que se ha mantenido la importante y ejemplar regla modificativa del Código de comercio (art. 437, pár. 4) del D. L. de 8 de agosto de 1935: "En caso de quiebra de una sociedad, la quiebra puede ser declarada común a toda persona que, ocultando sus acciones bajo la cobertura de esta sociedad, haya hecho actos de comercio en su interés personal y dispuesto de hecho de los bienes sociales como de los suyos propios" (art. 10) (7).

Teniendo en cuenta su significado de orden público, se concederán amplísimos poderes a los jueces, y se establece el principio inquisitivo. El cometido principal del Tribunal de comercio es decidir si ha de declararse la quiebra o la regulación judicial (art. 8). Como medida previa, que garantice el acierto de esa resolución, el Presidente del Tribunal podrá encomendar a un Juez que recoja todos los informes sobre la situación y las acciones del deudor (art. 7). El arreglo judicial debe dictarse cuando se den las siguientes condiciones positivas: 1. que el deudor haya declarado el cese de los pagos dentro de los 15 días (art. 1); 2. que acompañe a la declaración, balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado cifrado de las deudas

(7) Comp. nota 5.

con indicación de nombre y domicilio de acreedores, y, si se trata de una sociedad con socios solidariamente responsables, los nombres y domicilios de éstos (art. 2). No podrá decretarse el arreglo, cuando el deudor: 1. Ejercza la profesión en contra de una prohibición legal. 2. Haya sustraído la contabilidad, distraído o disimulado parte del activo o si se ha reconocido fraudulentamente deudor de deudas que no debía. 3. Si no ha llevado la contabilidad con arreglo a los usos de su profesión y conforme a la importancia de la empresa (art. 12). En estos últimos casos, la quiebra tiene siempre que ser declarada. Fuera de estos dos tipos de supuestos, el Tribunal tiene un poder discrecional ilimitado para decidir entre la apertura de la quiebra y el arreglo judicial. Poder de mayor gravedad, cuando se declara la quiebra, porque (abandonado lo primeramente proyectado) ésta no pueda transformarse en arreglo judicial; en cambio, puede convertirse el arreglo judicial en quiebra (arts. 137-140).

Los Tribunales de Comercio tienen así en sus manos un instrumento muy enérgico para sanear el mundo de los negocios; para "eliminar"—como dice la Exposición de Motivos—a los comerciantes indignos. El criterio para decidir entre quiebra y arreglo judicial pudiera encontrarse en el concepto tradicional del "honrado comerciante" y en la misma naturaleza de las dos figuras jurídicas. El quebrado puede ser detenido (art. 33), queda incapacitado (art. 35), sufre la pérdida de la posesión, administración y disposición de sus bienes (art. 37) y se le impide celebrar "concordato" o convenio con sus acreedores. El arreglo judicial, en cambio, deja los bienes en poder del deudor; quien puede administrar, ejercitar acciones, explotar su comercio o industria, con la asistencia del administrador judicial (artículos 67-70), siéndole, además, posible el convenio con los acreedores (artículos 120-121). Parece, pues, que se unen la idea de administración regular y buena fe con las de conveniencia de los mismos acreedores, para que el deudor siga al frente del comercio o industria.

El convenio con los acreedores, ya se ha dicho, sólo se permite en el supuesto de arreglo judicial y no es nunca posible en la quiebra (artículo 120). De este modo, estrechamente limitado el ámbito del convenio, tendrá una cierta justificación objetiva, pues, normalmente se irá al arreglo judicial cuando se trate de salvar un comercio o industria que, después de la investigación, se ha comprobado se lleva de modo regular y honrado y cuya continuidad convenga mantener, dejando a su frente y dirección al mismo deudor, bajo la vigilancia del administrador judicial (8).

El Decreto contiene muchas modificaciones, respecto a la legislación anterior. De novedad completa pueden calificarse los artículos

(8) En el Derecho inglés la "Bankruptcy Court" puede "suspender" o denegar la "discharge", si entiende que la quiebra se ha producido de modo fraudulento, por negociaciones atrevidas y azarosas o por gastos excesivos ("extravagance").

6, 7, 12, 13, 44, 91, párrafo 2; 112, 120, párrafos 2 y 3; 132, 133, 137, 139, 9.º; 161, párrafos 3 y 4; 170, 180 hasta el 188. Cambios sustantivos se observan en la mayoría de las disposiciones, y no hay quizá ninguna que no signifique alguna alteración de detalle. Por ello, seguramente, se ha consignado el principio de irretroactividad: las disposiciones del Decreto no se aplicarán más que en los procedimientos iniciados después de la fecha de su entrada en vigor (art. 183).

R.

VIDA JURIDICA

DICTAMENES

Denuncia unilateral del contrato y derecho de separación en sociedad limitada de dos socios, constituida por tiempo indefinido.

SUMARIO: *Supuesto de hecho.*—«*Quaestio iuris.*»—*Dictamen.*—*Planteamiento.*
1. *Interpretación de la cláusula: ¿denuncia unilateral o derecho de separación:*—I. Las normas legales de interpretación.—2. Aplicación de las normas de interpretación subjetiva o histórica (arts. 1.281-1.283 y 1.285 C. c.).—3. Aplicación de las normas de interpretación objetiva o integradora (arts. 1.284 y 1.286-1.289).—4. Interpretación según el criterio objetivo-subjetivo de la buena fe, *ex art.* 1.258 C. c.—II. *La denuncia legal del contrato en la sociedad limitada por tiempo indefinido.*—I. El problema de la posible aplicación analógica de la norma de los artículos 1.705 C. c. y 224 C. de c.—2. La verdadera *ratio iuris* de la norma de los artículos 1.705 C. c. y 224 C. de c. y la falta de identidad sustancial del supuesto de hecho con el determinante de la *ratio* de la norma que se trata de aplicar por analogía.—3. Examen de la sentencia del T. S. de 18 de febrero de 1948: *ratio decidendi* y *obiter dictum.*—4. Actual inaplicabilidad del derecho de denuncia legal a la sociedad de responsabilidad limitada, tal como aparece construida en la nueva Ley.—III. *La separación del socio en la sociedad limitada de dos socios.*—I. Posibilidad del ejercicio del derecho de separación de una sociedad limitada de dos socios, prescindiendo de la admisibilidad de las sociedades unipersonales.—2. ¿La reducción de la sociedad a un solo socio es causa de disolución en las sociedades limitadas?—3. Persistencia de la sociedad limitada con un solo socio por la *spes refectionis*. Responsabilidad del socio único.—4. ¿Puede el socio separado oponerse a la continuación de la sociedad por el hecho de figurar su nombre (o el de su causante *mortis causa*) en la razón o denominación social?
Conclusiones.

SUPUESTO DE HECHO

Don A. V. y don B. M. constituyeron la sociedad mercantil de responsabilidad limitada «A. V., S. L.», en cuya escritura fundacional de 27 de julio de 1941, figura, entre otras que no ofrecen interés, la siguiente cláusula:

«VI. DURACIÓN.—La sociedad «A. V., S. L.» se constituye por tiempo indefinido. Sin embargo, aparte de las limitaciones generales que en cuanto al momento para intentar la disolución impone a todo socio los Códigos civil y de Comercio, el que pretendiese retirarse o abandonar la entidad aquí creada, deberá ineludiblemente hacerlo constar así por escrito con anterioridad al 30 de septiembre de cada año, sujetándose para la fijación de su haber al balance y liquidación resultantes en 31 de di-

ciembre inmediato, desde cuya fecha se considerará apartado el socio que lo hubiera pretendido y podrá reclamar su participación.

En este supuesto, la sociedad preferentemente y de sus fondos, y en su defecto el socio o socios que lo deseen, si para entonces existiesen nuevos miembros, se reserva el derecho de adquirir para sí o a prorrata con sus aportes, caso de ser aquéllos varios, todas las participaciones, derechos y acciones que en la entidad pertenezcan al que de ella se ausente.

El fallecimiento de cualquiera de los socios, tampoco constituye causa de disolución, si sus sucesores legítimos o testamentarios no la promueven en la forma y condiciones previstas para su causante. Los herederos del premuerto vendrán obligados para el ejercicio de sus derechos a hacerse representar cerca de la sociedad por uno solo de ellos o por un mandatario común elegido por los mismos y aceptado por el socio superviviente.»

Fallecido don A. V., su viuda y heredera, doña C. M., intenta promover la disolución de la sociedad al amparo de la citada cláusula, basándose además en el hecho de tratarse de una sociedad constituida únicamente por dos socios.

QUAESTIO IURIS

Se plantean las siguientes cuestiones:

1.ª ¿Puede doña C. M. promover la disolución de la sociedad, con base en la cláusula VI de la escritura social?

2.ª ¿Puede doña C. M. exigir la disolución de la sociedad, fundándose en alguna norma legal?

3.ª Finalmente, si se entendiera que no le asiste el derecho de pedir la disolución, sino únicamente el derecho de separación, ¿será posible el ejercicio de este en una sociedad limitada de dos socios? ¿Acarreará el ejercicio del mismo derecho la disolución de la sociedad, por quedar reducida a un sólo socio?

D I C T A M E N

PLANTEAMIENTO

Para resolver todas y cada una de las cuestiones propuestas, examinaremos, en el primer capítulo de este dictamen, si en la cláusula VI de la escritura social se pactó expresamente un derecho a pedir la disolución de la sociedad. Porque, si este fuera efectivamente el contenido de dicha cláusula, estaríamos en presencia de un *derecho adquirido*, merecedor de protección, por no contradecir ni oponerse a lo prevenido en la nueva Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada respecto a las causas de disolución. (Cfr. disposición transitoria 1.ª). En efecto, el artículo 30 de la misma Ley dispone que «las Sociedades de Responsabilidad Limitada se disolverán totalmente: ... 6.º *Por cualquier otra causa establecida en la escritura social*».

En el segundo capítulo estudiaremos el problema de la posible aplicación analógica de la norma de los artículos 1.705 del Código civil y 224 del Código de comercio, de cara a la verdadera *ratio iuris* de esos preceptos, a la autorre-

gulacion de intereses de la sociedad que nos ocupa y al contenido y espíritu de la nueva Ley.

Por último, en el tercer capítulo nos ocuparemos de la cuestión de si es posible el ejercicio del derecho de separación en una sociedad limitada de dos socios y si el mismo lleva aparejado la disolución de la sociedad.

I

INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA: ¿DENUNCIA UNILATERAL O DERECHO DE SEPARACIÓN?

Lo que está perfectamente claro es que se trata de una sociedad por tiempo indefinido. Lo demás exige una detenida interpretación para averiguar el verdadero sentido y alcance de la cláusula en cuestión.

1. Las normas legales de interpretación dictadas para los contratos en nuestro Código civil forman dos grupos: el primero, constituido por los artículos 1.281 a 1.283 y 1.285, que tiene por objeto la determinación *in concreto* de la voluntad de las partes contratantes (son las llamadas reglas de interpretación subjetiva o histórica); el segundo grupo, constituido por los artículos 1.284 y 1.286 a 1.289, que desempeña una función integradora del medio interpretativo negocial para resolver los casos de ambigüedad o de oscuridad de la declaración no aclarados por aquel medio (son las llamadas reglas de interpretación objetiva, técnica o integradora). Y a uno y otro grupo preside, dominando ambos y formando como su punto de sutura, el principio de la interpretación según buena fe (arg. *ex*, art. 1.258 C. c.).

2. Pues bien, aplicando las normas del primer grupo, muy especialmente la del artículo 1.281, párrafo 2.º, y teniendo en cuenta las expresiones usadas («el que pretendiese retirarse o abandonar la entidad», «desde cuya fecha se considerara apartado el socio que lo hubiera pretendido», «al que de ella se ausente»), llegaríamos a la conclusión de que únicamente se pactó en la cláusula VI de la escritura social un derecho de separación a utilizar por el socio o su heredero en la misma forma y condiciones previstas para su causante, pues la intención evidente de los contratantes fué que la eventual retirada, abandono, apartamiento o ausencia del socio no comprometiera la ulterior vida de la sociedad ni provocara su inmediata disolución.

Intento o propósito de permanencia o conservación de la sociedad, a pesar de la separación del socio que, prescindiendo de los medios de prueba extrínsecos, aparece bien claro y manifiesto en todo el párrafo segundo de la repetida cláusula.

Por ello, aunque por dos veces, la primera de ellas incidentalmente, se emplee la palabra *disolución*, que parece contrariar la intención evidente de los contratantes, no cabe duda de que prevalecerá ésta sobre aquélla, según dispone el citado artículo 1.281 en su segundo párrafo.

La misma conclusión abona la norma interpretativa del artículo 1.283, pues cualquiera que sea la generalidad del término disolución no deben entenderse comprendidos en él casos diferentes (como es el de la disolución total de la sociedad) de aquel sobre que los interesados se propusieron contratar (disolución *parcial*

o separación). Y resulta claro que los contratantes no se propusieron regular la disolución por voluntad unilateral, ya que de lo contrario no hubieran omitido las estipulaciones referentes a la liquidación de la sociedad, nombramiento de liquidadores, plazos de liquidación, etc., que nunca faltan en las escrituras sociales que prevén este supuesto.

Del artículo 1.285 se desprende que no es lícito interpretar una cláusula contractual o parte de la misma aislándola de las demás o del resto. Se impone, pues, una interpretación de conjunto.

Y así resulta que el supuesto del párrafo primero de nuestra cláusula es el mismo a que se refiere su párrafo segundo («En este supuesto... etc.»), que establece para el caso de separación un derecho de preferencia (tanteo) en favor de la sociedad y del socio o socios que hayan ingresado y continúen en ella, derecho cuyo ejercicio por parte de la sociedad es absolutamente imposible en la hipótesis de su disolución.

Luego el sentido del párrafo primero de la cláusula es claro: otorgar un derecho de separación al socio que pretenda *retirarse* o *abandonar* la sociedad creada por tiempo indefinido, sujetando el ejercicio de tal derecho no sólo a las mismas limitaciones de oportunidad que los Códigos civil y de Comercio imponen al socio que intenta la disolución por voluntad unilateral, sino también a otros límites que se fijan en el pacto y cuya observancia es necesaria al efecto de considerar *apartado* al socio que lo hubiera pretendido.

En una palabra, lo que se hace es «apropiar», por vía de remisión, unas limitaciones legales dictadas para otro supuesto diferente (cfr. arts. 1.705 y 1.706 del C. c. y 225 del C. de c.), y que por cierto el precepto del último cuerpo legal impone, indistintamente, tanto al socio que por su voluntad se separase de la compañía como al que promoviere su disolución. Pero de ningún modo la cláusula se remite a aquellos dos Códigos para determinar un supuesto de disolución, como lo prueba el hecho de que en el apartado 2.º del párrafo primero de la cláusula en examen se diga que «el que pretendiese retirarse o abandonar la entidad aquí creada, deberá ineludiblemente hacerlo constar así por escrito con anterioridad al 30 de septiembre de cada año, sujetándose, para la fijación de su *haber* (no de todo el *haber* social), al balance y liquidación resultantes en 31 de diciembre inmediato, desde cuya fecha se considerará apartado el socio que lo hubiera pretendido y *podrá reclamar su participación* (él exclusivamente)».

Estos efectos no son, evidentemente, los que llevaría aneja la disolución. Como que aquí se contempla tan sólo un caso de *disolución parcial* y de *división también parcial*. La disolución y la separación son cosas bien distintas y de consecuencias económicas completamente diferentes. Por sus frutos se conocen.

Aclarado así el sentido del párrafo primero de la cláusula, al ponerlo en conexión con su inmediato posterior, respecto del cual está íntimamente ligado, no es difícil puntualizar el alcance del último párrafo o apartado de la misma.

En él se contiene una clara referencia o reenvío a lo pactado con anterioridad: «el fallecimiento de cualquiera de los socios tampoco constituye causa de disolución si sus sucesores legítimos o testamentarios no la promueven en la forma y condiciones previstas para su causante». Es decir, que sólo puede dar-

se una disolución en forma *parcial* y *condicionada* a los requisitos antes establecidos en la misma cláusula.

La tesis contraria chocaría con obstáculos insuperables, toda vez que el Tribunal Supremo ha dicho en sentencia de 5 de junio de 1945 que «es una de las normas de observancia, en materia de interpretación, fijar el sentido y alcance de las declaraciones de las partes por conexión entre las cláusulas del contrato, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas»; y en sentencia de 4 de febrero de 1947 declaró que «no es lícito a un contratante pretender establecer la voluntad de las partes atendiendo a una determinada cláusula contractual, y prescindiendo de otras que repudian la interpretación que se trata de sostener».

En nuestro caso, el contenido de los párrafos 1.º y 2.º de la cláusula VI repudian sin duda alguna una interpretación del párrafo 3.º en el sentido de reconocer un derecho a pedir la disolución *total* y *no condicionada* más que por el juego de las normas de los artículos 1.705 y 1.706 del C. c. y 224 del Código de Comercio en cuanto a la oportunidad de la petición, con absoluto olvido y menosprecio de las demás limitaciones convencionales (notificación antes del 30 de septiembre de cada año, fijación del haber del socio promotor según balance, determinación del momento—31 de diciembre siguiente—a partir del cual puede reclamar su participación, derecho de tanteo a favor de la sociedad) que únicamente se adaptan al supuesto de la disolución parcial o separación voluntaria del socio.

3. Y si ahora acudimos a las normas de interpretación objetiva o integradora de nuestro Código civil obtendremos el mismo resultado que con el otro grupo de normas, reforzando considerablemente la conclusión antes deducida, que resulta así incontrovertible.

De acuerdo con el artículo 1.284, que responde al principio de la conservación del contrato, «si alguna cláusula de los contratos admitiera diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos». Ello quiere decir que, en la duda, cada cláusula debe interpretarse en el sentido que pueda tener algún efecto antes que en aquel según el cual no tendría ninguno.

Pues bien, el párrafo tercero, apartado 1.º, de la cláusula en examen no puede tener efecto más que interpretándolo en el sentido de conceder al heredero del socio un derecho de separación, que es respecto del que encontramos «forma y condiciones previstas para su causante» en el resto de la cláusula.

Cierto que la palabra «disolución» admite dos sentidos: *disolución total* (Cfr. art. 30 de la Ley de Sociedades Limitadas) y *disolución parcial* (art. 31 *id.*), o sea, la exclusión, lo mismo que la separación del socio. Pero no es menos cierto que si entendiéramos aquella palabra en el primer sentido, el párrafo tercero, apartado 1.º, de la cláusula, no podría tener ningún efecto, al no encontrarse por parte alguna en la escritura social «forma y condiciones previstas para su causante» por lo que se refiere a la disolución total.

La conservación de lo pactado impone, pues, la misma conclusión obtenida con anterioridad.

Por su parte, el artículo 1.286 del C. c. establece que «las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato».

La naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada, tal y como resul-

ta de la nueva ordenación legal, según veremos oportunamente (1), obligaría al interprete a entender la palabra disolución, empleada en el párrafo tercero de la cláusula *interpretanda*, en su acepción de disolución parcial, como más adecuada a la actual fisonomía y regulación de la sociedad limitada.

Por último, el artículo 1.289, que contiene las reglas finales de la interpretación objetiva o integradora, dispone, en su primer párrafo, que cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuere oneroso, *las dudas se resolverán en favor de la mayor reciprocidad de intereses*.

Aplicando la regla a nuestro caso, obtendríamos la mayor reciprocidad de intereses por el camino de atribuir al socio únicamente el derecho de separación, regulado con todo detalle en la cláusula, que deja a salvo su posible interés en no continuar formando parte de la sociedad sin comprometer al mismo tiempo seriamente el interés de otro socio en que continúe la sociedad.

Así se realiza una equitativa composición de los intereses opuestos de las partes, tratando de armonizarlos y de hacerlos compatibles, pues—como vemos en el capítulo tercero de este dictamen—el ejercicio del derecho de separación no implica la disolución de la sociedad.

4. Esta es, además, la conclusión a la que llegaríamos mediante una interpretación conducida, según el criterio objetivo-subjetivo de la buena fe, con base en el artículo 1.258 del C. c., puesto que, existiendo el derecho de separación contractual, no tiene razón de ser alguna el derecho de disolución, y no sería lícito al heredero del socio premuerto pretender reconstruir la voluntad de las partes con manifiesto abuso y mala fe, toda vez que si no quiere permanecer en la sociedad tiene la puerta abierta con el derecho de separación o con la transmisión *inter vivos* de su participación social (art. 20. párrafo 3.º *in fine* de la Ley de Sociedades Limitadas), no teniendo ningún interés legítimo en que la sociedad se extinga al obtener el mismo resultado por otro camino. Su interés en que la sociedad no continúe sólo puede ser ilegítimo o bastardo: la intención de perjudicar al otro socio o de beneficiarse ulteriormente de algún modo con la disolución.

De esta suerte, la interpretación según buena fe hace posible el respeto del principio de conservación de la empresa tan magníficamente ilustrado por la más reciente doctrina mercantilista.

II

LA DENUNCIA LEGAL DEL CONTRATO EN LA SOCIEDAD LIMITADA POR TIEMPO INDEFINIDO

1. Aclarado que en la cláusula VI de la escritura social no se pactó el derecho de promover unilateralmente la disolución de la sociedad, nos corresponde ahora estudiar el problema de la posible aplicación analógica de la norma de los artículos 1.705 del C. c. y 224 del C. de c. (2).

(1) *Infra*, II, núm. 3.

(2) Consideramos el art. 1.705 del C. c., no como una norma del Derecho común de sociedades, sino como un precepto que forma parte del complejo normativo de la *sociedad civil*, de cual tipo social paralelo a las sociedades mercantiles.

A nuestro juicio, el problema se centra en determinar si la *ratio iuris*, que ha movido al legislador para introducir este derecho de denuncia del contrato, tanto en la sociedad civil como en las sociedades mercantiles colectivas y comanditarias por tiempo indefinido, concurre en la sociedad que es objeto de nuestro dictamen y, en general, en las sociedades de responsabilidad limitada. Porque si se da la identidad sustancial del supuesto de hecho con el determinante de la *ratio iuris* de la norma que se trata de aplicar, y el hecho diferencial consistente en tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada no se opone al juego derivado de la igualdad de *ratio*, es indudable que precederá su aplicación analógica ante la laguna que *prima facie* se observa en este punto en el régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada.

2. ¿Cuál es, pues, la verdadera *ratio iuris* de tal norma excepcional respecto del principio del artículo 1.256 del C. c.?

Cabría pensar que su razón de ser está en la responsabilidad ilimitada del socio frente a las deudas sociales (arts. 1.698 del C. c. y 127, 148 y 237 del C. de c. que impone además la responsabilidad solidaria de los socios colectivos); un tipo tan amplio y fuerte de responsabilidad no podría imponerse indefinidamente, y de aquí que el socio pueda librarse para lo futuro de esa responsabilidad por el único medio viable: la disolución de la sociedad. No bastaría el simple derecho de separación del socio, pues éste tendría sin duda interés en destruir la falsa apariencia de responsabilidad, creada frente a terceros por el hecho de subsistir la sociedad con idéntica «razón social» (3).

Si esto fuera así, como quiera que el socio de una sociedad de responsabilidad limitada no responde de las deudas sociales (art. 1.º, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Limitadas), llegaríamos a la conclusión de que no es aplicable supletoriamente por analogía la norma de los artículos 1.705 del C. c. y 224 del C. de c. a la sociedad objeto de este dictamen.

Pero la *ratio iuris* de tal norma no puede ser esa, desde el momento que *cualquier socio* (Cfr. los arts. antes citados) de una sociedad civil, colectiva o comanditaria tiene el derecho de denuncia del contrato, incluido, por tanto, el socio comanditario, que responde limitadamente (art. 148, párrafo 3.º, del Código de Comercio) y el socio industrial, que ni siquiera responde de las pérdidas (arts. 141 del C. de c. y 1.691, párrafo 2.º, del C. c.).

Claro que precisamente por esto podría decirse que el socio comanditario y el industrial no estarían legitimados para el ejercicio del derecho de denuncia.

Ahora bien; la afirmación—aparte de ser gratuita—conduciría a una consecuencia totalmente injusta: la de que en una sociedad por tiempo indefinido el socio industrial (y lo mismo el socio comanditario que desempeñase en la sociedad alguna actividad no gestoria ni administrativa) estarían obligados a prestar su servicio por toda la vida (Cfr. art. 1.583, apartado 2.º, del C. c.), y todo socio comanditario estaría perpetuamente vinculado a la sociedad.

Con esto hemos llegado a lo que, a nuestro juicio, constituye la verdadera *ratio* del derecho de denuncia legal: evitar la perpetua vinculación personal de los socios entre sí y respecto de la sociedad.

Elo presupone, como es obvio, una sociedad de duración indefinida en la que los socios no tienen plena libertad para salir de la sociedad. La denuncia uni-

(3) Vid. *infra* III, núm. 4.

lateral del contrato la sociedad no tiene razón de ser cuando al socio le asiste el derecho de separación (4).

Así, pues, habiéndose pactado expresamente en la cláusula VI un derecho de separación del socio, no cabe de ningún modo la aplicación analógica de la norma de los artículos 1.705 del C. c. y 224 del C. de c. Tanto más que hoy, por la obligada aplicación del artículo 20 de la Ley de Sociedades Limitadas a la sociedad «A. V., S. L.», conforme a la disposición transitoria 1.ª de la misma Ley, las participaciones sociales son libremente transmisibles sin más límites que los que establece el referido artículo.

3. No se nos oculta que la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1948 admitió, antes de la nueva ordenación legal, la aplicación supletoria del artículo 224 del Código de comercio.

En los Considerandos que interesan a nuestro objeto dicen así:

«Que la sociedad mercantil de responsabilidad limitada a que se contrae este litigio ha sido acertadamente catalogada por la sala sentenciadora entre las de duración indefinida, ya que, de acuerdo con la cláusula tercera de la escritura de constitución, el plazo de diez años de vida inicialmente pactado habría de prorrogarse por sucesivos decenios, indefinidamente, mientras alguno de los socios no manifestase a los demás su voluntad en contrario con tres meses de antelación por lo menos al último día del plazo de cada decenio, mediante acta notarial o acto conciliatorio.»

«Que ante la falta de reglamentación específica en el Código mercantil de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, se le asimila, en términos generales, al régimen de las sociedades personalistas, colectiva y comanditaria, al amparo del criterio de autonomía de la voluntad que se infiere de los artículos 117 y 122 del Código en relación con el 108 del Reglamento del Registro mercantil (20 de septiembre de 1919), salvo esencialmente lo previsto en los artículos 127 y 148 respecto de la ilimitada responsabilidad de los socios colectivos, y a estas sociedades, cuando nacen, como nació la de autos, con término final incierto, no son de aplicación los artículos 221 y 223 del Código, que rigen la cesación *ope legis*

(4) A juicio de GARRIGUES (*Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 3, Madrid, 1949, página 1119)—cuya opinión seguimos en nuestro anterior trabajo *Disolución de Sociedad de responsabilidad limitada*, en «Anuario de Derecho civil», t. V (1952), pág. 1047—, el derecho de denuncia legal, propio de las sociedades colectivas y comanditarias por tiempo indefinido (art. 224 del C. de c.), coexistiría con el derecho de separación reconocido *ex lege* por el artículo 225 del mismo cuerpo legal al socio de toda sociedad personalista, sea o no de duración indeterminada.

Entendemos que el citado artículo 225 se refiere al derecho de separación *ex voluntate* y al derecho de denuncia legal (art. 224 del C. de c.) o contractual, que aparecen en un mismo plano al solo efecto de fijar el requisito de la oportunidad para su ejercicio.

Si todo socio de una sociedad personalista, ya sea o no por tiempo indefinido, tuviera *ex lege* el derecho de separación, no hubiera hecho falta otorgarle el derecho de denuncia cuando la sociedad se pactó por tiempo ilimitado, habida cuenta de la verdadera *ratio iuris* del artículo 224, tal y como queda expuesta en el texto (Vid., además, *infra* III, núm. 4).

Nótese que para remediar la situación creada por una sociedad colectiva y comanditaria de duración indefinida el artículo 224 concede expresamente el derecho de denuncia.

de las de duración limitada, sino que entra en juego preferentemente, según dispone el artículo 121, la estipulación por la que los interesados han previsto el momento y forma en que podrá terminar la vida social, *siendo sólo de aplicación supletoria el artículo 224*, por lo que, en el caso debatido, será preciso atenerse al pacto originario que no autoriza la disolución por razón del término final en cualquier tiempo, sino al expirar el primero o sucesivos decenios de la vida.»

Pero conviene tener en cuenta que en el supuesto de hecho entonces debatido no se estipuló un derecho de separación del socio, y—como justamente observan LÓPEZ Y LÓPEZ y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (5)—, si se hubiera tratado de una sociedad de responsabilidad limitada en la que se pudieran ceder libremente las participaciones, no habría razón alguna para aplicar el artículo 224 del Código de comercio.

Lo que importa, pues, es la *ratio decidendi* de esta sentencia del Tribunal Supremo y no las generalizaciones hechas por vía de *obiter dictum*, propias de la jurisprudencia de conceptos (6), pues para resolver el caso en litigio no era necesario recurrir a la asimilación de la sociedad de responsabilidad limitada con el régimen de las sociedades personalistas, colectiva y comanditaria.

4. Actualmente, no cabe ya ninguna duda respecto a la inaplicabilidad de la norma del artículo 224 del Código de comercio—e igual se diga de la del artículo 1.705 C. c.—a la sociedad de responsabilidad limitada (7).

Abandonada y en crisis la distinción entre sociedades personalistas y capitalistas en relación con la sociedad limitada, tanto por la nueva ley (Vid. Preámbulo, 1, *in fine*) como por la mejor doctrina (8), la sociedad de responsabilidad limitada aparece en la nueva ley como claramente adscrita al grupo de sociedades con tendencia hacia la despersonalización, al que pertenece la anónima, aunque también ésta sea a veces—como la limitada—una sociedad de tipo familiar (Cfr. el Preámbulo de la Ley de Sociedades Anónimas, que alude al uso arraigado en algunas regiones españolas de fundar sociedades anónimas de tipo familiar para negocios modestos).

En efecto, la sociedad de responsabilidad limitada se construye en la nueva ley sobre los tres pilares básicos del régimen de responsabilidad análogo al de la anónima, estructuración capitalista y organización corporativa y despersonalizada, sin que la relevancia del *intuitus personarum*, manifestada en la posibilidad de las llamadas prestaciones accesorias (art. 10 de la Ley), régimen restringible por pacto de transmisión de las participaciones sociales (art. 20) y

(5) *Significado y régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada*, en «Anuario de Derecho civil», t. V, 1962, pág. 641.

(6) Vid. PUIG BRUFÀU: *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1953, págs. 40 y ss.

(7) Antes de la nueva Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, hablamos mantenido la aplicabilidad de tal norma en nuestro citado trabajo (loc. cit., págs. 1073 y ss. y 1079 y ss.).

(8) SOLA DE CANTABRES: *Tratado de Sociedades de Responsabilidad Limitada en el Derecho español*, Barcelona, 1951, pág. 23 y ss.; *Las Sociedades de Responsabilidad Limitada en el nuevo Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 15 y ss.; LÓPEZ Y LÓPEZ y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *Op. et loc. cit.*, págs. 631 y ss.; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *Algunas reflexiones en torno a la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, en «Anuario de Derecho civil», t. VI, 1963, págs. 556 y ss.

posibilidad de rescisión parcial mediante exclusión de alguno de los socios por ciertas causas preestablecidas (art. 31), afecte a los principios generales de la estructura y organización de la sociedad, que en realidad es una «anónima simplificada» (9).

Ello no quiere decir, sin embargo, que en caso de laguna de la Ley de Sociedades Limitadas se apliquen siempre por vía analógica las normas de la Ley de Sociedades Anónimas, sino que impone la necesidad de seguir un criterio casuístico en el tratamiento jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada por lo que mira a la aplicación analógica de las normas dictadas para otros tipos sociales (10).

Lo decisivo no es sólo—como ya apuntamos—que se dé la identidad substancial del supuesto de hecho concreto con el determinante de la *ratio iuris* de la norma que se trata de aplicar, sino que también el elemento diferencial, consistente en tratarse de una sociedad dotada de una tipicidad legal propia, no se ponga al juego derivado de la igualdad de *ratio*.

Ahora bien: en nuestro caso, ni hay esa identidad o igualdad del supuesto de hecho concreto con el determinante de la *ratio iuris* de la norma de los artículos 1.705 del C. c. y 224 del C. de c., por haberse pactado expresamente un derecho de separación y ser libremente transmisibles las participaciones sociales sin más límites que los del artículo 20 de la Ley de Sociedades Limitadas, ni el elemento diferenciador consiste ya la aplicación analógica de una norma dictada para tipos sociales muy distintos, que reposan sobre otros principios generales de estructura y organización.

III

LA SEPARACIÓN DEL SOCIO EN LA SOCIEDAD LIMITADA DE DOS SOCIOS

En este capítulo nos corresponde examinar el problema de si el ejercicio del derecho de separación es posible en una sociedad limitada de dos socios, así como si el ejercicio del mismo derecho lleva aparejada la disolución de la sociedad.

1. Ante todo, puntualizaremos que la posibilidad del ejercicio del derecho de separación no está condicionada por la admisibilidad de las sociedades unipersonales; no podrá alegarse en contrario que, una vez realizada la separación, se seguirá inevitablemente la disolución de la sociedad, puesto que, liquidada y pagada al socio separado su parte, se disolverá realmente la sociedad si la ley no consintiera su persistencia con un único socio, pero en todo caso se habrá alcanzado la finalidad primaria perseguida por los contratantes, o sea, la conservación de la empresa, que subsistirá en la titularidad exclusiva del único «socio» restante, como empresa individual.

2. La nueva Ley de Sociedades Limitadas silencia entre las causas de disolución total el supuesto de que durante su vida la sociedad se haya visto por cualquier motivo reducida a un solo socio. Pero no cabe duda de que este silencio es intencionado.

(9) Vid. GONZÁLEZ ENRIQUEZ: *Op. et loc. cit.*, págs. 876 y 882.

(10) Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ y GONZÁLEZ ENRIQUEZ: *La analogía y la doctrina legal en la sociedad de responsabilidad limitada*, en «Anuario de Derecho civil», t. VI, 1963, págs. 248 y ss.

En la exposición de motivos se dice que «las causas generales de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada se fijan tomándolas de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas». Y en el preámbulo de ésta se dice expresamente que, «rindiendo tributo a realidades que no pueden desconocerse, *no considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano*», añadiendo que «la omisión, que a muchos parecerá inexplicable, de aquella causa de disolución que a primera vista viene impuesta por la naturaleza de la Sociedad, como resultante del acuerdo de varias voluntades y aún por la misma estructura de un organismo que presupone pluralidad de actividades, no es otra cosa sino un homenaje a la sinceridad, de que todo legislador debe hacer gala cuando advierte un divorcio entre la realidad y el derecho legislado; y la realidad es que, aun en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano, que con harta facilidad puede eludirse mediante la interposición de verdaderos testaterros, *no debe producirse la inmediata disolución de la sociedad, por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca, restableciéndose la pluralidad de socios*».

Por tanto, el caso del socio único no es tampoco motivo de disolución en la nueva Ley de Sociedades Limitadas, como ya con anterioridad había que entender después de la trascendental resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de abril de 1945, cuya doctrina, si bien se refería al caso de una anónima unipersonal, podía estimarse también aplicable a la sociedad limitada (11).

He aquí la parte más sustanciosa de la referida resolución:

«Sin desconocer ni desestimar los inconvenientes y peligros que pueden derivarse de la coexistencia de los patrimonios individual y social—no superiores a los posibles peligros e inconvenientes en los casos de compañías anónimas en las cuales, real o simuladamente, hay dos o más accionistas, ... a pesar del actual silencio de nuestro ordenamiento legal, debe reputarse improcedente en materia que por su índole es de interpretación restrictiva, aumentar oficiosamente las mencionadas causas de disolución de las compañías, y declarar extinguida *ipso facto* la sociedad anónima «C. F. I.», dado los daños más o menos irreparables que pudiera ocasionar, los complejos y graves problemas que podrían surgir, la falta de gestión promovida por acreedores u otros interesados para oponerse a la subsistencia de la empresa, la confusión que se provocaría en las sociedades de tipo familiar, donde por sucesión *mortis causa* no es difícil la acumulación de acciones en una sola mano y la posibilidad de *restablecer el equilibrio social transitoria o excepcionalmente alterado en el caso de que parte de las acciones volviese a la circulación*, toda vez que el repetido Código (se refiere al de comercio) no señala plazo alguno para la adquisición de acciones por otra u otras personas ni prohíbe o condiciona su enajenación judicial o extrajudicial; sin perjuicio de que si el único titular, prevaletándose de la laguna legislativa, cometiera abusos de derecho, puedan en su día los Tribunales de justicia, a instancia de parte o de oficio, según los casos, dictar los acuerdos y hasta imponer las sanciones correspondientes.»

(11) En este sentido, vid. SOLÉ DE CASIZARES: *Tratado cit.*, págs. 56 y ss.

3. Entre los autores que se han ocupado del problema de la subsistencia de la sociedad limitada reducida a un solo socio, con posterioridad a la nueva ley, GONZÁLEZ ENRIQUEZ entiende que, si la concentración se produce por causas ajenas a la voluntad de quien resulta ser único socio (como lo sería mediante el ejercicio de derecho de separación del socio en una sociedad compuesta por dos socios), y dicho único socio decide en un término prudencial reconstruir la sociedad, no ha de realizar para ello un nuevo acto fundacional, siendo viable una continuidad entre la sociedad antigua y la reconstituida, pues la omisión legal debe ser considerada, a su juicio, como un permiso *ex lege* para esa reconstitución sin nueva fundación, aunque opina que el socio único habrá de responder ilimitadamente de las obligaciones sociales durante el tiempo que dure la concentración, al estar la vida social en suspenso (12).

Por su parte, GAY DE MONTELLÁ es de la opinión de que la personalidad jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada no puede extinguirse automáticamente por el simple hecho de que en un cierto momento hayan pasado las participaciones a las manos de un solo socio, si bien cree que éste asumirá una responsabilidad subsidiaria en forma ilimitada (13).

Y SOLÁ DE CAÑIZARES se pronuncia resueltamente en el sentido de que el caso del socio único no es motivo de disolución ni implica una responsabilidad personal e ilimitada para el mismo, por faltar en nuestro Derecho un precepto que la imponga expresamente con carácter general, como por el contrario ocurre en Italia (art. 2.497 del Código civil) y en Inglaterra (art. 31 de la *Companies Act* de 1948) (14).

A nuestro modo de ver, resulta perfectamente claro—de cara a la nueva ordenación legal—que la sociedad limitada reducida a un solo socio no se disuelve mientras que subsista la *spes refectionis* o esperanza de que se rehaga la sociedad, lo cual, no habiéndose en nuestro Derecho señalado plazo para esta reconstitución, equivale en el fondo a reconocer la admisibilidad de la sociedad unipersonal, sin más límites que los derivados de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho y del respeto al principio general de la buena fe. Es que el legislador, plegándose a realidades que no puede desconocer, ha optado por observar una actitud de *dissimulatio* y tolerancia ante el fenómeno de las sociedades anónimas o limitadas unipersonales, si no degenera—claro está—en los abusos a que alude la resolución de 11 de abril de 1945.

Por ello, entendemos que la cuestión de la responsabilidad del socio único se debe resolver aplicando el párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley de Sociedades Limitadas, siempre que dicho socio se mantenga en la línea de representación del interés corporativo y respete los principios de la vinculación del patrimonio social y de la intangibilidad del mismo.

4. Una cuestión incidental y en cierto modo ligada con la subsistencia de la sociedad de dos socios, pese a la separación o salida de uno de ellos, es la de determinar si el socio separado puede oponerse a la continuación de la so-

(12) GONZÁLEZ ENRIQUEZ: *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 665.

(13) GAY DE MONTELLÁ: *La sociedad de responsabilidad limitada en la Ley de 17 de julio de 1963*. Barcelona, 1964, págs. 235 y ss.

(14) SOLÁ DE CAÑIZARES: *Las Sociedades de responsabilidad limitada en el nuevo Derecho español*, cit., págs. 209 y ss.

ciudad por el hecho de figurar su nombre (o el de su causante *mortis causa*, como ocurre en nuestro caso) incluido en la razón social.

El problema, que tendría más interés tratándose de una sociedad colectiva o comanditaria, no ofrece complejidad alguna referido a una sociedad de responsabilidad limitada.

Pero, de todos modos, entendemos que en las primeras el socio separado tendría, a lo sumo, derecho a pedir la modificación de la razón social, con el fin de destruir la falsa apariencia de responsabilidad ilimitada creada frente a terceros, al subsistir la sociedad con la misma razón social.

Por el contrario, en las sociedades de responsabilidad limitada el hecho de seguir figurando el nombre del socio separado (o el de su causante *mortis causa*) en la razón social sería totalmente irrelevante. Añádase a esto que en nuestro caso, propiamente, no se trata de una razón social, sino de una *denominación social*, que es cosa bien distinta.

CONCLUSIONES

1.ª No puede promoverse la disolución de la sociedad con base en la cláusula VI de la escritura social, que tan sólo concede al socio el derecho a pedir la separación de la sociedad.

2.ª No se puede tampoco exigir la disolución de la sociedad al amparo de la ley, porque no cabe la denuncia legal del contrato en nuestro caso ni, en general, en la sociedad limitada por tiempo indefinido.

3.ª Es posible el ejercicio del derecho de separación en la sociedad limitada de dos socios, sin que el ejercicio del referido derecho acarree la disolución de la Sociedad ni el socio separado pueda oponerse a la continuación de la misma bajo la razón o denominación social anterior.

Tal es mi parecer, que con todo gusto someto a otro mejor fundado.

Santiago de Compostela, enero de 1955.

DR. JUAN B. JORDANO.

Encargado de cátedra de Derecho civil en la
Universidad de Santiago.

Abogado del Ilustre Colegio de La Coruña.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE M.^a AMUSATEGUI, RAFAEL IZQUIERDO Y JOSE LUIS LLORENTE.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LÍMITES DE LA EFICACIA DE LAS NORMAS: *Se interpreta una ley por decreto al que se da eficacia, «por su carácter aclaratorio», desde la fecha de los textos legales que interpreta (Decreto de 29 de abril de 1955; Boletín Oficial del 14 de mayo).*

Se refiere a la legislación sobre industrias declaradas de «interés nacional».

2. NACIONALIDAD: NORMAS COMPLEMENTARIAS. *Se dictan normas sobre tramitación de expedientes e inscripciones referentes a la nacionalidad.*

CONSERVACIÓN: *Se establece la necesidad de que la declaración de conservación a que hace referencia el artículo 26 del Código civil se haga dentro de un año, a contar desde la atribución de la nacionalidad extranjera o desde la mayor edad o emancipación (Decreto del 2 de abril de 1955; Boletín Oficial del 23 de mayo).*

A. EXPOSICIÓN: Modificado por Ley de 15 de julio de 1954 el título primero del libro primero del Código civil regulador de la nacionalidad era necesario dictar normas acerca de «la constancia registral de los actos por los que se adquiere, recupera, pierde o conserva la misma» y la tramitación de los expedientes a que da lugar cualquiera de estos actos. La regulación anterior de estas materias se contenía en los artículos 96 a 112 de la Ley del Registro Civil y en el Decreto de 29 de abril de 1931 y Orden de 9 de marzo de 1939. El preámbulo de la Ley de 1954 declaraba vigentes estas dos últimas disposiciones «en cuanto contienen normas procesales y administrativas» pero ahora, el artículo 20 del Decreto expresamente las deroga, así como cuantas disposiciones se opongan a lo en él establecido, a la vez que se faculta al Ministro de Justicia para dictar las complementarias precisas para su cumplimiento.

El contenido del Decreto es el siguiente:

I. NATURALIZACIÓN POR RESIDENCIA.

A) Requisitos previos:

a) Juzgado competente. El municipal o comarcal a que corresponda el domicilio del solicitante (art. 1.º).

b) Lugar de residencia a estos efectos. El artículo 5.º dispone: «La residencia en las posesiones españolas tendrá el mismo valor que la mantenida en territorio metropolitano, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación especial, e igualmente la que haya tenido lugar en formaciones militares o a bordo de buques de guerra dependientes del Estado español.»

B) *Tramitación del expediente*: Tendrá intervención el M. F. (art. 3.º, último párrafo).

a) Solicitud del interesado, acompañada de los documentos que el artículo 2.º enumera, debidamente legalizados y traducidos, en su caso. Los que no sea posible presentar se suplirán «por otra prueba documental o por la que se practique en el propio expediente, especialmente en los casos en que el solicitante sea apátrida o nacional de países sin relaciones diplomáticas en España». El último párrafo del artículo 2.º menciona como documentos de presentación facultativa los que acrediten «la adaptación a la cultura y estilo de vida española, tal como certificados de estudios o referentes a actividades sociales, benéficas o religiosas».

b) Ratificación e interrogatorio. El juez, recibida la solicitud, citará al interesado y, en su caso, a su mujer, y, previa ratificación de la solicitud, les oír sobre si se proponen residir permanentemente en España, medios de vida, conocimiento del castellano y cualquier otra circunstancia que estime conveniente para los fines de la instrucción (art. 3.º).

c) Información testifical. La que se reciba versará sobre tiempo y lugar de residencia en España y conducta del peticionario. Los testigos serán, al menos, en número de dos para cada lugar y tiempo de residencia, españoles y dignos de crédito (art. 4.º).

d) El expediente se eleva a la Dirección General de los Registros y del Notariado, con el informe del instructor acerca de «si se han cumplido los requisitos legales y si se estiman o no motivos de interés u orden público que pudieran aconsejar la denegación prevista en el apartado final del artículo 20 del Código». La Dirección General puede ampliar el expediente con los datos e informes que considere necesarios, y, con su propuesta, lo llevará al Ministerio de Justicia, el cual dictará la resolución que proceda, «sin que tenga que expresar los motivos de su denegación cuando éstos sean de orden público» (art. 6.º).

e) Devuelto el expediente al Juzgado con la Orden aprobatoria, el instructor dará traslado de la misma al encargado del Registro Civil a quien corresponda, y citará al interesado para que comparezca ante éste, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 19 del Código civil (renuncia a la nacionalidad anterior, juramento de fidelidad al Jefe del Estado y de obediencia a las leyes e inscripción como español en el Registro del Estado Civil). La Orden ministerial habrá de cumplimentarse en el plazo de seis meses, pasado el cual se entenderá caducada (artículo 7.º).

II. INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO CIVIL.

A) «De todas las inscripciones sobre nacionalidad que se efectúen en los Registros civiles se enviará copia literal a la Dirección General, que las

Incorporará a los Registros a su cargo y podrá expedir de las mismas certificaciones literales y en extracto (art. 18).

B) Circunstancias de todas las inscripciones de nacionalidad. Aparte de las generales, «si fuere posible», las que establece el artículo 10 referentes a la nacionalidad y domicilio anteriores y datos relativos a la esposa, los padres de ambos y los hijos no emancipados.

C) Requisitos comunes a las inscripciones de adquisición, recuperación y pérdida de la nacionalidad:

a) Siempre que se promueva una inscripción de éstas, el interesado presentará la certificación de su nacimiento y, en su caso, la de su matrimonio y la de nacimiento de su mujer e hijos (art. 16).

b) Anotación al margen de las actas de nacimiento de los interesados, remitiéndose, al efecto, copias certificadas de la inscripción a los encargados de los Registros respectivos, quienes acusarán inmediatamente recibo (art. 17).

D) Inscripción de nacionalidad adquirida por carta de naturaleza. Se hará en el Registro Civil correspondiente al domicilio en España del interesado o en el de la Dirección General, caso de inexistencia de tal domicilio. Por excepción, cuando el interesado no tenga domicilio en España y concurran extraordinarios motivos de justificación, podrá el Ministerio de Justicia autorizar que la inscripción se efectúe ante el agente consular o diplomático de España que solicite el interesado (art. 8.º).

E) Inscripción de opción de nacionalidad. A la solicitud se acompañarán los documentos justificativos del derecho a la misma, definidos en los apartados 1.º y 2.º del artículo 18 del Código civil, además de cumplirse por los interesados los otros requisitos del último párrafo del artículo 19 del Código civil (Art. 3.º).

F) Inscripción de pérdida de la nacionalidad:

a) «La pérdida de la nacionalidad se producirá de pleno derecho, pero deberá ser objeto de inscripción en los libros de la sección cuarta del Registro Civil» (art. 11).

b) Registro competente. El del agente diplomático o consular correspondiente al domicilio del interesado o, en su defecto, el de la Dirección General. También podrá efectuarse la inscripción en este Registro si el interesado se encuentra en España accidentalmente (art. 12).

c) «Quien pierda la nacionalidad española está obligado a promover, seguidamente, la inscripción. Caso de no promoverla el propio interesado, será citado éste previamente. El encargado del Registro podrá exigir las justificaciones que estime necesarias» (art. 13).

d) La previa justificación referente al servicio militar que exige el artículo 22 del Código civil se hará constar por certificación del Ministerio del Ejército, Marina o Aire (Art. 14, párrafo primero).

e) Las inscripciones de pérdida serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores (art. 14, párrafo segundo).

III. CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.

Confirme al artículo 15, «la declaración de querer conservar la nacionalidad española, a que se refiere el artículo 26 del Código civil, sólo podrá hacerse dentro de un año, a contar desde que la ley del país de residencia atribuya la nacionalidad extranjera o desde la mayor edad o emancipación si la ley extranjera la hubiera atribuido antes. Una vez prestada tal declaración, no será necesario reiterarla, cualesquiera que sean el tiempo transcurrido y los cambios de residencia.»

IV. DERECHO TRANSITORIO.

Lo dispuesto en el número 3.º del artículo 17 del Código civil se entenderá aplicable sólo a los nacidos a partir de la vigencia de la Ley de 15 de julio de 1954: pero se presumirán españoles, salvo pruebas en contrario, los nacidos en España, si también sus padres hubieren nacido ya en ella (art. 19).

B. OBSERVACIONES: 1. Careciendo la Ley de 15 de julio de 1954 de cláusula que autorizase al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias en su ejecución, ofrece algún reparo el artículo 20 del Decreto que se anota, en cuanto deroga el de 29 de abril de 1931, ya que por la Ley de 30 de diciembre de 1931 se aprobó y ratificó con fuerza de ley desde el momento de su publicación. No obstante, al tomar la Ley de 1954 muchos de sus preceptos, dejándolo reducido a lo procesal y administrativo, puede pensarse que es suficiente para derogarlo la general potestad reglamentaria.

2. Algunos de los supuestos de la nueva regulación tienen su antecedente en los artículos 96 a 112 de la Ley del Registro Civil, así los artículos 8.º, 10, 16 y 17 que son con distintas modificaciones los 101, 100, 97 y 99 de dicha Ley. En relación con el 101 de la Ley y 8.º del Decreto hay que señalar una trascendental novedad: la posibilidad que en el segundo se concede por excepción, cuando el interesado no tenga domicilio en España y concurren extraordinarios motivos de justificación de que la inscripción de la adquisición por carta de naturaleza se haga ante el Agente diplomático o consular de España que solicite el interesado.

En la regulación anterior, el artículo 25 C. c. se entendió conforme al artículo 101 L. R. c., o sea inscripción en el Registro civil del domicilio o de la D. G., sin mencionar los Registros de los Agentes diplomáticos o consulares (1).

3. La regulación actual de la naturalización por residencia es más detallada que la contenida en los artículos 102 de la L. R. c. y 6.º a 9.º del Decreto de 1931, planteando algunos problemas. ¿Son aplicables a los testigos del artículo 4.º los preceptos generales que sobre la prueba testifical contienen el C. c. y la L. E. C. como por ejemplo en materia de inhabilidad y tachas?, parece desde luego que sí. Siendo el orden público la única causa que imposibilita la adquisición de nacionalidad por este medio es un tanto con-

(1) En este sentido, el Profesor DE CASTRO: *Derecho civil de España*, tomo 1, pág. 415, nota 2.ª, cita las Resoluciones de 4 de diciembre de 1914 y 13 de enero de 1931, así como el Decreto de 29 de abril de 1949. (En el mismo sentido de excepción que éste último pueden citarse el Real decreto-ley de 20 de diciembre de 1924, art. 1.º, párr. 2.º, y 2.º, párr. 1.º, y el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1948, art. 3.º, ambos sobre individuos de origen español protegidos por los agentes de España en el extranjero.)

tradictoria la presentación facultativa de documentos del último párrafo del artículo 2.º y la generalidad del artículo 3.º al hablar de «cualquier otra circunstancia que estime conveniente para los fines de la instrucción».

Es de notar que mientras el C. c. (art. 20) y el mismo Decreto (art. 6.º, número 2.º) hablan sólo de orden público, el mismo artículo 6.º en el párrafo 1.º se refiere a «interés u orden público».

4. El artículo 18 pretende crear en la Dirección General de los Registros y del Notariado un Registro central de nacionalidad. Sin remontarnos más lejos se puede, relativamente, señalar en el mismo intento la orden de 15 de diciembre de 1943, pero como dice De Castro (2) «los diversos intentos de organizar Registros de la nacionalidad han fracasado siempre». Como causas de ello se pueden fundamentalmente señalar la dificultad de la unificación de datos y la naturaleza de gran número de los supuestos por los que se adquiere, recupera o pierde la nacionalidad (filiación, matrimonio, patria potestad, nacimiento en el territorio, etc.) que escapan a la constancia registral. Por otra parte y con referencia al artículo 18 del Decreto hay que destacar el escaso valor que se podrá atribuir a los certificados que con arreglo al mismo se expidan, que no será el que señala el artículo 327 C. c., sino el del artículo 1.221, último párrafo (copias de copia).

La anotación al margen del acta de nacimiento que ordena el artículo 17 ya estaba también ordenada en el artículo 93 L. R. c. que como el artículo 60 no se ejecutaron nunca debidamente pese a las sanciones que se imponían por su incumplimiento y las disposiciones posteriores recordando su observancia.

5. El artículo 5.º del Decreto viene a resolver un problema que ya se apuntaba en la reseña de la Ley de 1954 que se hizo en este Anuario (3), dando una norma de interpretación que por su rango acaso hubiese sido mejor que estuviere contenida en ella misma. El artículo 17 número 4.º del C. c. antes de la reforma hablaba de ganar vecindad «en cualquier pueblo de la Monarquía», que el 1.º del Decreto de 1931 sustituyó por «España», como también el artículo 20 de la nueva redacción aunque en el 19 se hable de «territorio español». Es de señalar la amplitud de la nueva interpretación que sobrepasa la que a base del artículo 1.º C. c. se daba conforme al régimen anterior. No se citan en el artículo 5.º los buques mercantes ni las aeronaves.

6. El artículo 12 elimina de la competencia para las inscripciones de pérdida de la nacionalidad los Registros de los Juzgados Municipales en forma un tanto inexplicable si se atiende a los artículos 2.º y 3.º L. R. c.

En cuanto al incumplimiento de la obligación que impone el artículo 13 es evidente que para tener dicho precepto un sentido completo hay que conectarlo con las sanciones del C. c. (art. 331) y L. R. c. (Se trata de una omisión que puede producir perjuicios.)

7. El artículo 15 del Decreto limita en gran medida la posibilidad de conservación de la nacionalidad española que el artículo 26 C. c. establece, al exigir que se haga la declaración en el plazo de un año a contar desde que la ley del país de residencia atribuya la nacionalidad extranjera o desde la mayor edad o emancipación si la Ley extranjera la hubiere atribuido antes. Aunque la limitación pueda ser loable para evitar la duración indefinida de una situación de suyo ambigua e interina acaso se excede en cuanto a lo contenido en el C. c. y se refuerza este criterio al ver como es éste en su artículo 18 el que respecto a la opción establece una limitación semejante.

8. El artículo 19 introduce, aunque con carácter transitorio, una importante norma en materia de prueba de la nacionalidad.

9. Es de notar que no se regula en el Decreto el procedimiento para la obtención de la nacionalidad por carta de naturaleza, con lo cual subsiste el abandono anterior y el seguir confiado al arbitrio de la Administración

(2) Obra citada, pág. 442.

(3) A. D. C., tomo VII, fascículo 1.º, pág. 183.

«sin más guía que sus propios actos precedentes» y «sin más límites legales que el respeto debido a las disposiciones generales sobre nacionalidad» (4). Lo mismo hay que decir respecto a la concesión graciosa del Jefe del Estado para la recuperación del artículo 25, párrafo 3.º del C. c., respecto de la cual tampoco se establece el procedimiento para su obtención, por lo que hay que estimar vigente la R. O. de 17 de enero de 1887 reguladora de la Real Habilitación (R. I.)

II. Derechos Reales.

1. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD RÚSTICA: *Se dictan normas complementarias del Decreto de 25 de marzo de 1955 sobre ocupación permanente de trabajadores en fincas rústicas* (1) (Ordenes de Agricultura de 30 de abril y 1 de junio de 1955; BB. OO. de 10 de mayo y 12 de junio).

2. LIMITACIONES DEL DOMINIO Y DEL DERECHO DE GOCE Y DISFRUTE DE LAS FINCAS RÚSTICAS EN INTERÉS DE LA AGRICULTURA: *Con el objeto de conservar y mejorar el suelo agrícola, se establece la sujeción en el cultivo a ciertas normas técnicas dictadas por el Ministerio de Agricultura, así como la obligación, por parte de los propietarios, de realizar, en determinados casos, obras y trabajos que se consideran de utilidad pública e interés nacional, sancionándose el incumplimiento de estas obligaciones con medidas que pueden llegar a la desposesión definitiva del disfrute de las tierras* (Ley de 20 de julio de 1955; B. O. del 21).

A. EXPOSICIÓN: El artículo 1.º declara «de utilidad pública e interés nacional la realización de las obras, plantaciones, trabajos y labores que en las fincas rústicas dedicadas a cultivo agrícola resulten necesarios para la debida conservación del suelo», así como la sujeción en la explotación agrícola de aquéllas por parte de los cultivadores directos a cuantas normas técnicas señale al efecto el Ministerio de Agricultura.

La imposición de estas obligaciones exigirá la previa aprobación de un «Plan de Conservación del Suelo Agrícola», que corresponderá al Ministerio de Agricultura o al Consejo de Ministros, según la importancia de las medidas impuestas. Contra el acuerdo aprobatorio del plan no se dará recurso alguno, incluido el contencioso-administrativo. Sólo contra aquellas medidas que específicamente afecten a fincas determinadas (no contra las que el plan imponga con carácter general) podrá el propietario o empresario interponer recurso de reposición ante el Ministro o de súplica ante el Consejo de Ministros, según que la aprobación hubiese correspondido a uno u otro (arts. 3.º y 4.º).

El artículo 5.º extiende a quienes realizan los trabajos y mejoras prescritos por esta Ley los auxilios establecidos por las Leyes de 27 de abril de 1946, 30 de marzo de 1954 y 7 de abril de 1952, e incluye la posibilidad de realizarse las obras directamente por la Administración, en ciertos casos.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas con

(4) DE CASTRO: Ob. y tomo citados, pág. 414.

(1) Véase A. D. C., tomo VIII, fascículo 2.º, págs. 550 y 551.

arreglo a la presente Ley será sancionado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940 (art. 6.º). Las sanciones previstas por esta última son multas cuya cuantía no podrá exceder, en ningún caso, del duplo del importe de las obras y trabajos que el sancionado hubiese dejado de realizar. Pero, además, en el caso extremo de que el propietario se negase a cumplir sus obligaciones, rechazando medios y colaboración que se le ofrezcan para ello, será desposeído del disfrute de esas tierras durante dos años como mínimo, sin que ello le exima del pago de las cargas fiscales, pudiendo llegar a ser definitiva esa desposesión, si el infractor no justificase perfectamente el incumplimiento de la obligación que se le impuso.

«Las obras o labores permanentes que, en cumplimiento de lo ordenado en la presente Ley, realice el propietario a su costa para evitar la pérdida del suelo agrícola, tendrán la consideración de mejoras obligatorias a los efectos y fines de la Ley de 15 de marzo de 1935 sobre arrendamientos rústicos» (art. 8.º).

Finalmente, el artículo 9.º faculta al Ministerio de Agricultura para adoptar las disposiciones necesarias a fin de desarrollar y coordinar los preceptos de la presente Ley con los establecidos por otras disposiciones importantes en materia agraria (Ley sobre laboreo forzoso de 5 de noviembre de 1940, labor de concentración parcelaria, Ley de 31 de diciembre de 1953 sobre fincas manifiestamente mejorables, etc.).

B. OBSERVACIONES: 1. Hay un precedente de esta Ley en la Orden de 5 de julio de 1949, que ya se ocupaba de la conservación del suelo nacional. Pero tal disposición tenía un interés secundario en cuanto que se limitaba a establecer las actividades a realizar por los diversos organismos administrativos en cumplimiento de este fin. Mucho más interés ofrece la actual disposición que presenta el rango de Ley y afecta al dominio y en especial al derecho de goce y disfrute de las fincas rústicas.

2. Es de notar cómo en esta Ley falta toda fiscalización jurisdiccional de la actividad administrativa que regula, no admitiendo más que en casos especiales la interposición de los recursos de reposición o súplica contra los recursos aprobatorios de los respectivos «planes de conservación del suelo». Con ello se sigue una tendencia frecuente en materia de legislación agraria (1).

3. Conviene resaltar la gravedad de las sanciones que esta Ley impone a quienes infrinjan sus disposiciones. Se remite en este punto, como queda expuesto, a la Ley de 5 de noviembre de 1940. Pero mientras en ésta se ponía un tope máximo en la imposición de multas (100.000 pesetas), aquí suprime, estableciendo sólo para atemperar su cuantía el límite del duplo de las obras no realizadas (2).

4. Pero más grave aún es la sanción extrema de «desposesión—temporal o definitiva—del disfrute de las tierras». Sin olvidar que tal sanción se estableció ya en la Ley sobre laboreo forzoso de 1940, a la que la actual se remite, parece oportuno advertir que puede en algún caso equivaler virtualmente a una confiscación (3) o, al menos, a una expropiación—si-

(1) V. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *La declaración de fincas mejorables*, en «Rev. de Admón. Pública», núm. 13, pág. 227.

(2) La imposición de las multas superiores a 100.000 pesetas corresponde al Consejo de Ministros. Contra las impuestas por las demás autoridades cabe recurso de alzada (art. 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940).

(3) Proscrita por el artículo 32, I, del Fuero de los Españoles.

quiera sea de uso o disfrute—sin indemnización (4), y todo ello por vía de la pura corrección administrativa, sin las garantías usuales de los procedimientos expropiatorios. (J. L. LL.)

3. PROPIEDAD DE AGUAS; AGUAS PÚBLICAS. *Se dictan normas en relación con la caducidad de las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas (Orden de Obras Públicas de 3 de diciembre de 1954; B. O. del 4 de marzo de 1955).*

Por la orden citada se complementan las disposiciones vigentes (R. D. de 7 de enero de 1927 y Orden de 26 de abril de 1952) en cuanto a la necesidad de observar los plazos señalados en las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas en la caducidad en caso de incumplimiento y con la salvedad de aquellos casos en que dicho incumplimiento sea debido a «causas independientes de la voluntad del concesionario, debidas a sucesos imprevisibles o inevitables.» (R. I.)

4. PROPIEDAD DE AGUAS. LIMITACIONES: *Se dictan normas sobre utilización de aguas alumbradas con destino a riego en las Islas Canarias (Decreto de 1 de julio de 1955; B. O. del 12).*

El Decreto de 12 de noviembre de 1954 (1) obligó a los propietarios de aguas artesianas alumbradas con destino a riego a instalar el adecuado mecanismo para interrumpir la salida del agua durante el tiempo que ésta no se utilice, ahora se extiende dicha obligación con su secuela de sanciones en caso de no instalación o no uso de los mecanismos, a «los propietarios de galerías practicadas en terrenos de propiedad privada de las Islas Canarias para alumbramiento de aguas con destino al riego». (Art. 1.º). (R. I.)

5. PROPIEDAD INTELECTUAL: *Convenio Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952 sobre el derecho de autor (Instrumentos de ratificación de 22 de abril de 1954; B. O. del 25 de agosto de 1955).*

A. EXPOSICIÓN:

I. RÉGIMEN JURÍDICO Y ÁMBITO.

1. Suscriben este Convenio treinta y seis países, de los cuales diecinueve eran miembros de la Convención de Berna, que fué objeto de su última revisión en Bruselas el 26 de junio de 1948.

2. Los Estados contratantes se comprometen a «tomar todas las disposiciones necesarias, a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores o de cualesquiera otros titulares de estos

(4) Sobre posibilidad de expropiación sin indemnización por incumplimiento del fin social de la propiedad, véase J. GONZÁLEZ PÉREZ: *La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación forzosa*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», mayo-junio 1955, pág. 283.

(1) Véase A. D. C., tomo VIII, fascículo 2.º, pág. 539.

derechos sobre las obras literarias, científicas y artísticas, tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura» (art. 1.º).

3. La presente Convención no afectará en nada a las disposiciones de la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, ni al hecho de pertenecer a la Unión citada por esta Convención (artículo 17, 1).

4. Tampoco deroga los acuerdos multilaterales o bilaterales sobre derecho de autor vigentes entre dos o más Estados contratantes, si bien, en caso de divergencia entre las disposiciones de aquellos acuerdos y las del Convenio Universal, prevalecerá este último (art. 19).

5. Entrará en vigor para cada Estado tres meses después del depósito de su respectivo instrumento de ratificación (2), de aceptación o de adhesión (art. 9.º, 2).

6. No se aplicará el Convenio a aquellas obras o a los derechos sobre las mismas que en la fecha de su entrada en vigor en el Estado contratante donde se reclama la protección hayan perdido dicha protección (artículo 7.º).

II. PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR.

1. *Asimilación de nacionales y extranjeros.*—Las obras publicadas de los nacionales o en el territorio de cada Estado contratante gozarán en los demás Estados de la protección que cada uno de éstos conceda a las obras de sus nacionales publicadas por primera vez en su propio territorio. De la misma igualdad de trato respecto a nacionales y extranjeros gozarán las obras no publicadas (art. 2.º).

2. *Formalidades.*—Cada Estado podrá exigir las que quiera para asegurar el goce y ejercicio del derecho de autor a las obras publicadas por primera vez en su territorio o a las obras de sus nacionales donde quiera que sean publicadas (art. 3.º, 2). Pero aquellos Estados que exijan tales formalidades para la protección del derecho de autor (v. g.: inscripción en el Registro, depósito, pago de tasas, etc. protegerán, sin necesidad de llenar esas formalidades, las obras publicadas por vez primera fuera de su territorio y por autor de distinta nacionalidad, siempre que tales obras lleven el símbolo (c) (3) acompañado de los demás requisitos que se expresan en el artículo 3.º, párrafo primero.

3. *Duración de la protección.*—Se regirá por la ley del Estado contratante donde se reclame, no pudiendo ser el plazo para las obras protegidas por esta Convención inferior a la vida del autor y veinticinco años después de su muerte. Sin embargo, aquellos Estados que señalen un período de protección calculado a partir de la primera publicación de la

(2) España depositó sus instrumentos de ratificación en París el 27 de octubre de 1954.

(3) La letra «C» dentro de cada círculo, símbolo de la expresión inglesa «copyright».

obra, podrán mantener tal sistema siempre que el citado periodo no sea inferior a veinticinco años desde la primera publicación (art. 4.º, 1 y 2).

Respecto a las obras fotográficas y de artes aplicadas, la duración de la protección no podrá ser inferior a diez años (art. 4.º, 3).

4. *Derecho de traducción.*—Conforme al artículo 5.º, el derecho de autor comprende el «derecho exclusivo de hacer, de publicar y de autorizar que se haga y se publique la traducción de las obras protegidas por la presente Convención». Pero tal exclusividad está limitada a siete años desde la primera publicación, si durante ese periodo no ha sido publicada ninguna traducción. En efecto, todo nacional del Estado donde haya transcurrido el citado periodo sin publicarse ni autorizarse traducción alguna por el titular del derecho de traducción, podrá obtener una licencia no exclusiva para traducir y publicar, siempre que demuestre haber realizado infructuosamente la serie de gestiones que determina el Convenio para obtener la autorización del titular del derecho de traducción. Este será protegido, asegurándosele, por la legislación del Estado en que se traduzca la obra, una remuneración equitativa y de acuerdo con los usos internacionales y garantizándosele una correcta traducción de la obra.

5. *Concepto de «publicación».*—Se entiende como tal, en los términos del presente Convenio, «la reproducción de la obra en forma tangible, a la vez que el poner a la disposición del público ejemplares de la obra que permitan leerla o conocerla visualmente» (art. 6.º).

B. OBSERVACIONES: 1. Como característica general de este Convenio hay que señalar su diferencia con las anteriores Convenciones sobre el derecho de autor (Berna, 1886; Berlín, 1908; Roma, 1928 y Bruselas, 1948). Mientras con estas últimas se quiso hallar una regulación uniforme en materia de propiedad intelectual, ahora sólo se ha pretendido conseguir una conciliación entre criterios contrapuestos, un mínimo común que fuera aceptado por el mayor número de países. De ahí lo escaso de su regulación sustantiva y de que preferentemente recoja reglas de Derecho internacional privado para resolver los posibles conflictos de sistemas jurídicos en esta materia.

2. En todo caso es de resaltar que rebaja notablemente el plazo mínimo de protección del derecho de autor, reduciéndolo a la vida de éste y veinticinco años más (mientras que la Convención de Berna propuso el de la vida y cincuenta años más y nuestra Ley de 1879, ochenta años); asimismo se limita la exclusividad del derecho de traducción a siete años desde la primera publicación en los casos expuestos. Ambas medidas se inclinan, pues, a favorecer el interés común por la cultura, en detrimento del carácter absoluto del derecho del autor, que se propugna por las tesis individualistas.

3. No se enuncia en parte alguna cuál sea el contenido del derecho de autor; ello quedará reservado a las legislaciones internas y los tratados bilaterales o plurilaterales más concretos. Tampoco hay referencia expresa al llamado «derecho moral del autor», si bien está implícita en la declaración del artículo 1.º y también en el artículo 5.º (al garantizar al autor, junto a la remuneración por la traducción de su obra—aspecto patrimonial—la corrección de dicha traducción).

4. Muy amplio es el concepto que de «publicación» ofrece el artículo 6.º: ateniéndose a él pueden considerarse como tales «publicaciones» las representaciones cinematográficas y dramáticas, las exposiciones de artes plásticas, etc., que permitan conocer la obra «visualmente». Se aparta este

criterio de la Convención de Berna que excluía tales obras del ámbito de la «publicación» (art. 4.º V, en el texto revisado de 1948).

5. Finalmente, es de elogiar el sistema elástico de simplificación de formalidades con que el artículo 3.º resuelve las eventuales colisiones entre sistemas formalistas y no formalistas. (J. L. LL.)

6. PROPIEDAD INTELECTUAL. *Se modifica la legislación sobre inscripción de obras en el Registro General de la Propiedad Intelectual (Orden de Educación Nacional de 28 de febrero de 1955; B. O. del 27 de abril).*

Tiende la presente disposición a que la inscripción de obras en el Registro General de la Propiedad Intelectual se tramite con la mayor rapidez posible para que «la protección jurídica que nace de dicha inscripción produzca la debida eficacia sin demoras ni dilaciones». Para ello se acortan los plazos (art. 1.º), se establece un certificado provisional (art. 2.º), se simplifica grandemente la calificación creando para ella un departamento especial en el Registro General (arts. 3.º a 7.º) y finalmente se modifica ampliamente la última fase de la inscripción, o sea, la expedición del certificado o Título de inscripción definitiva. También se crea una sección de «Expedición y Publicación de Títulos». (arts. 8.º a 9.º) (R. I.)

III. Obligaciones y contratos.

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DECLARACIÓN DE RENTAS: *Se establece un plazo hasta 1.º de abril de 1955 para declarar los propietarios de fincas arrendadas las rentas que efectivamente perciban (Decreto-Ley de 23 de diciembre de 1954; B. O. del 2 de enero de 1955).*

A. EXPOSICIÓN: El artículo 1.º del Decreto establece: «Los propietarios de fincas urbanas arrendadas que perciban rentas superiores a las que vengán figurando como base de la contribución territorial que grava a esta riqueza, deberán declarar a la Hacienda, antes del 1.º de abril de 1955, las rentas efectivas que perciban, en cuyo caso quedarán exentos de multa y recargos y del aumento de cuota que correspondiese a época anterior a 1.º de enero del expresado año. Las declaraciones que se presenten al amparo de lo dispuesto en el párrafo anterior o que se hubiesen presentado antes de la publicación de este Decreto-Ley, aunque lo hubiesen sido fuera del plazo señalado en el Decreto de 21 de mayo de 1943, surtirán plenos efectos siempre que el inquilino o arrendatario no hubiese iniciado el ejercicio de la facultad de novar la renta con anterioridad a la formulación de la respectiva declaración».

B. OBSERVACIONES: 1. Se dicta esta disposición según indica el preámbulo, para la flexibilidad temporal y adecuada eficacia del artículo 12 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 y su trasunto el 133 L. A. U. aliviando así la situación del contribuyente de buena fe al permitirle durante un plazo prudencial normalizar su situación tributa-

ria «con la limitación inexcusable de que las nuevas normas carecerán de aplicabilidad a las situaciones creadas por resoluciones firmes o por la iniciación del ejercicio de la facultad que aquellos preceptos complementarios entrañaban» (1). (R. I.)

2. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RENTA: *Se fija el precio de tasa del trigo a efectos del pago de la renta (Agricultura. Decreto de 3 de junio de 1955; B. O. del 23).*

Para la campaña comprendida desde 1.º de julio de 1955 hasta 31 de mayo de 1956, «el precio de tasa del trigo, al sólo efecto del pago de la renta de los arrendamientos rústicos será el de 205 pesetas por quintal métrico» (artículo 9.º).

A partir de la Ley de 23 de julio de 1942, cuyo artículo 3.º establecía la conocida «cláusula trigo», los precios de tasa de este cereal han sido los siguientes:

Desde 1.º de julio de 1942 a 31 de mayo de 1948, 84 pesetas.

Desde 1.º de junio de 1948 a 31 de mayo de 1951, 117 pesetas.

Desde 1.º de junio de 1951 a 31 de mayo de 1952, 140 pesetas.

Desde 1.º de junio de 1952 a 31 de mayo de 1953, 190 pesetas.

Desde 1.º de junio de 1953 a 31 de mayo de 1954, 200 pesetas.

Para los arrendamientos existentes con anterioridad a la ley de 1942 debe tenerse en cuenta el párrafo 2.º del propio artículo 3.º, que para obtener la renta expresada en quintales métricos de trigo establecía las siguientes divisiones:

Contratos anteriores a 1.º de julio de 1939	50
Entre 1.º de julio de 1939 y 1.º de julio de 1940	67
Posterior a 1.º de julio de 1940	84

3. CONTRATO DE TRABAJO: PRESTACIONES DE LA EMPRESA: *Se impone a las Empresas industriales que se propongan implantar o ampliar sus instalaciones la obligación de construir viviendas para el personal que vayan a emplear, si en las localidades respectivas no existen alojamientos adecuados (Decreto de 27 de mayo de 1955; B. O. del 19 de junio).*

OBSERVACIONES: La obligación de las Empresas de facilitar vivienda a sus trabajadores suele considerarse como contraprestación con carácter de salario en especie (1). Están en la misma línea de este Decreto la Ley de 17 de julio de 1946, la de 30 de diciembre de 1943, que imponía a algunas Empresas el destinar parte de sus beneficios extraordinarios a construir viviendas protegidas, y el reciente Decreto de 29 de abril de 1955, que permite autorizar a aquellas Empresas a invertir la reserva especial establecida por la mencionada Ley en anticipos o préstamos a su personal para la adquisición de viviendas. (J. Ll.)

4. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN DE PELÍCULAS: LIMITACIONES DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN INTERÉS DE LA INDUSTRIA NACIONAL: *Se obliga a las empresas distribuidoras de películas a incluir en sus planes comerciales, por*

(1) Sobre esta disposición, véase en A. D. C., VIII, II, págs. 497 a 513 un trabajo de GABRIEL GARCÍA CANTERO.

(2) V. PÉREZ BOTTJA: *Curso de Derecho del Trabajo*, 3.ª ed., págs. 206 y 207

cada cuatro películas extranjeras dobladas al castellano, una película de producción española de análogo metraje que aquéllas (Orden de Información y Turismo de 14 de julio de 1955; B. O. del 8 de agosto).

Esta Orden complementa en parte a la de 11 de agosto de 1953 sobre exhibición obligatoria de películas nacionales (v. ADC, VII, I, págs. 229-230).

IV. Derecho de familia.

MATRIMONIO DE DIPLOMÁTICOS: PROHIBICIÓN. *Se regula la prohibición de contraer matrimonio con mujeres de nacionalidad que no sea las expresamente exceptuadas (Decreto de 15 de julio de 1955; B. O. del 24).*

A. EXPOSICIÓN: El artículo 70 del Reglamento Orgánico de la Cámara Diplomática, aprobado por Decreto de 15 de julio de 1955, recoge en cuanto al matrimonio de diplomáticos los preceptos de la Ley de 23 de diciembre de 1940 y Decreto-ley de 3 de enero de 1951, al establecer que «el diplomático que contrajere matrimonio con mujer que no tenga la nacionalidad española será dado de baja automáticamente en su escalafón», pero exceptuando de esta manera general «el matrimonio con mujer de nacionalidad hispanoamericana, filipina, portuguesa o brasileña, siempre que la nacionalidad exceptuada se posea de origen y no haya sido interrumpida por la adquisición de ninguna otra de las no exceptuadas, desde el nacimiento de la interesada hasta su matrimonio con el diplomático español de que se trate». Finalmente se establece la competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores en la apreciación de estos casos y la no invocabilidad de «criterios de reciprocidad, como tampoco normas, ni precedentes de derecho o de prácticas extranjeros».

Por el artículo 81 son aplicables los anteriores preceptos a los alumnos de la Escuela Diplomática y aspirantes a ingreso en la misma.

B. OBSERVACIONES: 1. La Ley de 23 de noviembre de 1940 únicamente exceptuó de la prohibición en ella contenida los matrimonios con hispanoamericanas y filipinas, excepción que por el Decreto ley de 3 de enero de 1951 se amplió a portuguesas y brasileñas. Ahora el Reglamento, a la vez que recoge la prohibición y las excepciones regula la materia con mayor precisión, de la que es nota importante la exigencia de que la nacionalidad exceptuada se posea de origen.

2. Interesa apuntar dos cuestiones en torno a la disposición que se anota: 1.ª Naturaleza de la prohibición. Ya en otra ocasión (1) nos planteamos el problema a propósito del matrimonio de militares, concretamente cabos especialistas. No es el mismo caso el del servicio militar que el de los militares profesionales o los diplomáticos. En el primer caso al ser dicho servicio obligatorio en la mayor parte de los países, se establece por el Estado un auténtico impedimento (limitado temporalmente a la duración de dicho servicio), mientras que en el caso de los diplomáticos (al igual que en el de los militares profesionales y otros) está más justificada la prohibición y no alcanza por la naturaleza de la sanción caso de inobservancia, tanta gravedad. 2.ª Significado de la excepción. Son ya características

(1) A. D. C., tomo VII, fasc. 3.º, págs. 886-887.

dentro de nuestro ordenamiento las disposiciones que establecen a favor de los iberoamericanos y filipinos un trato más favorable que hacia los demás extranjeros (2). Sin llegar a constituir un estado civil se crea una situación intermedia entre la de extranjero y español con importantes efectos jurídicos (3). (R. I.)

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDADES ANÓNIMAS: LIQUIDACIÓN: *Se autorizan devoluciones parciales en los depósitos constituidos en la Caja General de Depósitos por el contravalor de las acciones al portador, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas (Decreto de Hacienda de 3 de junio de 1955; B. O. del 19 de junio).*

OBSERVACIONES: El artículo 167 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 estableció la obligación de consignar en depósito en el Banco de España o la Caja General de Depósitos el importe de las cuotas no reclamadas del haber social repartido, que así quedaban a disposición de sus legítimos dueños.

Tratándose de acciones nominativas no existía dificultad alguna a efectos de la devolución, puesto que se constituirían tantos depósitos cuantos fueran los propietarios legales de aquéllas.

Pero en cuanto a las acciones al portador, ya que se ignora quiénes son sus legítimos propietarios y las partes que tienen en la totalidad de las cuotas depositadas, hay que constituir un depósito único por dicha totalidad a disposición del Delegado de Hacienda, para su devolución parcial a medida que se formulen peticiones por los acreedores que justifiquen su condición. Ahora bien; tal solución era antes incompatible con lo prevenido en el artículo 30 del Reglamento de la Caja General de Depósitos de 19 de noviembre de 1929, que establecía el carácter indivisible de los depósitos necesarios en metálico en ella constituidos. El artículo 2.º del presente Decreto viene a obviar tal dificultad, estableciendo la correspondiente excepción al precepto del Reglamento citado, al disponer que «en los depósitos constituidos por el contravalor de las acciones al portador podrán efectuarse devoluciones parciales, previa petición de los tenedores legítimos de las acciones, quedando automáticamente reducido el importe del depósito en la misma cantidad que se devuelva».

Estos depósitos tendrán la condición de necesarios (cf. art. 1.781. 1.º Código civil) sin interés y estarán exentos del impuesto de derechos reales (artículo 1.º in fine).

El artículo 3.º constituye una excepción a lo que se dispuso en el artículo 41 del Reglamento de 1929, sobre el trámite de renovación de los resguardos por efecto de las notas consignadas en los mismos (J. Ll.)

DERECHO PROCESAL

ORGANIZACIÓN DE TRIBUNALES: *Se amplía el número de magistrados de las Salas 1.ª, 3.ª y 4.ª del Tribunal Supremo y se regula su funcionamiento (Decreto-Ley de 22 de abril de 1955; B. O. del 22 de mayo).*

(2) Ver en DE CASTRO: *La doble nacionalidad*, «Rev. Española de Derecho Internacional», VI, 1, 1948, págs. 77 a 108.

(3) Ver A. D. C., tomo VII, fasc. 1.º, págs. 183 y 186.

A. EXPOSICIÓN.

a) Composición:

1) Magistrados.—Se aumentan con cuatro más en la Sala 1.^a y tres más en cada una de las Salas 3.^a y 4.^a del T. S. (1). De los diez que integran cada una de las dos últimas Salas, seis serán de procedencia judicial y cuatro administrativa (art. 1.^o).

2) Fiscales.—Se crean dos plazas más de Fiscales de término adscritos a las Salas 3.^a y 4.^a, uno procedente de la carrera Fiscal y otro del Cuerpo de Abogados del Estado (art. 2.^o) (2).

b) Funcionamiento.

1) Sala 1.^a.—Se constituirá en Secciones de las que dos por lo menos actuarán simultáneamente (3). Las Secciones se constituirán por un presidente y cuatro magistrados, salvo cuando por la trascendencia del asunto el presidente estime que debe constituirse con dos magistrados más (art. 3.^o).

2) Salas 3.^a y 4.^a.—Actuarán en Secciones simultáneas como la Sala 1.^a La composición de éstas se reduce al presidente y dos magistrados para recursos de que conozcan en única instancia y que se produzcan: 1.^o en asuntos de personal; 2.^o recursos contra la Administración Central, excepto los que impugnen disposiciones de los Ministros, acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Central o fallos del Tribunal Superior de Contrabando y Defraudación (art. 4.^o).

B. OBSERVACIONES: La ampliación introducida en las Salas de lo Contencioso-Administrativo, con el paso a un número par de magistrados abría la posibilidad de un equilibrio entre los de procedencia administrativa y judicial. No obstante, el legislador ha optado por mantener la desigualdad a favor del elemento judicial. Si tenemos en cuenta la escasa aportación de nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, debida, sin duda, a la falta de especialización de los órganos que la producen, no podemos aplaudir esta opción sintomática. Dejando aparte las conveniencias de una reforma fundamental en la materia, es preciso apuntar que al menos, debiera mantenerse el equilibrio, pues los magistrados de procedencia administrativa son los que verdaderamente ofrecen posibilidades, mediante una sabia elección entre la amplia gama que ofrece la Ley de lo Contencioso-Administrativo, de especialización del Alto Tribunal, (J. A.).

(1) Teniendo en cuenta lo dispuesto por las leyes de 23 diciembre 1948 (artículo 1.^o) y 20 diciembre 1952 (artículo 7.^o) dichas tres Salas quedarán constituidas así:

Primera (De lo Civil): Un presidente y 17 magistrados.

Tercera (De lo Contencioso-Administrativo): Un presidente y 10 magistrados.

Cuarta (De lo Contencioso-Administrativo): Un presidente y 10 magistrados.

(2) Por tanto, teniendo en cuenta el artículo 23 del texto refundido de lo Contencioso-Administrativo de 8 febrero 1952, actualmente hay cuatro fiscales en cada una de las Salas 3.^a y 4.^a

(3) Con arreglo al artículo 1.^o de la ley 23 diciembre 1948, era facultativo del presidente del T. S. disponer la actuación simultánea de Secciones en las Salas 1.^a y 5.^a

OTRAS DISPOSICIONES

1. **FUNCIONARIOS PÚBLICOS: INCOMPATIBILIDADES:** *Se señalan las relativas a las que pertenecen a la Administración civil del Estado (Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955; B. O. del 29):*

2. **FUNCIONARIOS PÚBLICOS: INCOMPATIBILIDADES:** *Se señalan las relativas a Ministros, Subsecretarios, Directores generales y asimilados (Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955; B. O. del 29).*

No se inscribirán en el Registro Mercantil las escrituras de constitución de Sociedades que no prohiban expresamente la ocupación o ejercicio de cargos en ellas a las personas incompatibles, según el presente Decreto-Ley (artículo 4.º).

3. **CONTRIBUCIÓN SOBRE LA RENTA:** *Amnistía (Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955; B. O. del 22).*

A. EXPOSICIÓN:

Alcanza a quienes presenten en forma reglamentaria hasta el 31 de mayo de 1955 declaraciones veraces relativas al año 1954, no siendo objeto de investigación ni comprobación por los ejercicios anteriores no prescritos.

B. **OBSERVACIONES:** No se pierde de vista el aspecto pernicioso que las amnistías llevan inherentes. Pues si mediante ellas se persigue y, normalmente, se consigue un aumento de los ingresos, por otro lado suponen un indudable fomento del fraude.

Generalmente sucede, como en el presente caso, que, para evitar el retraimiento del contribuyente a presentar declaraciones reveladoras de su fraude aún no prescrito, es necesario correr un velo sobre lo pasado. Pero si el contribuyente, ya bastante reacio a cumplir los deberes fiscales, se acostumbra a estas avenencias generales frecuentes, se hará aún más difícil el logro de una conciencia fiscal y, en definitiva, este ambiente de inmoralidad tributaria perdurará con perjuicio del Fisco y, en último término del mismo contribuyente. (J. A.)

4. **CONTRIBUCIÓN SOBRE LA RENTA:** *Se valoran signos externos de renta gastada y percibida (Decreto de Hacienda de 14 de mayo de 1955; Boletines Oficiales del 17 y 21).*

5. **RÉGIMEN LOCAL:** *Se promulga el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales: Idea general; régimen jurídico: inscripción de bienes; ábslinda; reivindicación y defensa de bienes; enajenación; desahucio por la vía administrativa (Gobernación. Decreto de 27 de mayo de 1955; Boletín Oficial del 14 de julio).*

A. EXPOSICIÓN:

1. *Idea general.*—Se desarrollan vitales aspectos concernientes a la administración, conservación y rescate de los patrimonios de municipios y

provincias mediante preceptos que precisan los conceptos adecuados de los bienes; requisitos para su adquisición, custodia y tutela; formación del inventario y el registro; deslinde, reivindicación y defensa; aprovechamiento y disfrute; salvaguardia de las enajenaciones y desahucio por la vía administrativa.

2. *Régimen jurídico*.—Entrada en vigor a partir de su publicación en el *Boletín Oficial*, con eficacia derogatoria respecto a disposiciones que se le opongan (disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª). El Derecho público y privado aplicable a la Administración General del Estado regirá como supletorio (disposición transitoria 3.ª).

3. *Inscripción de bienes*.—«Las corporaciones locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales» (1). «Los Registradores de la Propiedad, cuando conocieran la existencia de bienes de Entidades locales no inscritas debidamente se dirigirán al Presidente de la Corporación..., y si en el plazo de tres meses no se hubiera presentado título suficiente para la inmatriculación e inscripción, lo pondrán en conocimiento del Jefe Provincial del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento...» (art. 35. 1 y 4).

4. *Deslinde*.—«Las Corporaciones locales, tendrán la facultad de promover y ejecutar el deslinde entre los bienes de su preferencia y los de los particulares cuyos límites aparecieran imprecisos o sobre los que existieran indicios de usurpación» (art. 44, 1).

Las operaciones de deslinde «tendrán por objeto delimitar las fincas a que se refieran y declarar provisionalmente la posesión de hecho sobre la misma» (art. 45, 2).

El deslinde se entenderá con los que ostentaren el dominio pleno sobre la finca objeto del deslinde o de los colindantes. Los que sólo tuvieran aprovechamientos no habrán de ser notificados, salvo separación del dominio directo y útil y el supuesto de usufructuario y nudo propietario (artículo 49).

«Contra el acuerdo aprobatorio del deslinde cabrá el recurso contencioso-administrativo, si se adujeran infracciones de procedimiento, y ante la jurisdicción ordinaria, cuando se alegare lesión de los derechos de propiedad o servidumbre» (art. 53, 1).

«No se admitirán interdictos de las cuestiones que se suscitaren sobre el estado posesorio de las fincas de las Entidades locales, mientras se encuentren en estado de deslinde» (art. 53, 2).

5. *Reivindicación y defensa de bienes*.—«Las Corporaciones locales podrán recobrar por sí la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo».

«Cuando se trate de bienes patrimoniales, el plazo para recobrarlos será de un año, a contar del día siguiente a la fecha en que se hubiere producido

(1) Vid. arts. 199 y 284 del texto refundido de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950.

la usurpación, y transcurrido ese tiempo procederá la acción correspondiente ante los Tribunales ordinarios».

«La recuperación en vía administrativa requerirá acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañarán los documentos acreditativos de la posesión, salvo que se tratase de repeler usurpaciones recientes».

«En lo que concierne a montes públicos patrimoniales se estará a lo dispuesto en la legislación especial» (art. 55).

6. *Enajenación.*—Todas las cesiones de bienes patrimoniales quedarán sujetas: 1.ª, a que los fines para que se hubieran otorgado se cumplan en el plazo máximo de cinco años; y 2.ª, a que su destino se mantenga durante los treinta años siguientes. Caso contrario los bienes revestirán automáticamente a la Entidad cedente (art. 97) (2).

7. *Desahucio por la vía administrativa* (arts. 107-125).—«La extinción de los derechos constituidos sobre bienes de dominio público o comunales de las entidades locales, en virtud de autorización, concesión o cualquier otro título y de las ocupaciones a que hubiere dado lugar, se efectuará por las Corporaciones, en todo caso, por vía administrativa mediante el ejercicio de sus facultades coercitivas, previa indemnización o sin ella, según proceda, con arreglo a derecho» (art. 107).

La competencia y procedimiento para disponer el desahucio, fijar la indemnización y efectuar el lanzamiento tendrán carácter administrativo y sumario e impedirá la intervención de los otros Organismos no previstos en el título II de este Reglamento (art. 109).

Para calificar como vivienda el local de negocio los departamentos que existieren en el inmueble expropiado se estará a lo dispuesto en la L. A. U. (artículo 111, 1).

«El título del contrato de precario y el mero ocupante carecerán de derecho a indemnización por la extinción de su posesión» (art. 113, 2).

Las Corporaciones locales podrán expropiar los derechos de arrendamiento y cualesquiera otros personales relativos a la ocupación de bienes de propios para destinar los terrenos, viviendas o locales a alguno de los fines indicados en los artículos 129, 145 y 287 de la Ley, o la nueva instalación, mejora o ampliación de servicios propios a cargos de la entidad (artículos 123, 1, en relación con el 108, 2).

B. OBSERVACIONES: 1. Se trata de una reglamentación muy técnica y precisa sobre la materia que no se limita a aplicar la Ley (ordenanza ejecutiva), sino que en muchos aspectos innova (ordenanza administrativa) e incluso en algunos parece atentar contra el mismo texto refundido (ordenanza de necesidad).

2. *Deslindes.* Se entenderá con los poseedores en concepto de dueños («con los que ostentaren dominio pleno»). De los demás que tuvieren aprovechamientos sólo se citarán a los usufructuarios y nudos propietarios, así como a titulares del dominio directo y útil. Pero hay otros casos en que parece conveniente la citación, como el acreedor hipotecario, el superficiario, el censalista en los censos reservativo y consignativo, el titular de derechos de pastos, leñas, etc.

(2) Parece que se refiere únicamente a las cesiones gratuitas.

Contra el acuerdo aprobatorio cabe recurso ante la jurisdicción ordinaria si se alegase lesión de los derechos de propiedad y servidumbre. También aquí parece excesiva la limitación en cuanto a los legitimados para recurrir. Piénsese en los ejemplos antes citados, salvo los dos últimos, que se configuran como servidumbres personales.

3. Reivindicación y defensa. Con depurada técnica se lleva a sus últimas consecuencias el principio de *exención de la jurisdicción*. Sin embargo, parece que se está infringiendo el artículo 404 del texto refundido de la Ley de Régimen Local, que no distingue entre bienes de dominio público o de propiedad privada al poner el límite del año para el ejercicio de la *acción directa*. Por otra parte, no cabe orillar el obstáculo pretendiendo dar eficacia derogatoria al presente reglamento sobre el texto refundido pues la superioridad de rango de éste precisaría una autorización (delegación) que, no sólo no se ha concedido, sino que expresamente está denegada en la disposición final segunda del citado texto. Como lógica consecuencia cabría pensar que las resoluciones recaídas al amparo del artículo 55 del Reglamento podrían atacarse en vía contenciosoadministrativa utilizando el llamado *recurso indirecto*.

En el párrafo 3.º de este artículo se suprime el requisito del acuerdo previo de la Corporación «para repeler usurpaciones recientes». Posiblemente se está refiriendo a las mismas situaciones que permiten el juego de la llamada legítima defensa de los bienes (3).

4. Desahucio. Se regula por primera vez con carácter general, aplicado principalmente a los casos de expropiación forzosa. Se desenvuelve adecuadamente dentro de los límites del campo administrativo. (J. A.)

6. RÉGIMEN LOCAL: *Se promulga el Texto articulado y refundido de las leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953 (Gobernación. Decreto de 24 de junio de 1955; B. O. del 10 de julio).*

7. RÉGIMEN LOCAL: *Se promulga el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (Gobernación. Decreto de 17 de junio de 1955; B. O. del 15 de julio).*

(3) Vid. CASTÁN: *Derecho Civil*, tomo I, vol. 2.º, ed. 1952, pág. 63, que no la admite en el régimen del C. c. y afirma que hay que estar a lo dispuesto en el Código penal para determinar si hay responsabilidad o exención de ella.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BATLLE VAZQUEZ: «Espíritu y direcciones del Derecho civil español moderno». Murcia, 1954; un volumen de 30 págs.

El ilustre profesor Batlle, Rector Magnífico de la Universidad de Murcia, nos obsequia y deleita ahora con una brillante monografía que lleva por título *Espíritu y direcciones del Derecho civil español moderno*. Este estudio, que fué el discurso en la solemne sesión de inauguración de curso de la Real Sociedad Económica de Amigos del País, viene a ser un paso más en la investigación de la historia interna de nuestra Codificación civil. Y decimos que es un trabajo contributivo porque supone, dentro de la línea de investigadores que trataron el tema, el esclarecimiento de una serie de hechos y razones que explican y dan la clave de su particular sentido.

Desde el estudio referente a la codificación española, y en particular del Código civil, contenido en la clásica obra de Sánchez Román (1), cuyo espíritu hipercrítico le lleva a una visión apasionada e incierta del mismo, hasta los documentadísimos y esclarecedores que aparecen en los tratados de Derecho civil de los profesores Castán (2) y Castro Bravo (3), así como la aguda y penetrante contribución monográfica del profesor D'Ors (4), con objeto de celebrar el centenario del Proyecto Isabelino de Código civil de 1851, hay que añadir ahora la aportación del profesor Batlle, que reseñamos.

Una faceta interesantísima aporta este ilustre civilista al esclarecimiento y comprensión de la codificación española y es el alcance que tuvieron las influencias extranjerizantes (especialmente francesa e italiana) a través de las fuentes literarias de conocimiento de los juristas de la época. Las dotes de trabajo, inquietud científica del autor y la feliz coincidencia de poseer en sus manos alguna de las bibliotecas jurídicas privadas de los civilistas novecentistas, como sucede con la de Romero y Girón (actualmente en el Seminario de Derecho privado de la Universidad), hace que su estudio venga documentadísimo en la línea doctrinal tratada. Su examen es tan minucioso que llega a presentarnos y a resaltar una documentación doctrinal y literaria poco conocida y manejada hasta ahora como sucede con las obras de Solano Rittwagen, Vinnio y Oliver, así como las revistas *El Derecho moderno* y *La Escuela del Derecho*.

En la exposición de este estudio destaca las dotes de claridad, pedagogía y elegancia que son propios del prof. Batlle, y en las afirmaciones (aun las más específicas) son siempre presentadas con su personal visión crítica.

(1) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, I (Madrid, 1889), 530 y ss.

(2) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, I^o (Madrid, 1949), 59 y ss.

(3) Cfr. CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I^o (Madrid, 1949), 185 y ss.

(4) Cfr. D'ORS Y BONET CORREA, *En el centenario del Proyecto Isabelino de Código civil*, en *Información Jurídica*, 96 (1951), 483 y ss.

Un ejemplo de ello lo podemos ver cuando frente al criterio que con el profesor D'Ors mantuvimos (5) a señalar como paradoja que en las Cortes de Cádiz fuera un diputado catalán, Espiga y Gadea, el que propugnara la unificación legislativa de España, el prof. Batlle (pág. 14) afirma que no hay tal paradoja, ya que son dos momentos distintos. «En las proximidades de 1812—añade—toda la nación vibraba al unísono aglutinada por la adversidad de una invasión extranjera, las diferencias regionales se borraban ante un anhelo común, entonces acaso la codificación hubiera corrido otra suerte, y la prueba es que en otras materias se obtuvo la codificación única a pocos años de distancia, pero, a medida que pasaba el tiempo, ese romanticismo político había avanzado mucho y por eso el Proyecto de 1851 apareció acaso en el momento más importante en que, al decir de Hayes, «sentíase universal entusiasmo por el pasado de la propia nacionalidad, su antigua organización tribal, su evolución medieval, su lengua y literatura históricas y sus históricas costumbres y midales». Si bien es cierto que los momentos son distintos y que la paradoja en Espiga y Gadea, concretamente, no resulte de un modo absoluto, sin embargo, sigue persistiendo en otras destacadísimas figuras, como el navarro García y Goyena, en nuestro gallego López de Lago (encargado, incluso, de la redacción del Proyecto foral de Galicia, donde sacrificó muchas de nuestras instituciones consuetudinarias para lograr la unidad nacional), y ya hoy en día, otro oriundo foralista, el profesor Castán, aboga, igualmente, por la conveniencia de la unidad legislativa nacional.

La cuestión foral de España que el prof. Batlle acertadísimo aborda lo presenta como un problema carente de comprensión. «Lo primero que hay que hacer—señala (pág. 27)—es apartar los aspectos políticos y de pasión y después recoger de nuestras legislaciones forales aquello que tienen de más español, más todavía que lo del Código. Porque hay instituciones dentro del Derecho foral que son mucho más respetuosas con nuestra idea de la familia que las del Código civil». Con un excelente criterio, el prof. Batlle (pág. 27) cree que para la futura reforma del Código y de la legislación civil es necesario llevar el espíritu español, y propone—según hizo notar ya el prof. D'Ors (6)— una legislación por partes, según la técnica de las comisiones legislativas, a través de leyes especiales cuyo carácter general obligatorio no se pone a discusión. Para el ilustre autor es el único modo acaso de resolver el enconado problema del Derecho foral. Sin embargo, a nuestro juicio, sería más conveniente una labor previa de investigación y estudio comparado de las variedades regionales para llegar a abstraer la esencia de los principios que informan las instituciones con objeto de lograr un complejo total y único con las sabias soluciones que la tradición foral aporta. El lograr una unidad nacional a través de las peculiaridades más auténticas de todas las regiones españolas sería la meta ideal de nuestras aspiraciones. Para conseguirlo es necesario, indudablemente (como señala magistralmente el autor (pág. 28), «buena voluntad y rechazar la política menuda, mezquina e irracional

(5) Cfr. D'ORS Y BONET CORREA, *op. cit.* pág. 486.

(6) Cfr. D'ORS Y BONET CORREA, *op. cit.* pág. 488.

basada en principios simplistas o en el mantenimiento de diferencias regionales a toda costa».

El estudio del prof. Batlle pues, contribuye a esclarecer muchos puntos y equívocos que en la historia de nuestra codificación persistieron erróneamente hasta nosotros y hace posible una mejor comprensión y entendimiento para lograr en el futuro una razón ecuaníme y científica del sentido y tradición jurídica de nuestro pueblo.

José BONET CORREA

BONET CORREA, José: «Régimen jurídico del hospedaje y hostelería».
Madrid, Ediciones Rialp, S. A., Colección de libros jurídicos, 1955; 256 páginas.

Este libro presenta dos partes bien diferenciadas que corresponden a sus dos capítulos. En la primera, bajo la rúbrica «Problemática contractual del hospedaje», se diseñan un conjunto de temas interesantes para el teórico del derecho y también para el práctico, e incluso el lego, para los que prepara la razón de ser de la segunda parte, en la que se expone ordenado y sistematizado todo el régimen jurídico del hospedaje y hostelería.

La principal preocupación del autor en la problemática contractual del hospedaje consiste en conservar metodológicamente la estructura contractual privada, por encima de todas las normas, que desde diferentes sectores de la realidad económica y social, inciden sobre el hospedaje. En segundo término, la delimitación de los contratos de hospedaje civil y mercantil, que no impide la coexistencia de ambas categorías en una relación jurídica determinada. Dentro de la sistemática que más corrientemente se emplea en la explicación de la teoría de los contratos va desenvolviendo, sobre estas dos primeras premisas, el concepto de hospedaje, sus clases, naturaleza jurídica, elementos, contenido y extinción. La asimilación de la compleja legislación referente al hospedaje en este esquema expositivo al que el Derecho privado nos tiene acostumbrados está bien llevada, destacando el estudio que con todos esos elementos hace el autor de la responsabilidad del hotelero. Derechos y obligaciones tienen carácter contractual, a pesar de estar concedidos o impuestos por la ley o por normas estatales de categoría inferior.

La segunda parte, más extensa, contempla el hospedaje como industria y como empresa. Es decir, expone las normas vigentes que se refieren, no ya al contrato, sino al contratante que lo hace posible con su actividad y organización. En este aspecto el conjunto de normas que regulan el hospedaje componen un extenso conjunto que Bonet Correa agrupa por el orden siguiente: normas administrativas referentes a apertura, clasificación, tarifas, inspección, etc.; reglamentación de trabajo para la industria hotelera; régimen del Montepío nacional de previsión social de esta industria; seguros sociales; normas referentes al crédito hotelero y régimen tributario de los hoteles e industrias similares.

Fácilmente puede advertirse la utilidad de este volumen, primero que

hasta la fecha aparece en España con esta completa atención a todos los temas que, desde el núcleo contractual, afectan a la hostelería.

José María DESANTES

BRASIELLO, Ugo: «La proprietà nella sua estensione». Milano, 1954.

Partiendo de que el derecho de propiedad tiene que ser necesariamente contemplado bajo dos aspectos: a) serie de facultades que lo integran, que constituyen lo que podría llamarse «zona central» del dominio; b) límites que no pueden sobrepasarse en el ejercicio de estas facultades, esfera en que éstas pueden entrar en juego y que puede denominarse «zona periférica» del dominio, el autor propone como tema de su investigación el estudio de la zona periférica del dominio. Pretende averiguar si existe un *prius* del que provengan todas las limitaciones del dominio (tanto de muebles como de inmuebles) y que permita delimitar la «extensión» o «zona periférica» del derecho de propiedad en sí considerado.

Como primer paso para llegar a la solución del problema planteado, examina el autor las teorías sustentadas en torno al mismo, comenzando por la de las «inmisiones» y la de la «prohibición de los actos de emulación». Ambas doctrinas son fragmentarias y no resuelven el problema, ya que la una considera tan sólo el aspecto objetivo del mismo (repercusiones en la esfera ajena) y la otra al subjetivo (finalidad que persigue el que realiza la invasión en lo ajeno), siendo así que en realidad han de tenerse en cuenta los dos aspectos unitariamente. Luego contempla el autor cuál es la naturaleza y el ámbito de las limitaciones del dominio, punto que ha tratado de resolverse mediante la teoría de las «relaciones de vecindad», que configura a las limitaciones del dominio como obligaciones *sui generis* (indeterminación de sujetos, contenido negativo: *non facere* o *pati*, etc.) del propietario frente a sus vecinos. El autor cree que no puede hablarse de obligaciones frente a los vecinos, por ser inaplicable a esta materia el concepto técnico de obligación, y tratarse de limitaciones del propietario con respecto a los terceros en general, independientemente de la contigüidad física de los predios. Tampoco debe limitarse este problema a los bienes inmuebles como se hace de ordinario: antes bien, hay que extenderlo a los muebles, ya que la experiencia nos enseña que las repercusiones en lo ajeno son producidas muchas veces por los muebles (piénsese, por ej., en los automóviles). Con respecto a las relaciones de este problema con el del resarcimiento de daños y perjuicios, cree el autor que tan sólo puede hablarse de resarcimiento del daño producido frente a las repercusiones en la esfera ajena prohibidas al propietario: mientras que las repercusiones que le están permitidas, tan sólo dan lugar a una indemnización del perjuicio sufrido (como si se tratase de una expropiación parcial producida por la repercusión). Finalmente, afirma el autor que la pretendida distinción entre limitaciones de interés público o privado, no afecta a la naturaleza de las mismas, que consisten siempre en una obligación de *non facere* o de *pati*.

Las teorías examinadas no aciertan a resolver el problema de cuál sea la zona periférica o extensión del dominio, pero ayudan a un exacto replan-

teamiento del mismo, que consiste en considerar qué limitaciones impone al dominio la necesidad de coordinar los diversos derechos de propiedad existentes. Para encontrar una fórmula general que permita resolver este problema, estudia el autor cuál es la postura del Derecho romano y de los modernos Códigos (particularmente el italiano) con respecto al mismo.

En el Derecho romano, el dominio se presenta originariamente como un señorío absoluto y exclusivo, libre de toda restricción (sigue el autor en este punto a Bonfante), debido a que el fundo romano era una *insula* perfectamente aislada por el *limes* o *ambitus*, y no había, por consiguiente, necesidad de invadir el fundo ajeno ni de tolerar inmisiones ajenas (tan sólo surgen limitaciones por causa de utilidad pública, no de personas especialmente interesadas). Para defenderse de toda ingerencia extraña, contaba el propietario con diversos recursos: a) *actio negatoria*, es el remedio *princeps* contra todo ataque ajeno; b) *actio aquae pluviae arcendae*, que defiende al propietario de las aguas procedentes del fundo superior (o sea, de una *inmissio*); c) otros medios procesales (que a primera vista no se relacionan con esta materia, vid., no obstante, pp. 114-115); d) *cautio damni infecti*, que sólo puede entablarse cuando hay realmente una invasión de la esfera ajena.

El rígido criterio primitivo fué atenuándose paulatinamente, al permitirse ciertas repercusiones en la esfera ajena (que establecían una obligación de *pati* para los terceros propietarios) y, aunque de manera tímida, al prohibir ciertas actividades en la esfera propia que repercutan en la ajena (imponiendo obligaciones de *non facere*). Ello tiene lugar por diversos medios: a) negando en algunos casos los recursos defensivos antes enumerados; b) mediante recursos interpretativos (*interpretatio* jurisprudencial): se imponen limitaciones al dominio a fin de asegurar la virtualidad de un *ius in re aliena*, aun cuando no hayan sido establecidas en el título constitutivo de éste. Estas limitaciones no son servidumbres, sino que vienen impuestas por el *frui*. El *iter ad hauriendum* se comprende en la servidumbre de presa de aguas, y el *iter* y el *actus* en el legado de *habitatío*. El vendedor que se reserva el lugar del sepulcro, se presume que reserva también el paso al sepulcro. El juez impone servidumbres al dividir un fundo entre sus dueños. c) Otras limitaciones se establecen por medios más directos que los anteriores, a saber: actividad del pretor encaminada no a negar medios de defensa, sino a crear nuevos medios limitadores del dominio; actividad de los emperadores (por ej., concediendo el *iter ad sepulchrum*); mediante la intervención de un árbitro. Vemos, pues, cómo en el Derecho romano van apareciendo limitaciones que perfilan la extensión del derecho de propiedad, limitaciones no impuestas por la ley, sino procedentes de las necesidades y exigencias que el dominio tiene de extenderse más allá de su objeto.

La evolución continúa en el Derecho justinianeo, en el que, recurriendo la mayoría de las veces a interpolaciones, se va ampliando el número de las inmisiones permitidas.

En las páginas 142-143 expone cuáles son las grandes líneas de la evolución que se advierten en el Derecho intermedio.

En el capítulo VII examina los preceptos del Código civil italiano correspondientes.

Finalmente, en el capítulo VIII sienta el autor las conclusiones de su investigación, que pueden exponerse del siguiente modo:

1.ª Todas las limitaciones del dominio que perfilan la denominada «zona periférica» responden a un carácter esencial del mismo: la necesidad de extenderse más allá de su objeto y la necesidad correlativa de tolerar las expansiones ajenas. Cuando, como sucedía en el Derecho romano primitivo, los fundos están aislados por el *ambitus*, esta necesidad apenas se hace sentir; pero al cesar este estado de cosas, se intensifican las necesidades de expansión del dominio.

2.ª Las necesidades de expansión varían con las circunstancias de tiempo y lugar; por consiguiente, también cambian constantemente las repercusiones en la esfera ajena lícitas. En este punto juega la elasticidad de la propiedad (hasta ahora sólo tenida en cuenta en relación con las limitaciones voluntarias): una vez que desaparece la necesidad causa de la invasión en el dominio ajeno, éste se libera automáticamente de tal limitación. De este modo, podemos representarnos el dominio como integrado por un núcleo central estable y una zona periférica oscilante, cuyos contornos varían según las necesidades en cada momento sentidas.

3.ª Las interferencias en el dominio ajeno, aun cuando estén permitidas, son ilícitas si se realizan con ánimo de perjudicar a un tercero.

4.ª Las limitaciones se basan en la naturaleza del dominio; no es preciso una norma legal que las reconozca. Las normas positivas que las establecen no son más que concreciones del principio general en que se basan las limitaciones. Debido al carácter mudable de éstas, las normas que las regulan han de ser necesariamente elásticas y de contenido indeterminado, quedando su concreción última a merced de los usos locales o del *officium iudicis*.

5.ª Las limitaciones del dominio se basan en la necesidad individual de extender el derecho de propiedad más allá de su objeto, necesidad que por ser recíproca puede denominarse «interindividual» o «social en sentido amplio». Para valorar las necesidades de expansión del dominio hay que tener en cuenta preferentemente la utilidad pública (social en sentido estricto).

Carlos FERNANDEZ RODRIGUEZ

CAES, L., et HENRION, R.: «Collectio bibliographica operum ad ius romanum pertinentium». Serie I, vols. 4-5. Bruselas, 1953; 948 págs.

La llegada a nuestro poder de este tomo, aun cuando sea con un poco de retraso, da ocasión para hablar de esta magna obra bibliográfica, preparada en Bélgica desde hace años y comenzada a publicar en 1949. Los dos volúmenes recogidos en él no desdicen de los anteriores: la obra conserva sus características de presentación e impresión inmejorables, facilidad de manejo y un cuidado exquisito para evitar las erratas, tan fáciles de deslizar cuando de notaciones se trata.

La obra está concebida, según se desprende de lo publicado, en varias series, de las que en los volúmenes que hasta ahora han visto la luz, se recogen dos. En la primera se incluyen todos los trabajos existentes en revistas periódicas de todo el mundo. En la segunda, las tesis doctorales, de las que hasta ahora tan sólo ha aparecido el volumen correspondiente a Francia.

La estructura de este tomo es también igual a la de los anteriores de su misma serie. La clave de abreviaturas con que comienza añade al nombre de cada revista extractada sus datos editoriales completos y un esquema de sus vicisitudes (cambio de título o de lugar de edición, publicación interrumpida, reanudación, etc.), con las fechas y los números en que ocurrieron. A continuación, y ocupando la mayor parte del volumen, se inserta el índice de autores. A continuación del nombre de cada autor se intercalan sus obras, precedidas de un número que sirve después para abreviar las remisiones en el índice de materias. Para todo el texto, excepto títulos de obras, se emplea el latín. Cada volumen extracta los títulos de las revistas cuya lista aparece en la portada y contraportada, más los trabajos aparecidos en revistas ya extractadas en volúmenes anteriores, desde la publicación de éstos.

Los volúmenes 4-5 recogen los trabajos de unas 120 revistas de casi todos los países europeos, incluso balcánicos y bálticos y de Norteamérica. Por primera vez se recogen en el volumen revistas españolas, representadas por el «Anuario de Historia del Derecho español», «Arbor», «Emerita» y «Sefarad», lo que da ocasión a que los nombres de autores españoles menudeen más en el índice. La amplitud extraordinaria del contenido del Derecho romano en el estado actual de su estudio, hace que las revistas recogidas sean heterogéneas para el civilista, puesto que hay publicaciones de filología, historia y de todas las ciencias auxiliares de estas dos grandes disciplinas. No obstante, tienen un lugar preponderante, sobre todo en los primeros volúmenes, las revistas jurídicas.

Para el cultivador del Derecho civil resulta de gran interés la consulta, no sólo por facilitar el material bibliográfico para cualquier tema de Derecho romano, sino también porque la obra recoge todos aquellos trabajos de cualquier rama de Derecho en los que se hagan referencias al Derecho romano o en los que el Derecho romano ocupe tan sólo una parte, cosa tan frecuente para orientar el arranque histórico del tema.

José María DESANTES

DESANTES, José María: «El Valor Formativo del Derecho». Madrid, volumen 94 de la colección «O crece o numeres», 1955; 45 págs.

En la época en que vivimos, en la que lo inconsistente y efímero invade y domina todos los ramos del saber humano; en esta época en la que se olvida lo perenne e inmutable en aras de lo «nuevos» y «brillantes»; en esta época en la que la justicia es desplazada por la justeza, el fondo por la forma, la verdad por el sofisma; en esta época en la que se pretende en ocasiones inventar «ex novo» el Derecho, olvidando o triturando

sus conceptos básicos y fundamentales para sustituirles por esa maraña de pseudoconceptos varios y titubeantes, cuyo único mérito (?) es pregonar la habilidad de sus autores o enmascarar su ignorancia; en esta época, reconforta la mente del jurista encontrar trabajos—excepciones, por desgracia—en los que sus autores, con una valiente y noble deconexión de las «dominantes tendencias actuales», se proponen simplemente poner su pluma al servicio de la justicia, de la moral, del orden: de aquellas virtudes que la sociedad ha olvidado y sin las cuales habrá de seguir navegando cada vez más a la deriva.

El trabajo del doctor Desantes, que provoca estas líneas, constituye una de esas felices excepciones a que antes me refería, y del cual voy brevemente a esbozar los aspectos más salientes de su contenido.

¿Qué papel puede y debe desempeñar el Derecho en la formación cultural e integral de la juventud? He aquí la pregunta que el autor se formula implícitamente al principio, y de la que, a nuestro juicio, ofrece una doble respuesta. Una respuesta llana y estricta, en cuanto afirma que al Derecho corresponde ordenar, enseñar, aconsejar, encauzar, corregir... Y una respuesta amplia y compleja, desarrollada a lo largo de todo el trabajo, y constituida por una serie de verdaderas e innegables consideraciones que afectan a la esencia misma del Derecho y, al propio tiempo, a la «versión actual» que del Derecho tiene la sociedad española.

Comienza refiriéndose a la dimensión cultural del Derecho y al Derecho como fenómeno de cultura, manifestando que su misión formativa se relaciona con una doble consideración: 1) El Derecho sólo puede pretender un aspecto parcial de la formación del individuo. 2) El Derecho debe partir, en su misión, de unas verdades que están fuera de toda discusión y con respecto a las que el previo acuerdo es innecesario. El Derecho es la realización de una virtud moral: la justicia.

Alude al fenómeno social de la desconfianza hacia el Derecho, indicando lo perjudicial y funesto del «periodismo jurídico»: alreo irresponsable de problemas de técnica jurídica que, al no ser comprendidos por la masa, provocan en ella un escepticismo pernicioso hacia el Ordenamiento Jurídico. Surgen así esos conceptos «populares» del Derecho, presididos todos por un doble denominador común: a) ignorancia de su verdadera esencia; b) indiferencia, y hasta desprecio, hacia lo jurídico. Tal fenómeno puede producirse porque se ve al Derecho desconectado de lo infinito y como un simple cúmulo de preceptos a los que falta una savia general que los domine y armonice. La crisis del Derecho ha sido correlativa a la crisis general de la cultura, vinculada estrechamente a la crisis del orden, en general y en sus diversas manifestaciones concretas: orden cultural, jurídico, político, social. Por encima de este desorden, el Derecho podrá cumplir su fin mientras mire a la virtud de la justicia, cuyo carácter de alteridad destaca el autor en su aspecto distributivo y conmutativo, indicando cómo se desvanece, a través de estas consideraciones, el mito revolucionario de la igualdad.

A continuación, el doctor Desantes denuncia la invasión de las esferas públicas en las privadas y los malos efectos de tal invasión abrumadora.

Contra toda esta corriente de desorden se alza el sentido innato de justicia existente en el pueblo español, que sabe buscar el Derecho más allá de los puros textos legales. Refiriéndose al valor puramente formativo de la Ley, estima que ésta, entre otros fines, puede cumplir el de dar satisfacción al sentimiento innato de justicia cuando existe; creándolo y fomentándolo cuando falta. Ahora bien, para todo ello, la Ley ha de ser obedecida y cumplida por todos: rey y súbdito. Cuanto más alta sea la posición del hombre más fuerte es su obligación de obediencia a la Ley, puesto que, al hacerlo, realiza además una función de docencia ejemplar.

Termina aludiendo con certera visión al triste fenómeno de la devaluación o pérdida de vigencia y eficacia de las Leyes. Señala como causas del declinar histórico de la Ley estas tres: a) deficiencias de fondo y de técnica; b) falta de realismo; c) pobreza de sentido de justicia en el ambiente para que nacen. Después de hacer unas vivas consideraciones sobre cada uno de estos hechos, propugna el autor la necesidad de realizar una auténtica integración jurídica para que el Derecho pueda desempeñar eficazmente esa tarea formativa y educadora que le corresponde.

¿Que decir en conjunto del trabajo de Desantes? Por nuestra parte suscribimos íntegramente sus puntos de vista y sus afirmaciones. Se trata de ideas que, aunque en la mente de todos, muy pocos saben o quieren expresar. El autor, haciendo gala de una limpia y serena objetividad, señala hechos, sugiere remedios, acusa o ensalza según proceda. No obstante su brevedad, en las páginas que comentamos Desantes Guanter nos ofrece ideas de gran profundidad; pero de una profundidad asequible, que se relaciona a veces con la esencia misma del Derecho y con el fin que le corresponde en la desorientada sociedad actual. El trabajo se lee con gran satisfacción: con la satisfacción que causa el coincidir con lo que en él se dice y propugna. Estamos ante páginas escritas por un jurista en el más noble y elevado sentido de la palabra; ante páginas de un jurista férreamente adherido en todo momento a la idea de la moral y a la virtud de la justicia; ante páginas de un cultivador de la verdadera y auténtica Ciencia del Derecho: de aquella Ciencia a la que Pío XII califica de noble, entre todas, pues «estudia, regula y aplica las normas sobre las que se funda el orden y la paz, la justicia y la seguridad, en la convivencia civil de los individuos, las sociedades y las naciones».

Carlos MELON INFANTES

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: «Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo». Estudios de Administración. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955; 203 págs.

El título de la obra que se reseña dice a las claras, directamente, su carácter y contenido: materia de Derecho administrativo, estudios dedicados a la ciencia de la administración. Está fuera del ámbito del Derecho civil, en ese su polo opuesto que tantos juristas consideran su contrario y hasta su implacable enemigo. No obstante, ella tiene interés, y mucho.

para los civilistas; por ello, para llamar la atención sobre este aspecto, se escribe esta nota en este ANUARIO. Los estudiosos del Derecho administrativo sabrán destacar y comentar las aportaciones a la ciencia de su especialidad; aquí bastará indicar su valor para el Derecho civil.

En el prólogo se advierte especialmente que se utilizará el método histórico. «porque en concreto en el Derecho administrativo el intento puede aspirar a una cierta novedad» (p. 9). Elogiable advertencia; porque así este libro puede señalarse como una prueba concluyente de la excelencia del método y servir de ejemplo para su utilización. Lo han desprestigiado quienes, al interpretar las disposiciones vigentes, desfiguran los antecedentes históricos para vestir con ciertas apariencias justificativas una solución elegida de antemano. Por el contrario, los «Dos estudios» recogen las enseñanzas de la Historia para descubrir el verdadero valor de los conceptos jurídicos; se condena «el mito jurídico», es decir, ese conservadurismo irreflexivo que lleva a repetir frases y términos, propios de figuras e instituciones pasadas o derogadas, sin sentido ya, y que ahora son obstáculos para entender la actual realidad jurídica.

La primera parte, «El dogma de la reversión de concesiones», se dedica a demostrar que la cláusula de reversión y el plazo que en ella se señala, de noventa y nueve años, tienen su origen en la figura de la prescripción inmemorial, ya que sólo se explica como medio de evitar la pérdida de los bienes concedidos por el transcurso de los cien años. También se hace revisión del concepto de concesión administrativa, definiéndola titularidad de servicio, transferencia parcial que «comprende una tasa limitada de facultades, y en modo alguno una propiedad plena». «dominio público y servicio público siguen siendo tales tras la concesión, y, por ende, referibles a la Administración, que en algún sentido, por el hecho simple de una titularidad constante e inderogable, mantiene en la situación facultades de imperio» (págs. 84, 85); lo que también importa saber al aplicar disposiciones del Derecho civil (art. 334, 10. C. c.; 107, 6.º L. H.; 31, 44, 6.º; 60-72, 175, 3.º; 183-186 R. H.). Mas lo que merece destacarse principalmente es que, para obtener tales conclusiones, se hace un estudio previo tan detenido y cuidado de la prescripción inmemorial que, sin vacilaciones, puede recomendarse como lo mejor que modernamente se ha escrito sobre este tema. Se afirma, además, una conclusión inesperada y hasta revolucionaria, pero convincente que la figura de la prescripción inmemorial nace como medio de justificar la prescripción de los derechos imprescriptibles, es decir, de las cosas eclesiásticas y de dominio público, privilegios reales, franquicias, regaldas, feudos y señoríos, vinculaciones, etc.

La parte segunda trata de la imprescriptibilidad del dominio público. ¿Esta parcela, poseída durante ciento, doscientos o quinientos años por particulares y como patrimonial, podrá ser reivindicada por la Administración, probando que perteneció a una red de caminos o a una concesión de marismas? La pregunta se contesta negativamente; y para fundamentar esta respuesta del buen sentido e impuesta por las necesidades prácticas, la doctrina dominante utiliza el concepto de «la desafectación tácita». El autor desmonta cuidadosamente las piezas de esta artificiosa construcción. En efecto, se reduce a una presunción de abandono, un no oponerse a la

posesión del particular; mas ello es, siempre, un supuesto previo de la «*possessio ad usucapionem*» (posesión pública, pacífica, art. 1.941 C. c.). El carácter imprescriptible del dominio público, sin embargo, se salva proponiéndose un concepto de dominio público «*corregido o quizá depurado*»; «el particular no puede nunca ganar dominio público en cuanto tal» (página 164), cuando «es instrumento y contenido de una función pública». En cambio, se podrán prescribir por el particular «las dependencias materiales», privadas ya de su afectación administrativa, aunque con la particularidad que esa privación «no ha sido producida por decisión de autoridad, sino precisamente por indiferencia sobre la posesión continuada de un particular que ha comenzado por apartar de hecho la cosa de su función pública y la utiliza patrimonialmente» (págs. 164, 165).

Esta concepción restringida del dominio público quizá será tachada, diciéndose que, con ella, pierde utilidad práctica el concepto del dominio público y su imprescriptibilidad. ¿Quién piensa —se dirá— en la posibilidad de adquirir por usucapión las regalías del Estado? Sin embargo, hoy como ayer, en todos los países, se apropian los particulares funciones peculiares de la Administración. El descuido o la ignorancia creó el hábito de estimar que el Derecho privado ampara ciertas usurpaciones del poder reglamentario (cláusulas generales) y de la administración de Justicia (cláusulas compromisorias, sanciones, ejecución privada); también se advierte un cierto abandono de la Administración Central respecto a la creación y reparto de cargas de naturaleza fiscal (1). No está de más decir y saber que tales excesos tienen carácter precario y que no es de temer que reciban la consagración jurídica por medio de la usucapión.

Para la defensa del dominio público en «las dependencias materiales» se proponen, «*de lege ferenda*», criterios indirectos. Establecer expresamente unos plazos amplios (mínimo de sesenta años) de prescripción. Dar mayores facultades a la Administración para que ésta pueda reprimir de oficio cualquier usucapión posesoria, aunque se remonte a más de un año, sin la actual carga (en tal caso) de tener que acudir a los Tribunales ordinarios; y para que, también sin esta carga, pueda por sí misma destruir las presunciones de legitimidad de una eventual inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de un particular.

Estas últimas propuestas serán, probablemente, objeto de discusiones y de nuevo se pondrán sobre el tapete cuestiones de carácter fundamental sobre la relación entre el Derecho público y privado; por ello, quizá, no será impertinente hacer unas consideraciones generales señalando la posición propia respecto de aquéllas. Desde hace ya algún tiempo se ha popularizado el ponerse a favor o en contra del Estado o de la Sociedad y parece se consolida la tendencia de los juristas a encuadrarse en dos grupos partidistas y enemistados, con las insignias respectivas del Derecho público o

(1) Hasta las directivas de ciertas Colonias de Casas Baratas, se han creído con facultades para imponer tributos a los propietarios de las casas de terrenos colindantes, como debidos por unos reales o supuestos servicios de carácter común (supliendo abandonos de los municipios).

del Derecho privado. Situación desafortunada e inclinaciones peligrosas para el mismo Derecho. Frente a las que sería aconsejable el buscar una mejor comprensión de las diferentes simpatías y antipatías, siempre, al menos, parcialmente explicables o justificadas, y hacer lo posible para evitar ocasiones --de un lado y de otro-- de movimientos de reacción o repulsa. Desde un punto de mira, se ha pensado que la Administración tiende a estrechar indebidamente la autonomía individual, seca iniciativas y sacrifica la vida espontánea y alegre, en beneficio de rígidos planes burocráticos y alejados de las necesidades sociales verdaderas. Desde el contrario, se considera el egoísmo estrecho de individuos, grupos y clases, al que nada importa la felicidad de los demás, la riqueza e independencia del país, la libertad real de las personas, con tal de aumentar sus particulares provechos. ¿Quién puede desconocer que hay motivos para usos y otros temores y censuras? Hay, seguramente, una coincidencia básica entre los hombres sinceros y generosos enrolados en una y otra dirección. ¿No sería posible borrar las diferencias aparentes e ir subrayando las coincidencias reales? En verdad, parece que una de las primeras causas para desconfiar de la Administración ha sido, precisamente, la infidelidad al criterio de servicio a la comunidad; la «privatización» de cargos y funciones, que convierte en feudo, beneficio o encomienda lo que es «officium» y servicio y al «minister» o funcionario en «dominus». Los cultivadores del Derecho administrativo merecen el parabién y la gratitud de todos los juristas cuando —como el autor del libro comentado— predicán que el servicio del bien común es la finalidad, la única justificación, de todos y cada uno de los engranajes que constituyen la máquina administrativa.

Coincide García de Enterría con Santi Romano en gustar de la frase «glissez, mortels, n'appuyez pas». Buen lema de «prudencia» para juristas. Ella, quizá, inclina al consejo moderador, a desechar la propuesta de esos poderes «exorbitantes» para la Administración. Supuesto el abandono de los bienes durante un año, permitida una situación de hecho que lleva a la inscripción en el Registro de la Propiedad, no puede hablarse de urgencia para la recuperación. Hay una conducta culpable o negligente de algunos funcionarios (2), cuyas consecuencias no deben recaer exclusivamente sobre el particular, cuya buena fe hay que presumir. Habrá de seguirse un procedimiento más solemne; pero, en tal caso, la lentitud no será peligrosa. En fin de cuentas, parece preferible respetar la seguridad del tráfico, que la Administración debe también proteger.

El libro termina con dos Apéndices. El primero, sobre «vetustas» y afectación, en el que se critica la figura del uso inmemorial como título de afectación positiva. El segundo, titulado «posesión y administración», estudia la interesantísima figura del «interdictum proprium» o poder de la Administración para reintegrarse en la posesión perdida.

F. de C.

(2) Conviendría arbitrar medidas especiales para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios en tales casos.

GUARINO, Antonio: *«I rapporti del «ius privatum».* Nápoles, 1954; 362 págs.

Este volumen recoge las lecciones de un curso de Derecho romano del profesor de Nápoles. El interés principal del libro estriba en su originalidad de planteamiento y desenvolvimiento de los temas. Aunque uno y otro puedan discutirse tanto desde el punto de vista sistemático como desde el didáctico, es indudable que siempre una obra de estas características deja al descubierto con su enfoque nuevo unos contraluces inéditos que pueden resultar en muchos casos interesantes.

En cuanto al planteamiento se refiere, el libro—y hay que pensar que el recopilador doctor *Atanasio Mozzillo* no alteró la sistemática de las explicaciones del curso—tiene un capítulo introductorio al que sirve de rúbrica el mismo título del libro y dos capítulos en los que se entra ya en el estudio de las relaciones jurídicas concretas.

El capítulo preliminar quiere situar el concepto de relación jurídica privada valiéndose de nociones ya definidas, pero agrupadas en síntesis nuevas. El punto de partida es la división de las normas en normas de cualificación y normas de relación, según que establezcan los presupuestos a los que las normas de relación han de referirse o fijen la reglamentación adecuada a las cosas posibles de conflictos de intereses. Cada uno de estos núcleos de normas van dividiéndose y subdividiéndose en un esquema que es innecesario transcribir porque juzgo que el punto de partida, además de pecar de normativista, no es exacto desde el momento que es imposible, en un ordenamiento jurídico dado, tanto separar en todas las normas estos dos aspectos como formar bajo estos aspectos dos grupos separados de normas. Por eso el mismo autor no es consecuente con esta discriminación previa y, en cambio, plantea los dos capítulos que pudiéramos llamar especiales, no en orden a esta clasificación abstracta, como él mismo la llama, sino agrupando las relaciones en función de su contenido objetivo. De ahí que se aparte del sistema pandectista en la exposición y que agrupe las relaciones conforme a estos dos grandes grupos, que en realidad lo que distinguen son la diversa naturaleza de los derechos del que el autor llama sujeto activo. En efecto, cuando se ve precisado a explicar la absolutividad o relatividad de las relaciones es a estos derechos a los que tiene que apelar. De todos modos, el enfoque que resulta es fecundo y resuelve en Derecho romano la adscripción de relaciones como el «*mancipium*» quitario o la «*iniuria*», de tal modo que quedan perfectamente encuadrados.

El segundo rasgo de originalidad estriba en que la exposición de las relaciones se tiene en cuenta tan sólo el perfilar su naturaleza jurídica. De este modo, las indicaciones históricas, el análisis de la terminología y las alusiones al nacimiento, contenido y extinción, se hacen tan sólo en cuanto que ayudan a caracterizar cada relación jurídica. Como puede comprenderse, en una exposición de Derecho romano ocupa importante lugar para este intento la descripción de las «*actiones*». Al final de cada sección se incluye un apartado en el que se revisa lo que el Derecho moderno, italiano naturalmente, conserva de las relaciones romanas, o las variantes que se han introducido.

IGLESIAS RAMIREZ, M., y CALLEJA GARCIA, H.: «Derecho usual del Trabajo», segunda edición. Madrid, 1955; 552 págs.

Patente está la conveniencia de vulgarizar el Derecho laboral teniendo en cuenta que, de una u otra forma, sus normas vinculan en la actualidad a la mayor parte de la población española, la cual está vitalmente interesada en ellas, habida cuenta que su medio normal de subsistencia no suele ser otro que los ingresos que proporciona el contrato de trabajo.

Tal misión creemos que la cumple satisfactoriamente el libro que reseñamos, editado ya por segunda vez.

De las tres partes de que consta, la primera se ocupa del contrato de trabajo, del aprendizaje, de los contratos especiales de trabajo, de la empresa, de los Jurados de Empresa, de los salarios y despidos, de las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo, del plus familiar y de la jornada laboral; la segunda está dedicada íntegramente al interesante fenómeno del mutualismo laboral; la tercera, a los Seguros Sociales, al procedimiento laboral contencioso y a los recursos.

El contenido de la obra responde plenamente al título, de suerte que cada materia está precedida de una sumaria explicación, al alcance de toda clase de personas, exponiéndose luego la legislación con todas las modificaciones hasta el momento de la aparición de la obra, completándose con algunos interesantes modelos de escritos y formularios; quizá la parte menos desarrollada sea la relativa a la del procedimiento contencioso.

Obra útil para el público no profesional.

Gabriel GARCIA CANTERO

KUNKEL, W.; LABENZ, K.; BALLERSTED, K.: «Gerhard Dulckeit als Rechtshistoriker, Rechtsphilosoph und Rechtsdogmatiker. Reden zu seinem Gedächtnis». Kiel, 1955; 59 págs.

Contiene este libro los discursos pronunciados en memoria de Gerhard Dulckeit durante el acto conmemorativo celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel el 14 de mayo de 1954.

El profesor Wolfgang Kunkel, después de recordar sucintamente la biografía de Dulckeit (1904-1954) y de resaltar la extraordinaria tarea docente y científica por él llevada a cabo, pasa a estudiar la labor que como cultivador del Derecho romano realizó el llorado profesor de Kiel. Dedicó éste preferentemente su atención a la teoría del negocio jurídico y de su interpretación, tema por él tratado en numerosos trabajos, que se extienden desde su *Habilitationschrift, Erblasserwille und Erwerbswille bei Antrittung der Erbschaft* (Weimar, 1934) a su última publicación romanística, *Plus nuncupatum, minus scriptum* (Z. Sav. Stift., tomo 70). También estudió Dulckeit de un modo especial la época primitiva del Derecho romano, tanto en su *Philosophie der Rechtsgeschichte* (Heidelberg, 1950) como en su *Römische Rechtsgeschichte* (München, 1952). Acertado planteamiento de los problemas, claridad de pensamiento y un agudo sentido crítico ca-

racteriza la obra de Dulckeit, dice el profesor Kunkel, quien concluye su trabajo afirmando que sería míope el que lamentase que Dulckeit hubiese repartido su infatigable actividad entre la Historia del Derecho y la Filosofía jurídica; antes bien, tenemos que congratularnos de que en la edad de la especialización haya surgido un espíritu tan amplio como el del fallecido profesor de Kiel.

El profesor Karl Larenz expone en su trabajo la aportación de Dulckeit al campo de la Filosofía del Derecho. Dulckeit es hegeliano, pero no sigue los pasos de los que aceptando íntegramente la interpretación que de la Historia hizo Hegel consideran a la época actual como una etapa de disolución, ni tampoco muestra su adhesión a la tesis de los neohegelianos. Dulckeit elige una *tertia via*: acoger las líneas fundamentales del sistema de Hegel, sin aceptar en su integridad su interpretación de la Historia, y estimar que la época actual es un periodo de transición. Señala Larenz que quizá sea el mayor mérito de Dulckeit el haber realizado el primer intento de explicar filosóficamente (en concreto, desde el punto de vista de la «Filosofía especulativa») la Historia del Derecho (de la Europa continental) en su *Philosophie der Rechtsgeschichte*. Esta obra supone, por otra parte, una importante contribución a la animada polémica existente en Alemania en torno al Derecho natural, el cual ha de concebirse como la serie de principios que informan todo Derecho positivo, o sea, como «el concepto del Derecho», en la terminología de Dulckeit.

Tras considerar las afinidades existentes entre Teología y Ciencia del Derecho, ambas «ciencias dogmáticas», expone el profesor Kurt Ballerstedt la tarea que Dulckeit llevó a cabo como cultivador de la dogmática jurídica. Dulckeit recomienda a los juristas que lejos de capitular ante la gran variedad de las nuevas formas jurídicas dediquen sus afanes a sistematizarlas, con el fin de proseguir la elaboración de la dogmática jurídica, la cual no es un mero instrumento informativo, como pretende la jurisprudencia de intereses, sino que sirve para configurar la estructura fundamental de un ordenamiento jurídico. La dogmática no se nutre directamente de la Filosofía del Derecho; entre ellas, a modo de puente, se sitúa la Teoría del Derecho, que, inspirándose de un modo inmediato en la Filosofía jurídica, estudia las instituciones, no en un ordenamiento concreto, sino en el amplio campo que proporcionan la Historia del Derecho y el Derecho comparado. Por lo que se refiere a las particulares investigaciones dogmáticas realizadas por Dulckeit, examina el profesor Ballerstedt concretamente sus estudios sobre la distinción entre los derechos reales y los de crédito (*Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, Tübingen, 1951), la teoría del acto jurídico (obra inédita) y sobre la persona y la comunidad (a lo largo de diversas obras).

Los trabajos reseñados ponen sobradamente de manifiesto la irreparable pérdida que para la ciencia jurídica alemana en particular, y también para la europea, representa la prematura muerte de Gerhard Dulckeit.

LOPEZ JACOISTE, José F. Javier: «El Arrendamiento como aportación social». Vol. III de las Publicaciones del Estudio General de Navarra. Pamplona, 1955; 306 págs.

La copiosa bibliografía moderna sobre arrendamientos ya no se reduce exclusivamente a tratar el complejo de problemas que plantea la relación contractual. El valor económico que el derecho del arrendatario tiene en el estado actual de la regulación arrendaticia puede hacerle objeto de un conjunto de relaciones jurídicas cada vez más amplias. A medida que la realidad va planteándolas, la doctrina se preocupa de ellas y entonces el arrendamiento ha de ser contemplado como un todo unitario capaz de entrar a formar parte de otras relaciones. Las posibilidades de estudio del arrendamiento se amplían así a nuevos sectores. Esto explica que en la literatura extranjera sea inagotable la aportación de nuevos temas. En la española también, aunque en menos proporción, las obras de aplicación del derecho arrendaticio tienen ya un repertorio interesante por sus temas y por su contenido. Una de ellas viene a ser esta reciente publicación del notario y profesor de Derecho civil del Estudio General de Navarra, López Jacoiste.

El planteamiento de la cuestión central de la monografía es ambicioso. El autor ha realizado un estudio completo, sin fisuras. Para ello ha tenido que acometer el estudio de las dos vertientes que coinciden en la vertebración del tema. Por una parte, el estudio institucional de la aportación social. Por otra las dos cuestiones interesantes del arrendamiento: el actual perfil jurídico-social del mismo y su desenvolvimiento dentro de la que el autor, siguiendo la terminología de D'Ors, llama sistema de situaciones, en el que la privativa relación contractual queda reducida por la prolijidad de las normas que se le han de superponer. Dadas estas precisiones se impone la discriminación de los diferentes negocios típicos de enajenación arrendaticia para poder concluir a cuál de ellos debe equipararse en cada caso la aportación a la sociedad. Aportación que anteriormente ha sido ya configurada en el trabajo como negocio enajenatorio de distinción, posible bajo diferentes títulos, en los que cabría cambiar de terminología al hablar de la llamada «aportación en propiedad» como contrapuesta a «aportación en goce», ya que, al no definir exactamente su significado, resulta equívoca. Las posibles clases de aportación a la sociedad quedan así condicionadas a los tipos de enajenación arrendaticia: cesión del contrato de arrendamiento, cesión de derechos arrendaticios y subarriendo; con distinta mecánica según se refiera a arrendamientos sometidos al régimen del Código civil o al de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Conforme a ella, se hace una extensa referencia a la protección que el artículo 73 supone para la estabilidad arrendaticia de la Empresa en el local de negocio, con los problemas que plantea su interpretación, solucionables si se considera que es la sociedad la titular de la Empresa y que es a través de la Empresa como se objetiva la «*affectio societatis*» que vincula recíprocamente a los socios.

El precedente conjunto de cuestiones da idea de la complejidad del estudio. A pesar de ello, López Jacoiste se acredita como expositor claro

y atrayente que, lejos de complicar innecesariamente las cuestiones, las plantea, delimita y resuelve con una claridad ejemplar, reduciendo las citas a lo indispensable y dando a todo su estudio un reflejo práctico muy acorde con su formación profesional, sin que pierda en ningún instante su nivel científico.

Todas estas condiciones quedan aún más de relieve en los capítulos dedicados a la que pudiéramos llamar fisiología de la aportación social del arrendamiento, que se estructura en tres capítulos a través de los que se plantean las vicisitudes de la aportación arrendaticia en las alteraciones de la sociedad, su suerte a la disolución de la misma, teniendo en cuenta los diferentes supuestos de atribución del arrendamiento y, finalmente, los problemas de contabilización y valoración del arrendamiento en el balance social.

La monografía de López Jacoiste supone una aportación seria a la bibliografía arrendaticia. El difícil tema acometido está tratado con una visión de síntesis que no abandona ninguno de los problemas concretos incluidos en él. La colección del Estudio General de Navarra que tan brillantemente comenzó, mantiene así su prestigioso nivel.

José María DESANTES

LUNA, Antonio de: «Moral profesional del abogado». Madrid, 1954.

Al término de su trabajo, declara el profesor Luna que su propósito fué preocupar a los demás. Yo creo firmemente que lo ha conseguido, y que en esto estriba la razón de su buen éxito.

Preocupar a los demás en materia de la que los profesionales han estado durante los últimos tiempos tan ignorantes y tan al margen, cuando no de espaldas casi en absoluto, es algo que—si en toda época hubiera sido servicio valioso—hoy viene a satisfacer, con la puntualización de criterios formadores de recta conciencia, el noble afán de quienes van escuchando que su trabajo profesional debe tener unos cauces y responder a un espíritu, si quieren cumplir la misión que les corresponde cara a Dios y cara a sus semejantes.

Lo que acabo de decir pudiera parecer paradoja, y no lo es. Ciertamente la ilustración sobre los deberes morales del abogado determina en éste un problema personal, y por eso se preocupa; pero es tan fecunda la preocupación—como lo es siempre para el cristiano la ley de la cruz—que encuentra en el esfuerzo necesario para caminar por esos estrechos cauces la íntima satisfacción de remontar su vuelo por las alturas: las del espíritu y las del trabajo mejor hecho, pues la perfección tiene también su ciento por uno, regalo divino a los que saben negarse en todo lo que no es éticamente lícito.

Quiero decir, además, antes de dar cuenta de su contenido, que el estudio del profesor Luna tiene gran interés, no sólo para los profesionales, sino incluso para los propios moralistas, en cuanto les ofrece, junto a una abundante y cuidadísima bibliografía, lo que ellos en ocasiones no encuen-

tran a su alcance: la riqueza inapreciable de la realidad, que nadie está en mejores condiciones de captar que el abogado en ejercicio activo.

Después de esclarecer la función social del abogado—que debe servir al Derecho y a la Justicia antes que al interés del cliente y al suyo propio— examina, como primer deber ético, el de la ciencia debida, es decir, la posesión de los suficientes conocimientos jurídicos, que no pueden ser suplidos con la influencia; y se extiende en considerar dónde termina la actividad lícita del abogado y dónde comienza la abusiva del político, así como dentro de qué límites puede estimarse permitida la propaganda del bufete.

Con gran detenimiento aborda la problemática que plantea el delicado punto de la aceptación de la causa, y pasa revista a diversos supuestos: causa penal, causa civil, leyes meramente penales, incompatibilidad personal del abogado respecto a una causa concreta, contratos de servicios incompatibles con la independencia del letrado y la defensa de los pobres.

Aceptada la causa, surgen nuevos deberes para el abogado: el correcto diagnóstico ante el cliente y la posibilidad y conveniencia de una transacción. Si la causa ha de seguir su curso, el letrado deberá ser diligente y emplear siempre en el desempeño de su función medios lícitos, debiendo distinguirse entre causas penales y civiles, ya que en las primeras es mayor la lentitud de los medios.

La aceptación de la causa impone también al abogado deberes en cuanto al abandono del patrocinio—que no es lícito sino con grave motivo, y que es obligado en ciertos casos—y en cuanto al secreto profesional, que sólo puede revelarse en el límite en que resulte necesario para evitar un mal proporcionalmente grave.

Dentro del estudio de los honorarios, se hace cargo del pacto de «*quota litis*», de la «*dicotomía*», de la provisión de fondos, del cobro anticipado y de la retención de documentos y negativa a conceder la *venia* a otro letrado como garantías del abono de honorarios.

La responsabilidad civil y el deber de restitución—tan severamente exigido por la Moral—cierran este precioso estudio, en el que se utilizan, entre otras muchas fuentes, el «*Código de Deontología Jurídica*» (1) y los «*Cánones de Ética Profesional*» de la «*American Bar Association*».

No quiero concluir esta reseña sin llamar la atención acerca del análisis verdaderamente sugestivo que el profesor Luna nos regala sobre las llamadas leyes «*mere poenales*». Su revisión crítica le lleva a rechazar tal doctrina, que, justificada en el siglo XIII en relación con las Constituciones de los Religiosos no lo está en la esfera de las leyes civiles, y con expresión gráfica llega a sostener que la moralidad pública de un país está en razón inversa de la intensidad con que en el mismo es mantenida la doctrina de tales leyes. Estimo como muy notable la aportación de Luna a la tesis antimerepenalista, que cada día cuenta con mayor número de partidarios.

A. de FUENMAYOR

(1) Elaborado en España por el Subsecretario Jurídico de Pax Romana y publicado por don Alejandro Martínez Gil (Madrid, 1954).

NADELMANN, Kurt H.: «Ignored State Interests: The Federal Government and International Efforts to Unify Rules of Private Law». Reprinted from U. P. G. R., vol. 102, núm. 3, junio 1954; págs. 323-366.

El artículo, ampliación de un informe leído ante la reunión anual del «American Branch of the International Law Association», examina la suerte de los intereses de los Estados federados cuando el Gobierno de los Estados Unidos participa en un ensayo de unificación de normas de Derecho privado, principalmente de las de Derecho internacional privado y del Derecho comercial.

La conclusión del autor es que no se apela al mecanismo del «Treaty making power» y que es preciso acudir a otros mecanismos.

La Historia, desde los esbozos de Asser para la Unión de La Haya y los del Gobierno peruano en el marco de la Unión panamericana, enseña que los Estados Unidos siempre alegaron la exclusiva jurisdicción de los distintos Estados dentro de la Unión, para negarse a participar en la obra de unificación internacional. La denegación de votar sobre el proyecto del Código Bustamante tuvo idéntica motivación. El tema no pertenece a la jurisdicción del Gobierno Federal y no cabe dentro del «Treaty making power», ya que este poder no abarca terrenos para los que no fué creado. No se consultan los Estados individuales, ya que no existe procedimiento con tal efecto.

Puesto que la unificación y coordinación de ciertas normas en el Derecho internacional privado y del Derecho comercial es aconsejable, es menester buscar una solución a la participación de los Estados individuales en la obra federal.

Sugiere el autor la consulta con el American Law Institute y la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws. Estas consultas podrían llegar a la creación de un Cuerpo consultivo, con composición adecuada para abarcar tanto el derecho federal como el derecho estatal y con la misión de ayudar a la rama ejecutiva del Gobierno Federal en su participación para la unificación del derecho.

Julián G. VERPLAETSE

SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «Las formalidades civiles del matrimonio canónico». Madrid, 1955. Editorial Revista de Derecho Privado, XXIII: 329 páginas.

El estudio de un tema fronterizo entre dos ordenamientos, o mejor, de un tema que constituye un fruto normativo originado por el contacto fecundo del Derecho de la Iglesia y del Estado, en institución tan importante y compleja cual es el matrimonio, exigía en el jurista que acometiera tan arriesgada labor un buen pertrecho de técnica, un exacto conocimiento del subsuelo teológico, una ponderación nada común para discernir lo civil y lo canónico y una puntual noticia de los numerosos supuestos que la práctica ofrece.

Sancho Rebullida ha hecho gala en la monografía que nos ocupa de poseer en grado notable todos esos dones. Su estudio—así lo esperamos atraerá la atención de nuestros juristas hacia el cultivo de otros temas casi olvidados, que aguardan el esfuerzo y la contribución de los que deben interesarse—en el campo del Derecho civil—por los problemas que plantea la presencia en el ordenamiento secular de criterios e, incluso, de instituciones de procedencia canónica.

Se abre el libro con la exposición de la doctrina católica sobre los derechos del Estado en la regulación del matrimonio entre bautizados. No pudiendo, en tal supuesto, separarse el matrimonio del sacramento, resulta indudable la competencia exclusiva de la Iglesia en cuanto se refiere a su validez y efectos civiles inseparables; pero compete al Estado cuanto mira a los efectos «mere civiles», y, por eso, puede ordenar la inscripción de los matrimonios canónicos en sus libros del Registro civil.

Al ocuparse del origen de las formalidades civiles del matrimonio canónico —la reacción contra la secularización del matrimonio y la organización estatal de los Registros del estado civil—, explica Sancho con agudeza el hecho histórico de que los católicos viesen en principio con recelo el sistema de formalidades civiles, y lo apreciaran como intromisión y regalismo, cuando, en rigor, nada puede objetársele dogmáticamente, según se advierte, por contraste, en los documentos de los teólogos y Pontífices de la época, es decir, de los representantes de la buena doctrina.

Tras un amplio recorrido del Derecho comparado, estudia en un tercer capítulo la génesis y vicisitudes—hasta llegar al Concordato de 1953—de las formalidades civiles en España, con una noticia muy detenida del debate en las Cámaras legislativas en torno al Proyecto de Código civil, que tanta luz arroja sobre el sistema. Y es también digno de nota la referencia que hace a las numerosísimas disposiciones civiles sobre la materia, que luego recogerá más ampliamente al abordar los problemas concretos a lo largo de su trabajo.

Termina la parte primera con un examen de las características generales del sistema español —que en su conjunto estima aceptable—, rechazando de plano que pueda hablarse entre nosotros de «matrimonio concordatorio», junto al civil y canónico, y sostiene, con buen criterio, que sólo cabe distinguir entre matrimonios canónicos inscritos y no inscritos.

La segunda parte se ocupa de la forma matrimonial normal, y en sucesivos capítulos se estudian, con gran detenimiento, las formalidades civiles anteriores (el aviso al Juzgado municipal y el recibo del aviso) y simultáneas a la celebración (la asistencia del juez municipal o de su delegado; la asistencia, en su caso, de los testigos, y el acta civil del matrimonio canónico), así como la trascendencia del incumplimiento de unas y otras formalidades.

Gran extensión dedica a los distintos aspectos de la inscripción en el Registro civil, y se comprende, toda vez que—como él mismo observa—es ésta la más importante de todas las formalidades, y, en cierto sentido, la única, puesto que solamente en función de ella existen las demás.

Seguirle en tal materia sobrepasa lo que la extensión de una simple nota

consiente (1). Pero si quiero señalar su tesis, brillantemente expuesta, de que la inscripción es o constituye un título declarativo de estado, y su acertada terminología al distinguir, después del Concordato, entre la «transcripción supletoria» y la «transcripción tardía», según que se realice dentro de los cinco días siguientes a la celebración del matrimonio o con posterioridad a los mismos.

Examinadas muy prolijamente las variadísimas cuestiones que ofrece la inscripción, reserva para la tercera y última parte del libro el estudio de las especialidades en la forma matrimonial normal y formas especiales. Entre las primeras comprende el matrimonio condicionado, el celebrado por poder y mediante intérprete, el de españoles en el extranjero y el contraído en virtud del Privilegio Paulino. Entre las formas especiales hace figurar el matrimonio secreto de conciencia, el contraído «in articulo mortis» y el celebrado sin asistencia de sacerdote.

Finalmente, y por vía de apéndice, se hace cargo muy oportunamente de una serie de cuestiones de Derecho transitorio, siendo valiosas en especial sus observaciones en torno a la posible inscripción del matrimonio canónico celebrado entre contrayentes, uno de los cuales se halla ligado con distinta persona por haber intentado matrimonio civil vigente la legislación que lo permitía.

A. de FUENMAYOR

SCHMITTHOFF, Clive M.: «The English Conflicts of Laws». Tercera edición. London, Stevens, 1954, XLIII; 514 pgs.

La tercera edición del célebre «Manual» del profesor Schmitthoff no es una mera reedición de las anteriores. No sólo ha vuelto a examinar el autor los fundamentos jurídicos de su obra, escrito de nuevo ciertas partes y acortado la parte teórica, sino que se han añadido varios temas nuevos, como las colisiones de coches en el extranjero, la adopción, los actos ilícitos cometidos por o en aeronaves, la prueba en el extranjero y la ejecución de laudos extranjeros.

Las características de la obra son las siguientes:

1.ª El tono moderno. La exposición no se adentra en la historia, sino que se enfrenta resueltamente con la actualidad, sus nuevos problemas y su nueva técnica.

2.ª El autor mantiene la doctrina, algo desacreditada en su forma general, de los «vested rights» y reviste sus preceptos de traje nuevo, perfilando, asimismo, su estructura en forma original.

(1) Quiero dejar constancia de mi gratitud al autor por haber recogido, a última hora cuando ya tenía su trabajo en pruebas de imprenta—algunas afirmaciones de un pequeño y reciente estudio mío sobre «Inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil» (ANUARIO VII, págs. 61 y s.), para subrayar tan sólo las discrepancias.

No queriendo dilatar esta nota, reservo para otra oportunidad el volver sobre tales extremos. La casi simultaneidad en la publicación de ambos trabajos, me autoriza a formular simplemente la promesa de una réplica, que exige de mi parte cierto margen para la reflexión personal.

3.ª Al igual que en las ediciones anteriores, no se limita el autor a la exposición del Derecho inglés, sino que saca a colación, una y otra vez, la jurisprudencia y la doctrina de otros sistemas del conflicto de leyes.

4.ª No se olvida de las novísimas aportaciones, día tras día más frecuentes, del derecho convencional internacional. Ni aun omite los proyectos de codificación de las normas de conflicto como el del Benelux o las propuestas de la Séptima Conferencia de la Unión de La Haya.

5.ª La edición refundida muestra las mismas calidades que las anteriores: claridad, concisión, exactitud.

En el curso de la lectura también hemos apuntado algunas deficiencias:

1.ª Notamos una tendencia a explicar las posiciones de manera demasiado dogmática. Es cierto que Niboyet, en la última versión de su pensamiento, se fija en el dogmatismo, delineado por el autor en la página 10. Pero no nos parece que el territorialismo de Niboyet coincida con la posición territorialista de la jurisprudencia anglo-sajona, en que se inspiró Niboyet, porque pierde su esencia al verse en dogmatismo. Igualmente parece que el autor desprende demasiado dogma de la posición de los clásicos holandeses, que, por cierto, moldearon la figura internacional de los conflictos de leyes y fueron los primeros en asentar sus fundamentos, pero no llegaron a una doctrina monolítica.

2.ª A nuestro modo de ver la materia de los actos ilícitos por y en aeronaves, no resulta lo bastante completa. Sólo trata la materia de manera escueta, sin referencia suficiente a las decisiones de las tertulias internacionales, a los resultados de los convenios internacionales y a las enseñanzas del derecho comparado. En vista de la extensión y del creciente interés de la materia se podía esperar un trato más amplio del sector, aun cuando se reconozca que los Tratados generales de Derecho Internacional Privado sólo pueden escoger algunos temas de la práctica para su elucianción y aplicación.

La obra del profesor Schmitthoff constituye, indudablemente, una de las aportaciones mayores al Derecho Internacional Privado de las últimas décadas. Menos sistemática que la obra de Dicey (incluso en su modificada y revigorizada versión de la edición sexta), menos comparativa que la de M. Wolff, en su *Private International Law*, su esfuerzo se asemeja al del profesor Graveson en Inglaterra, o al de Goodrich y de Stumberg en los Estados Unidos. Busca y logra encontrar lo esencial. Tiene la ventaja de no cerrar los ojos al derecho comparado e internacional. Tal vez, para destacar su nota particular, sería de desear una extensión del material de derecho comparado, aun cuando fuera únicamente en notas y con fines de contraste frente al *Common Law*. Así tendría la obra su lugar específico y llenaría una laguna en la literatura inglesa. Concedido el punto de salida comparatista de M. Wolff, queda un sitio para una exposición que tenga el *Common Law* como punto de salida, pero aduce el ángulo comparatista para mayor claridad de la práctica anglosajona.

SOLA CAÑIZARES, Felipe de: «Iniciación al Derecho comparado». Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, 1954; 330 págs.

En 1953 publicaba la editorial de la Revista de Derecho Privado la traducción española del *Tratado de Derecho Civil Comparado*, del profesor René David, elogiosamente recensionada en este ANUARIO por sus méritos intrínsecos (1). En 1954, y con prólogo del propio R. David, el recién creado Instituto de Derecho Comparado de Barcelona nos ofrece, con las primicias de su labor editorial, la presente obra, debida a la pluma de quien, en el plano internacional, ha podido ser llamado «apóstol del Derecho comparado». No cabe duda de que los estudios de esta clase presentan en nuestra Patria un esperanzado porvenir.

En el título, y a lo largo del texto, resplandece el carácter elemental de la obra, que es de «iniciación», y está dirigida a los estudiantes que hacen sus primeras armas en el Derecho comparado. Desde esta perspectiva, nos parece que la obra cumple su finalidad.

Se nos ofrece primeramente una amplia y documentada bibliografía del Derecho comparado, tanto de tipo general como especializado, en castellano, francés, italiano, portugués, alemán e inglés, fundamentalmente, muy completa y exhaustiva, rigurosamente al día, que revela en su autor una puntual y cuidadosa información. En nada desmerece lo dicho el que en alguno de los apartados no sea tan numerosa, y que en otros la rúbrica no parezca totalmente adecuada (cfr., por ej., el apartado XIV. «Derecho Comparado y Religión»).

En segundo lugar se expone la historia del Derecho comparado: para el autor son tres las etapas fundamentales: 1.ª) La de los «precursores», que comprende desde las primeras actividades conocidas hasta Montesquieu y Feuerbach: es una etapa que carece de unidad de técnica y concepción.

2.ª) El siglo XIX contempla la intensa actividad de los «iniciadores», que en Europa y en América crean el ambiente para el gran Congreso de 1900.

3.ª) Con el Congreso Internacional de Derecho Comparado de París, celebrado en 1900, comienza la etapa de los «comparatistas» propiamente dichos, brillando los nombres de Saleilles, Lambert, Pollock, Kohler, Rabel y Gutteridge; la semilla fructifica espléndidamente, en instituciones y hombres, hasta haber llegado, en la actualidad, a constituir una rama de la actividad desarrollada por la U. N. E. S. C. O.

De verdadero interés es el capítulo III, dedicado a exponer las nociones y aplicaciones del Derecho comparado. La noción que da el autor es la siguiente: el Derecho comparado consiste en la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos, de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos. En ello coincide con René David, pero discrepa de él al concebir el Derecho comparado como verdadera ciencia (pág. 100). En la exposición de las aplicaciones sigue sustancialmente al autor citado.

(1) Cfr. C. MELÓN, ADC, VI-L,º, pág. 212, que la juzga así: "Excelente. Constituye una decisiva aportación e insustituible guía para la iniciación al Derecho Comparado".

Una serie de consejos útiles para los estudiantes que comienzan se contienen en el capítulo IV; mientras que en el V aboga por la creación de cátedras de Derecho Comparado en las Facultades universitarias.

Al exponer los diferentes sistemas jurídicos, susceptibles de comparación, discrepa de R. David en el sentido de preferir la denominación de «derecho romanista» al grupo por aquel autor calificado de «derecho francés». También es de notar—y de elogiar—la importancia concedida a los derechos iberoamericanos, de los que se ofrece una nutrida bibliografía.

Resumen: Una obra de fácil lectura, al alcance de todos, y que cumple satisfactoriamente su elemental misión de iniciación.

No podemos, no obstante lo dicho, concluir esta reseña sin algunas acotaciones que juzgamos imprescindibles. Entre nosotros—como ha escrito Hernández Gil (2)—no se trata de suscitar la convicción de las ventajas del Derecho Comparado; de eso estamos convencidos. *Lo que importa es reducirle a sus justos límites*, no sea que llegue a entorpecer la necesaria atención que demanda en sí mismo el Derecho propio.

No oculta Solá Cañizares su admiración por el Derecho anglosajón, que considera como meta de la labor comparativa. Sin negar la conveniencia y posible utilidad de tal comparación, no cabe olvidar que hoy es muy controvertida la pretendida bondad de aquel sistema jurídico (3).

De menor entidad son los reparos en orden a la gran cantidad de erratas no salvadas, que se han deslizado en la obra, no ya sólo en los títulos de obras extranjeras, sino en los nombres españoles: debidas, sin duda, a una apresurada publicación.

Gabriel GARCIA CANTERO

SOLA CAÑIZARES, Felipe de: «El contrato de participación en el Derecho español y en el Derecho comparado». Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954; 166 págs.

La presente obra—que creemos constituyó la tesis doctoral del autor en la Universidad de Madrid—representa un ejemplo práctico de cómo entiende Solá Cañizares la aplicación del método comparativo, tal como lo ha expuesto en su reciente libro «Iniciación al Derecho comparado» (Barcelona, 1954), cuya recensión se hace en este mismo ANUARIO.

Desde el mencionado punto de vista, el estudio resulta impecable y de subido interés para los mercantilistas y para los privatistas, en general. Pues se nos ofrece la regulación legal de la cuenta en participación en Francia, Alemania, Uruguay, Colombia, Venezuela, Ecuador, Guatemala, Italia, Bélgica, Argentina, Brasil, Méjico y Chile. Además se estudia con detenimiento la cuenta en participación en el Derecho español, y se realiza

(2) Prólogo al Tratado de Derecho Civil Comparado de René David, cit. pág. XXIV.

(3) Recientemente ha expresado ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, su persuasión de que “en definitiva el sistema de la “civil law” acabará por triunfar en toda la línea sobre el de la “common law”, dada su indiscutible superioridad técnica, reconocida inclusive por expositores anglosajones” (Prólogo a la obra de ROBERTO MOLINA PASQUEL, *Contempt of Court*, Fondo de Cultura Económica, México, 1954, pág. 9).

una síntesis comparativa entre las diversas legislaciones analizadas, exponiendo sus caracteres comunes y aquellos en que se diferencian. Todo ello muy claro. A veces no totalmente convincente; como cuando sostiene el autor que la cuenta en participación, en el Derecho español, tiene el carácter de sociedad, pues estimamos de más peso los argumentos de Langie en sentido opuesto.

Gabriel GARCIA CANTERG

SOTO NIETO, Francisco: «Arrendamientos rústicos protegidos». Editorial Marfil, Alcey, 1955; 573 págs.

Henos aquí ante uno de los primeros comentarios serios de la Ley de 15 de julio de 1954; Ley cuya importancia se destacó ya en este ANUARIO, tanto por lo que representa de desarrollo de los principios programáticos del nuevo Estado, como por el importante número de contratos a que afecta (1).

El señor Soto Nieto, juez municipal y de Primera Instancia y autor de diversos trabajos sobre arrendamientos rústicos, nos ofrece un logrado estudio acerca del arrendamiento protegido, que ha de figurar por derecho propio en la biblioteca de todo profesional. La interpretación de las nuevas normas—labor siempre ardua—está hecha con buen sentido, y la documentación utilizada para lo que bien puede llamarse historia del arrendamiento protegido, es muy completa.

La primera parte del libro (160 págs.) contiene la múltiple legislación vigente, tanto sustantiva como fiscal, cuya complejidad está clamando por una refundición y revisión, lo mismo en su aspecto material que procesal.

La segunda parte (págs. 165-542) comprende el cuerpo de comentarios, realizados, no artículo por artículo, sino de un modo sistemático. Se distribuyen en once capítulos. El primero trata de la razón de ser del arrendamiento protegido, que, a su juicio, está en la modestia y pequeña capacidad del colono, en la dedicación personal y permanente que consagra a la tierra y en la colaboración fundamental y casi exclusivamente personal de que se vale. El capítulo segundo está dedicado a analizar detenidamente el concepto de cultivo directo y personal que aparece consignado en el párrafo 2.º, artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942 (2). El capítulo tercero es un estudio muy completo sobre la renta en los contratos de arrendamientos rústicos, protegidos o no, tanto de los anteriores a la publicación de la Ley de 23 de julio de 1942, como de los posteriores: mientras que en el capítulo cuarto se ocupa el autor específicamente de la renta en los arrendamientos protegidos, que, como se sabe, no debe exceder de 40 quintales métricos, exigencia que le parece excesivamente rígida, propugnando un sistema «más razonable, flexible y realista» con

(1) Cfr. IGNACIO SERRANO, *Estudio legislativo sobre la "Ley de 15 de julio de 1954, sobre regulación de los arrendamientos rústicos protegidos por la ley de mayo de 1948"*. ADC, VII-3.º, págs. 809 y 815.

(2) Cfr. El trabajo de FERRÁN POCH, en ADC, III-3.º

amplio arbitrio judicial (pág. 249). El capítulo quinto trata de la interesante institución de la sucesión en el arrendamiento, regulado en el artículo 4.º, párrafo tercero de la Ley de 1942, distinguiendo los supuestos de designación testamentaria por el arrendatario, de designación por los familiares cooperadores, y de designación por el arrendador en último término. La duración y prórrogas de los arrendamientos protegidos, en relación principalmente con la nueva ley de 1954, es materia del capítulo sexto, y aquí el autor niega que esta protección legislativa, manifestada en las sucesivas prórrogas, haya desnaturalizado el arrendamiento hasta «darle un cariz de censo en enfiteútico» (pág. 307). De las excepciones a la prórroga de los arrendamientos protegidos, tratan los capítulos séptimo y octavo, destacando el estudio pormenorizado de los supuestos de arrendamientos otorgados por el usufructuario, heredero fiduciario y administrador judicial, así como del desahucio para cultivo directo y personal. Especial atención dedica el autor al llamado derecho de acceso del colono a la tierra, tratado extensamente en el capítulo noveno (págs. 417-419); en relación con su naturaleza, se ocupa de las analogías y diferencias que presenta con la expropiación forzosa, con el derecho de opción y con el retracto legal, llegando a la conclusión de que se trata de «un derecho nuevo, de difícil adscripción a los tipos conocidos» (pág. 417). El capítulo décimo trata del enervamiento por el arrendador de este derecho de acceso a la propiedad. El capítulo once se ocupa de la renunciabilidad de derechos en la legislación arrendaticia rústica en general, y en la Ley de 1954 en particular. Cierra la obra una última parte (págs. 545-561) dedicada a formularios.

Gabriel GARCIA CANTERO

VERPLAETSE, Julián G.: «Derecho Internacional Privado». Madrid, Estada, Artes Gráficas, 1954; IX-743 págs.

La producción española en materia de Derecho Internacional Privado es escasa. Salvo raras excepciones, las obras existentes nacen ya con una finalidad limitada y una humilde aspiración. Están escritas pensando en Programas de Oposiciones o en Cuestionarios de Facultades y no persiguen otro objeto que el dar «mera y estricta contestación» a las preguntas propuestas en los programas respectivos. Teniendo en cuenta esta circunstancia, nada tiene de extraño el que en España, país de rancia solera en los estudios de Derecho Internacional Público, no contemos todavía con un «tratado clásico» de Derecho Internacional Privado. En este sentido, la obra del doctor Verplaetse, aun sin desvincularse de los temarios corrientes («... por ser éstos la expresión de la larga experiencia y de la gran autoridad de sus autores...»), constituye una muy importante aportación cuya significación científica y práctica puede ser y es, sin duda, de mucho mayor alcance que el que su autor le atribuye humildemente en el Prólogo. Estamos ante una obra muy seriamente elaborada, y de la cual vamos a destacar los aspectos esenciales, ya que la obligada brevedad de esta nota nos impide examinar con detalle el amplísimo y com-

plejo contenido del «Derecho Internacional Privado» de Verplaetse. En este ligero examen seguiremos el orden de las tres partes en que está dividida la obra.

En la primera parte («Fundamentación») estudia la que llama «fundamentación» del Derecho Internacional Privado desde el punto de vista ontológico, jurisprudencial, doctrinal y legislativo. Comienza haciendo un bosquejo de las definiciones de la disciplina, para describir a continuación su contenido según las diversas concepciones y encontrar su base en las necesidades prácticas. Alude luego a las Fuentes en el ámbito interno e internacional. La Historia del Derecho Internacional Privado es estudiada desde un doble punto de vista: práctico o casuístico (fundamentación jurisprudencial) y teórico o doctrinal (fundamentación doctrinal). En el primer aspecto divide la evolución en cuatro fases: prehistoria, orígenes, escuela neerlandesa-anglosajona y jurisprudencia. En el segundo, el autor nos ofrece una breve pero certera visión de la progresiva teorización del Derecho Internacional Privado; estudia paralelamente el fenómeno en Europa y en los países anglosajones. En la actual elaboración del Derecho Internacional Privado, Verplaetse propugna una revisión de los conceptos clásicos en base a la nueva realidad universal originada a raíz de la Segunda Guerra Mundial. Termina la primera parte con una referencia a las diversas plasmaciones en que ha cristalizado el Derecho Internacional en los distintos países.

La segunda parte de la obra («Técnica») es, sin duda, la más interesante de las tres, pues en ella no sólo se examinan los que podríamos llamar conceptos básicos del Derecho Internacional Privado, sino que, además, se nos ofrece de ellos un amplio y puntual desarrollo en el que su autor hace gala de una envidiable profundidad de conocimientos y de una serena y objetiva apreciación de las instituciones. Inicia el estudio de esta segunda parte con el análisis de los «Puntos de conexión». Indicando cómo su formulación clave se encuentra en la doctrina alemana. Dentro de estos criterios a que se acude para determinar la norma aplicable en la respectiva relación jurídica, estudia, en este sentido, la misión del territorio, de la autonomía de la voluntad, de las normas incompletas y ambivalentes y de la conexión regional (de tan enorme importancia en España y en países de estructura federal). Sigue después, en título aparte, un minucioso análisis de todo lo relativo a Nacionalidad y Extranjería, dividido en seis capítulos. En ningún caso el abrumador casuismo oscurece la claridad y línea directriz del sistema.

Constituye el Título III de esta segunda parte los «Parámetros Técnicos», bajo cuya denominación se estudian y someten a análisis científico las cuatro grandes categorías fundamentales que estorban el funcionamiento de las normas básicas del Derecho Internacional Privado y que tienen como característica común el constituir una limitación o una negación de la importancia del Derecho Extranjero en el país del foro. Estas categorías son: calificación, reenvío, orden público internacional, fraude. A estas categorías fundamentales añade el autor el estudio de la «cuestión incidental» íntimamente ligada al reenvío y a la calificación, el de la reciprocidad, el del Derecho Intemporal y el estudio de la

valoración del Derecho Extranjero aplicado. A cada una de estas materias dedica un capítulo, en el cual se mantiene una separación, conveniente en teoría y útil en la práctica, entre el planteamiento técnico de la cuestión y su respectiva proyección en la legislación española. El desarrollo que se da a estos «Parámetros Técnicos» sería por sí solo suficiente para hacer del libro de Verplaetse una obra de gran valor e interés. Pero, sobre todo, queremos destacar el estudio que se hace de los conflictos de calificaciones y de la espinosa cuestión del fraude a la Ley, con perfecto deslinde de los aspectos interno e internacional del problema.

La tercera parte («Práctica») viene a constituir, en términos generales, lo que, con bastante convencionalismo por cierto, solemos llamar Parte Especial del Derecho Internacional Privado. El autor, con gran acierto, ha prescindido de esta viciosa terminología. Sucesivamente, y bajo el prisma común del aspecto internacional, se va haciendo referencia al Derecho Civil, al Derecho Mercantil, al Derecho Marítimo, al Derecho Aéreo, al Derecho Procesal y, comprendidos en el epígrafe común de «Derecho Internacional Indirecto», al Derecho Rituario, al Derecho Fiscal y al Derecho Penal.

La obra va cerrada con unos anexos que facilitan su manejo y que contiene: abreviaturas, textos legales e índices de jurisprudencia y de materias.

No vacilamos en afirmar que con el libro del doctor Verplaetse el Derecho Internacional Privado español ha recibido una notable y muy necesaria aportación, tanto en el aspecto doctrinal como en el puramente práctico. Se trata de una obra cuyo autor se muestra como poseedor de una extensísima cultura jurídica, que en todo momento ha puesto al servicio de su trabajo. Un ejemplo basta: la continua comparación y sutil contraste que reiteradamente se nos ofrece de las doctrinas continentales y de las anglosajonas. El autor posee el infrecuente dominio de ambas técnicas jurídicas y ha sabido obtener de él los provechosos frutos de que en su libro nos hace partícipes. Además, el Derecho Internacional Privado de Verplaetse es una obra clara, profunda y sistemática, escrita con un riguroso criterio científico y que, ello no obstante, está siempre al alcance del práctico que acuda a ella con la sola finalidad de encontrar «su caso» y sin ninguna aspiración técnica.

El autor nos ofrece en todo momento una abundante información doctrinal, tamizada a través de una certera selección de criterios y acompañada de una puntual y completísima bibliografía. Es cierto que en el libro pueden anotarse algunas irregularidades terminológicas; es cierto también que algunas afirmaciones en él contenidas serían discutibles. Pero éstos y algunos otros pequeños reparos, en nada oscurecen ni empañan el decisivo valor de la obra del doctor Verplaetse que, en su conjunto y en las cuestiones de detalle, puede calificarse de espléndido y completísimo Manual de Derecho Internacional Privado.

Carlos MELON INFANTE

Del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

APTALION, R. y VILANOVA, José: «*Las fuentes del Derecho*». L. 18 marzo 1955; páginas 1-5.

El estudio se reduce al sentido de la palabra "fuente" cuando se aplica al Derecho. Concluye que fuentes del Derecho son los hechos que denotan la existencia de sentidos generales en el seno de la comunidad. Junto a ella, "fuentes de conocimiento" son los medios materiales de que nos valemos para ponernos en contacto con aquéllos.

ALCALÁ ZAMORA y TORRES, Niceto: «*En torno a la noción del Derecho*». RJP. Año V. núm. 2: págs. 116-149.

Conjunto de problemas que engloba la noción de Derecho: valor de las normas, la coacción, igualdad y desigualdad, Derecho y Moral, necesidad y voluntad en las diversas ramas del Derecho para terminar con una serie de nociones del Derecho.

BARANDIARÁN, José León: «*El movimiento jurídico europeo*». RJP. Año V, número 1: págs. 1-13.

Como reacción al normativismo excesivo se observa en Europa una clara tendencia hacia el realismo jurisprudencial, aunque bajo diferentes nombres: jurisprudencia de intereses, derecho viviente y decisionismo jurídico.

BARANDIARÁN, José León: «*Semblanza del doctor Manuel Augusto Olaechea*». RPL. Año XLI, núm. 2: págs. 203-216.

Transcribe el discurso pronunciado por el autor en el acto homenaje del Colegio de Abogados de Lima a este jurista peruano.

CASTILLO, Juan Lino: «*Autonomía del Derecho tributario*». RPL. Año XLI, número 2: págs. 267-272.

Define la separación del Derecho tributario de la sistemática y de las leyes administrativas, y propone la redacción de un Código tributario.

(*) Vid. Clave de Abreviaturas en Tomo VIII, Fascículo 1, págs. 231-252.

CASTRO SILVA, José Vicente. «América y Francisco de Vitoria». RCM, número 436, marzo 1955; págs. 22-32.

Precisiones en torno a algunos conceptos jurídicos y terminológicos de las Relecciones del dominico español.

CRESPO ROMEU, Rafael: «La escuela del Derecho libre». RCDI, marzo-abril 1955; págs. 184-197.

Consideraciones en favor de la jurisprudencia con valor de fuente del Derecho.

CUSIMANO, Franco Antonio: «Gli rapporti fra carità e giustizia». IR, Año VII, núm. 6; págs. 357-367.

La caridad y la justicia son aspectos de la perfección espiritual de la persona en su búsqueda de Dios. La caridad no es mera espontaneidad, sino ley; la justicia no es coacción, sino amor.

FERRERO, Raúl: «El Estado de Derecho». RJP, Año V, núm. 1; págs. 34-46

Teóricamente el Estado de Derecho se da en cuanto se afirma la superioridad del Derecho frente al Estado, pero esto supone la exigencia previa de una idea de justicia o Derecho natural.

FUENTESSECA, Pablo: «Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho Romano». RDN, núm. 7, enero-marzo 1955; págs. 183-207.

Comienza refiriéndose a la llamada "crisis del Derecho romano" y a la doble crisis de sus estudios, para referirse después a las orientaciones actuales en el pensamiento romanístico y afirmar que el cultivo científico del Derecho romano se halla actualmente en una de las etapas de mayor actividad y que es de esperar su continuación, dada la inagotable cantera de las fuentes.

GALÁN, Eustaquio: «Los tipos fundamentales del pensamiento jurídico a la luz de la *apevpenneis philosophia*». RGLJ, marzo 1955; págs. 249-296.

Consideraciones sobre el normativismo, decisionismo y ordinalismo en el pensamiento de Carl Schmitt y en una posición crítica como tipos del pensamiento jurídico a la luz de la doctrina escolástica se reducen a intelectualismo y voluntarismo.

GOLDSCHNÜDT, W.: «*El problema de la forma en el Derecho internacional privado argentino*. RJP. Año V, núm. 2; págs. 103-111

Estado de la legislación argentina en los diferentes supuestos y situación convencional según los Tratados de Montevideo.

GROSSO, Giuseppe: «*Il valore della legalità*». NRD, vol. VII, fascículo 10-12. 1954; págs. 320-326.

Reproducción del texto de una conferencia del autor en la que se defiende que la legalidad como valor debe colocarse en la justa medida entre los valores de la sociedad y de la vida.

LABARTHE, Manuel: *Manuel Toribio Ureta, su vida y su obra*. RFL, año XLI, núm. 2; págs. 234-266.

Conferencia en el Paraninfo de la Universidad de Arequipa en el homenaje a este ilustre jurista peruano.

MODESTO VILLAVICENCIO, Uceta: *La formación espiritual del jurista*. RJP., Año V, núm. III, julio-septiembre 1954. págs. 206-228.

Se propugna una profunda educación del jurista. Divídese el trabajo en tres apartados: Destino social del jurista, preparación cultural del jurista, conducta del jurista.

MOSSA, Lorenzo: «*Il punto critico della giurisprudenza*». NRD. Vol. VII, fascículo 10-12, 1954. págs. 299-302.

Recordando ideas de Wüstendörfer, Mossa manifiesta que la jurisprudencia, sin desplazar a la Ciencia jurídica, debe colaborar con ésta en el progreso jurídico y en la adaptación de la norma de la nueva realidad.

PIO XII: «*Discurso de su Santidad Pio XII en el VI Congreso de la Unión de Juristas católicos*», RJC, año LIV, vol. LXXXII, núm. 2, marzo-abril 1955, págs. 99-112.

↖ Reproducción del discurso de Su Santidad, pronunciado el día 5 de diciembre de 1954, en traducción anotada de Delfín Escolá.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *El abuso del Derecho en la Historia y en la Legislación comparada*. RCDI., marzo-abril 1955, págs. 129-153.

Trata de los derechos romano, intermedio canónico, musulmán, francés, alemán, suizo, italiano, ruso, polaco, mejicano, uruguayo, panameño y anglosajón.

SARMIENTO, Luis Alberto: «*La enseñanza de las Ciencias sociales en Colombia*». RCM. núm. 436, marzo 1955; págs. 87-102.

Estudia la historia y la organización actual de la enseñanza en las materias comprendidas en la vasta denominación de Ciencias sociales, entre ellas, el Derecho, tanto en la Universidad como en otras instituciones extrauniversitarias.

TUNC, André: «*L'unificazione interna del diritto privato*». NRD. vol. VII, fascículo 10-12, 1954; págs. 338-347.

Arraucando de la dependencia del Derecho comercial con respecto al civil, alude a la posible unificación interna del Derecho privado sobre la base de considerar el Derecho mercantil como Derecho de las empresas comerciales, como Derecho de los comerciantes y como Derecho de los actos de comercio.

2. Derecho de la persona

ANDRIOLI, Virgilio: «*La tutela giurisdizionale dei diritti nella costituzione della Repubblica Italiana*». NRD. vol. VII, fascículo 10-12, 1954; páginas 312-320.

En el discurso de apertura del curso 1954-55, en la Universidad de Pisa, el autor examina la protección jurisdiccional de los derechos tal como aparece en la Constitución de 1048, advirtiendo mejoras con relación al Estatuto albertino.

EHRHARDT, H.: «*Zur Problematik der Freiheitsentziehung bei Psychischkranken*». NJW. año 7. cuaderno 47, 26 noviembre 1954; págs. 1751-1753.

Con motivo de la preparación de una Ley sobre procedimiento judicial de privación de libertad de los enfermos mentales, hace el autor algunas consideraciones sobre el particular.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: «*Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*». AUM. Vol. XIII, núm. 1. Curso 1954-55; págs. 9-59.

En la autonomía de la voluntad privada, tal como la formula el Código Napoleón, se señalan como límites el orden público y las buenas costumbres. El profesor Espín estudia estas nociones y su valor actual. Refiere su trabajo al Derecho francés y al Derecho italiano. Se trata del discurso de apertura del curso 1954-55 en la Universidad de Murcia.

FREUDLING, Fritz: «*Rechtsfragen zu art. 132. Abs. 2 und 3. GG (Reichsermögen)*». NJW. Año 7. cuaderno 48, 3 diciembre 1954; págs. 1785-1788.

El artículo 132 de la Ley fundamental de Bonn prevé el paso del antiguo patrimonio del Reich a la República Federal y a los Länder. Examen de ciertas cuestiones surgidas del precepto.

MENDILAHARZU, Eduardo F.: «*Seudónimo y «nombre de arte» o «nombre de batalla»*. L. 12 febrero 1955; págs. 1-2.

Propone una modificación al anteproyecto de reforma del C. c. consistente en dar al nombre de arte la misma tutela que nombre propio, siempre que individualice inequívocamente a la persona que lo emplea.

ORGAZ, Alfredo: «*Voluntad, responsabilidad, nulidad*». L. tomo 78. 1 abril 1955; págs. 1-3.

Breves sugerencias sobre la voluntad como presupuesto de la responsabilidad civil y penal en la legislación argentina. Alusión a la falta de algunos de los elementos de la voluntad (discernimiento, intención y libertad) y su efecto de posible nulidad del acto.

VIDAL RODRÍGUEZ, José: «*El Registrador Civil y su responsabilidad*». BI. Año IX, núm. 300, 25 abril 1955; págs. 3-7.

Alude primero al "Registrador" en sí y a su función, y luego a su posible responsabilidad penal, civil, disciplinaria y fiscal.

3. Derechos reales.

ALMEIDA GARRET, J. B. da Silva Leitao: «*Propriedade literaria*». JF. Núm. 109, octubre-diciembre 1954; págs. 266-275.

Como homenaje en el centenario de su muerte a este gran polígrafo portugués, se inserta el discurso de presentación a la Cámara de Diputados de la Ley de Propiedad intelectual portuguesa, pronunciado el día 18 de mayo de 1839.

ANDRIOLI, Virgilio: «*Note sull'assegnazione di terre per l'attuazione della riforma fondiaria*». DG. Año 70, serie III; año XI, núm. 1. Enero-febrero 1955; págs. 1-19

Con respecto a las Leyes italianas en general y con respecto a las Leyes sicilianas, estudia el autor una de las fases para la realización de la "reforma fondiaria": la asignación de las tierras expropiadas a los trabajadores manuales de ellas. El problema se estudia estructural y funcionalmente.

ARTEAGA, Juan José: «*Unificación de los privilegios*». BFD. Año XVIII, números 3 y 4, julio-diciembre 1954; págs. 453-483.

Continuación del estudio sobre el Proyecto de Ley de Bancarrotas del Poder Ejecutivo (vid. cap. I, BFD, enero-junio 1954, págs. 77-114).

En los capítulos II, III y IV se alude por el autor al sistema del Código civil y de la Ley de Quiebras argentina sobre los privilegios, sus consecuencias y problemas y se estudia el privilegio del vendedor de cosa mueble.

CASTRO PÉREZ, Bernardo Francisco: «*Adquisición por usucapión de las servidumbres de paso*». FG. Año XII, núm. 95, septiembre-octubre 1954: páginas 441-460; y núm. 96, noviembre-diciembre 1954: págs. 527-544.

Después de un breve estudio de los antecedentes históricos, va estudiando los diferentes elementos y condiciones legales para que proceda la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas de paso.

COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA: «*Propiedad horizontal: sus fórmulas*». RDN. Núm. 7, enero-marzo 1955: págs. 211-231.

Colección de formularios referentes a la vida jurídica de la propiedad horizontal, seleccionados por el Colegio Notarial de Barcelona. Inserción de un Reglamento sobre propiedad horizontal.

DITTS, Wilhelm: «*Grenzen der Anwendbarkeit von Servitutem*». NJW. Año 7, cuaderno 49, 3 diciembre 1954: págs. 1825-1829.

En base a las disposiciones del BGB y de una importante serie de Leyes especiales y territoriales, analiza el autor ciertos límites que han de presidir en todo momento la constitución y aplicación de las servidumbres prediales y personales.

FANTETTI, Elena: «*In tema di costituzione della servitu di funicolare aerea e di risoluzione per inadempimento del contratto costitutivo di servitu coattiva*». DG. Marzo-abril 1955: págs. 134-136.

Para la constitución de una servidumbre forzosa no basta un acto administrativo, hay que solicitarla del juez invocando el precepto legal que la impone. Por otra parte, es inadmisibles una demanda de extinción por el incumplimiento de las obligaciones del propietario del predio dominante.

FISCHER, Josef: «*Rechtsschutzbedürfnis für die dingliche Klage des Zwangshypothekars?*» NJW. Año VII, cuaderno 45, 12 noviembre 1954: páginas 1674-1675

Es discutido si, para ejecutar la hipoteca forzosa en el rango de su inscripción, necesita o no el acreedor de un título real ejecutivo. Dado el estado doctrinal y jurisprudencial de la cuestión, el autor opta, como medida de seguridad, por la afirmativa.

LUKE, Gerhard: «Die Auswirkungen der öffentlich-rechtlichen Theorie der Zwangsvollstreckung auf die Zwangshypothek». NJW. Año VII, cuaderno 45. 12 noviembre 1954: págs. 1669-1672.

Considera el autor que no puede estimarse a la hipoteca forzosa, regulada en los §§ 866 y siguientes de la ZPO, como una institución de Derecho público. Examina los efectos que sobre esta hipoteca puede producir la concepción jurídicopública de la ejecución forzosa.

MEDARDO RIVAS, Jesús: «La hipoteca de derechos hereditarios». ED. vol. XVI, núm. 46, febrero 1945: págs. 19-27.

En la legislación colombiana el comunero puede hipotecar su cuota. ¿Puede hacerlo el heredero antes de la partición? Así lo entendió la Corte Suprema, por analogía de situación. El autor comenta el supuesto.

MENDILABARZU, Eduardo F.: «Las «artes aplicadas a la industria» ante las convenciones internacionales en materia de derecho de autor y nuestra incipiente legislación nacional». L. tomo 77, 17 marzo 1955: págs. 1-3.

En base a la Convención Universal de Ginebra en materia de derechos de autor, se nos ofrecen unas notas para una eventual legislación sobre "modelos industriales" en Argentina.

MONTIEL, Alberto: «Viejas (y siempre actuales) cuestiones en materia de posesión». L. tomo 77, 23 febrero 1955: págs. 1-3.

El autor, con respecto a algunas cuestiones posesorias reiteradamente repetidas, indica cómo éstas no tienen a veces adecuada justificación en la vigente legislación italiana. Alude a: naturaleza jurídica, posesión y tenencia, expropiación violenta, lesión en la posesión, etc.

PALMIERI, Alfonso: «L'amministratore di condominio edilizio e i suoi poteri rappresentativi in giudizio». DG., marzo-abril 1955: págs. 112-117.

El administrador de una comunidad de propietarios de un edificio en propiedad horizontal solamente tiene legitimación pasiva cuando se trata de cuestiones que afectan a las partes comunes.

SALVI, Ferdinando: «In tema d'usucapione «a domino». RTDP. Año IX, número 1; págs. 117-121.

La falta de transcripción de un título válido de adquisición de servidumbre no puede sanarse frente a tercer adquirente por prescripción decenal, ya que no

se trata del mismo supuesto legal para el que ésta se establece, pues existe una adquisición *a domino*.

SÁNCHEZ PÉREZ, Juan B.: «*Propiedad industrial. Algunos aspectos de la ley en Argentina y en España*». RN. Año LVIII, núm. 618; págs. 647-655.

Esquema de ambas regulaciones, señalando principalmente los puntos de contacto de una y otra.

SERVAT ADUA, José: «*La tradición y la inscripción en la adquisición derivativa de la propiedad inmueble*». RJC. Año LIV, vol. LXXII, núm. 2, marzo-abril 1955; págs. 113-137.

Estudio de los sistemas de adquisición de la propiedad inmueble por "transmisión": consentimiento, contrato real, título y modo, y sistema de la inscripción. Entiende que sin inscripción no se opera la adquisición en nuestro Derecho.

4. Obligaciones y contratos.

BAQUERO PRECIADOS, Gregorio: «*Sobre el Nuevo Proyecto de Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos*». BI Año IX, núm. 295, 5 marzo 1955, págs. 3-10; núm. 296, 15 marzo 1955, págs. 3-9; núm. 297, 25 marzo 1955, págs. 3-9.

Breve examen crítico de las Bases contenidas en el Proyecto de Reforma de la Ley de Arrendamientos urbanos.

BARCIA LOPEZ, Arturo: «*Transferencia de la propiedad y de los riesgos en la venta de cosas fungibles*». L. 7 abril 1955; págs. 1-4.

Estudia ambos efectos de la compraventa, y al comprobar que su juego no es normal cuando se trata de cosas fungibles concluye que hay que atender en cada caso a los términos del contrato y a la común intención de las partes.

BAYON CHACÓN, Gaspar: «*Los problemas de forma en el contrato de trabajo*». RDP. Abril 1955; págs. 333-352.

El contrato de trabajo requiere una forma, aun cuando ésta puede ser escogida libremente por las partes, salvo en los casos en que la ley exige de modo expreso el empleo de una forma taxativa. En el estado actual de la legislación española, carente de regulación de estos extremos con carácter general, se debe considerar en cada caso de exigencia de forma por la ley, si esta prescripción obedece a un deseo de seguridad en los términos de la contratación o a consideraciones de carácter administrativo y policial.

BELÇAGUY, Ernesto M.: «*El pago del precio en la compraventa, mediante la entrega de cheque*». RN. Año LVIII, núm. 618; págs. 641-643.

Dificultades que supone el empleo del cheque por confundirse la forma de pago con el texto del artículo 1.323 del C. c. argentino, que exige "precio cierto en dinero". El autor da una interpretación más amplia a esta frase.

CAMPOS HERNÁNDEZ, Miguel: «*El artículo 82 de la Ley Urbana (sic) y la excepción de cosa juzgada*» RGD. Año XI, núm. 124, enero 1955; págs. 25-31.

Si el propietario, después de ejercer viciosamente el derecho que le otorga el artículo 82 de la LAU, plantea otra vez la demanda y ahora sin vicios, ¿podrá excepcionarse por existir cosa juzgada material? Fundamentación de la negativa.

DICKERTMANN, Werner: «*Preisverzeichnis für Schmerzensgeld?*» NJW. Año VII, cuaderno 47, 26 noviembre 1954; págs. 1757-1759.

El autor hace breves indicaciones apostillando a Seydel, sobre cómo debe medirse la cuantía de la indemnización dineraria por un daño no patrimonial. Se fija, sobre todo, en el supuesto de culpa del perjudicado en base al § 254 del BGB.

DONATI, Antigono: «*L'assicurazione del credito*». RTDP. Año IX, núm. 1, marzo 1955; págs. 37-73.

El seguro de crédito o seguro contra la insolvencia del deudor tiene un desenvolvimiento reciente, cuya historia se desenvuelve en este trabajo. Para hallar su naturaleza jurídica se hace necesario observar toda su fenomenología y estudiar después sus diferencias con otros contratos e instituciones afines. Solamente entonces se puede estudiar sus elementos y desenvolvimiento conforme al esquema corriente de los contratos.

FERRER MARTÍN, Daniel: «*Negativa de prórroga del contrato de arrendamiento de locales de negocio por necesidad del propietario*». RDP. Abril 1955; págs. 379-392.

Exégesis de los preceptos de la ley arrendaticia urbana planteada a base de estudiar los elementos reales y formales, entendiéndose por estos últimos los requisitos necesarios para que prospere la pretensión resolutoria.

GÓMEZ PRADA, Agustín: «*El daño en los delitos y culpas*» RCM. Núm. 436, marzo 1955; págs. 58-68.

Estudia la repercusión civil de los delitos tratando predominantemente de la indemnización y de las acciones para obtenerla.

Hug. Walther: «*Il diritto collettivo del lavoro in diritto comparato*». NRD Vol. VII, fascículo 10-12. 1954; págs. 357-375.

Indicaciones sobre la importancia de los contratos colectivos en la formación del Derecho del trabajo en los distintos países. Abundantísima bibliografía.

KALLMANN, François: «*Reine Territorialität der Rückerstattungsgesetze?*». NDW. Año VII, cuaderno 50, 17 diciembre 1954; págs. 1871-1874.

Refiriéndose a un trabajo de Wengler e impugnando a veces sus afirmaciones, el autor examina problemas relativos a la eficacia espacial de las leyes reguladoras de la "restitución" de los derechos y propiedades de las víctimas del nazismo. Se trata de cuestiones de Derecho Internacional Privado o de Derecho interlocal.

LANFRANCHI, César: «*Derecho Internacional Privado del Trabajo*». BFD. Año XVIII, núms. 3-4, julio-diciembre 1954; págs. 527-580.

Bajo el prisma del Derecho Internacional, alude el autor a los seguros de invalidez, vejez y muerte y al sistema de pensiones no contributivas.

LIEBAU, Florencio: «*Interpretación de los contratos en Derecho germánico*». BFD. Año XVIII, núms. 3-4, julio-diciembre 1954; págs. 647-689.

Después de unas indicaciones sobre historia de los germanos, evolución del Derecho en Alemania, e interpretación de la ley, el autor hace unas ligeras consideraciones sobre interpretación de contratos, siguiendo a Danz.

MESSIRIO, Francesco: «*Irrevocabilità e revocabilità dell'offerta dell'accettazione nella donazione. nella donazione*». RTDP. Año IX, núm. 1, marzo 1955; págs. 24-36.

La contemplación de la revocabilidad o irrevocabilidad de la oferta y aceptación de las donaciones cuando éstas están todavía *in itinere*, no perfeccionadas, ofrece particularidades interesantes, que ni se pueden encuadrar exactamente en la teoría de los negocios jurídicos ni están sistemáticamente tratados en el Código, por lo que se hace necesario comentar aquellas normas de las que se pueda extraer material suficiente para articular su teoría.

MOLITOR, Erich: «*Problemi della disdetta*». NRD. Vol. VII, fascículo 10-12. 1954; págs. 347-357.

Examen de algunas cuestiones referentes a la "denuncia" (Kündigung, disdetta) como medio de resolver relaciones jurídicas continuadas o de tracto continuo.

El trabajo va referido especialmente al Derecho laboral alemán, y en él se resumen algunas doctrinas mantenidas por el autor en su obra "Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsvertrages (Kessler, 1951, 2.ª ed.).

SAMANEZ CONCHA, José: *«Algunas características de la Norma de Trabajos»*. RJP. Año V, núm. 3. julio-septiembre 1954; págs. 229-234.

Defendida la autonomía del Derecho del trabajo, como producto de la época, el autor se fija, con respecto a sus normas, en el principio de favor, retroactividad, irrenunciabilidad, claridad y práctica.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *«Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones»*. RDP., febrero 1955; págs. 130-153.

Las notas se extienden al tratamiento histórico del tema, al razonamiento para considerarlo una forma de renuncia, al tratamiento de los problemas de su posible unilateralidad, revocabilidad y onerosidad o gratuidad. Finalmente, se va distinguiendo del *pactum de non pciendo*, del mutuo disenso, de la rescisión unilateral, de la compensación voluntaria y de la prescripción extintiva.

SOUSS, Jorge: *«Ganancias y pérdidas en la venta o permuta de activos de capital en la Ley de Contribución sobre ingresos de 1954»* RJPR. Volumen XXIV, núm. 1, septiembre-octubre 1954; págs. 5-20.

Estudio del artículo 117 de la ley portorriqueña de Contribución sobre ingresos de 1954.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *«Impossibilidade superveniente por causa não-imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor»*. BMJ. Número 46, enero 1955; págs. 5-152.

Con vistas a la redacción del nuevo Código civil portugués, se estudian en este trabajo dos cuestiones bien diferenciadas: por una parte, el caso fortuito y la fuerza mayor en la teoría del incumplimiento de las obligaciones; por otra, la posibilidad de incumplimiento por haber desaparecido el fin subjetivo pretendido por el acreedor o por haberse éste conseguido a través de otros medios. Después de cada parte se articulan las normas propuestas para el nuevo Código.

VON ALTROCK: *«Erstattungsanspruch des öffentlichen Rechts»*. NJW. Año VII. Cuaderno 44, 5 noviembre 1954; págs. 1634-1635.

Las pretensiones indemnizatorias de restitución, basadas en el Derecho público, no pueden conceptuarse de un modo general, sino que han de distinguirse supuestos diversos. Examen de algunos: pretensiones de enriquecimiento, de restitución, etc.

WILDEN, Hams: «Die Entscheidungen des unselbständig Tätigen nach den BEG». NJW. Año VII. cuaderno 46. 19 noviembre 1954; págs. 1713-1715.

Examen de algunas cuestiones concretas sobre la indemnización a los que, trabajando privada e independientemente, han sido víctimas de la persecución nazi: beneficiados, forma de indemnización, etc.

5. Derecho de familia.

CASSONI, Giuseppe: «Progetti vecchi e nuovi di convenzioni internazionali in tema di riconoscimento all'estero di obbligazioni alimentari». IM. Año VI. fasc. 1. marzo 1955; págs. 135-144.

Desde que en 1929 la Sociedad de Naciones solicitó un Proyecto de Convención internacional hasta los dos proyectos redactados por la ONU, va pasando revista a los diferentes proyectos que han existido, para concluir que cada uno de ellos ofrece más posibilidades de aceptación que los anteriores.

CICU, Antonio: «Principii generali del diritto di famiglia». RTDP. Año IX. número 1, marzo 1955; págs. 1-23.

El Derecho de familia va claramente incluido, como todo el Derecho civil, en el Derecho privado. Ahora bien, no hay que desconocer la especial posición que asume dada la particular estructura que tienen las relaciones jurídicas familiares. Es necesario, por tanto, hacer preceder al tratado del Derecho de familia una introducción sistemática que señale los principios peculiares a su naturaleza, que excluyen, por opuestos, a otros principios comunes de Derecho privado, sin que por esto quepa decir que son de Derecho público.

CILLAN APALATEGUI, A.: «Jurisdicción y competencia de la Iglesia Católica en las uniones civiles de los bautizados». RGD. Año XI. núm. 124. enero 1955; págs. 11-24.

Derogada la legislación republicana sobre matrimonio y divorcio, los matrimonios de bautizados contraídos al amparo de aquélla plantean grandes dificultades. El autor examina las soluciones propuestas y, en base del nuevo Concordato, defiende la jurisdicción de la Iglesia con respecto a estas uniones civiles. Fundamenta cumplidamente su posición.

FICHTER, S. J., Joseph H.: «La institución familiar en los Estados Unidos». REP. Núm. 78. noviembre-diciembre 1954; págs. 85-91.

La complejidad y diversidad de la sociedad americana dificulta su comprensión desde una cultura europea. La valoración de la institución familiar yanqui ha de hacerse teniendo en cuenta el verdadero papel de cada uno de sus ele-

mentos. El artículo estudia el papel de tres de ellos en el conjunto de la familia: la mujer, los hijos y los ancianos.

FLORES MICHEO, Rafael: *«Dictamen sobre una situación familiar»*. RDN. Número 7. enero-marzo 1955: págs. 251-268.

Amplio dictamen afectante a cuestiones diversas: adquisición del dominio, adquisición en comunidad, parafernales, gananciales, etc.

FUNAIOLI, G. B.: *«Sulla parentela civile»*. NRD. Vol. VII, fascículo 10-12, 1954; págs. 307-311.

En base a la relación de parentesco civil que originan, el profesor Funaioli analiza los puntos de contacto y de divergencia entre la adopción y la "affiliazione" en el Código civil de 1942.

GOLDSTEIN, Mateo: *«Repudiación y divorcio en el Derecho antiguo»*. L. 12 marzo 1955; págs. 1-3.

Pasa somera revista a estas instituciones en los derechos antiguos, deteniéndose sobre todo en el pueblo judío hasta 1807, con una irreverente interpretación de las palabras de Cristo en el Evangelio.

LAGARMILLA, Eugenio: *«Administración de la sociedad conyugal»*. RFDM. Año V, núm. 3; págs. 541-555.

Estudia la reforma que el Código civil ha sufrido en la Ley de 1946, que amplía las facultades de administración de la mujer.

LANDO BASAVILBASO, Fernando: *«Acerca de la Ley 14.357»*. L. 19 marzo 1955; páginas 1-3.

Se refiere a la Ley de equiparación de los hijos legítimos y nacidos fuera de matrimonio, exponiendo alguna de las dificultades que surgirán de su aplicación.

LAUTERBACH, Dr.: *«Zum Streitwert in Ehesachen»*. NJW Año VII, cuaderno 51-52. 24 diciembre 1954; págs. 1912-1914.

Consideraciones sobre la forma de determinar la cuantía litigiosa en procesos matrimoniales.

MONTIEL, Alberto: «*Reseña jurisprudencial en materia de anulación del matrimonio y de divorcio en Italia*». L. tomo 77. 25 marzo 1955; págs. 1-3.

Indicación de las vicisitudes por las que ha pasado la jurisprudencia italiana en la materia señalada en el epígrafe.

PORTAS, Néstor L.: «*¿Desde cuándo rige el divorcio vincular?*» L. tomo 77. 31 marzo 1955; pág. 1.

La Ley argentina 14.394 instaura el divorcio vincular. Se discute su comienzo de vigencia, y el autor entiende que debe señalarse como primer día de vigencia el 31 de marzo de 1955.

6. Derecho de sucesiones.

ALBADALEJO Manuel: «*La sustitución vulgar*». RDN. Núm. 7. enero-marzo 1955; págs. 121-182.

Estudio completo de esta forma de sustitución: concepto, momento de actuación, nombramiento de sustituto al llamado abintestato, naturaleza y sus consecuencias, formas, elementos accidentales, efectos y extinción, figuras concurrentes.

BORRACHERO, Miguel: «*Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*». RDP. Abril 1955; págs. 353-378.

El párrafo segundo del artículo 813 no se opone a que pueda disponerse por legado el usufructo universal del cónyuge viudo, habiendo descendientes legítimos, siempre que el valor de ese usufructo no sobrepase, en el momento de la muerte del testador, el de la tercera parte de la herencia, pues las legítimas quedan respetadas con el valor de la nuda propiedad.

CICU, Antonio: «*Collazione e prelevamento*». RTDP. Año IX. núm. 1. marzo 1955; págs. 113-116.

Debe distinguirse para entender rectamente las normas legales entre colación como evento que se produce en el momento de la apertura de la sucesión, determinando un aumento de la masa hereditaria, y colación como operación particional.

DE LA CÁMARA, Manuel: «*El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*». RDN. Núm. 7. enero-marzo 1955. págs. 7-88.

Sobre la base de la Sentencia de 6 de diciembre de 1952, el autor nos ofrece amplias consideraciones sobre el correcto planteamiento de las cuestiones

enunciadas en el epígrafe. En cuanto a si cabe o no el derecho de representación en la sucesión testada, cree que ha de estarse ante todo a la voluntad del testador; la interpretación de esto nos dará la solución del problema. Respecto al planteamiento de la preterición de herederos forzosa, el instituto obliga a distinguir dos aspectos: la preterición como lesión a la legítima y su influencia en la disposición testamentaria en general, apreciada desde el prisma de la voluntad del testador.

LAJE, Eduardo Jorge: *«El otorgamiento gratuito de usufructos y de rentas vitalicias y la protección de la legítima»*. L. 8 febrero 1955; págs. 1-7.

Estudia todos los supuestos legales de la acción de reducción de los actos de liberalidad del causante, que compete al legitimario.

II. DERECHO HIPOTECARIO

DOMÍNGUEZ DE MOLINA, Joaquín: *«Ratificando un criterio. Los efectos de las anotaciones de demanda con relación al procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria»*. RGLJ. Marzo 1955; págs 313-337.

Rebate unas objeciones del Sr. La Rica a un trabajo del autor publicado en febrero de 1953 en la misma revista.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Manuel: *«Las actas de inmatriculación en la legislación española»*. RN. Año LVIII, núm. 618; págs. 644-946.

Breve esquema de la legislación española sobre actas de notoriedad, acompañadas de un formulario redactado por el autor.

FERRI, Luigi: *«Trascrizione immobiliare»*. RTDP. Año IX, núm. 1: páginas 141-153.

Naturaleza, eficacia, objeto y precisiones terminológicas en torno al problema de la inscripción de inmuebles.

MARTÍNEZ DE BEDOYA, Ignacio: *«Observaciones a la ley sobre fijación de unidades mínimas de cultivo»*. RCDI, marzo-abril 1955: págs. 154-183.

Es necesaria una doctrina general sobre la finca. La Ley de 15 de julio de 1954 da un importante paso en este sentido, pero su plena eficacia requiere que todos los actos referentes a inmuebles acudan al Registro. De otro modo, supondrá un retroceso.

MOUTAS MERAS, Rafael: «El problema de la caducidad de las anotaciones preventivas de demandas». RDP. febrero 1955: págs. 154-162.

Demuestra el autor que una interpretación correcta de los artículos 83 y 84 de la Ley Hipotecaria lleva a concluir que ambos preceptos son contradictorios. Para obviar esta dificultad legal propone la neutralización de ambos, con lo que se crea una laguna que ha de ser llenada con los principios generales del Derecho, conforme al artículo 6.º del Código civil.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

GARCÍA CALDERÓN K., Manuel: «Consideraciones sobre la reforma del Código de Comercio». RFL. Año XLI, núm. 2; págs. 216-233.

La transformación de las bases económicas del Perú en los últimos cincuenta años hacen necesaria una reforma del Código mercantil de 1853, que es, con pequeñas variantes, el español de 1829. Expone las líneas generales de la reforma.

ECKELT, Ernst: «Vermögensanteil und Kapitalanteil». NJW. Año 7. cuaderno 51-52. 24 diciembre 1934; págs. 1905-1910.

Con motivo de una sentencia del B G H de 29-10-52, sobre transmisión de una cuota en un patrimonio negocial, el autor analiza lo que debe entenderse por tal cuota y su diferenciación de la cuota de capital.

HARDING, Arthur L.; CUETORUA, Julio: «Una técnica pedagógica aplicada a la enseñanza del Derecho Comercial Comparado». L. tomo 77. 4 marzo 1955; págs. 1-4.

Descripción del método de estudio seguido por el "Law Institute of the Americas" para el acercamiento y mutuo conocimiento del Derecho comercial anglosajón y latino americano. El trabajo no concluye en este número de L.

2. Comerciantes y Sociedades.

BARBOSA DE MAGALHÃES: «Incompatibilidade dos socios como fundamento de dissolução de sociedade por quotas». JP. núm. 109. octubre-diciembre 1954: págs. 292-302.

Si el fin de las sociedades mercantiles es el lucro, cuando un socio mayoritario crea una situación cualquiera fuera de la sociedad, que disminuye su po-

sibilidad de ganancia, está imposibilitando el fin social y haciendo posible una acción de disolución.

ESPINOSA, Carlos Alberto: «*En torno a la capacidad comercial de las personas individuales*». BFD. Año XVIII, núms. 3-4, julio-diciembre 1954; páginas 485-526.

El trabajo comenzó en BFD (enero-junio 1954, 115-167), en un número anterior. En el presente se analiza, casuísticamente, la incapacidad para ejercer el comercio en la legislación argentina.

MADRIDEJOS SARASOLA, José: «*Sobre la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada*». RDP, marzo 1955; págs. 243-277.

El núcleo del trabajo está en considerar el problema de la transmisión de participaciones en relación con la transmisión de la cualidad de socio. La ley deja muchos problemas sin regular, dada su obsesión de mantener flexibilidad, prudencia y sencillez. Pero como prevé la libertad de estipulación con amplio margen de actuación, el verdadero remedio está en la previsión de cuestiones en la escritura fundacional.

MULLER-ERZBACH, R.: «*Principales manifestaciones del derecho de las sociedades mercantiles*». RDP, marzo 1955; págs. 219-242.

Planteamiento de los problemas capitales de la sociedad mercantil, partiendo de una introducción en la que se demuestra que la ciencia del Derecho ha de atender tanto a la lógica como a los elementos reales de la vida jurídica.

PINTO CUEHLO, José Gabriel: «*Acquisto di proprie azioni della società anonima*». NRD. Volumen VII, fascículo 10-12, 1954; págs. 327-338.

Estudio muy completo del particular y análisis de las dificultades técnico-jurídicas que se producen cuando una sociedad adquiere sus propias acciones. El autor estima que sólo debe admitirse tal adquisición con carácter provisional.

REDENTI, Eurico: «*Sui trasferimenti delle azioni civile*». RTDP. Año IX, número 1; págs. 74-90.

Defiende la posibilidad de legar acciones válida y eficazmente considerando que se trata de un caso concreto de cesión cuyos efectos estudia.

RESTREPO DUMIT, Carlos: «*Acciones y Accionistas*». ED. volumen XVI, número 46, febrero 1945; págs. 29-140.

Es la segunda parte de un amplio trabajo del autor sobre los derechos y obligaciones del accionista. Se fija en el derecho de participar en beneficios, per-

cepción de parte del activo, participación en el gobierno de la sociedad, cesión de acciones, inspección y vigilancia. Estudia después las obligaciones. El trabajo va referido al Derecho colombiano.

RHEINBOLDT, Hermann: «Die Stellung des Abwicklers einer Aktiengesellschaft i. L. kraft staatlichen Hoheitsakts». NJW. Año VII. cuaderno 49. 10 diciembre de 1954: págs. 1829-1831.

Decretada la nacionalización de una sociedad por acciones cuya sede está en Alemania oriental, por las autoridades de este territorio, en Alemania occidental se considera esto contrario al orden público internacional. Para el patrimonio que la sociedad tiene en la zona occidental se nombra un liquidador. El autor analiza su posición jurídica.

SALVADOR BULLÓN, Pablo e Hilario: «Dividendo y participación social». RJC. Año LIV. volumen LXXII. número 2. marzo-abril 1955; págs. 138-152.

Estudio del dividendo en su proporción con la participación del socio en la sociedad, y como fruto de esta participación.

SCOLNI, Miguel: «Cooperativismo entre sociedades anónimas». SA. Año IX. número 102. noviembre 1954: págs. 483-503.

El autor propugna el cooperativismo entre sociedades anónimas afines, dentro de la corriente general de "despañolización" del Derecho comercial argentino en aras de su "anglosajonización".

SEIPP, Walter: «Zur Rechtswirksamkeit unrichtig verkündeter Aufsichtsratsbeschlüsse». NJW. Año VII. cuaderno 49. 10 diciembre 1954; págs. 1832-1834.

En la legislación alemana son escasas las normas sobre los acuerdos del Consejo de vigilancia de una sociedad por acciones. Queda tal cuestión encomendada a los Estatutos, con ligeras excepciones. El autor analiza la posible eficacia de los acuerdos del citado Consejo de vigilancia, cuando han sido dados a conocer de manera imperfecta.

3. Cosas mercantiles.

MOSSA, Lorenzo: «Presunzioni per l'avallo cambiario». NRD. volumen VII. fascículo 10-12, 1954; págs. 302-307.

El artículo 31 de la Ley cambiaria uniforme prevé que el aval sea innominado, y determina entonces su eficacia. ¿Es esta determinación una ficción o una presunción? La jurisprudencia europea vacila.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Julio: «*Excepción causal en el juicio ejecutivo cambiario*». RDL.C. núms. 521-523, 1954; págs. 345-362.

Requisitos materiales y formales para alegar con eficacia la excepción de falta de provisión de fondos.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

MALYAGNI, Atilio: «*Anteproyecto de ley sobre agentes marítimos de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo*». L. 10 marzo 1955; págs. 1-2.

Subraya el carácter netamente argentino del anteproyecto al no convenir a la realidad de la actuación de los agentes marítimos las regulaciones frecuentes en otras legislaciones.

6. Derecho de quiebras.

SPARANO, Vincenzo: «*L'apposizione dei sigilli nella procedura fallimentare*». DG. Año LXX, serie III, Año XI, núm. 1, enero-febrero 1955; págs. 19-24.

Notas sobre la fijación de sellos, como medida precautoria, en el procedimiento concursal en el Derecho italiano.

SPARANO, Vincenzo: «*Vincolo fallimentare es accertamento di diritti reali mobiliari dei terzi*». DG, marzo-abril 1955; págs. 123-129.

Procede el aseguramiento de los derechos reales de un tercero sobre muebles en poder del quebrado, incluso cuando estos bienes están ya sometidos a medidas cautelares en la quiebra y aún no se ha hecho el inventario.

IV. DERECHO NOTARIAL

DÁVILA GARCÍA, Julián: «*El testimonio notarial de legitimidad de firmas*». RDN, núm. 7, enero-marzo 1955; págs. 233-250.

Estudio de esta legitimación notarial, con deslindes de figuras afines, derecho extranjero, historia, régimen, fórmulas.

LÓPEZ GARZÓN, José: «*Titularidad y fe de conocimiento*». RDN, núm. 7, enero-marzo 1955; págs. 268-278.

Consideraciones sobre la fe de conocimiento en relación con su contenido y conexión con el juicio de capacidad de los otorgantes.

MICHELEZ, M.: «*La responsabilidad profesional del notario, según la Jurisprudencia francesa*», RDN, núm. 7, enero-marzo 1955; págs. 89-119.

Consideración del problema en un triple aspecto: el notario como funcionario responsable del instrumento, el notario consejero, el notario mandatario y depositario.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

ALLORIO, Enrico: «*Diatriba breve sulla legittimazione ad agere*», RTDP. Año IX, núm. 1, marzo 1955; págs. 122-134.

Se opone a la teoría de Satta, según la cual el problema de la legitimación activa procesal está reabsorbido en el de la titularidad de la relación jurídica.

COUTURE, Eduardo, J.: «*Notas para un vocabulario de Derecho Procesal Civil*», RJP. Año V, núm. IV, octubre-diciembre 1954; págs. 275-303.

Consideraciones del profesor Couture sobre lo que es y debe ser un vocabulario jurídico: concepto, finalidad, alcance, diferencia con obras afines, etc. Nos habla del "Vocabulario" como presupuesto de la Ciencia procesal y ayuda inestimable.

GONZÁLEZ-ALEGRE, Manuel: «*Sobre los magistrados suplentes*», BI. Año IX número 301, 5 marzo 1955, págs. 3-4.

Brevísimas consideraciones sobre el problema en nuestra zona de Marruecos, en relación con el Dahir de 12 de junio de 1915.

GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: «*De las salidas de los Secretarios y Oficiales fuera del lugar del Juzgado*», BI. 15 abril 1955; págs. 3-4.

Se refiere a la práctica, por parte de los Secretarios y Oficiales de la Administración de Justicia, de desplazarse a los pueblos del partido judicial para asuntos del propio Juzgado o en cumplimiento de exhortos. Demuestra con textos legales que esta práctica es viciosa, pues para estas diligencias prevé la Ley la carta-orden.

GOWLAND, N.: «*Las nuevas reformas en el Código de Procedimientos civil y comercial de la capital federal de la República Argentina*», RDLC, número 521-523, 1954; págs. 279-294.

Significan un paso adelante al recoger aspectos insistentemente pedidos por la doctrina y la jurisprudencia. Pero hay que tender a la unificación de la legislación formal del país.

JUSTO, Alberto M.: «*Enfoque comparativo del juez soviético*». L. tomo 77, 30 marzo 1955: págs. 1-3.

Consideraciones comparativas sobre la posición y esencia de los jueces soviéticos y, en general, sobre el Derecho soviético, con abundante indicación bibliográfica.

PERETTI GRIVA, Domenico Ricardo: «*L'umanità nel magistrato*». RTDP. Año IX, núm. 1; págs. 91-109.

El magistrado debe mantener su dignidad de hombre y, sobre todo, su dignidad de juez y su independencia respecto a cualquier régimen. Pero con conciencia plena de no violar la Ley, debe ser humano con respecto a sus semejantes, cuyos destinos tiene en sus manos.

ROMANELLI, LORENZO: «*Ritievi e proposte sul procedimento giudiziario civile*». IR. Año VII, núm. 6; págs. 368-380.

Propone una serie de orientaciones minuciosas que sin cambiar el texto de la Ley procesal eliminen sus inconvenientes prácticos.

SANTANA BECERRA, CARLOS: «*Aspecto procesal de la Nueva Ley de Contribución sobre ingresos*». RJPR. volumen XXIV, núm. 1, septiembre-octubre 1954: págs. 35-43.

Estudio sobre el procedimiento que establece la indicada Ley de Puerto Rico, comparándole con el establecido en la antigua Ley de 1924.

SILVA MELERO, Valentín: «*Las garantías de la independencia judicial*». RGLJ, marzo 1955: págs. 297-312.

Razona y propone un conjunto de medidas que garanticen la independencia judicial, contando siempre con la plena conciencia jurídica y moral de los jueces.

SILVEIRA, Alipio da: «*A Justiça inglesa de hoje*». JF. Año XVIII, números 107 y 108; págs. 177 a 186 y 276 a 291.

Exposición encomiástica de las características de la organización judicial inglesa, tanto civil como criminal, cuyas notas son la independencia, integridad y capacidad de sus magistrados.

WERNER, Fritz: «*Allgemeine Verwaltungsgerichtbarkeit und Sozialgerichtsbarkeit*». NJW. Año VII, cuaderno 44, 5 noviembre 1954: págs. 1625-1628.

Apostillas a un trabajo de Hans Grönig en torno a la delimitación entre jurisdicción administrativa general y jurisdicción social.

2. Parte general.

HASTLER, Hans: «Zur Frage der Verweisung von Rechtsstreitigkeiten vom Gericht zu Gericht». NJW. Año VII, cuaderno 49, 10 diciembre 1954; páginas 1831-1833.

El autor hace unas sugerencias breves sobre las cuestiones de competencia, en base sobre todo a la Ley alemana sobre jurisdicción social de 3 de septiembre de 1953.

IMAZ, Esteban: «Límites objetivos de la cosa juzgada». L. 7^o diciembre 1954; páginas 1-5.

Con terminología egológica viene a definir que existe igualdad objetiva entre dos litigios "cuando ambos requieran la normación judicial de la misma conducta o de los mismos momentos de conducta".

IMAZ, Esteban: «Límites subjetivos de la cosa juzgada». L. 15 abril 1955; páginas 1-4.

Es una explicación con terminología egológica de los fundamentos clásicos de la cosa juzgada en su dimensión subjetiva.

MUHL, Dr.: «Die Bedeutung des Sachverhalt für den Begriff des Streitgegenstandes bei Leistungsklagen in der Rechtsprechung». NJW. Año VII, cuaderno 45, 12 noviembre 1954; págs. 1665-1669.

El B G H en una sentencia de 9-2-1953 hace plenamente suya la más reciente doctrina de Rosenberg sobre la pretensión procesal y la significación de la cuestión de hecho para la determinación del objeto litigioso. El antiguo R. G. se separaba en parte de las concepciones del ilustre procesalista. Consideraciones del autor sobre el problema debatido: objeto litigioso y pretensión procesal.

PALMIERI, Vincenzo Maria: «Esiste incompatibilità tra le junzioni di medico curante e di perito di ufficio?». IR. Año VII, núm. 6; págs. 381-385.

Aboga por la incompatibilidad, dado el peligro de parcialidad y el hecho de que normalmente habrá ya en juicio pruebas escritas del parecer de tal médico.

PENSADO TOMÉ, Antonio: «La morosidad en el auxilio judicial y su remedio. Necesidad de reforma del sistema vigente». BI, 5 abril 1955; págs. 3-8.

La mecánica de los exhortos permite localizar en cada caso al responsable de la morosidad. Con este hecho por delante propone las medidas que el legis-

lador debe adoptar para evitar la demora en el cumplimiento del auxilio judicial, que se traduce en lentitud del procedimiento.

PIRAS, Aldo: «*Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*». IM. Año VI, fascículo I, marzo 1955; págs. 79-121.

A través de las objeciones al concepto de máximas de experiencia formuladas por Stein en 1893 pretende dar un concepto preciso y válido de las mismas dentro de una estructura lógica en los juicios de presunción del juez. La aplicación práctica más importante es, sin duda, la relativa a la admisibilidad de un error en el juicio de hecho en los motivos de casación.

PRIETO CASTRO, Leonardo: «*La defensa del demandado*». RDP, abril 1955; páginas 323-332.

Frente a la nomenclatura corriente en las leyes y en la práctica que llama *excepciones* a todos los objetos posibles que opone el demandado, excepto el allanamiento, propone que la *defensa* del demandado se llame *oposición* a la demanda, cuando se niegue su base cuantitativa, *objeciones* a las alegaciones de hechos extintivos y *excepciones* en sentido propio a la alegación de hechos excluyentes.

WALTER KLEIN, Guillermo: «*Las costas en las expropiaciones*». L, tomo 77, 15 febrero 1955; págs. 1-3.

La Ley argentina 13.264 contiene un régimen especial sobre imposición de costas en los juicios de expropiación. Esbozo del mismo.

WILLMS, Dr.: «*Gesetzeskraft und bindende Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*». NJW, Año VII, cuaderno 44, 5 noviembre 1954; págs. 1633-1635.

De nuevo hace el autor unas brevísimas consideraciones sobre la fuerza de cosa juzgada y la eficacia vinculante de las decisiones del Tribunal constitucional de la Alemania occidental.

3. Procesos especiales.

BAUKNECHT, Dr.: «*Die Pfandung des Antwortschaftsrechts aus bedingter Ubereignung*». NJW, Año VII, cuaderno 47, 26 noviembre 1954; páginas 1748-1751.

Con motivo de una reciente decisión del BGH se vuelve sobre el problema del mecanismo y funcionamiento del embargo del derecho de expectativa de

rivado de una transmisión condicional. Consideración de las disposiciones del B B y de la Z P O.

FANELLI, Raffaello: «*Interruzione e sospensione del processo davanti al collegio*». DG, marzo-abril 1955: págs. 97-98.

Expone las condiciones legales para la interrupción, suspensión y reanudación del proceso.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: «*El proceso de impugnación de la ley de sociedades anónimas*». RDP, febrero 1955: págs. 123-129.

Estudio procesal completo sobre las acciones de nulidad e impugnación de los acuerdos sociales.

MONTEL, Alberto: «*Provvedimenti possessori ed esecutorietà*». DG, marzo-abril 1955: págs. 95-96.

Plantea la cuestión de si las sentencias posesorias son automáticamente ejecutivas, aun cuando no estén provistas de cláusula de ejecutoriedad y se resuelve por la ejecutiva.

PETRACCONI, G.: «*Sulla riforma del processo del lavoro*». DG, marzo-abril 1955: págs. 89-94.

Se hace eco de las propuestas de reforma de la doctrina italiana, dirigidas principalmente a remediar la lentitud y elevado coste de la justicia laboral.

SAYAGUES LASO, Enrique: «*La prueba en los litigios contencioso-administrativos*». RFDM. Año V, núm. 3: págs. 699-708.

La presencia de la Administración en este procedimiento da un matiz especial a la prueba, ya que ésta ha de montarse no de modo contradictorio, sino ayudando al juez la Administración, aun cuando no resulte con ello favorecida.

SCHWALB L. A., Fernando: «*Intervención y preparación de los abogados para actuar ante jurisdicciones internacionales y procesos arbitrales*». RFL. Año XLI, núm. 2: págs. 288-295.

Debe regularse en el Perú esta actuación de los abogados previendo los diferentes casos que pueden darse conforme a la existencia o no de tratados internacionales.

STIEFEL: «*Prozessidee und Streitgegenstand in Verwaltungsprozess*». NJW. Año VII, cuaderno 48, 3 diciembre 1954; págs. 1788-1792.

Breves sugerencias sobre el objeto litigioso en el proceso administrativo, como aportación al estudio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

VELLANI, Mario: «*Intervento o pignoramento successivo da parte del creditore primo pignorante*». RTDP. Año IX, núm. 1, marzo 1955; páginas 135-140.

Viene a afirmar que el acreedor primer pignorante puede pedir la ejecución de su crédito sobre las bienes del deudor por él pignorados o sobre otros créditos o bienes diversos de aquellos que garantizaban su crédito, cuando se haya pedido la venta de éstos por otro acreedor.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DE 26 DE MARZO DE 1955

Bienes gananciales.

Adquirida determinada finca por una señora casada, se hizo constar en el asiento que, "aunque los efectos legales sean los mismos, tiene interés el matrimonio comprador en hacer constar que la adquisición se hace con dinero procedente del trabajo e industria y ahorro de la mujer, a cuyo nombre solicitan se lleve a efecto esta inscripción, sin que la casa comprada pierda por ello su carácter ganancial". Por escritura de 30 de septiembre de 1946, presentada en 1949, el marido vende el inmueble a determinado adquirente, mereciendo el referido título la siguiente nota: "No admitida la inscripción del presente documento porque, siendo titular nominal, en el Registro de la Propiedad, de la casa vendida, la esposa del vendedor, y no resultando constatada registralmente en forma adecuada e inequívoca la naturaleza ganancial de dicha finca, ha debido otorgar la venta la aludida esposa con la concurrencia del marido en función de consentir éste su venta." Añádase que el defecto pudiera ser insubsanable.

Confirmada la nota calificadora por el presidente de la Audiencia, la Dirección revoca el auto en virtud de las consideraciones que se extractan:

A) *Por la presunción sancionada en el artículo 1.407 del Código civil, se reputarán gananciales, mientras no se demuestre su carácter privativo, y podrá proceder a enajenarlos el marido sin consentimiento de la mujer, los bienes a que se refiere el artículo 1.401 en relación con el 1.396.*

B) *No procede aplicar al presente caso la regla del artículo 96, párrafo segundo, del Reglamento hipotecario vigente, por haber sido autorizada la escritura que motiva el recurso con anterioridad a su entrada en vigor.*

Vid., a propósito de la cuestión, las Resoluciones de 28 abril y 11 octubre 1941 y 30 marzo 1943.

A. G. R.

RESOLUCION DE 29 DE MARZO DE 1955

Derechos personales.

Por escritura de 3 de junio de 1843, el cesionario de determinada finca se obligó a entregar a otro acreedor del cedente cierta participación en el líquido de las rentas o de la venta del inmueble; y solicitada la cancelación de esta carga por estimarla simple mención obligacional, fué denegada por estimar que constituía verdadero derecho real.

Confirmada la calificación por el presidente de la Audiencia, la Dirección General revoca el auto de terminación, en virtud de la siguiente doctrina:

A) *Debe reconocerse la existencia de múltiples asientos practicados en los folios registrales que reflejan derechos personales, los cuales por haber sido inscritos no pueden haber visto alterada su naturaleza, y cuya eliminación, así*

como la de las menciones, constituyó uno de los principales objetivos de la reforma hipotecaria de 1944-46, puesto de relieve en la exposición de motivos de dicha Ley al afirmar que debe evitarse "el farragoso lastre de cargas prescritas, que inútilmente continúan mencionándose y arrastrándose en el Registro, en detrimento de la contratación".

B) Para decidir la dificultad que ofrezca la determinación concreta del alcance real o personal de un derecho subjetivo deberá atenderse a los elementos y caracteres constitutivos del mismo, puesto que las circunstancias de que los particulares de los asientos cuya cancelación se insta no sean menciones, sino que aparecen en inscripciones en vigor, y las sucesivas transmisiones, cesiones o permutas del derecho de participación, reflejadas en el Registro, cualquiera que sea su semejanza con la figura del censo consignativo, no tienen la virtualidad suficiente para poder modificar la verdadera naturaleza del derecho personal, ni tampoco deben servir para eludir al amparo de la libertad del sistema de "numerus apertus" de nuestra legislación inmobiliaria, la pertinente aplicación de lo ordenado en el artículo 98 de la vigente Ley Hipotecaria.

Vid. Resoluciones de 21 julio 1920, 11 abril 1930, 23 noviembre 1934, 17 octubre 1945 y 27 marzo 1947.

A. G. R.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Repercusión de la extinción del usufructo en los arrendamientos concertados por el usufructuario

(Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 1955)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

El cambio de arrendador puede ofrecer las siguientes modalidades principales:

a) El arrendador, propietario de la cosa arrendada, fallece y le suceden sus herederos o algún legatario en el dominio de la cosa y en su posición de arrendador.

b) El arrendador vende la cosa de su propiedad arrendada.

c) El derecho del arrendador—usufructuario, fiduciario o con el dominio condicionado—en la cosa arrendada se resuelve o extingue.

La legislación no siempre ha resuelto con el mismo criterio, en estos tres supuestos, cual es la repercusión de la extinción del derecho del arrendador en la relación arrendaticia.

a) En caso de transmisión mortis causa de la cosa arrendada, estando vigente el arrendamiento, continúa éste entre el arrendatario y el heredero adjudicatario de la cosa arrendada o el legatario de la misma.

Esta ha sido la solución clásica anterior al Código civil y la que resulta de la doctrina del mismo, aplicable al heredero (art. 661) y al legatario (artículo 867. § 3.º).

b) En el supuesto de venta de la cosa arrendada la Historia jurídica ha ofrecido diversas alternativas en su solución.

a) En Derecho romano predominó el principio *emptio tollit locatum* (Dig. XIX-II. 32: VII-I, 59, § 1.º; Codex IV-LXV, 9).

β) La ley 19, título VII, Partida quinta, limitó esa regla en dos casos en que el arrendador de la cosa arrendada non podrá ser echado della maguer se vendiesse”:

1.º Si el vendedor convino con el comprador que éste respetara el arrendamiento hasta el vencimiento de su plazo.

2.º “Cuando el vendedor la touiese logada para en toda su vida, de aquel a quien la logara, o para siempre, tambien de los como de sus herederos”.

La doctrina (ver Antonio Gómez. “*Variae resolutiones juris civilis communis et regii*”, Cap. II, núm. 9, ed. Lugduni 1701, pág. 235) precisó con mayor amplitud las excepciones al principio “*venta quita renta*”:

1.º Si el arrendador tuviere algún derecho real en la cosa o si el arrendador obligare o hipotecare en general todos sus bienes o especialmente la cosa arrendada para seguridad del contrato, “*quia tunc conductor posset rem loco*”

pignoris vel hypothecae retinere, et non posset expelli, donec sibi satisfiat de totali interesse”.

2.ª Si el arrendamiento fuese por largo plazo, por lo menos de diez años o por toda la vida del arrendatario, “*quo casu habet jus in re saltem utile*”.

3.ª Si al tiempo de la venta o enajenación se pactó expresamente que el colono o el inquilino no fuesen despedidos, “*quia tunc habet ius retentionis et exceptionis contra emptorem*”.

Siendo de notar que, así como los autores modernos pretenden explicar la continuación del arrendamiento por una subrogación en los derechos de carácter personal que, a pesar de la ausencia del pacto, es legalmente forzosa para el comprador, por el contrario, el autor que comentamos explica de forma inversa la eficacia, a favor del colono o inquilino, del pacto expreso de continuación del arrendamiento. Así, ante el obstáculo que en su época suponía el principio —hoy rechazado— “*stipulationem alteri per alterum non quaretur obligatio*”, ofrece la siguiente solución: “*quod junctim cum ille actione personali concurrat jus reale retentionis et detentionis, quem habet in ea: quia sicut in re potest dari, et considerari dominium, et possessio*”.

4.ª Si al tiempo de contratar el arrendamiento pactó el arrendador con el arrendatario que durante el tiempo del arrendamiento no se pudiese vender, donar o enajenar la cosa arrendada, porque “*pactum de non alienando oppositum favore ejus, qui habet hypothecam, vel aliquod jus, mire impedit alienationem, virtutem, et effectum ejus*”.

γ) El Código civil, en su art. 1.571, sigue el criterio de la *ley Emptorem*: “el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario, y lo dispuesto en la ley Hipotecaria”.

Esta ley en su art. 2.º, al admitir la inscripción en el Registro de la propiedad de “los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por periodo de más de seis años, o aquéllos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban”. los dota de eficacia contra todo tercer adquirente.

δ) La legislación de arrendamientos rústicos y arrendamientos urbanos imponen al comprador no sólo los arrendamientos que el vendedor tuviera pendientes, sino incluso sus prórrogas legales (art. 27 L. A. R. 15 de marzo de 1935 y art. 70 L. A. U. de 31 de diciembre de 1946).

c) En el tercer supuesto se comprenden los arrendamientos concertados por el usufructuario, el fiduciario, el reservista, el comprador con pacto de retro (si el vendedor ejercita el retracto) y todo otro caso de constitución arrendaticia por el titular de un derecho sometido a caducidad o a resolución.

Así como en el primer supuesto examinado el adquirente es causahabiente del arrendador y en el segundo es derechohabiente del mismo, en cambio, en este tercer supuesto el derecho del nudo propietario no deriva del usufructuario, ni el del reservario del reservista, ni el del fideicomisario del fiduciario, y el derecho del comprador a pacto de retro se resuelve con el retracto, etc. Ha sido por ello generalmente aplicado a este supuesto el principio “*resolutus juris concedentis resolvitur ius concessum*”.

α) El art. 480 del Código civil —aplicado a los arrendamientos urbanos en vigencia del Decreto de 29 de diciembre de 1931, por Sentencia de 5 diciembre 1941— dispone que todos los contratos que el usufructuario “celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola”.

En cambio, en caso de retroventa, el art. 1.520 C. c. impone al retrayente la obligación de pasar por los arriendos que el comprador retraído hubiera hecho de buena fé y según costumbre del lugar en que radique.

β) El art. 9.º de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 marzo 1935, de terminó que “los contratos de arrendamiento que otorgue quien tan solo tenga el derecho de usufructo de la finca arrendada, sea cual fuere el plazo por el que hubieran sido concertados, quedarán resueltos al terminar el usufructo, subsistiendo el arrendamiento únicamente durante el año agrícola”.

Paralelamente, su art. 28 señaló entre las causas de desahucio la resolución del derecho del arrendador.

δ) La ley de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946 en su artículo 70 dispone que: “sea cual fuere la fecha de su edificación u ocupación y tanto en las viviendas como en los locales de negocio, aunque cambie el dueño o el titular arrendador, llegado el día del vencimiento pactado en el contrato, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes”.

* * *

Este artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es, el que nos interesa interpretar y comentar con referencia a su aplicación o inaplicación al arrendamiento constituido por el usufructuario.

1.ª) Interpretación literal.

La clave de esta interpretación la ha situado la doctrina en la conjuntiva “*aunque cambie el dueño o el titular arrendador*”, expresada en el art. 70 L. A. U. Por razón de la misma se entendió que la extinción del usufructo y la consolidación del pleno dominio en la persona del hasta entonces nudo propietario, significaba un cambio de titular arrendador intrascendente para la extinción del arrendamiento, no solo durante su plazo de vigencia sino incluso en todas sus prórrogas legales (Ver Condomines, “Arrendamiento de inmuebles urbanos”—Madrid, 1947—, pág. 114; García Royo, “Tratado de Arrendamientos Urbanos”, vol. II, pág. 14; Nart, “Ex-arrendamientos” en An. Dr. Civ. IV-3.º, página 914; e, incluso, a pesar de criticar duramente esa supuesta posición legal, Roca Sastre, “Derecho Hipotecario”, 4.ª ed., vol. III, págs. 71 y ss.). Esa misma interpretación ha sido mantenida por el Juzgado núm. 5 de Madrid (Magistrado, Jesús Carnicero), en uno de los considerandos de su sentencia de 24 de marzo de 1953, del que por su interés transcribimos las siguientes líneas:

“En la actualidad y por la expresión legal comentada, si ha de tener algún significado el novísimo aditamento empleado por el legislador de 1946, hay que reconocer que éste ha pretendido de manera inequívoca, la continuidad de los

arrendamientos concertados por el usufructuario, pues con su expresión ya no se limita al cambio de dueño de que hablaba la legalidad anterior, sino que alude asimismo al cambio del titular arrendador, como elemento distinto y contrapuesto al de dueño de la finca, y en este sentido se expresa la doctrina civil pura y normal de que los contratos solo tienen efecto entre las partes que los otorgan y su herederos que contiene el precepto del art. 1.257 del C. civil, más lo cierto es que contra el mantenimiento de tal situación, ya se había pronunciado la legalidad anterior a la vigente disponiendo que en el caso de cambio de dueño del inmueble las relaciones arrendaticias creadas con el dueño anterior, quedarán inmutables vinculando a la nueva propiedad a la que convertía en arrendadora forzosas y razones de índole civil y ortodoxa no hubieran debido permitir sufrir las cargas, de índole exclusivamente personal, que teniendo su iniciación en un convenio, de efectos limitados y precisos y en el que la voluntad creadora cesa con el cambio de la titularidad dominical básica para su formación, no hubieran debido de ser soportadas por el dueño actual, completamente extraño a la serie de actos jurídicos pactados vigente la anterior propiedad, y sin embargo, no ha sido así, ha sido olvidado intencionalmente por el legislador la pureza de la doctrina civil y ha constreñido a la propiedad entrante a convertirse, por vía legal, negadora de toda ortodoxia, en subrogante en el lugar que ocupaba la propiedad saliente, y si el principal motivo que indujo al legislador a esta suversión fué que estimó de todo punto la prórroga del arriendo en favor de la denominada parte débil con relación al cambio de propiedad, la *ratio legis*, no debe detenerse ante otro principio de limitación con relación a otra figura jurídica, cuya naturaleza también encierra la probabilidad de otorgar válidamente el uso en que el arrendamiento consiste, refiriéndose con lo que inmediatamente antecede al usufructo, pues si a igual caso debe corresponder igual tratamiento, el enunciado queda reforzado por la nueva declaración, legal, la del art. 70, que contempla el que llegado el día del vencimiento pactado en el contrato de arrendamiento, éste se prorroga obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes, aunque cambie el dueño o el titular arrendador, empleando una disyuntiva que no puede por menos que tener la significación y alcance que se señala".

El razonamiento transcrito es evidentemente muy respetable. Tanto que, aun después de las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 19 mayo y 24 junio 1952, un autor que dogmáticamente está de acuerdo con su doctrina, el insigne Roca Sastre (op. y vol. cit., 5.^a ed., pág. 72), no obstante considerar excelente el designio inspirador de las tres sentencias, ha objetado que no acertaba a comprender "por qué un artículo concebido en los términos del artículo 70 de la ley de arrendamientos urbanos, o sea, por qué razón un precepto de una ley especial no puede desvirtuar o derogar lo dispuesto en el artículo 480 del Código civil".

A esta objeción, tal vez pueda contestarse que las excepciones de una regla general, racional y jurídicamente básicas, deben interpretarse restrictivamente y que sólo han de entenderse en sentido derogatorio cuando no quepa otra interpretación, que sin contrariar de plano la letra se ajuste al espíritu de la excepción y respete el principio fundamental de cuya limitación se discute.

Y precisamente, por este camino, es posible alegar que el aditamento de las palabras "o el titular arrendador" puede entenderse sin mengua del artículo 480 C. c. Es decir, aplicándolas al arrendador no dueño que ceda su derecho (v. gr., el usufructuario que transmite su usufructo), pero sin extenderlo al supuesto de extinción del derecho del arrendador.

En efecto, puede alegarse que nada indica en el art. 70 L. A. U. la voluntad del legislador de derogar el precepto del art. 480 C. c. en cuanto los arrendamientos regidos por dicha ley y que parece más lógico entender en el sentido que se acaba de expresar el aditamento "o el titular arrendador". Tanto más, cuanto que para que haya cambio de titular arrendador se requiere que haya sucesión, por lo menos, en la posición contractual de arrendador, que es precisamente lo que se discute si se da entre usufructuario y nudo propietario.

Pero esa argumentación, que insinuamos, debe ser contrastada a través de los otros puntos de vista interpretativos, que intentaremos otear. Antes de darle valor decisivo es preciso proyectar el contenido institucional de los arrendamientos regidos por la L. A. U. en el principio del art. 480 C. c. y determinar el valor dogmático que éste tenga con relación a un arrendamiento que, si bien sigue siendo convencional en su origen está predeterminado legalmente en la reglamentación de su desarrollo.

2.ª) Interpretación dogmática.

Es la que ha impuesto el Tribunal Supremo en las sentencias de 14 y 19 de mayo y 24 de junio de 1952, 8 de junio de 1953 y 12 de enero de 1955. Puede condensarse en la doctrina contenida en uno de los considerandos de la primera de las citadas sentencias. Según ella, la norma del artículo 480 del C. c. no ha sido derogada ni limitada por el artículo 70 L. A. U., pues "no ha podido cambiar la posición jurídica amparada por el citado artículo del Código y contenida en la jurisprudencia, porque al fallecimiento o cesación del usufructuario y consiguiente resolución del contrato de arrendamiento que éste otorgó, no se ha efectuado cambio alguno de dueño, toda vez que éste lo fué, desde que el usufructo se constituyó y con independencia de él, el nudo propietario continúa siendo y en cuanto al cambio del titular arrendador aceptando la locución en su sentido legal, sin entrar en disquisiciones sobre lo que jurídicamente se quiso expresar con ambas palabras conjuntas, tampoco, pudo estimar que se efectúe, porque en el supuesto que se contempla, es simultánea la extinción de aquel derecho que permitió efectuar el arrendamiento y la desaparición de sujeto que lo ostentaba; el nudo propietario a quien revierte la posesión de la finca usufructuada, ni es sucesor en concepto jurídico, ya *mortis causa*, o bien por actos *inter vivos*, del usufructuario ni, por ende, trae causa alguna de él que le vincule para subrogarse en las obligaciones que aquél contrajo, estando respecto del arrendatario en el caso del principio *res inter aliae acta nec nobis prodest nec nocet*, y como la cosa usufructuada, al revertir a la posesión del nudo propietario terminado el usufructo, no puede volver con otros gravámenes que los que tuviera al constituirse aquél, sería violentar la milenaria institución civil del usufructo, y ello seguro no pasó por la mente del legislador de arrendamientos urbanos el formular la Ley excepcional, aunque concretada al contrato normal y común, privar al nudo propietario de la posesión a que tiene derecho y por

tiempo indefinido en virtud de un vínculo arrendaticio que, ni contrato, ni por subrogación se ve obligado a respetar, de donde se deduce que tampoco la redacción dada al artículo 70 de la Ley de Arrendamientos vigente contiene virtualidad suficiente para modificar el criterio que esta Sala ha venido manteniendo de que las leyes de excepción sobre esta materia no han derogado el precepto contenido en el ya tantas veces citado artículo 480 del Código civil".

Ahora bien, esa interpretación dogmática, puede ser contestada en su propio terreno. Es decir, sin salir de la más pura ortodoxia civilista en materia de la naturaleza del usufructo.

La objeción nace al observar el desplazamiento verificado por la institución arrendaticia. Esta se ha ido alejando del campo contractual, dominado por la autonomía de la voluntad, y decididamente ha quedado encuadrado por la preeterminación legal de su duración y de su contenido, inderogables por las partes.

El acto de arrendar una vivienda que anteriormente ya hubiera estado arrendada, ha quedado reducido en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos a ser el acto de elegir el inquilino, porque las condiciones de precio y duración están prefijados por la ley.

En definitiva el usufructuario en estas circunstancias no efectúa sino el mero acto de sustituir el inquilino saliente por otro nuevo, y no tiene posibilidad alguna de estipular con él otras condiciones más favorables. Ni al propietario, ni al usufructuario les es permitido modificar las anteriormente vigentes.

No ocurre, como en otros supuestos ajenos a esa ley, en los cuales el usufructuario puede concertar un arrendamiento en condiciones más o menos favorables y por plazo más o menos largo. En los arrendamientos urbanos existe un límite de renta irrebasable y una prórroga forzosa irrenunciable.

Por ello, estimamos que el usufructuario que arrienda viviendas que ya recibió arrendadas o pendientes de serlo, sin ampliar los derechos inderogables del inquilino, no contrata más que el nacimiento de la relación predeterminada. Renacimiento exigido por el destino de la cosa usufructuada. Solamente la administra, según su dicho destino. Y, siendo así, no queda base para entender caducados los arrendamientos concertados por el usufructuario en los mismos términos que hubiera debido aceptar el propietario a su administrador, y siempre que con el arrendamiento no haya cambiado el destino específico de la cosa usufructuada ni se hubiera pactado renta más baja, plazo contractual superior al usual o condiciones más desfavorables al propietario.

Ni la prórroga forzosa, ni la renta del arrendamiento dependen de la voluntad del usufructuario, que concertó el arriendo sin disminuir la cuantía de su renta del máximo permitido por la ley. Es la propia ley que la impone. No es lógico, por tanto, dar por extinguido un arrendamiento que el usufructuario tuvo que concertar para conservar el normal destino de la cosa y para que no se perdiera la productividad del bien usufructuado. Si el usufructuario no mejoró sus condiciones y si el arrendamiento se prorroga indefinidamente es por causas ajenas al mismo y derivadas de la ley.

Solo cabrá dar por concluido el plazo contractual, pero no hay razón para excluir su prórroga forzosa.

Caso distinto sería, si el usufructuario arrendase una vivienda o un local que el anterior propietario tuviera voluntariamente libre de arrendamiento

v. gr., por destinarlo a vivienda propia, residencia temporal u otro fin diferente de la obtención de un canon arrendaticio—. O si arrendada una vivienda o local por precio inferior o en condiciones más desfavorables.

3.ª Interpretación teleológica.

Condomines (*Arrendamiento de inmuebles urbanos*. Madrid, 1947, pág 114) argumenta por este camino que: "si el extraño que adquiere en virtud de transmisión válida y eficaz, pero voluntaria del dueño del inmueble, viene obligado en el instante mismo de adquirir la titularidad, a respetar los contratos vigentes y a atenerse a las normas que implican su prórroga indefinida, ¿por qué ha de disfrutar de un especial privilegio el nudo propietario que consolida el pleno dominio al tiempo de extinguirse el usufructo? Como si con el que en realidad era ya algo, y algo importante en la finca, no rezaran los contratos y estipulaciones que, en cambio, deben rezar y obligar para el auténtico extraño".

A esta argumentación opone Roca Sastre (op. y vol. cits., 5.ª ed. página 69, nota 2) la diferencia que media entre el *traer causa* y el *no traer causa*. "Es muy distinto—explica—el caso del comprador cuya finca comprada se halle ya arrendada por el vendedor, y el caso del nudo propietario que, al entrar en el goce de la finca por extinción del usufructo que la gravaba, se encuentra con un arrendamiento otorgado por el usufructuario. Allí se compra una finca ya sujeta a un arrendamiento, la existencia del cual era conocida (o debía serlo) por el comprador, de modo que éste adquiere una cosa arrendada porque quiere, y quizá el arrendamiento haya hecho minorar el precio. En cambio, en el caso del nudo propietario, éste entra en el goce de una finca que, al tiempo de adquirir su nuda propiedad (quizá a título de compra), no estaba arrendada aún. Ambos casos son completamente distintos y, por tanto, requieren racionalmente un tratamiento jurídico diferente".

La distinción planteada por Roca Sastre, entre el supuesto de compra y el de consolidación del dominio en el nudo propietario, nos obliga a subdistinguir en el segundo supuesto. Roca subraya el caso de que el nudo propietario, al consolidar su dominio, halle arrendada una finca que no lo estaba cuando adquirió la nuda propiedad. Evidentemente, no sólo dogmáticamente, sino incluso teleológicamente, la solución correcta en este supuesto debe ser dar por extinguido el arrendamiento concertado por el usufructuario. Pero, puede ocurrir que la finca, al adquirirla el nudo propietario, ya estuviera arrendada, o destinada y pendiente de serlo, y que, ante la vacante del arrendatario, tuviera el usufructuario que sustituirlo, conservando el destino de la vivienda o local, arrendándolo a otra persona en las condiciones mejores legalmente permitidas. ¿Porqué, en ese caso, ha de ser mejor condición el nudo propietario sólo por el hecho de haberse concertado el arrendamiento en uno u otro momento? Las razones dogmáticas, como acabamos de ver, pierden mucho peso en los supuestos de tratarse de arrendamientos urbanos concertados siguiendo el destino de la cosa por el usufructuario con arreglo a los límites legalmente impuestos: los argumentos teleológicos abogan en este caso por la continuación del arrendamiento en situación de prórroga legal, dando por concluido el plazo contractual concertado por el usufructuario, y por la cesación de aquellas condiciones más costosas para el propietario de las que legalmente le correspondan.

Antes de deducir las conclusiones a que nos llevan los anteriores razonamientos, creemos conveniente fijar la atención en tres distinciones planteadas por la parte demandada en el pleito que ha dado lugar al más reciente fallo del Tribunal Supremo sobre el tema que tratamos.

a) La cualidad de usufructuario legal invocada por la parte recurrente ante el Tribunal Supremo no fué tenida en cuenta por éste en el último fallo de que nos ocupamos.

La defensa de la parte demandada adujo que las Sentencias de 7 de julio de 1892 y 27 de septiembre de 1893 y la Resolución de 12 de diciembre de 1902 declararon que el artículo 480 no es aplicable a los usufructos legales. Pero lo cierto es que ninguna de las dos sentencias ni la resolución citadas se refieren a la cuestión debatida. Se declaró en ellas la indisponibilidad por el padre del usufructo legal, que sobre los bienes de sus hijos menores le corresponde.

No obstante, en uno de sus considerandos, la Resolución de 12 de diciembre de 1902, incidentalmente, comenta que el artículo 1.548 "prohíbe al padre que arriende los bienes de sus hijos por más de seis años, equiparando sus facultades a las del administrador que no tiene poder especial". Ello suscita la cuestión—no resuelta en la Resolución, ni en las sentencias antes citadas—de si el arrendamiento concertado por el padre por tiempo menor de seis años, de bienes de sus hijos menores, debe continuar aún después de extinguido el usufructo. A este supuesto pueden aplicarse, sin duda, las palabras de uno de los considerandos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital: "su óbito (el del usufructuario) no alcanza a hacer cesar el derecho que transmitió al perder su facultad de administración, ya que el derecho del arrendatario no se deriva exclusivamente de dicho poder o facultad, sino del derecho correspondiente a los hijos cuyos intereses, en cierto modo, representaba, y que, sin causar de modo decidido un derecho de carácter real para el arrendatario, le permite, al amparo de la normativa legal, limitar el derecho de la nuda propiedad en cuanto se oponga al suyo, máxime cuando como en este caso el uso de la cosa fué dado en condiciones remuneratorias, y de normalidad absolutas y con plenas garantías para el futuro".

Pero, si esta afirmación resulta plenamente certera con respecto al usufructo legal de los padres sobre los bienes de sus hijos menores, no creemos que pueda decirse lo mismo con relación al usufructo legal viudal de los arts. 834 y ss. del Código civil—usufructo del arrendador en el caso de autos—que significa un valor patrimonial independiente para el cónyuge supérstite—según ha declarado la Dirección General de Registros y del Notariado en Resolución de 17 de noviembre de 1916—no adscrito a ningún fin propiamente familiar ni a destino paterno-filial.

b) La circunstancia de invocar o no el arrendador su calidad de usufructuario o de estipular o no una duración supeditada o no en la duración del usufructo, no creemos que pueda empeorar ni mejorar la posición del arrendatario frente al nudo propietario una vez haya consolidado éste su derecho.

El hecho de silenciar el arrendador su condición de usufructuario no puede afectar al nudo propietario que no sea además heredero suyo. Como persona ajena al contrato de arrendamiento no tiene por qué sufrir las consecuencias de la inadvertencia del arrendatario.

Tampoco la ilimitación del plazo estipulado, ni su duración pactada por tiempo que exceda de la vigencia del usufructo, pueden influir en contra del nudo propietario --ajeno al contrato-- que no sea heredero del usufructuario.

Lo que se plantea es si puede afectarle la prórroga forzosa del arrendamiento convenido por el usufructuario, en circunstancias normales, si el destino de la vivienda o del local en cuestión era precisamente su explotación en alquiler.

c) La circunstancia de que el nudo propietario tenga la condición de heredero del usufructuario tiene evidentemente trascendencia con respecto a la duración o contenido contractuales de los arrendamientos estipulados por aquél. Evidentemente, el heredero, como sucesor en todas las obligaciones y derechos del causante, continuará su calidad de arrendador, aun cuando no traiga *causa* de él en la titularidad de la cosa arrendada. Es, en este caso, su condición de arrendador y no la titularidad de la cosa arrendada la que se transmite *mortis causa*, mientras la condición pasiva de arrendador no quede fuera de la responsabilidad *pro viribus* del heredero aceptante a beneficio de inventario.

Si ello es así en cuanto a la vigencia contractual del arrendamiento, ¿qué razón puede existir para que la situación de prórroga forzosa deba interrumpirse por la extinción del usufructo cuando el nudo propietario, además, sea heredero del titular de aquél? Francamente no hallamos ninguna.

Esta cuestión parece que no fué debidamente defendida por la parte demandada, que en ella tenía, sin duda, su mejor apoyo en el pleito que dió lugar a la Sentencia que comentamos.

* * *

¿Cual es la solución que propugnamos después de lo expuesto?

Son notorios el fracaso de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos y la injusticia que para los propietarios antiguos significa, como es evidente su influencia en la permanencia del problema de la vivienda.

Nos parecen del más elemental sentido jurídico unas frases de Cárdenas, que no resistimos la tentación de transcribir.

El 25 de febrero de 1865, el Excmo. Sr. Ministro de la Gobernación solicitaba informe a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre la conveniencia de reformar la ley de inquilinato de 9 abril 1842. La ponencia de la Real Academia fué redactada por el ilustre juriconsulto Francisco de Cárdenas y ha sido recogida en sus "Estudios Jurídicos" (T. II --Madrid, 1884-- páginas 148 y ss. "IV Las Leyes de inquilinato-- Informe presentado a una Comisión de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas").

He ahí algunas de sus frases: "Si la justicia exigiera que el propietario no pudiera recibir más de cierto precio, por el canon de sus fincas, seguramente no consentiría que se le obligara a pagar precio no tasado (*en igual medida*, hay que agregar) por los materiales que emplearon en repararlas o construir las, por el pan que comiere y por las ropas que vistiere" (pág. 179) ... " ... la tasa aumentada la escasez, y por consiguiente la carestía venidera, toda vez que disminuye al cabo, de un modo permanente, el género tasado, cuando la subida de precios que se ha querido remediar, fué tal vez accidental y transitoria" (pág. 190).

Ahora bien, parece como si el Tribunal Supremo, percatado de la falta de

equidad de la ley de Arrendamientos Urbanos vigente, quisiera favorecer la rescisión y la extinción de los arrendamientos, como se tratara de la cesación de situaciones injustas.

Tal postura parece evidente al contrastar el formulismo riguroso con que el Tribunal Supremo ha interpretado ciertas formalidades legales y quizá haya influido también en su interpretación del art. 70 L. A. U.

Pero, esta posición trae consigo una desigualdad de trato apoyada en circunstancias no suficientemente decisivas para justificarla.

Partiendo del vigente régimen del inquilinato, a los efectos del art. 70 L. A. U. debe entenderse que sólo hay cambio de titular arrendador cuando haya sucesión en la relación arrendaticia, con o sin sucesión en la titularidad de la cosa arrendada. Pero, ¿cuándo hay sucesión en la relación arrendaticia? El art. 70 no lo determina plenamente.

Del propio art 70 se deduce que no solo se produce en la sucesión mortis causa sino incluso en la cesión onerosa de la cosa arrendada. Pero, además, con visión teleológica y con sentido de la naturaleza dogmática que actualmente tiene la relación arrendaticia urbana, debe entenderse que también la hay al cesar el usufructo si en el arrendamiento que fué convenido por el usufructuario, éste se concretó a determinar simplemente la persona de un nuevo arrendatario de una vivienda o un local destinados precisamente a ser arrendado ya desde antes de nacer el usufructo, y a aceptarlo con el contenido más favorable a la propiedad consentido por la ley. Es decir, cuándo el usufructuario actuó como un mero administrador conservador del uso y disfrute anteriormente expuesto a la cosa usufructuada.

No puede, en cambio, decirse que haya sucesión causal en la titularidad de la cosa arrendada, ni en la relación arrendaticia, en los siguientes casos:

1.º) Si el usufructuario arrendó una vivienda o local no destinados anteriormente a ser arrendados. De no aceptarse tal salvedad, e imponerse al propietario el arrendamiento contituido por el usufructuario, se produciría una verdadera mutación del destino de la cosa usufructuada, que dada la actual configuración del arrendamiento alteraría sustancialmente la forma de goce y disfrute del derecho dominical del titular de la vivienda o local en cuestión. (Cómparese el caso del arrendamiento de un piso de una casa de que se posesionó el usufructuario cuando estaba totalmente arrendada, con el arrendamiento concertado por el propio usufructuario del hotelito o el piso que ocupaba el propietario del que deriva su derecho el mudo propietario)

2.º) Si son condiciones más onerosas para la propiedad, pactadas por el usufructuario, debe entenderse extinguido el arrendamiento al consolidarse el pleno dominio en el propietario, de acuerdo con la doctrina del artículo 480 del Código civil, ya que los actos del usufructuario que no sean de normal ejercicio de su derecho no deben perjudicar a la propiedad.

Puesto que el artículo 70 L. A. U. dice que el arrendamiento se prorrogará "sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes", podrá sostenerse que si el contrato no puede prorrogarse sin alteración, conforme al artículo 70, deberá aplicarse íntegramente la doctrina del artículo

480 C. c., y que, por tanto, tampoco existe base legal para que el arrendatario continúe en el arrendamiento con sujeción a otras condiciones distintas.

3º) El plazo contractualmente pactado por el usufructuario debe entenderse vencido, conforme al artículo 480 C. c., al extinguirse el usufructo, quedando en situación de prórroga forzosa legal el arrendamiento, que no deba extinguirse, según lo expuesto en los dos anteriores supuestos exceptuados y, por tanto, resultará susceptible de sufrir las excepciones previstas en los artículos 76 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En los tres expresados supuestos y en los términos indicados debe entenderse aplicable el artículo 480 del Código civil, y el artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos debe interpretarse en el sentido de no incluir estos supuestos, pero sí los demás de continuación del arrendamiento, después de extinguido el usufructo de quien lo constituyó, por las razones teleológicas y dogmáticas apuntadas en lo largo de este comentario.

II. SENTENCIAS

A cargo de Luis ALCAZAR, Luis DIEZ-PICAZO, Gabriel GARCIA CANTERO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO y Antonio PEREZ VEGA, bajo la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general

1. DERECHO FORAL: SUCESIÓN «AB INTESSTATO». (V. Sentencia 29 marzo 1955. V. 6.)

2. RETROACTIVIDAD DE LA LEY: LEY INTERPRETATIVA. (V. Sentencia 31 marzo 1955. III. 53.)

3. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LA ANALOGÍA COMO FUENTE DE DERECHO: *Sólo es posible acudir a los principios de derecho y a la analogía cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido.* [Sentencia 4 mayo 1955.]

4. LAGUNAS DEL DERECHO: EQUIDAD. (V. Sentencia 2 abril 1955, 11.)

5. PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA: *La omisión de la cita de fundamentos legales no impide que el juzgador razone haciendo aplicación a los hechos del derecho que procede.*

ARRENDAMIENTO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *La pérdida de la cosa arrendada es causa de resolución del contrato.*

ARRENDAMIENTO: REPARACIONES NECESARIAS: *La obligación del arrendador de realizar las reparaciones necesarias es correlativa de la obligación del arrendatario de poner en conocimiento del dueño la necesidad de hacerlas.* [Sentencia 10 mayo 1955.]

6. PRODIGALIDAD: REQUISITOS: *Los requisitos para la incapacitación por prodigalidad son: 1) Existencia de una conducta desordenada y ligera, no meramente desacertada, en la gestión del patrimonio. 2) La conducta debe ser habitual; y 3) Puesta injustificada en peligro del patrimonio con perjuicio de los herederos forzosos.* [Sentencia 28 marzo 1955.]

7. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: PRUEBA DEL DAÑO. (V. Sentencia 28 febrero 1955, III. 58.)

8. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN: ARRIENDO POR TIEMPO INDEFINIDO: FACULTADES DEL PADRE PARA ARRENDAR SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. (V. Sentencia 3 diciembre 1954, III. 11.)

9. SIMULACION: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Están legitimados para pedir la declaración de nulidad del contrato de compraventa por simulación absoluta los copropietarios del inmueble al ser lesionado su derecho a retraer por hacerse figurar un precio notoriamente exagerado.* [Sentencia 12 abril 1955.]

10. PRESUNCIONES: *La prueba de presunciones solo puede atacarse en casación cuando no son ciertos los hechos de que se parte para establecer la inducción o cuando en ésta no se sigue el rigor lógico que requiere el artículo 1.253, C. c.*

SIMULACIÓN SOCIAL: *No hay falta de causa en el contrato cuando la simulación se refiere a hechos posteriores y bajo un aspecto social y puramente externo y no jurídico. [Sentencia 3 marzo 1955.]*

11. CAUSA DE LOS CONTRATOS: CAUSA PRESUNTA: *El artículo 1.277 del Código civil establece que la causa aunque, no se exprese, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, no puede entenderse en el sentido de que la carga de la prueba se imponga al deudor pero no a sus causahabientes o herederos, lo cual sería contrario al concepto y efectos jurídicos de la sucesión.*

LEY DE DESBLOQUEO: REDUCCIÓN: PRESUNCIÓN DE FECHA DE PAGO: EQUIDAD: *Ante la imposibilidad de precisar las fechas en que se entregaron las cantidades, entendió la Sala que en todos los meses se entregaron cantidades iguales a efecto de aplicar los porcentajes de reducción, y como lo realizó a falta de una base legal precisa, siguiendo un criterio de equidad, para llenar una laguna del derecho positivo no puede decirse que infringiera el artículo 12 de la Ley de Desbloqueo. [Sentencia 2 abril 1955.]*

12. CAUSA ILÍCITA: CASACIÓN. (V. Sentencia 22 enero 1955, III, 14.)

13. ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: DIFERENCIA CON LA DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *La acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la de indemnización por daños y perjuicios, de la que la independizan múltiples notas diferenciales.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: CARÁCTER NO SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN: *Cuando unos mismos hechos pueden ser determinantes de varias acciones, entre ellas la citada, se está en presencia de concurrencia de acciones que no tienen orden preestablecido de preferencia y exclusión.*

LEGITIMACIÓN: *La circunstancia de que no conste si al tiempo de la demanda continuaba en su cargo de Gerente de la sociedad actora, quien en tal concepto otorgó poder a procuradores con anterioridad, no desvirtúa la personalidad de la actora ni la de su procurador, mientras la sociedad subsista y el poder no haya sido revocado. [Sentencia 12 abril 1955.]*

La demanda inicial del pleito se formula reclamando la restitución de lo injustamente obtenido por los demandados al realizar determinadas intrusiones y extracciones indebidas de mineral en una mina propiedad del demandante.

El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda y acogía una excepción de falta de personalidad de los demandados.

La Audiencia acogió dicha excepción solamente respecto a uno de los demandados y condenó al otro a restituir el importe del enriquecimiento indebido obtenido por la intrusión.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado.

Es interesante la doctrina referente a la acción de enriquecimiento injusto recogida en el considerando quinto.

... no es aceptable la tesis del recurrente, según la cual la acción ejercitada es realmente la de indemnización de daños y perjuicios, el enriquecimiento injusto, como principio general del derecho sólo entra en juego de modo subsidiario, y la acción de indemnización ha prescrito y no es aceptable: 1.º Porque no es exacto que la acción ejercitada sea en realidad la aquiliana, pues aunque entre los fundamentos jurídicos de la demanda se cita el art. 1.902 del C. c., es sólo a efecto de señalar las diferencias que median entre aquella acción y la restitutoria dimanante de la «condictio sine causa», que es a la que se encamina concretamente la argumentación y la súplica de la demanda. 2.º Porque la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la de indemnización por daños y perjuicios, de la que la independizan múltiples notas diferenciales que la doctrina científica ha señalado, entre las que conviene destacar por su aplicación al caso de autos, estas dos: la acción aquiliana requiere en el provocador la concurrencia de un hecho ilícito, culposo o negligente, que no resulta afirmado en la sentencia recurrida y la «condictio» puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe por parte del provocador, cual ocurre frecuentemente en materia de intrusiones mineras, y por otra parte, la acción de enriquecimiento supone siempre en el actor del hecho un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de acción aquiliana, que es la contemplada en el artículo 38 de la Ley de Minas. 3.º Que muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la «condictio» funcione siempre como norma subsidiaria de derecho, y aunque así no fuera el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el C. c. contiene en punto al enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que en forma sistemática general o específica gobierne la acción de enriquecimiento indebido, y así pasa a primer plano de la fuente jurídica el principio de que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro, reconocido unánimemente, como derivación de derecho natural, por la legislación romana, por la tradicional española, por la doctrina científica y por la jurisprudencia. 4.º Porque en el caso de que el hecho de la intrusión minera pudiera ser determinante del ejercicio de diferentes acciones, como la interdical para retener y recobrar la posesión, la reivindicatoria para obtener la devolución del mineral extraído o la restitutoria del equivalente pecuniario y la declarativa de culpa, se estaría en presencia de concurrencia de acciones que no tienen orden preestablecido de preferencia y exclusión por lo que el titular del derecho lesionado podrá ejercitar la que juzgue más adecuada; y 5.º Porque, en definitiva, no ejercitada la acción aquiliana es inaplicable la norma de prescripción extintiva que establece el artículo 1.968 del C. c.

OBSERVACIONES: La sentencia referida resuelve, con gran acierto, a nuestro juicio, los dos problemas fundamentales que se plantea: a) La diferencia entre la acción de indemnización de daños y perjuicios y la acción de

enriquecimiento injusto sobre dos hechos distintivos—la innecesariedad de culpa o negligencia en la «condictio» y, por el contrario, su necesidad en la acción aquiliana; y la necesidad de un incremento patrimonial en una parte, necesario en la «condictio» y no en la acción aquiliana, que sólo exige la existencia de un daño—está exactamente declarada (sobre el particular puede verse: Núñez Lagos, «El enriquecimiento sin causa en el Derecho español», Madrid, 1934). b) La negación del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento, aunque no haya tenido plena acogida en la doctrina ni en la legislación —el artículo 2.042 del C. c. italiano exige para la viabilidad de la acción que el dañado no disponga de otra para restablecer el equilibrio patrimonial, y entre nosotros parece aceptarlo Castán («Derecho civil», I, vol. 2.º, octava edic., Madrid, 1952, pág. 533), recogiendo una afirmación de Díaz Pairo— «es conveniente y adecuado, pues, reconocer a la acción de enriquecimiento sin causa carácter subsidiario y admitirla sólo en los casos en que no se pueda, ni se haya podido utilizar otra vía para obtener la reparación», lo cual es dejar inservible toda la figura construida. (L. D. P.)

14. PRESTAMO: LEY DE USURA: PRUEBA: *Si bien el art. 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908 dispone que los Tribunales formarán libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, dicha atribución debe concretarse debidamente en casación, a fin de no convertirla en una tercera instancia, y deben aceptarse los supuestos y apreciaciones de los hechos fundamentales de la sentencia recurrida.*

PRUEBA: APRECIACIÓN: TESTIGOS Y DOCUMENTO PÚBLICO: *El testimonio vago e impreciso de dos testigos, ni siquiera instrumentales, no es bastante para desvirtuar la afirmación de hechos que integran la sustancia del otorgamiento hecho a presencia y bajo fe del funcionario autorizante. [Sentencia 26 abril 1955.]*

15. ACTA NOTARIAL: VALOR: Véase sentencia 16 abril 1955 (III, 4).

16. ARTÍCULO 1.253 DEL CODIGO CIVIL: *La infracción de este precepto, aunque existiera, no podría constituir un error de derecho en la apreciación de la prueba, y por tanto no podría combatirse al amparo del número séptimo del artículo 1.692 LEC. [Sentencia 3 febrero 1955.]*

17. COSA JUZGADA: DENEGACIÓN POR MOTIVOS PROCESALES: Véase sentencia 28 febrero 1955 (III, 58).

18. COSA JUZGADA: *Procede la excepción de cosa juzgada cuando se da la triple identidad de cosas, causa y personas que concurrieron y se dieron en el juicio anterior. El mismo significado merece que en un juicio fueran los litigantes representados por el Ayuntamiento y en nombre de éste el síndico, que en el otro reclamen por sí mismos los interesados. [Sentencia 9 febrero 1955.]*

«... que requerido don C. T. L., causahabiente del actor, el 8 de enero de 1926, por el Ayuntamiento de L. para que derribara la pared que construía en un camino público, que se decía era perteneciente al común de los vecinos de R., aquél solicitó del Juzgado municipal de citada villa, que citado terreno fuera declarado de su exclusiva propiedad por haberlo adquirido en documento privado de doña C. T. de B., en 10 de noviembre

de 1924, siendo esto reconocido así en sentencia dictada el 15 de octubre de 1926 en juicio celebrado, al que el Ayuntamiento concurrió y su pronunciamiento aceptó; y por ello es forzoso admitir, cual lo hace el Tribunal «a quo», que en el caso actual, donde su derechohabiente actúa ejercitando las acciones que le asisten sobre ese terreno declarado de propiedad particular, que en su defensa, cuando se estima que es de carácter público, jurídicamente se dan la triple y perfecta identidad de cosas, causa y personas que concurrieron y se dieron en el juicio anterior, siéndole por ello de aplicación la expresada excepción, máxime teniendo en cuenta que el demandado no puede alegar ignorancia, ya que era vecino del pueblo, que su casa lindaba con la del actor y que tuvo que estar enterado de la reclamación que éste formuló contra el Ayuntamiento como representante de las personas que residen en su término, ya que, como se dice en la sentencia de primero de mayo de 1906, y se reitera en otras resoluciones de esta Sala, el mismo significado merece que en un juicio fueran los litigantes representados por el Ayuntamiento y en nombre de éste el Sindico, que en el otro reclamen por sí mismos los interesados, cuando ocurre, como en el juicio actual, que el concepto público o privado que el terreno entraña, influye de modo extraordinario y singular en las consecuencias que de dicha declaración se deben derivar, razón por la que estando reconocido por la sentencia que se cita, la casa del demandante como bien particular, cabe admitir, y limitada a este aspecto, la excepción de cosa juzgada, como se hace por el Tribunal de instancia, sin que el hecho de que el Ayuntamiento en aquel juicio no se defendiera, como dice el recurrente, enerve tal estimación, pues aun cuando consta que asistió a la primera sesión celebrada, no es obstáculo que después dejara de comparecer, debiéndose interpretar su ausencia como un allanamiento a la pretensión que dedujo el que fué actor.» (Considerando 1.º)

19. COSA JUZGADA: *No debe confundirse la cosa juzgada con los fundamentos del fallo, ni creer que en una sentencia en que se absuelve de una demanda de desahucio se pueden liquidar cuentas pendientes entre demandante y tercera persona, ni que la sentencia recaída en un juicio de esa clase debe ejecutarse por medio de otro declarativo.* [Sentencia 10 enero 1955.]

20. NULIDAD: INEFICACIA: *Hay que distinguir claramente, entre la inexistencia —que es la falta de alguno de los requisitos del artículo 1.261 C. c.—, la nulidad cuando mediando los requisitos alguno de ellos adolece de vicio que los invalida con arreglo a la Ley (artículo 1.300), y la rescisión cuando en contratos válidamente celebrados pueden hacerse desaparecer sus efectos por alguna de las circunstancias del artículo 1.291 C. c.* [Sentencia 2 marzo 1955.]

21. PRESCRIPCIÓN: ACCIONES IMPRESCRIPTIBLES: ARTÍCULO 1.965 DEL CÓDIGO CIVIL. (Véase: Sentencia 21 marzo 1955. II. 4.)

II. Derechos reales

1. PROPIEDAD DE AGUAS: *Se trata de un derecho de propiedad que puede perfectamente referirse a persona y objeto determinados.*

ACCIÓN DECLARATORIA: *No puede el Tribunal desestimar la acción declaratoria de un derecho a diferencia de lo que se requiere para una acción condenatoria, porque no se haya atentado o desconocido contra ese derecho. [Sentencia 14 abril 1955.]*

2. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS Y NOMBRES COMERCIALES: VALOR DE LA INSCRIPCIÓN: *El certificado de concesión de marca o de nombre comercial constituye una presunción «iuris tantum» de propiedad.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS Y NOMBRES COMERCIALES: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: *El titular registral consolida el dominio a los tres años de efectuado el registro mediante la explotación no interrumpida, y el titular extrarregistral lo adquiere con la quieta y pacífica posesión con buena fe y justo título durante el mismo periodo de tiempo. [Sentencia 6 mayo 1955.]*

3. USUCAPIÓN: BUENA FE: SU APRECIACIÓN: *Respecto a la buena fe en la prescripción adquisitiva del dominio o demás derechos reales, hay que estar a la apreciación de la Sala sentenciadora, mientras no se demuestre una manifiesta infracción de Ley. [Sentencia 3 febrero 1955.]*

4. LA LLAMADA «SERVIDUMBRE DE MANCOMUNIDAD DE PASTOS Y LEÑAS»: ES UNA SERVIDUMBRE: ARTÍCULO 1.965 DEL CÓDIGO CIVIL: *La imprescriptibilidad de la acción exige que todos o alguno de los interesados en la cosa común la posean de consuno en nombre de la comunidad, porque si la posesión la tiene uno de los interesados en nombre propio o singular, con exclusión de los restantes comuneros por más de treinta años ininterrumpidamente, la prescripción se produce en sus dos vertientes correlativas, extintiva para el comunero que abandonó el ejercicio de su derecho, y adquisitiva para el que se mantuvo en la posesión como titular único. [Sentencia 21 marzo 1955.]*

OBSERVACIONES: Siguiendo la orientación marcada en las sentencias de 18 de febrero de 1932 y 19 de febrero de 1954, el Tribunal Supremo resuelve definitivamente en este fallo el grave problema terminológico y de fondo que plantearon los artículos 600 al 604 del C. c. El confusionismo que los mismos encierran debe resolverse entendiendo que la relación jurídica a que se refieren es de servidumbre y no de comunidad.

Admitiendo a efectos polémicos la tesis del recurso, el Tribunal Supremo reitera su ya consolidada doctrina sobre las acciones imprescriptibles y la interpretación del artículo 1.965 del C. c. en el sentido antes expresado, similar al acogido, entre otras, en sus sentencias de 22 de junio de 1892, 22 de junio de 1904, 24 de noviembre de 1906 y 6 de junio de 1917.

5. COMUNIDAD DE BIENES: LEGITIMACIÓN DEL COMUNERO: *Cualquiera de los comuneros, mientras la cosa permanezca indivisa, tiene acción y puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos o para defenderlos.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: LEGISLACIÓN ANTERIOR: NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO EXPRESO: *El consentimiento a que se refiere el art. 9.º del*

Decreto de 21 enero 1936, ha de ser expreso, es decir, prestado de palabra o por escrito en tiempo y lugar determinados, siendo ineficaz ante esta exigencia legal el consentimiento tácito. [Sentencia 26 marzo 1955.]

6. PRECARIO: TÍTULO DE ARRENDAMIENTO: No enerva la acción de desahucio por precario el título concedido por quien no gozaba de la potestad dominical necesaria para expedirlo (Delegación de la vivienda para familias de casas destruidas), obedeciendo su otorgamiento a razones de fuerza mayor derivadas de los daños de guerra, ya que esto significa solamente un alojamiento de carácter temporal y no un arrendamiento. [Sentencia 29 marzo 1955.]

7. PRECARIO: DESAHUCIO: La Audiencia estima la demanda de desahucio basándose en que el actor ha justificado su condición de propietario con la presentación de la escritura pública de compraventa debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, y en que no aparece demostrada la realidad del arrendamiento.

PRECARIO: TÍTULO DE PROPIEDAD: DEMANDA SOBRE BIENES RESERVABLES ANOTADA EN EL REGISTRO: La iniciación de un pleito sobre nulidad de compraventa por estar la finca sujeta a la reserva del art. 968 del C. c., no impide a quien se halle en la situación legal de propietario el ejercicio de sus derechos, a reserva de lo que en ese pleito se resuelva, aunque la demanda esté anotada en el Registro.

PRECARIO: DECLARACIÓN DE IGNORANCIA: La ignorancia o la inhibición cognoscitiva del absolvente, por sí sola no justifica la existencia de un contrato de arrendamiento con el precarista.

CONFESIÓN: Según reiterada jurisprudencia no puede fundarse el recurso de casación en la confesión judicial, dándola preferencia sobre las demás pruebas cuando el Tribunal «a quo» ha avaluado su valor combinándolo con los demás elementos probatorios. [Sentencia 23 febrero 1955.]

8. POSESIÓN DE BIENES MUEBLES: CULPA EXTRA CONTRACTUAL: Ejercitada la acción de indemnización de daños y perjuicios por el poseedor de un camión, debe ser casada la sentencia que acogió la oposición de falta de acción fundada en no haber acompañado con la demanda el título justificativo de su propiedad del vehículo, pues en dicha sentencia se infringen por inaplicación y violación los artículos 464, 1.250 y 1.251 del C. c., ya que al poseedor le ampara la presunción legal de propiedad que atribuye a quien la impugna la obligación de probar que esa presunción no es cierta.

BIENES MUEBLES: RÉGIMEN DOMINICAL: INMATRICULACIÓN E INSCRIPCIÓN DE AUTOMÓVILES: Las disposiciones de carácter administrativo sobre inmatriculación e inscripción de automóviles no tienen otro alcance que el meramente fiscal. De su omisión se derivan sanciones pecuniarias y prohibiciones que no afectan al orden civil en cuanto al dominio de los vehículos, sometidos en su regulación al Código civil. [Sentencia 22 diciembre 1954.]

9. USUFRUCTO DE HERENCIA: Véase sentencia 29 enero 1955 (V. 1).

10. **SERVIDUMBRE: DE FERROCARRILES:** *No puede solicitarse, al amparo del artículo 11 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles de 8 de septiembre de 1878, el derribo de las construcciones existentes en la zona de servidumbre del ferrocarril, cuando consta que estaban ya construidas cuando la estación se explanó y se construyó el ferrocarril.* [Sentencia 18 marzo 1955.]

III. Derecho de obligaciones

1. **DEUDAS PECUNIARIAS: LEY DE DESBLOQUEO: PORCENTAJES DE REDUCCIÓN:** Véase sentencia 2 abril 1955 (I, 11).

2. **RESOLUCION Y PRÓRROGA DE LOS CONTRATOS:** *No puede entenderse infringido el artículo 1,282 del C. c. cuando se deniega la prórroga de un contrato al declararlo resuelto de acuerdo con el artículo 1.124 del C. c.* [Sentencia 21 diciembre 1954.]

3. **INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: NATURALEZA:** *No es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyen circunstancias personales y objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello si el causante del perjuicio debe repararlo tiene que hacerlo en su totalidad para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación.* [Sentencia 28 abril 1955.]

4. **PREFERENCIA DE CRÉDITOS: TERCERÍA DE MEJOR DERECHO:** *Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.924, núm. 3, apartado A, del Código civil, el crédito de la tercerista que consta en escritura pública cuya fecha es anterior a la del protesto de las letras de cambio que sirvieron de título para decretar el embargo de un bien mueble del deudor, goza de preferencia sobre el del ejecutante que solicitó este embargo.*

ACTA NOTARIAL: VALOR: *La reclamación al deudor mediante acta notarial del pago de la cantidad posteriormente exigida en el procedimiento ejecutivo no desvirtúa la preferencia del crédito que consta en escritura pública, ya que el acta notarial justifica o prueba el hecho de la reclamación, pero no la existencia real de la deuda reclamada.*

NULIDAD DEL CONTRATO ACCESORIO: *Nula una prenda por falta de disponibilidad del objeto dado en garantía, este vicio de nulidad no se extiende a la deuda que garantiza, aun cuando ambos actos jurídicos consten estipulados en un mismo documento.* [Sentencia 16 abril 1955.]

5. **NOVACIÓN: CAMBIO NO ESENCIAL:** *No existe novación cuando, subsistiendo la obligación primitiva, se otorgan simples facilidades de pago para el cumplimiento de la obligación mediante prórrogas o pagos fraccionados.*

NOVACIÓN: ENTREGAS DE LETRAS DE CAMBIO PARA PAGO: *Es una modalidad de la obligación anterior, establecida en garantía del acreedor, pero no modifica la esencia de la obligación anterior, ni las condiciones en ella establecidas.* [Sentencia 26 abril 1955.]

6. INTERPRETACIÓN CONTRATO: *La aplicación del artículo 1.282 C. c. no excluye que se tenga también presente lo dispuesto en los artículos 1.285 y 1.286 y siguientes.*

Para que pueda prosperar el error en la interpretación de los contratos que se atribuya a la sentencia recurrida en casación, es necesario que tal error sea evidente. [Sentencia 29 marzo 1955.]

7. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: ERROR DE HECHO: *Cuando la interpretación de las cláusulas de un contrato ha sido una de las cuestiones discutidas en el juicio por ser distinto y contradictorio el sentido que las atribuyen cada uno de los litigantes, no puede invocarse la escritura en que conste dicho contrato como un documento auténtico que justifica el error de hecho cometido en la sentencia.*

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN CAMBIARIA: *La prescripción a que se refiere el artículo 950 C. de comercio puede interrumpirse en la forma prevenida en el artículo 944 del mismo Código, artículo que es aplicable a la letra de cambio. [Sentencia 4 marzo 1955.]*

8. INTERPRETACIÓN CONTRATO: UNIDAD O PLURALIDAD: *El destinarse toda una obra de carpintería a un solo edificio con fijación de un precio total, revela claramente la finalidad común de las prestaciones, y al ser único el objeto de la convención no existe más que un contrato. [Sentencia 19 noviembre 1954.]*

9. SEÑAL: ANTICIPO DE PRECIOS *La intervención de señal no tiene una significación única, sino varia, y no cabe entender que el empleo de esta palabra expresa necesariamente la facultad de separarse del contrato, pudiendo ser estimado, sin error, como anticipo de precio, si hay elementos para así entenderlo. [Sentencia 20 abril 1955.]*

10. COMPRAVENTA CONDICIONADA: *Reservándose el comprador la facultad de no dar su conformidad a la compra de los géneros si no reúnen determinadas características, es manifiesta la existencia de una compraventa sujeta a condición resolutoria. [Sentencia 29 enero 1955.]*

11. DERECHO DE ARRENDAMIENTO: NATURALEZA DEL ACTO CONSTITUYENTE Y DE LA RELACIÓN CONSTITUIDA: *Por regla general constituye en nuestro sistema un acto de mera administración, a no ser que se concierte por un plazo de duración superior a seis años, pues en tal supuesto le están reconocidos por virtud de la inscripción ciertos efectos reales frente al adquirente ulterior, sin que por eso pierda su carácter de relación esencialmente obligatoria.*

ARRENDAMIENTO: REQUISITOS: TEMPORALIDAD: EL ARRENDAMIENTO POR TIEMPO INDEFINIDO: *Aun siendo la temporalidad consustancial al contrato de arrendamiento, es válido el que se concierte por tiempo indefinido, pues ello no implica cláusula de perpetuidad y así se deduce de la norma contenida en el artículo 1.581 C. c. Dicha estipulación tampoco implica que el arriendo se haya pactado por más de seis años.*

ARRENDAMIENTO POR TIEMPO INDEFINIDO DE BIENES DE PROPIEDAD DE HIJOS EN

PATRIA POTESTAD: *El padre titular de la patria potestad no requiere autorización judicial para pactar tal arrendamiento.* [Sentencia 3 diciembre 1954.]

12. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONTRATO COMPLEJO DE ARRENDAMIENTO Y TRANSACCIÓN: APLICACIÓN DE LA LAU:** *No es totalmente exacto que a todas las cuestiones relativas al nacimiento vida y extinción del contrato de arrendamiento de fincas urbanas deba aplicarse la LAU y mucho menos en un caso como el presente en que se trata de un contrato complejo, originario de transacción y derivativo de arrendamiento.* [Sentencia 20 abril 1955.]

13. **ARRENDAMIENTO URBANO: ÁMBITO TEMPORAL DE LA LAU:** *La derogación del Decreto de 21 de enero de 1936 por la disposición transitoria veintistete de la ley no impide su aplicación a los derechos nacidos bajo su régimen.*

OCUPACIÓN DE EDIFICIO RECONSTRUIDO: *Subsistente el arriendo a la entrada en vigencia de la ley, aunque sus efectos estén en suspenso durante la reconstrucción: tanto la facultad de retorno como la de fijar el precio del arriendo han de regularse conforme a los artículos 8.º y 6.º del mencionado decreto.*

REDUCCIÓN DE RENTA: *La aplicación del artículo 112 LAU supone la necesaria observancia de los artículos 102, 104 y 105 del mismo cuerpo legal.*

INTERÉS LEGAL DEL CAPITAL EMPLEADO PARA LA RECONSTRUCCIÓN: *Si bien el propietario debe percibir el interés legal del capital invertido en la reconstrucción, no ha de entenderse que tal incremento ha de ser distribuido entre todos los inquilinos si existen gastos que no afectan a la totalidad de los locales.* [Sentencia 22 marzo 1955.]

14. **RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO:** *No existiendo incumplimiento por una de las partes, al haber observado todo cuanto le competía realizar, no cabe la aplicación del artículo 1.124 del Código civil.*

CAUSA ILÍCITA: CASACIÓN: *La existencia de los hechos es cuestión de la libre apreciación de los Tribunales de Instancia, pero la calificación de causa ilícita puede ser discutida en casación.* [Sentencia 22 enero 1955.]

15. **ARRENDAMIENTO: DISTINCIÓN ENTRE INDUSTRIA Y LOCAL DE NEGOCIO:** *Cuando el arrendatario recibió un negocio con vida propia, unas instalaciones en perfecto estado de ser utilizadas, el arrendamiento es de industria y no de local de negocio.* [Sentencia 17 mayo 1955.]

16. **ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DISTINCIÓN CON LA EMPRESA:** *No debe olvidarse que el concepto de empresa y su distinción del patrimonio propio de ella, elementos subjetivos y objetivos de una misma cosa, útiles, sin duda, cuando de determinar cuestiones de índole mercantil se trata, no tiene aplicación desde el punto de vista arrendaticio urbano respecto del cual y para sus efectos se ha establecido el concepto de industria.* [Sentencia 3 marzo 1955.]

17. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: VIVIENDA: BODEGA SUBTERRÁNEA ASIMILADA A VIVIENDA:** *El contrato de arrendamiento de una bodega o lugar subterráneo destinado a tener vinos, debe reputarse arriendo de almacén asimilado al*

de vivienda, pero no al de local de negocio, pues para reputarse tal, el arrendatario debía ejercer sus actividades «con establecimiento abierto», conforme al artículo 1.º LAU. [Sentencia 14 mayo 1955.]

18. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: UNIDAD CON EL LOCAL: *El desahucio del negocio o industria implica necesariamente el del local si éste constituye no solamente una parte integrante de la unidad patrimonial, objeto del arrendamiento, sino la base física y fundamental en que la industria ha de asentarse y el negocio desenvolverse.*

DESAHUCIO: *Fundada la demanda en alguna de las causas del artículo 1.569 C. c., es el juicio de desahucio en el que debe ventilarse y no en el declarativo correspondiente.* [Sentencia 18 febrero 1955.]

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSTRUCCIÓN PROVISIONAL: *Son razonables indicios de provisionalidad de una construcción su situación en una de las principales vías de la ciudad, en periodo de ejecución no definitivo, careciendo de solidez y teniendo el solar un valor tres veces superior al del resto de la edificación.*

Las presunciones «iuris et de iure» e «iuris tantum» del artículo 114 párrafo 2.º, no excluyen la posibilidad de que se califiquen de provisionales otras construcciones cuando así lo estime el juzgador.

DERRIBO: *No es aplicable el artículo 115 LAU (autorización del Gobernador civil de la provincia) cuando se trate de edificaciones provisionales, respecto a las cuales sólo es preciso el requerimiento y la indemnización preceptuadas en el artículo 114, párrafo 1.º* [Sentencia 3 febrero 1955.]

19. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTAS POR MOTIVOS FISCALES: NO PROCEDE CUANDO HUBO ERROR MATERIAL EN LA DECLARACIÓN A HACIENDA: *Al no existir ocultación, por ser las rentas cobradas iguales a las declaradas, si bien por un error material, rectificado oportunamente, se había atribuido erróneamente rentas diferentes a cada uno de los locales, falta el supuesto de aplicación del artículo 133 de LAU.* [Sentencia 23 febrero 1955.]

20. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTA: *Acreditado en autos que la finca litigiosa fué dada de alta como de nueva construcción en 14 de enero de 1936 y que la renta objeto de revisión fué establecida en contrato de 14 de junio de 1949, por el titular que precedió al demandante, es notorio que conforme a los artículos 118 y 120 y Disp. Trans.-12.º, la mencionada renta no podía repercutir en el contrato celebrado por el recurrente dada la fecha del anterior, ya que después de la vigencia de la LAU, no siendo aplicable dicha transitoria, hay que estar a lo establecido en el artículo 118.* [Sentencia 14 marzo 1955.]

21. ARRENDAMIENTOS URBANOS: MODIFICACIÓN DE RENTA: *La cláusula en que se hace constar que el precio del arrendamiento es el fijado con anterioridad al 18 de julio de 1936, por lo cual el arrendador podrá aumentar el precio del alquiler teniendo en cuenta los aumentos contributivos u otros fijados por la ley, carece de eficacia.* [Sentencia 21 marzo 1955.]

22. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTAS POR MOTIVOS FISCALES: NO ES NECESARIO ACUDIR A JUICIO PARA LIMITAR LA RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: Según el artículo 133 LAU, desde la manifestación de voluntad del arrendatario de limitar el pago de su alquiler a la cantidad declarada por el arrendador a la Hacienda, debe entenderse novado el contrato en cuanto a la renta, sin necesidad de acudir a juicio. [Sentencia 24 marzo 1955.]

El arrendatario, el 26 de julio de 1950, demandado por falta de pago, consignó en el Juzgado municipal el importe de la renta de acuerdo con la cantidad declarada a la Hacienda, y el 8 de agosto del propio año, el arrendador declaró a la Hacienda la renta que efectivamente percibía del arrendatario. Como el Juzgado municipal entendió que en el juicio de desahucio no podía plantearse la cuestión de la revisión de la renta, el arrendatario acudió al juicio declarativo. El arrendador demandado pretendía que la acción novatoria se había ejercitado sólo mediante demanda, la cual se había presentado mucho después de hacer él la declaración exacta. El T. S. sienta la doctrina señalada.

23. ARRENDAMIENTOS URBANOS: INCREMENTOS DE RENTA: La notificación por escrito al arrendatario es requisito previo del derecho del arrendador a percibir las rentas incrementadas y, por ello, no puede ser cumplido con posterioridad. [Sentencia 15 marzo 1955.]

24. ARRENDAMIENTO URBANO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: En todos los supuestos de resolución del contrato de arrendamiento que implican el lanzamiento por virtud de lo establecido en el artículo 180 de la LAU se aplicarán los artículos 1.566 y 1.567 LEC. [Sentencia 13 abril 1955.]

HECHOS.—La Audiencia admitió la apelación sin que el arrendatario apelante hubiera acreditado estar al corriente en el pago de las rentas debidas. Por ello, el T. S. admite el recurso de casación reafirmando la doctrina tradicional:

Considerando 2.º: «Que en relación con tales preceptos la doctrina de esta Sala ha precisado los siguientes principios: Primero, que el cumplimiento de aquéllos—1.566 y 1.567 L. E. C.—es exigible dentro del ámbito de la L. A. U. en todos los supuestos de resolución del contrato de arrendamiento que implican el lanzamiento en virtud de lo establecido en el artículo 180 de esta ley; no sólo por la absoluta paridad en sus efectos de las sentencias que en tales juicios sobre resolución del contrato arrendaticio con las dictadas en los juicios de desahucio, porque el principio fundamental que debe regir a ambos procedimientos es el mismo, a saber: el de evitar que durante el transcurso del pleito permanezca el arrendatario en el disfrute de la cosa arrendada sin cumplir con la primordial obligación de pagar el precio estipulado. Segundo, que tales pago o consignación habrán de acreditarse precisamente al interponerse el recurso acompañando al escrito en que éste se formula el documento que justifique el haberlo verificado. Tercero, que si no se cumple tal obligación por el recurrente, el recurso interpuesto carece de un requisito esencial y su admisión es un acto nulo como contrario a la ley, y si se ha dejado trans-

currir el término concedido para tal interposición sin subsanar dicha omisión, entra en juego el artículo 408 de la L. E. C., conforme al cual, transcurridos los términos señalados para preparar, interponer o mejorar o cualquier recurso sin haberlo utilizado quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera sin necesidad de declaración expresa sobre ella. Cuarto, que dicho artículo—concorde en sus efectos con el 1.567 de la L. E. C.—es una disposición de orden público a la que no pueden por menos de atenerse los Tribunales y los litigantes, de tal suerte, que si un juez admite indebidamente una apelación—aunque el apelado haya consentido su admisión y aunque se haya sustanciado toda la alzada—, el Tribunal debe declarar ejecutoria la resolución apelada, absteniéndose, por tanto, de conocer del fondo de la apelación, determinación que corresponde adoptar también a este T. S. cuando conozca de los autos en virtud del recurso que ante él haya sido interpuesto.»

25. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSIGNACIÓN DE RENTAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN: PRECEPTOS DE EXCEPCIÓN: *Todo precepto de excepción debe ser interpretado restrictivamente, como sucede con los artículos 1.566 y 1.567 de LEC. en relación con el 180 de LAU.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSIGNACIÓN DE RENTAS DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN: *Ningún precepto obliga a acreditar en los recursos de apelación en materia de arrendamientos urbanos el pago de las rentas que venzan durante su sustanciación, sino sólo el de las rentas vencidas al tiempo de interponerla y las que con arreglo a contrato deba pagar adelantadas, a menos que las consigne en el Juzgado o Tribunal.* [Sentencia 12 mayo 1955.]

26. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *Son aplicables subsidiariamente en materia de arrendamientos urbanos los artículos 1.566 y 1.567 LEC.* [Sentencias 8 marzo, 18 abril y 9 mayo 1955.]

27. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS INCONSENTIDAS: *El derribar tabiques y alzar otros nuevos creando más piezas habitables son obras que cambian la configuración del piso y no pueden ser realizadas sin el consentimiento del arrendador.*

REGULACIÓN ANTERIOR A LA LAU: *Según la ley de 29 diciembre 1931 y el Decreto de 2 junio 1933, bastaba al propietario para el desahucio que el inquilino hubiera llevado a cabo sin su consentimiento obras que alterasen las condiciones del edificio sin condicionar el ejercicio de tal acción al desmerecimiento de la cosa arrendada.* [Sentencia 21 mayo 1955.]

28. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: PERMANENCIA EN EL LOCAL ARRENDADO: *El haber continuado en el local durante un plazo concedido por la autoridad judicial no libra al arrendatario de indemnizar al arrendador los perjuicios que de ello deriven.*

APARIENCIA DE DERECHO ARRENDATICIO: *El creer usar de su derecho negándose a abandonar el local no exculpa al inquilino de indemnizar si, como*

sucede en el caso presente, se prueba que se trataba de una mera apariencia de derecho. [Sentencia 28 abril 1955.]

29. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS DE REPARACIÓN: DERECHO DE RESARCIMIENTO: *El derecho del arrendatario a ser resarcido del importe de las obras impuestas al arrendador, pero ejecutadas por él, está condicionado por la adecuación entre las obras ordenadas como necesarias por las autoridades competentes y las realmente ejecutadas.* [Sentencia 12 abril 1955.]

30. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO: CARÁTER EXCEPCIONAL. *Tratándose de la transmisión total de una finca urbana para que la acción de retracto proceda es inexcusable la demostración de que en el inmueble vendido existe una sola vivienda o local de negocio. La norma, por revestir carácter excepcional y limitar las libres facultades del dominio, debe interpretarse restrictivamente.* [Sentencia 17 mayo 1955.]

31. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO: *La renta a considerar según el artículo 67 LAU, es la renta pactada, siendo, por tanto, inoperante la cuota de la renta fiscal.* [Sentencia 12 abril 1955.]

32. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO. NOTIFICACIÓN: *No está bien hecha la notificación, si de la certificación del acto conciliatorio se desprende claramente que el propietario no se refirió para nada a la circunstancia de que el otro inquilino vivía con familia más numerosa.*

SELECCIÓN: *Estando los dos inquilinos en plano de igualdad por ser uno funcionario público con deber de residencia, y ejercer el otro, en el piso que habita la profesión de Gestor Administrativo, objeto de tributación, debe el caso resolverse en favor del arrendatario más antiguo.* [Sentencia 26 febrero 1955.]

33. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: SELECCIÓN: *Aunque el artículo 79 LAU establece que los almacenes de que trata el artículo 10 y que a tenor del mismo merezcan la conceptualización de viviendas sean escogidos por el arrendador antes que las viviendas ocupadas habitual y permanentemente por una familia, hay que exigir cuando se trata de necesidad de vivienda del propietario, que dichos almacenes sirvan para viviendas, y si no, deben ser excluidos del orden.* [Sentencia 12 marzo 1955.]

34. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRORROGA POR DERIBO PARA REEDIFICACIÓN: REQUISITOS: *Constando que dentro del local arrendado en que está montada la industria se encuentra instalada la vivienda del arrendatario, ha de estimarse bien hecha la notificación, aunque sólo se refiera al local.* [Sentencia 29 marzo 1955.]

35. ARRENDAMIENTOS URBANOS: COMPROMISO DE RECONSTRUIR: *Conforme al espíritu de la ley, el compromiso con el gobernador, preceptuado por el artículo 102 LAU debe preceder a la notificación a los arrendatarios del inmueble.* [Sentencia 12 abril 1955.]

36. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACCIÓN RESOLUTORIA: *No puede prosperar la acción resolutoria por incumplimiento de una cláusula del contrato si el*

supuesto no está comprendido en el artículo 149 LAU, que debe interpretarse en sentido estricto y sin ampliaciones.

RENUNCIA A LA PRÓRROGA: *Es nula la cláusula en que se reserva la arrendadora la facultad de resolver la relación arrendaticia en el supuesto de cualquier modificación, aunque no suponga extinción o sustitución de la sociedad arrendataria, pues se trata de una renuncia a la prórroga.* [Sentencia 8 febrero 1955.]

37. ARRENDAMIENTOS: RESOLUCIÓN: PÉRDIDA DE LA COSA: REPARACIONES NECESARIAS: Véase sentencia 10 mayo 1955 (I, 5).

38. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: INTRODUCCIÓN DE TERCERA PERSONA: *La introducción de una tercera persona, individual o jurídica, en el local arrendado, de acuerdo con el arrendatario es causa de resolución del contrato, llámese cesión, traspaso o subarriendo.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *Procede, cuando el negocio instalado en el local arrendado no fué desde el principio explotado únicamente por el arrendatario, sino por una comunidad formada por éste y otra persona, a la cual cedió con posterioridad la total explotación.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA: CONVALIDACIÓN DEL SUBARRIENDO: *Esta disposición tiene carácter excepcional y debe ser interpretada restrictivamente.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRUEBA DEL SUBARRIENDO: *La doctrina de que el subarriendo no necesita una prueba total y absoluta es aplicable en los casos en que es invocado por el arrendador, pero no cuando lo alegan el arrendatario o el subarrendatario.* [Sentencia 13 mayo 1955.]

39. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARRENDADOR USUFRUCTUARIO: RESOLUCIÓN: *Las disposiciones que han regido y rigen los arrendamientos urbanos no han derogado ni modificado el derecho reconocido al nudo propietario en el último inciso del artículo 480 C. c. de que al extinguirse el usufructo quede resuelto el arrendamiento concertado por el usufructuario.* [Sentencia 12 enero 1955.]

Al establecer el artículo 70 de la LAU la prórroga forzosa del arrendamiento, «aunque cambie el dueño o el titular arrendador», no ha derogado, como tampoco las demás disposiciones que han regido el arrendamiento urbano, lo establecido en el artículo 480 C. c. sobre resolución de los contratos al extinguirse el usufructo. Esta es la doctrina que no sin contradicciones (1) viene manteniendo reiteradamente el T. S. La L. A. R. de 1935, en su artículo 9.º, párrafo 5.º, previó el supuesto en términos análogos a los del artículo 480, aunque más terminantes si cabe («sea cual fuere el plazo por el que hubieren sido concertados») y estableció para

(1) En el núm. 1 del año VII (1951) de la Revista de Derecho Procesal y en la sección de consultorio (págs. 175 y 176) se mantiene un criterio contrario citando en su apoyo los nombres de GARCÍA ROYO, ROCA y CONDOMINES. Se funda el autor del artículo (sin firma), en la consideración del interés que el legislador quiso proteger con el beneficio de la prórroga obligatoria. En la misma revista núm. 3 del mismo año, págs. 501 a 503 se critica y repudia la anterior postura.

los arrendamientos rústicos un criterio similar al que el T. S. mantiene para los urbanos.

En el Proyecto de Reforma de la L. A. U., pendiente en las Cortes, la fórmula ya transcrita del artículo 70 se sustituye por «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones».

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: ALMACÉN O DEPÓSITO: *El almacén o depósito supone local auxiliar de operaciones comerciales.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: TRANSFORMACIÓN DE LOCAL EN ALMACÉN: *No implica transformación del local en almacén o depósito el hecho de colocar, en épocas de paralización, en los anaqueles de la sastrería, libros o impresos del hijo de la arrendataria en sustitución de los tejidos inherentes a dicha industria, sin finalidad especulativa.* [Sentencia 27 mayo 1955.]

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: PREAVISO: *Lo que exige la ley es que la acción no se entable hasta transcurrido el plazo por el que hubiese sido pactado el arriendo, pero no que el preaviso, dada su finalidad previsora, no pueda efectuarse antes del vencimiento del contrato, siempre que se haga con un año de antelación a la fecha en que el arrendador desee ocupar la vivienda, y sea posterior esta fecha al vencimiento del término contractual del arrendamiento.* [Sentencia 4 mayo 1955.]

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CESIÓN NO CONSENTIDA DE LOCAL DE NEGOCIO: DECRETO DE 21 DE ENERO DE 1936: *Si el arrendatario realizó la cesión sin consentimiento expreso del arrendador, procede el desahucio conforme al artículo 9.º del referido Decreto.*

PLAZO PARA EJERCITAR ACCIÓN DE DESAHUCIO: *Conocido el traspaso por el propietario, éste pudo ejercitar su derecho en el momento que estimase oportuno, mientras no hubiese prescrito la acción correspondiente a este derecho, sin que el transcurso de más o menos tiempo desde que conociera el traspaso hasta que ejerció la acción implique expreso consentimiento.* [Sentencia 26 febrero 1955.]

43. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: LEGISLACIÓN ANTERIOR: NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO EXPRESO: Véase sentencia de 26 marzo 1955 (II, 5).

44. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NULIDAD DE VENTA: *La renta pactada a que se refiere el artículo 67 de la LAU es la que aparece en el contrato de arrendamiento o en los recibos corrientes y legítimos expedidos por el propietario, y no la catastrada, pudiendo, sin embargo, el Tribunal acudir a otros medios (confesión, testigos) para acreditar cuál sea su importe, si el contrato y recibos no resultan suficientes.* [Sentencia 25 febrero 1955.]

45. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO PROTEGIDO POR LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª LAU: *No procede el desahucio por subarriendo inconsciente si se concertó en plazo muy anterior a los seis meses precedentes al 1.º de octubre de 1946, por estar protegido por la disposición transitoria 2.ª de LAU.*

CONFABULACIÓN ENTRE ARRENDADOR Y SUBARRENDATARIO: Cabe presumir confabulación entre el arrendador y el subarrendatario, en perjuicio del arrendatario, si el segundo había manifestado primeramente en acta notarial que su contrato de subarriendo databa de 1947, reconociendo después en confesión que ya ocupaba el local en 1945 por tolerancia del arrendatario. [Sentencia 23 marzo 1955.]

46. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE SUBARRIENDO:** El documento suscrito sólo por el presunto subarrendatario no basta para presumir la existencia del subarriendo, porque no puede obligarse al arrendatario por las afirmaciones que aquél hubiera hecho en su perjuicio. [Sentencia 29 marzo 1955.]

47. **ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RENTA EN DINERO:** A) El Decreto-ley de 15 de julio de 1949 no sólo no deroga, sino que expresamente confirma el artículo 3.º de la ley de 23 de julio de 1942, en cuanto prescribe que la merced arrendaticia se fijará en una cantidad de trigo y le interpreta auténticamente declarando que la contravención de la norma no significará la nulidad del contrato, sino la necesidad de subsanar el defecto. B) La posibilidad de estabilizar el valor de la merced arrendaticia fijándola en quintales métricos de trigo, no se establece en beneficio de una de las partes, sino que a las dos incumbe su cumplimiento. C) La fijación contractual del precio del trigo, para el caso de que no pudiera pagarse la merced en esta especie, no permite afirmar que la renta esté fijada en dinero. [Sentencia 9 marzo 1955, Sala 5.ª]

48. **ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: PRÓRROGAS:** A) El cónyuge superviviente puede en su propio nombre demandar de desahucio a los arrendatarios de una finca rústica que recibió en usufructo vidual (1). B) Ha de entenderse como preaviso, a efectos de desahucio, la sentencia que lo denegaba por no haber expirado el año agrícola correspondiente, si al cumplirse éste se inició nuevo proceso. C) Ningún precepto legal exige la concurrencia de cuantos ocupen la finca objeto del desahucio. [Sentencia 14 marzo 1955, Sala 5.ª]

49. **ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE ARRENDATARIO. ARRENDADOR USUFRUCTUARIO:** A) La condición de arrendatario, para poder realizar el retracto, debe acreditarse fehacientemente, sin la menor duda respecto a la validez del título que sirva de justificación a su demanda, porque en otro caso si la posesión arrendaticia no es legítima claudica el derecho del presunto retrayente. B) Conforme al artículo 9.º de la LAR, de 15 de marzo de 1935, los contratos celebrados por un usufructuario finiquitan al terminar el año agrícola correspondiente a la terminación del usufructo, pues es principio de Derecho que nadie puede transmitir más derechos de aquellos que tiene (2). [Sentencia 28 febrero 1955, Sala 5.ª]

(1) Doctrinalmente está conforme con esta doctrina VENEZIAN: *Usufructo, Uso y Habitación* (traducción), Madrid, 1928. V. II, pág. 480 (L. A. F.).

(2) De acuerdo con la tesis mantenida por VENEZIAN en *Usufructo, Uso y Habitación* (Traducción), Madrid, 1928. V. I; pág. 24.

50. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: PLUSVALÍA: La excepción c) del artículo 18 de la Ley de 15 de marzo de 1935 implica la plusvalía superior en un duplo de los terrenos de que se trata, la cual ha de derivar de la comparación del valor del terreno en caso de venta por su proximidad a población, estación ferroviaria, puerto o playa con el precio que tuvieran otros fundos de la misma especie y calidad en lo que no ocurra aquella nota de proximidad, no siendo suficiente que la plusvalía resulte de la comparación entre el valor asignado en el Catastro y el de venta [Sentencia 18 mayo 1955, Sala 5.ª]

51. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO GENTILICIO EN VIZCAYA: El derecho concedido por las leyes VI y VII del Título XVII del Fuero de Vizcaya, tiene finalidad idéntica y se sirve de medios análogos al retracto gentilicio, por lo que debe considerarse incluido en el art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935. [Sentencia 27 noviembre 1952, Sala 5.ª]

En virtud de tal derecho, los parientes propincuos tronqueros por parte de padre o de madre pueden pedir la nulidad de la venta de bienes raíces, si a ella no precedieron los avisos previos para que los parientes dichos pudiesen adquirirlos.

52. ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y SERVICIOS: EXIGENCIA DE DOCUMENTO ESCRITO SEGÚN ARTÍCULO 1.280 DEL C. C.: El artículo 1.280, dada su gravedad en cuanto no determina expresamente si la falta de documento escrito produce la nulidad del contrato, no ha de contemplarse aisladamente, sino en relación con otros artículos del C. c. pertinentes a la validez o existencia de los contratos. Es doctrina reiterada que la eficacia de los contratos no depende de la forma, salvo los casos en que la forma constituye un requisito para la validez del contrato; del artículo 1.279 se deduce que la forma no está incluida entre los requisitos necesarios; el no haber hecho uso de la facultad que concede el artículo 1.279 no enerva la acción que corresponda. [Sentencia 30 abril 1955.]

53. ACCIÓN NACIDA DEL CONTRATO DE TRANSPORTE: DECRETO-LEY DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1947: PRESCRIPCIÓN: SU CÓMPUTO: Las acciones emanadas del contrato de transporte por ferrocarril o carretera prescriben al año de entregados los efectos o del día en que debieron entregarse. Al realizar el cómputo hay que descontar el lapso de tiempo comprendido entre la presentación de la reclamación a la Junta de Detasas y la notificación al interesado del acuerdo adoptado por la misma.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY: LEY INTERPRETATIVA: El Decreto-ley de 2 de septiembre de 1947 no establece la norma por primera vez, sino que interpreta y aclara lo establecido por la Ley de 24 de junio de 1938 y Reglamento de 28 de diciembre del mismo año. [Sentencia 31 marzo 1955.]

A. La Audiencia entendía que no cabe aplicar el Decreto-ley de 2 de septiembre de 1947, por carecer sus disposiciones de efectos retroactivos para regular situaciones de derecho nacidas, y en parte desarrolladas antes de su publicación, y en consecuencia deja de computar el tiempo transcurrido desde las actas de reconocimiento de las mercancías hasta la promoción de las reclamaciones ante la Junta de Detasas.

B. Interpuesto recurso de casación al amparo del número 1 del artícu-

lo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por interpretación errónea del artículo 2 del Decreto-ley citado y 60 de su Reglamento, el Tribunal Supremo da lugar a él.

...la significación jurídica de las palabras *interrumpirá, se reanudará y se continuará*, evidencia que, a efectos de la prescripción, ha de computarse en casos como el presente plazo del año atendiendo al tiempo pasado hasta la presentación de la reclamación a la Junta y el posterior a la actuación de ésta a partir de la notificación del acuerdo adoptado por la misma, y si con la suma de ambas etapas conjuntamente se ha cumplido el año, la prescripción resulta manifiesta como lo reconoció esta Sala en sentencia de veintidós de diciembre de mil novecientos cincuenta. (Considerando 2.º)

54. SOCIEDAD: DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDAD CIVIL Y MERCANTIL: (MARRUECOS): *La sociedad cuyo objeto es obtener un lucro no es mercantil, sino civil, según el artículo 59 del C. de c. de la Zona, si no se ha constituido con arreglo a sus disposiciones.*

SOCIEDAD: SOCIEDAD SIN PERSONALIDAD Y COMUNIDAD DE BIENES: *La sociedad no formalizada en escritura pública, ni inscrita en ningún registro debe regirse, según el artículo 696 del Código de Obligaciones de la Zona del Protectorado, por las normas relativas a la comunidad de bienes.*

SOCIEDAD: SOCIEDAD SIN PERSONALIDAD: CAUSAS DE DISOLUCIÓN: *Es aplicable a ellas el artículo 744 del mismo Código, según el cual ningún propietario está obligado a permanecer en la comunidad y puede pedir en cualquier tiempo su división, cuando no se haya fijado plazo y sean las cosas divisibles, no siendo necesario por ello examinar las causas alegadas para justificar la disolución que se pide.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *No puede accederse a ella, cuando no se ha acreditado en el pleito que se hayan efectivamente causado.*

COSA JUZGADA: DENEGACIÓN POR MOTIVOS PROCESALES: *No procede la excepción, cuando la petición del primer pleito, idéntica a la del pleito actual, se hizo en momento procesal inoportuno —en el escrito de conclusiones— por (uyo motivo fué entonces desestimada. [Sentencia 28 febrero 1955.]*

OBSERVACIONES: La doctrina contenida en esta sentencia, aunque construida sobre el ordenamiento jurídico de nuestra Zona de Protectorado en Marruecos, parece aplicable al Derecho español.

a) La distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil se realiza sobre el artículo 59 del C. de c. de la Zona, según el cual «el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que sea su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código», precepto que, como puede observarse a simple vista, es idéntico al contenido en el artículo 116 de nuestro C. de c., por el cual su interpretación ha de ser asimismo idéntica.

La Jurisprudencia, que parecía haber aceptado el criterio objetivo (véanse entre otras las SS. de 14 de febrero de 1945, 16 de abril de 1942 y 15 de octubre de 1940), atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada para realizar la calificación de la sociedad, retorna ahora al criterio formalista.

Lo que da carácter mercantil a la sociedad es la constitución con arreglo a las disposiciones del C. de c., se dice; pero no se explica en qué consiste esta constitución con arreglo al Código; si consiste en el otorgamiento en escritura pública con las solemnidades establecidas en el mismo Código (criterio que mantuvieron las SS. de 31 de mayo de 1912 y 25 de mayo 1917, contradicho por el artículo 117 del propio Código para el cual el contrato de compañía mercantil es válido cualquiera que sea su forma); o si, por el

contrario, esta constitución consiste en la adecuación de la sociedad a las estructuras reguladas por aquél (colectiva, etc.), lo cual parece, a su vez, contrario al artículo 1.670 del C. c.

b) La aplicación de las normas de la comunidad de bienes a las sociedades no pactadas en escritura pública, ni inscritas en ningún registro, se hace sobre la base del artículo 696 del Código de las Obligaciones, cuyo tenor literal es idéntico al del artículo 1.669 del C. c. Ambos declaran que carecen de personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de ellos contrate en su propio nombre con los terceros, y ambos disponen que esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.

De la simple lectura de ambos preceptos se observa que su supuesto es: el mantenimiento secreto de los pactos y la contratación por los socios en su propio nombre con los terceros. Sólo cuando este supuesto de hecho se produzca, puede, de acuerdo con ambos preceptos, negarse personalidad jurídica a una sociedad civil y aplicarle las reglas de la comunidad de bienes.

Ahora bien: la sentencia que anotamos niega personalidad jurídica a una sociedad civil por no haberse otorgado en escritura pública, ni haberse inscrito en ningún registro. Esta interpretación de los preceptos del C. c. no deja de estar erizada de dificultades. En primer lugar debe observarse que la mención del registro tratándose de sociedades civiles es inadecuada, puesto que no existe registro para sociedades civiles. Resulta así que se niega personalidad a la sociedad por no haberse otorgado en escritura pública, es decir, se implica el problema de los requisitos de forma del contrato de sociedad, resuelto en los artículos 1.667 del C. c. y 693 del Código de Obligaciones que admiten que la sociedad se puede constituir en cualquier forma, salvo cuando se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales —único caso en que se exige la escritura pública—, con el problema de la personalidad jurídica de la Sociedad. No es que la solución que propugna la sentencia anotada carezca de valor desde un punto de vista de lege ferenda. Nuestro Código civil ha sido quizá excesivamente generoso al otorgar personalidad a las sociedades civiles. Solamente niega personalidad a las sociedades cuyos pactos permanezcan secretos y en que los socios contraten en su propio nombre con los terceros. Las demás sociedades tienen personalidad jurídica: el precepto no tiene otra interpretación. Y ocurre que el secreto o publicidad de los pactos y la conducta de los socios con los terceros —supuesto de hecho del artículo 1.669— es algo distinto del otorgamiento del contrato en escritura pública. La Sentencia de 2 de diciembre de 1902 admitió la personalidad de una sociedad constituida en documento privado, perfilando esta distinción entre publicidad de los pactos y forma del contrato. La misma referencia al «pacto secreto» se encuentra en la Sentencia de 24 de marzo de 1952. Sin embargo, para que una sociedad civil no alcance personalidad no basta el secreto de los pactos; se precisa, además, que los socios contraten en su nombre con los terceros, lo cual sólo puede entenderse en el sentido de que se comporten o conduzcan habitualmente de esta manera. En definitiva, la personalidad de una sociedad civil parece depender de que aparezca como tal sociedad frente a los terceros y que es este modo de aparecer lo que el derecho valora, con independencia de la forma en que haya sido constituida. De todas maneras hay que reconocer que la interpretación del artículo 1.669 no es ni mucho menos fácil.

c) Los restantes extremos de la Sentencia son también aplicables al derecho español. (L. D. P.)

55. **CONTRATO DE HOSPEDAJE: COMPETENCIA:** *El lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato es el sitio en que éste tuvo realidad. [Sentencia 18 marzo 1955.]*

56. **TRANSACCIÓN: REQUISITOS:** *No es requisito esencial la entrega reciproca de prestaciones, ya que en ocasiones, el designio de poner término al*

litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueven a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de concesiones.

TRANSACCIÓN: LEGITIMACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL PARA CELEBRARLA: Es válida la transacción celebrada por el defensor nombrado, de acuerdo con el artículo 165 del C. c., a los menores por el opuesto interés de su padre, para actuar en las operaciones particionales en que eran interesados sus defendidos y sobre las que versó la transacción.

TRANSACCIÓN: APROBACIÓN JUDICIAL: La aprobación judicial, a que se refiere el artículo 1.810, es un trámite posterior a la transacción.

TRANSACCIÓN: CAPACIDAD DEL CONCURSADO: PRESUNCIÓN DE REHABILITACIÓN: Tampoco puede impugnarse la transacción por el hecho de que una de las partes hubiera estado declarada en concurso, cuando existen hechos que permiten presumir que había sido rehabilitado. [Sentencia 14 marzo 1955.]

57. TRANSACCIÓN: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: OBJETO TRANSIGIDO: En la interpretación de todo contrato de transacción debe tenerse en cuenta el artículo 1.815 del C. c., según él no pueden entenderse comprendidos en la transacción más que los objetos expresados determinadamente en ella o que por una inducción necesaria de sus palabras deban comprenderse en la misma. [Sentencia 6 mayo 1955.]

58. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: No se violan los principios generales del derecho «nadie puede ser condenado sin ser oído» y «la sentencia dictada no puede perjudicar al que no litigó» cuando, en base a la sentencia penal reconociendo la culpabilidad en accidente del empleado de un ente público, se condena a éste a responder civilmente. [Sentencia 28 febrero 1955.]

IV. Derecho de familia

PRESUNCIÓN MUCIANA: DERECHO MALLORQUÍN: La presunción «*juris tantum*», (que recoge la Ley 51 del Digesto, tit. 1, libro 24), de que, mientras otra cosa no se acredite en cada caso, se reputa la compra hecha durante el matrimonio con dinero del marido y de su propiedad particular, sólo tiene virtualidad cuando existan dudas sobre el modo cómo llegaron los bienes a poder de la mujer a fin de evitar la sospecha de una causa torpe, pero declarado por el Tribunal de instancia (y no combatida la apreciación de la prueba en base en el núm. 7 del artículo 1.692 LEC) que el dinero no era propiedad del marido, no puede ser tenida en cuenta tal presunción. [Sentencia 26 abril 1955.]

V. Derecho de sucesiones

1. INSTITUCIÓN DE HEREDERO: Los derechos y obligaciones sucesorios los hacen suyos los herederos desde la muerte del *de cuius*.

TITULARIDAD DE LA NUDA-PROPIEDAD: No puede quedar en el aire este derecho, aun cuando en forma nominal no resulte designada la persona en quien

se ha de consolidar el dominio pleno, y si expresamente no se menciona ha de suplirse dicha omisión, ya que los derechos no pueden existir sin que recaigan o sean atribuidos a una persona.

RESCISIÓN DE PARTICIÓN: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *Instituida una persona heredera en usufructo y otra en nuda-propiedad, los derechos a los bienes que constituyen el as hereditario, hay que relacionarlos con el día mismo que ocurrió la muerte del testador, independientemente de la fecha de extinción del usufructo, y esta determinación obliga a reputar prescritas cuantas acciones pudiera ejercitar el nudo-propietario para pretender se rescinda por lesión la partición verificada una vez transcurrido el plazo que establece en artículo 1.076 del C. c.*

USUFRUCTO DE HERENCIA: *La facultad que concede el artículo 510 del Código civil al usufructuario para anticipar el pago de las deudas hereditarias, no es imperativa y si solo potestativa.*

PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN JUDICIAL: *Con arreglo al párrafo 2. del artículo 675 del Código civil el testador no puede prohibir la impugnación de su testamento cuando en él se presume que se da una nulidad declarada por la Ley, o cuando no se trata de quebrantar o anular la voluntad del testador y si solo que tenga más debido y efectivo cumplimiento. [Sentencia 19 enero 1955.]*

2. **ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA: ACEPTACIÓN TÁCITA:** *El acto del que se deduzca ha de tener una de estas dos cualidades: o la de revelar necesariamente la voluntad de aceptar o la de ser su ejecución facultad del heredero. [Sentencia 26 abril 1955.]*

3. **BENEFICIO DE INVENTARIO: PÉRDIDA:** *No habiendo tenido nunca los herederos en su poder los bienes de la herencia, ni habiéndose aprovechado de ellos ni ocultado nada, no son responsables de las deficiencias judiciales en punto a las fechas de comienzo y terminación del inventario y a la exactitud del mismo, y, por tanto, no incurrn en la sanción de pérdida del beneficio de inventario, prevista en los artículos 1.018 y 1.024, en relación con el 1.013, 1.015 y 1.017 del C. c. [Sentencia 1 marzo 1955.]*

4. **HERENCIA DE CONFIANZA: CAUSAS DE INVALIDEZ:** *Desaparece la confianza y procede decretar la invalidez de la institución cuando el heredero declara la herencia para sí, fallece sin haberla dado a conocer o cuando, revelada, no puede tener ejecución, ya que por la concurrencia de dichas circunstancias se vicia y contraría la naturaleza de la herencia de confianza. [Sentencia 18 abril 1955.]*

5. **ALBACEAS CONTADORES-PARTIDORES: FACULTADES:** *En virtud del principio «quien puede lo más puede lo menos», no se extralimitan los albaceas contadores-partidores que formalizan en escritura pública una venta verbal otorgada por su causante y de cuya realización tenían un íntimo convencimiento, cuando el testador les confirió, entre otras, la facultad de vender, con o sin subasta, los inmuebles y pagar la deudas. [Sentencia 2 abril 1955.]*

6. **SUCESIÓN «AB INTESTATO»:** *En esta materia el derecho foral ha sido*

derogado por la Ley de 16 de mayo de 1835 y después por el Código civil, que es el que se aplica en todo el territorio nacional.

JURISPRUDENCIA: Si la jurisprudencia ha de llenar su fundamental misión de fijar el sentido de la Ley, con la fuerza vinculante exigida por razones de certidumbre jurídica, es deber de los Jueces y Tribunales prestarle leal acatamiento. [Sentencia 29 marzo 1955.]

DERECHO MERCANTIL

1. **SEGURO CONTRA INCENDIOS:** Es reiterada doctrina jurisprudencial que la preexistencia de los objetos siniestrados puede justificarse no sólo con documentación directa, sino con duplicados de facturas u otros medios, sin que sea exigible identificar a los vendedores de los objetos y determinar las circunstancias comerciales y fiscales de los mismos.

BUENA FE: No hay mala fe en el asegurado aunque en carta a la Compañía aseguradora y en la comparecencia ante el Juzgado consigne cifra superior a la que valoraron los peritos, si por ser la primera superior al importe del seguro no pretendía que le fuera satisfecha y, además, se conformó con la señalada por dichos peritos. [Sentencia 19 febrero 1955.]

DERECHO PROCESAL

I. Parte general

1. **JURISDICCION: EXTENSION PERSONAL DE LA DE LOS TRIBUNALES MARRUQUIS:** Según el artículo 36 del Código de Procedimiento Civil para la Zona de Protectorado, los Tribunales de dicha Zona tienen competencia para conocer los negocios que ante ellos se susciten por españoles. [Sentencia 18 mayo 1955.]

2. **COMPETENCIA:** Adjudicado al acreedor el inmueble hipotecado, que resulta insuficiente para saldar toda la deuda, puede despachar ejecución por el resto otro juzgado distinto de primera instancia sin incurrir en incompetencia. [Sentencia 11 marzo 1955.]

3. **FALTA DE PERSONALIDAD:** Es doctrina reiterada que no puede impugnarse eficazmente la personalidad del litigante o de su procurador por el que lo haya reconocido en juicio o fuera de él o, como en el presente caso, en un procedimiento anterior de desahucio. [Sentencia 12 marzo 1955.]

4. **PODER PARA PLEITOS: BASTANTE:** La insuficiencia del mandato es a los Tribunales a quien corresponde apreciarla, sin que el Letrado que lo bastantea pueda extenderlo a casos en él no comprendidos ni limitar las facultades que al mandatario se le hayan conferido. [Sentencia 12 abril 1955.]

5. **PRECLUSION:** Centrada la materia litigiosa en el periodo expositivo sobre la existencia de precio en la compraventa discutida, como determinante en su caso de la simulación absoluta del contrato, no tiene virtualidad el que en el trámite de conclusiones, constituida ya la relación proce-

sal, se alegue que dicha compraventa encubría una donación válida. [Sentencia 12 abril 1955.]

6. INCONGRUENCIA: PETICIONES ALTERNATIVAS: *Ha de apreciarse en relación con los términos del planteamiento de la cuestión debatida, y si los pedidos se hacen alternativamente estimado el deducido con carácter principal, la sentencia no es incongruente.* [Sentencia 20 abril 1955.]

7. COSTAS: IMPUGNACION POR INDEBIDAS: *No puede estimarse indebida la partida de preparación de vista, señalada el día 19 de enero para el 24 del mismo mes, cuando hasta el día 22 no se tuvo a la parte por desistida, porque hay que estimar que el letrado minutante, que manifiesta por su honor no haber tenido conocimiento del desistimiento hasta las últimas horas del día 23, tenía ya realizado el trabajo profesional.* [Sentencia 12 abril 1955.]

II. Procesos en especial

1. JUICIO EJECUTIVO: COSA JUZGADA: *El artículo 1.479 LEC hay que entenderlo en el sentido de que el juicio ordinario subsiguiente debe referirse a la cuestión de fondo sobre la existencia y eficacia de la obligación, y no a las excepciones alegadas o podido alegar.* [Sentencia 2 marzo 1955.]

III. Recursos

1. RECURSO DE APELACION SIN FIRMA DE LETRADO: *La interposición del recurso de apelación requiere el asesoramiento de Letrado, como persona dedicada a la defensa técnico-jurídica del cliente, siendo requisito de ineludible cumplimiento, y no de mera forma, ni subsanable, conforme a las sentencias de 11 junio 1945, 14 junio 1951 y 26 febrero 1952.* [Sentencia 4 mayo 1955.]

2. RECURSO DE CASACIÓN: NO PROCEDE POR VIOLACIÓN, INTERPRETACIÓN ERRÓNEA O APLICACIÓN INDEBIDA DE LEYES PROCESALES: *Según reiterada jurisprudencia, no pueden fundarse recursos de casación por infracción de ley o de doctrina legal, en la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de artículos de LEC.*

RECURSO DE CASACIÓN: NO HAY ABUSO, EXCESO O DEFECTO EN EL EJERCICIO DE JURISDICCIÓN CUANDO NO SE HA SEGUIDO EL PROCEDIMIENTO ADECUADO: *Son cuestiones completamente distintas, el abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, que constituye la causa 6.ª del artículo 1.692 de LEC, y el hecho de que en la tramitación de un juicio no se siga el procedimiento adecuado, lo que en nada afecta a la jurisdicción, pudiendo las partes ejercitar oportunamente los recursos ordinarios y hasta el extraordinario de nulidad para que se siga la tramitación debida.* [Sentencia 3 mayo 1955.]

3. ERROR DE HECHO: «LAPSUS CALAMIS» DE LA SENTENCIA: *No hay base para impugnar la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba cuando la Sala se equivoca al señalar la fecha de extinción del contrato y*

la del requerimiento hecho al arrendatario, cuando tales equivocaciones son fácilmente subsanables con otros datos contenidos en la sentencia, constituyendo simples «lapsus calami» sin trascendencia alguna. [Sentencia 4 mayo 1955.]

4. RECURSO DE CASACIÓN: MOTIVOS: Para recurrir el amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 por error de derecho en la apreciación de la prueba, es preciso señalar el precepto legal sobre valoración de los elementos probatorios que se ha vulnerado.

RECURSO DE CASACIÓN: MOTIVOS: Las disposiciones o pronunciamientos contradictorios contenidos en la sentencia, que pueden al amparo del núm. 4.º del artículo 1.692 ser determinantes de la casación, deben estar contenidos en el fallo o parte dispositiva. [Sentencia 1.º marzo 1955.]

5. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DOCUMENTO PRESENTADO EN SEGUNDA INSTANCIA: Son de riguroso cumplimiento los preceptos de los artículos 560, núm. 2.º, y 863, núm. 2.º, LEC, sin que sea equiparable al desconocimiento de la existencia de los documentos el desconocimiento de su influencia en el pleito. [Sentencia 5 febrero 1955.]

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *El concepto de "pequeña empresa agraria" y la moderna legislación española.*

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo: *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español. Parte I.*

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos: *Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GUIMERÁ PERAZA, Marcos: *El avalista y la ejecución. A propósito de la Ley de 16 de diciembre de 1954.*

FERRANDIS VILELLA, José: *Sucesión en los Arrendamientos Rústicos.*

FERRÁN POCH, Ramón: *La muerte del arrendamiento urbano.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Repercusión de la extinción del usufructo en los arrendamientos concertados por el usufructuario.*